

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YARGILAMASINDA
TAKDİR MARJİ**

Doktora Tezi

Derya DOĞRU

Ankara-2018

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YARGILAMASINDA
TAKDİR MARJİ**

Doktora Tezi

Derya DOĞRU

**Tez Danışmanı
Doç.Dr. Bülent ALGAN**

Ankara-2018

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1
I. Çalışmanın Konusu ve Önemi	1
II. Çalışmanın Kapsamı, Sınırları ve İnceleme Planı	3

BİRİNCİ BÖLÜM

KURAMSAL AÇIDAN TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

I. KAVRAMSAL İNCELEME.....	6
A. Takdir Marjı Kavramı.....	6
B. Takdir Marjı Doktrininin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Açısından Anlamı	8
C. Takdir Marjı Doktrininin AIHM'deki Kökeni	14
1. Sözleşme'nin 15. Maddesine İlişkin Yunanistan/Birleşik Krallık ve Lawless/İrlanda Kararları	15
2. Takdir Marjının Sözleşme'nin Diğer Maddelerine İlişkin Davalarda da Uygulanmaya Başlaması	19
II. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN İLİŞKİLİ OLDUĞU AIHM İLKELERİ ..	21
A. Takdir Marjı Doktrini ve Orantılılık İlkesi	21
1. Orantılılık İlkesi (Proportionality).....	21
2. Takdir Marjı Doktrini ve Orantılılık İlişkisi.....	25
B. Takdir Marjı Doktrini ve İkincilik İlkesi.....	29
1. İkincilik (Subsidiarity) İlkesi.....	29
2. Takdir Marjı Doktrini ve İkincilik İlkesi İlişkisi (İkincilik İlkesini Gerçekleştirme Aracı Olarak Takdir Marjı)	38
III. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN İŞLEVİ VE GEREKÇELERİ	42
A. Devletlerin Egemenliğine Saygı Gösterilmesinin Sağlanmasında Takdir Marjı Doktrini	42
B. Yargısal Bir Sınırlama/Kısıtlama Olarak Takdir Marjı Doktrini (International Judicial Self-Restraint)	44
C. İnsan Haklarında Evrensellik-Kültürel Görecelik Geriliminde Takdir Marjı Doktrini	48
IV. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN DİĞER BÖLGESEL İNSAN HAKLARI (Amerikan Örneği) VE ULUSAL ANAYASA MAHKEMELERİNDEKİ (Türkiye Örneği) ANLAMI	55
A. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin Takdir Marjı Doktrinine Yaklaşımı (Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir Örnek).....	55
B. Türkiye Anayasa Mahkemesinin Takdir Marjı Doktrinine Yaklaşımı	62

İKİNCİ BÖLÜM

TAKDİR MARJI DOKTRİNİNİN SÖZLEŞME VE EK PROTOKOLLERİNDE YER ALAN HAKLAR AÇISINDAN UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK	71
II. YAŞAMA HAKKI (MADDE 2)	72
A. Yaşama Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlenmesi	72
B. Yaşama Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	75
1. Kürtaj Konusunda Takdir Marjının Uygulanması.....	75
2. Ötanazi ve Ölüm Yardımı Talebine İlişkin Davalarda Takdir Marjı Uygulanması.....	79
III. İŞKENCE YASAĞI (MADDE 3)	84
IV. KÖLELİK, KULLUK VE ZORLA VEYA ZORUNLU ÇALIŞTIRMA YASAĞI (MADDE 4)	87
A. Kölelik, Kulluk ve Zorla veya Zorunlu Çalıştırma Yasağının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlenmesi	87
B. Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalıştırma Sayılmayan Durumlarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	90
1. Tutuklu ve Hükümlüler, Çocuklar, Serseriler, Sınır Dışı Edilmek Üzere Tutulanlar	90
2. Zorunlu Askerlik Hizmeti ve Vicdani Retçilere Getirilen Sivil Kamu Hizmeti Yükümlülüğü	91
3. Toplumun Yaşam ve Huzurunu Tehdit Eden Olağanüstü Hal veya Afet Durumunda İstenen Hizmetler.....	96
4. Yurtaşlık Yükümlülüğü Kapsamındaki Çalışma ve Hizmet	98
V. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI (MADDE 5)	102
A. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlenmesi	102
B. Kişi Özgürlüğünün Sınırlanmasına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	108
1. Yetkili Mahkemenin Mahkûmiyet Kararı Üzerine Hapsetme.....	108
2. Bir Mahkeme Kararına ya da Yasanın Öngördüğü Bir Yükümlülüğe Uymama Nedeniyle Tutma.....	110
3. Yetkili Adli Mercî Önüne Çıkarılmak Amacıyla Yakalama veya Tutma	113
4. Küçüklerin Tutulması	116
5. Bulaşıcı Hastalık Taşıyanların, Akıl Hastalarının, Alkoliklerin, Uyuşturucu Madde Bağımlılarının ve Serserilerin Tutulması.....	123
5.1. Bulaşıcı Hastalık Taşıyanlar.....	124
5.2. Akıl Hastalarının ya da Akıl Zayıflığı Bulunanların Tutulması	127
5.3. Alkolikler ve Uyuşturucu Madde Bağımlılarının Tutulması	129

5.4. Serserilerin Tutulması	132
6. Sınır Dışı ve İade Edileceklerin Tutulması.....	133
VI. ADİL YARGILANMA HAKKI (MADDE 6).....	135
A. Adil Yargılanma Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlenmesi	135
B. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	146
1. Mahkemeye Erişim Hakkı	146
1.1. Dava Ehliyetine İlişkin Sınırlamalarda Takdir Marjı Uygulaması	149
1.2. Dava Süresine İlişkin Sınırlamalarda Takdir Marjı Uygulaması	152
1.3. Mahkemeye Erişim Hakkına Getirilen Mali Sınırlamalarda Takdir Marjı Uygulaması	155
1.4. Yargı Yolu Kapalı Olan Konularda Takdir Marjı Uygulaması.....	157
1.5. Yargılama Muafiyeti Getirilen Konularda Takdir Marjı Uygulaması	163
2. Makul Sürede Yargılanma Hakkı	167
3. Aleni Yargılanma Hakkı.....	169
4. Delillerin Değerlendirilmesi	170
VII. SUÇ VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ (MADDE 7).....	173
VIII. ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİNİ İSTEME HAKKI (MADDE 8)	175
A. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi	175
B. Özel Hayata Saygı Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	184
1. İsim Hakkı	184
2. Cinsel Kimlik ve Cinsel Hayat	188
3. Kişisel Verilerin Toplanması ve Kullanılması	196
4. Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük.....	199
C. Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	206
1. Aile Hayatı ve Bununla Bağlantılı Olarak 12. Maddede Düzenlenen Evlenme Hakkı	206
2. Çocuğun Korunmasına İlişkin Tedbirler	209
3. Üreme Hakkı.....	213
D. Konuta Saygı Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	215
E. Haberleşmeye Saygı Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	216
VIII. DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ (MADDE 9)	219
A. Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğünün Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi.....	219

B. Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	221
1. Devlet ile Din İlişkisi.....	221
2. Dini Semboller.....	227
3. Kamu Görevlilerinin Din ve Vicdan Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar...	230
IX. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ (MADDE 10)	231
A. İfade Özgürlüğünün Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi	231
B. İfade Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	237
1. Dinî ve Ahlaki Konulara İlişkin İfade Özgürlüğü.....	237
2. Siyasal Söylemlerde İfade Özgürlüğü	240
3. Ticari Söylemlerde İfade Özgürlüğü	242
4. Ulusal Güvenliğe İlişkin Konularda İfade Özgürlüğü.....	245
5. Yargı Organlarının Otorite ve Tarafsızlığının Korunması Amacıyla İfade Özgürlüğünün Sınırlanması.....	253
6. Kamu Görevlilerinin ve Bunlara Karşı Söylemlerin Sınırlanmasında Takdir Marjı	259
7. Radyo, Televizyon ve Sinema İşletmelerinin İzin Rejimine Tabi Tutulması Konusunda Takdir Marjı	260
X. TOPLANMA VE ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ (MADDE 11)	261
A. Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğünün Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi	261
B. Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	268
1. Kamu Güvenliğinin Sağlanması ve Düzensizliğin Önlenmesi.....	268
2. Siyasi Partiler.....	270
3. Sendika Özgürlüğü	272
4. Belli Kamu Görevlilerinin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğünün Sınırlandırılması	280
XI. MÜLKİYET HAKKI (1 NOLU PROTOKOL 1. MADDE)	283
A. Mülkiyet Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi	283
B. Mülkiyet Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması	292
1. Kamu Yararının Tespitinde Takdir Marjı	292
2. Mülkiyet Hakkındaki Geniş Takdir Marjını Sınırlayan Adil Denge Ölçütü ve Tazminat Ödeme Yükümlülüğü	296
3. Devletlerin Mülkiyet Hakkının Kullanımını Kontrol Yetkisinde Takdir Marjı	300
4. Orta ve Doğu Avrupa'daki Özel Durumlarda Mülkiyet Hakkına İlişkin Takdir Marjı.....	306
XII. SERBEST SEÇİM HAKKI (1 NOLU PROTOKOL 3. MADDE).....	309

A. Serbest Seçim Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi	309
B. Serbest Seçim Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması.....	313
XIII. AYRIMCILIK YASAĞI (MADDE 14)	318
A. Ayrımcılık Yasağının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi.....	318
B. Ayrımcılık Yasağına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması.....	323
1. Şüpheli Kategoriler Olarak Nitelendirilen Durumlarda Takdir Marjı Uygulanması.....	323
2. Diğer Nedenlerle Yapılan Farklı Muamelelerde Takdir Marjının Uygulanması.....	327
SONUÇ	332
KAYNAKÇA.....	337
İNTERNET KAYNAKLARI	368
ÖZET	370
ABSTRACT	371

KISALTMALAR

AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHMS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKDTYK	: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
E.	: Esas
ECHR	: European Convention of Human Rights
Ed.	: Editor/Editör
Eds.	: Editors
EÜHFD	: Eskişehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Haz.	: Hazırlayan
HSYK	: Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu
HUDOC	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat veritabanı
İHAUM	: İnsan hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi
İnt. Ame. İHM	: İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
N.	: Numara
Nakl.	: Nakleden

N.Y.U.	: New York University
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
U. N.	: United Nations
vd.	: Ve devamı
VOL.	: Volume
Y.	: Yıl
YAŞ	: Yüksek Askerî Şura
ZaöRV	: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

GİRİŞ

I. Çalışmanın Konusu ve Önemi

Bu çalışmanın konusu uluslararası insan hakları hukukunda, ilk kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında kullanılarak ortaya çıkmış olan takdir marjı doktrini'dir. İctihadi bir buluş olarak AİHM yargılamasında başvuru alan takdir marjı, 24 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılan ve yakın zaman içerisinde yürürlüğe girmesi beklenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'ne Ek 15 Nolu Protokol'ün 1. maddesi hükmü uyarınca ikincilik (subsidiarity) ilkesi ile birlikte Sözleşme'nin başlangıç metnine eklenecektir. Böylece bu kavram Sözleşme sisteminde normatif bir dayanak elde etmiş olacaktır.

Çalışmada kuramsal açıdan açıklanmaya çalışıldığı üzere, takdir marjı doktrini genel olarak, özellikle ahlaki, dini ve kültürel konular gibi üzerinde tek bir Avrupa mutabakatı ya da anlayışına ulaşmanın mümkün olmadığı alanlarda, olaylar ve toplumsal özellikler hakkında doğrudan ve geniş bilgiye sahip olan ulusal makamların, AİHM yargıçlarına nazaran daha iyi bir konumda olduğu anlayışına dayanmaktadır. Bu nedenle Mahkeme taraf devletlere bu alanlarda belli bir oranda değerlendirme serbestisi tanımaktadır.

Bununla birlikte, insan hakları, insanların yalnızca insan olmaktan dolayı ve doğuştan sahip olduğu, zaman ve mekâna göre değişmeyen, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez haklardır. İnsan haklarının bütün insanlar için geçerli olduğunu, diğer bir deyişle evrenselliğini ifade eden bu anlayış açısından, takdir marjı yerel ve kültürel özellikleri ön plana çıkarması nedeniyle eleştirilmektedir. Çünkü salt kültürel görecelik penceresinden temel hak ve özgürlüklerin yorumlanması, insan haklarının evrenselliği ilkesini zayıflatma tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Buna karşılık kültürel göreceliği savunan anlayışa göre takdir marjı gereklidir ve

AİHM yargılamasında kullanılmalıdır. Bu görüşe paralel olarak, takdir marjı özellikle son dönemde üye devletler tarafından da sıklıkla dile getirilerek ön plana çıkarılmaktadır. Sözleşme sisteminin ikincil konumu karşısında, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının sağlanmasında asli sorumluluğun taraf devletlerde olması nedeniyle, devletler Strazburg organlarından, egemenlik yetkilerine saygı göstermesini talep etmektedir. Bu açıdan taraf devletlerin egemenliğine saygı gösterilmesini sağlama aracı olarak da takdir marjının gerekliliği vurgulanmaktadır.

Takdir marjına yöneltilen olumlu ve olumsuz bu görüşlerin yanında, AİHS’de koruma altına alınan hak ve özgürlükler açısından takdir marjının nasıl uygulandığının diğer bir ifadeyle bu marjın hangi haklarla ilgili olduğunda genişleyip daraldığının tespiti de oldukça güçtür. Çünkü takdir marjı AİHM yargılamasında düzensiz bir niteliğe sahiptir ve deyim yerindeyse bir bukalemun gibi uygulandığı her bir hak açısından görünüm değiştirmektedir. Bazı haklar açısından çok geniş uygulanmakta ve neredeyse tamamen üye devletlerin değerlendirmesine bırakılmakta, bazı haklar açısından ise oldukça daralmaktadır. Bu durum ilk bakışta haklar arasında bir hiyerarşinin bulunduğu yanılgısına kapılmaya da neden olabilmektedir. Oysa içinde bulunduğumuz çağda, insan hakları bir bütündür ve bir hakkın diğerinden daha az korumayı hak ettiği kabul edilemez. Çünkü hangi hakkı ihlal edilmişse, kişi için en önemli hak odur.

Dolayısıyla takdir marjının uygulanması belli konularda gerekli olsa da Mahkemenin yargılamasında yukarıda belirtilen endişe ve hassasiyetleri göz önünde bulundurması zorunludur.

Ayrıca Avrupa Konseyi üyesi ve AİHS’e taraf bir devlet olarak ülkemiz açısından da takdir marjının önemi yadsınamaz bir gerçektir. Özellikle 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla bireysel başvuruları kabul etmeye başlayan Anayasa Mahkememiz Türk hukukunda, insan haklarının asli olarak korunmasında çok önemli bir rol üstlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu görevini AİHS ve AİHM içtihatları ışığında yerine getirecektir. Dolayısıyla AİHM yargılamasında büyük bir etkiye sahip olan takdir marjının AİHS'deki hakların sınırlanmasında oynadığı rolün Anayasa Mahkememiz tarafından doğru ve yerinde anlaşılabilir olarak değerlendirilmesi gereklidir. Çünkü AİHM takdir marjını ulusal makamların kullanımına bırakmaktadır. Bu kapsamda ulusal bir mahkeme olarak Anayasa Mahkemesi'nin, kendisine tanınan değerlendirme serbestisini özgürlükleri genişletici bir araç olarak mı, yoksa ulusal makamların sınırlamalarında faydalanacağı bir unsur olarak mı gördüğü yanıtlanması gereken önemli sorulardan biridir.

Ancak ulusal öğretimimiz incelendiğinde doğrudan takdir marjı doktrinine ilişkin yazılmış birkaç makale dışında monografik bir eser bulunmadığı görülmektedir. Bu konu genellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin çalışmalarda sınırlandırma nedenlerine etki eden bir unsur olarak incelenmiştir. Bu açıdan bu çalışma ile AİHS'nin bir bütün olarak ele alınıp her bir hak açısından takdir marjının nasıl bir işleve sahip olduğu araştırılmıştır. Bu çalışmanın temel amacı temel hak ve özgürlüklerin korunması için ulusal hukukumuzda ve özellikle Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına katkı sağlanmasıdır.

II. Çalışmanın Kapsamı, Sınırları ve İnceleme Planı

AİHS ve Ek Protokolleri'nde güvence altına alınan haklar açısından, takdir marjının AİHM yargılamasında nasıl uygulandığı sorusu oldukça kapsamlı ve kazuistik bir çalışmayı zorunlu kılmaktadır. 1950'li yıllardan günümüze kadar AİHM kararlarında uygulama alanı bulan takdir marjının, böylesi geniş bir içtihat birikimi içerisinde tespitinin yapılabilmesi oldukça güçtür. Bu güçlük çalışmada bir takım sınırlamalara gidilmesini zorunlu kılmıştır.

Çalışmanın kapsamına ilişkin ilk sınırlama incelenecek haklar açısından yapılmıştır. Özellikle ek protokollerde yer alan haklardan, Sözleşme ana metninde bulunan haklarla ilişkili olanları ayrıca incelenmemiş ve Sözleşme'deki ilgili olduğu hakla birlikte değerlendirilmiştir. Ayrıca takdir marjı doktrininin AİHM yargılamasında olduğu gibi, ulusal Anayasa Mahkememiz de etkisi söz onusudur. Ancak çalışmada takdir marjının AİHM yargılamasında oynadığı rol üzerinde yoğunlaşmış, çalışmanın kapsamı açısından Anayasa Mahkemesi'ndeki takdir marjı anlayışına kısaca değinilmiştir.

Çalışmanın metodolojisi açısından, bu konuda yazılmış eserlerin genellikle iki yöntemi benimsediği görülmektedir. İlk yöntemde takdir marjı doktrininin AİHM yargılamasında geçirdiği değişim dönemlere ayrılarak incelenmektedir. İkinci yöntemde ise takdir marjının sözleşmesel haklar açısından nasıl uygulandığına odaklanılmaktadır. Bu çalışmada bütüncül bir yöntem benimsenerek iki metodun bir arada kullanılması tercih edilmiştir. Bu bağlamda, takdir marjının AİHM yargılamasında nasıl ortaya çıktığı kısaca değerlendirilmiş, ardından her bir hak açısından bu marjın nasıl bir rol oynadığı ve bu rolün zaman içinde nasıl bir değişim gösterdiği araştırılmıştır.

Bu şekilde bir yöntemle hazırlanan çalışma giriş ve sonuç kısımları dışında iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde takdir marjının kavramsal çerçevesi çizilerek, AİHS sisteminde ifade ettiği anlam, tarihi gelişimi, Sözleşme'nin yorumunda yararlanılan diğer yorum ilkeleriyle olan ilişkisi, işlevi ve gerekçeleri incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde karşılaştırmalı hukuk açısından bir örnek sunması amacıyla takdir marjının Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'deki uygulanışı üzerinde kısaca durulmuştur. Bununla birlikte kendisine takdir marjı tanınan ulusal bir organ olarak Anayasa Mahkememizin takdir marjına yaklaşımı, bireysel başvuru hakkının kabul edildiği tarihten bu güne kadar olan 6 yıllık süreçte verdiği kararlarda takdir marjına nasıl bir anlam yüklediği değerlendirilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde, AİHM yargılamasında Sözleşme'de güvence altına alınan her bir hak açısından takdir marjının uygulanıp uygulanamayacağı,

uygulanabiliyorsa nasıl uygulandığı ve hangi konularda bu marjın genişleyip daraldığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu sorulara yanıt aranırken, Mahkemenin uyguladığı takdir marjının zaman içerisinde gösterdiği değişime ışık tutacak kararların seçilmesine zen gösterilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KURAMSAL AÇIDAN TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

I. KAVRAMSAL İNCELEME

A. Takdir Marjı Kavramı

Takdir kavramı “*kendi ölçülerine göre değer biçme, değerlendirme*” anlamına gelmektedir. Takdir hakkı ise “*yasaların, yaşamın bütün olaylarını düzenlemesi olanaksız olduğundan, bazı somut olaylar karşısında, yetkililere(kişilere) verilen serbestlik*”¹ olarak tanımlanmaktadır. Yani değerlendirme serbestisi bir yetki olarak hukuk tarafından tanınmaktadır. Bu kapsamda takdir yetkisi “*belli konularda karar verecek olanlara, yasaların tanıdığı değerlendirme yetkisidir.*”² Bir başka tanıma göre takdir hakkı veya yetkisi, “*kanunun belirlediği durumlarda (gerekliliğine, haklı sebeplere göre) yargıca tanınan değerlendirme serbestliğidir.*”³ Bu tanımların ortak ögesi olarak karşımıza “*değerlendirme serbestisi*” ve bu serbestinin “*yasalar aracılığıyla devlet*” tarafından verilmesi çıkmaktadır.

Açıklanması gereken ikinci kavramımız ise “*marj*”dır. Niceliksel bir anlama sahip olan marj kavramının Türkçe karşılığı “*pay*”⁴dır. Pay kavramının sözlük anlamı ise “*birden fazla kişi arasında bölüştürmüş bir bütünden, bu kişilerin her birine düşen bölüm,*

¹ Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 1992, s. 861; **Türkçe Sözlük**, 2. Cilt, AKDITYK Türk Dil Kurumu, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 1404.

² YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 861; **Türkçe Sözlük**, 2. Cilt, s. 1404.

³ **Türkçe Sözlük**, 2. Cilt, s. 1404.

⁴ **Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük**,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5ad98ee4353618.12

209606. Erişim Tarihi 27.05.2018.

hisse”⁵dir. Bu kapsamda *takdir marjı* (*margin of appreciation*) kavramının konumuz açısından anlamı da *değerlendirme serbestisinde devletlere tanınan pay* olarak ifade edilebilir. Marj kelimesinin niceliksel bir anlamı olması nedeniyle taraf devletlere tanınan pay, takdir marjının uygulandığı durumun özelliklerine göre genişleyecek ya da daralacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁶ içtihatlarında ortaya çıkmış olan takdir marjı kavramı ulusal literatürde “takdir marjı”⁷, “takdir alanı”⁸, “takdir payı”⁹, “takdir yetkisi”¹⁰

⁵ **Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük,**

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5ad9931ba04439.08650749. Erişim Tarihi 27.05.2018

⁶ Çalışmamızda bundan böyle *AIHM* veya *Mahkeme* olarak kullanılacaktır.

⁷ Bülent ALGAN, **Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 138, 181; Şeref GÖZÜBÜYÜK-Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2011, s. 146; M. Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, 8. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 162-164; H. Burak GEMALMAZ, **Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009; Tolga ŞİRİN, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 2, Sayı 4, Yıl, 2013, s.359 vd.; Esra Demir GÜRSEL, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 173-206.

⁸ Sibel İNCEOĞLU, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 32;

⁹ Berke ÖZENÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü: Başörtüsü ve zorunlu Din Dersleri**, Diyanet İşleri Başkanlığı, Kitap Yayınevi, İstanbul, s. 71.

¹⁰ Merih ÖDEN-Selin ESEN, “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Cilt II, Ankara, 2013, s. 833-834; Ali Rıza ÇOBAN, “Strasbourg’ta Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 57(3), 2008, s. 187-223; Oya BOYAR, “Mülkiyet Hakkı”, içinde

ve “takdir hakkı¹¹” gibi farklı şekillerde kullanılmakta ve bu açıdan bir terim birliği bulunmamaktadır. Bu ifadelerden takdir hakkı ve takdir yetkisi *Şirin*’in de¹² haklı olarak vurguladığı gibi *margin of appreciation* terimini karşılamamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde bu kavramın muhatabı devletlerdir ve devlet kendisine hak bahşedilen değil, kişilere yetki tanıyan yapıdır. Diğer yandan takdir yetkisi de bu doktrinin geniş kapsamını karşılayacak nitelikte değildir. Bu nedenle *margin of appreciation* yerine takdir hakkı ve takdir yetkisi kullanımları sorunludur. Diğer kullanımlardan takdir alanı ve takdir payı ifadeleri ise sözlük anlamı itibarıyla takdir marjı kavramını karşılamakla birlikte, orijinal kavramın karşılığı olması ve marj kelimesinin artık Türk hukuk öğretisinde de yer edinmesi nedeniyle¹³ bu çalışmada takdir marjı kullanımını tercih edilmiştir.

B. Takdir Marjı Doktrininin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Açısından Anlamı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *yargısal bir buluşu*¹⁴ olarak nitelenen takdir marjı kavramı genellikle “*Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında veya yorumlanmasında, Mahkeme tarafından üye devletlere tanınan belirli bir hareket alanı*

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 512-513.

¹¹ Murat TÜMAY, “The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Ankara Law Review**, Vol. 5 No. 2 (Winter 2008), Tümay makalesinin Türkçe özetinde takdir marjı kavramının karşılığı olarak takdir hakkını kullanmıştır.

¹² ŞİRİN, “Takdir Marjı Doktrini”, s. 361-362.

¹³ Benzer görüş için bkz. ŞİRİN, “Takdir Marjı Doktrini”, s. 363.

¹⁴ Andrew LEGG, **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law- Deference and Proportionality**, Oxford University Press, First Edition, Oxford, 2012, s. 3.

ya da *değerlendirme serbestisi*¹⁵ olarak tanımlanmaktadır. Buna benzer şekilde takdir marjının, taraf devletler açısından bir nefes alma ya da manevra alanı¹⁶ ve Mahkeme açısından ise kendini sınırlandırma alanı olduğu da ifade edilmektedir.¹⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹⁸ orijinal metninde takdir marjı doktrinine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşın bu doktrin AİHM'in içtihatlarıyla yarattığı ve kararlarında sıklıkla başvurduğu unsurlardan biri haline gelmiştir. Bu gelişmeye paralel bir şekilde, içtihadi olarak ortaya çıkan takdir marjı doktrini, henüz yürürlüğe girmemiş olan 15 Nolu Protokol'ün¹⁹ 1. maddesinde

¹⁵ Yutaka ARAI-TAKAHASHI, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia Publication, First Edition, Oxford-Newyork, 2001, s. 2; Howard Charles YOUROW, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martinus Nijhoff Publishers, First Edition, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1996, s. 13; Jeffrey A. BRAUCH, "*The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*", **Columbia Journal of European Law**, Vol. 11, 2005, s. 115-116.

¹⁶ Steven GREER, **The Margin of Appreciation Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000, s. 5.

¹⁷ YOUROW, s. 13; BRAUCH, s. 116.

¹⁸ Çalışmamızda bundan böyle *AİHS* veya *Sözleşme* olarak anılacaktır.

¹⁹ Avrupa Konseyi bünyesinde, 18-19 Şubat 2010 tarihli İnterlaken, 26-27 Nisan 2011 tarihli İzmir ve 19-20 Nisan 2012 tarihli Brighton'da gerçekleştirilen AİHM'in Geleceği konulu konferanslarda AİHM'in yargılamasında karşılaşılan sorunlarla ilgili yeni çözüm önerilerinde bulunulmuştur. Bu çalışmaların sonucunda 31 Ekim 2012 tarihinde *İnsan Hakları Yönlendirme/Hazırlık Komitesince (Steering Committee for Human Rights)* 15 Nolu Ek Protokol'ün taslak metni kabul edilmiş ve 24 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılmıştır. Protokol'ün 7. maddesi uyarınca bu Protokol tüm taraf devletlerin onay tarihinden itibaren 3 aylık bir sürenin sona ermesini izleyen ayın 1. günü yürürlüğe girecektir. Türkiye 15 Nolu Protokolü 13 Eylül 2013 tarihinde imzalamış ve 2 Mayıs 2016 tarihinde onaylamıştır. 16 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla 15 Nolu Protokol'ün yürürlüğe girebilmesi için İtalya, İspanya, Yunanistan ve Bosna Hersek'in onaylaması

düzenlenmiştir. Buna göre Sözleşme ve ek protokollerinde yer alan hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikli olarak taraf devletlerin sorumlu olduğuna ilişkin *ikincillik* ilkesi ve AIHM'in yargısal denetimine tabi olduğu ifade edilen *takdir marjı* kavramı Sözleşme'nin başlangıç kısmına eklenecektir. Böylece içtihadi bir nitelik taşıyan takdir marjı doktrini, normatif bir dayanak elde edecektir.

Sözleşme sisteminde, bu şekilde bir gelişim gösteren takdir marjına başvururken Mahkemenin dayandığı gerekçe ise kararlarında şu şekilde ifade edilmektedir:

“Ulusal makamlar, ülkede yaşananlarla doğrudan ve sürekli ilişki içinde olduklarından, ahlaki gereklilikler gibi zaman ve mekâna göre değişebilecek konularda, getirilecek sınırlama ve cezalar hakkında görüş bildirirken uluslararası yargıçtan daha iyi pozisyondadırlar.”²⁰

Mahkemenin bu gerekçesi, yerel toplumsal özellikler açısından ulusal makamların daha fazla bilgiye sahip olması ile hak ve özgürlüklerin korunması görevinin öncelikli olarak üye devletlerde olmasından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan, ileride açıklanacağı üzere ikincillik ilkesi ve takdir marjı birbirini besleyen ve çok yakından ilişkili iki kavramdır. İkincillik ilkesinin Sözleşme'nin başlangıç kısmına eklenmesi bir anlamda malumun ilanıdır. Çünkü Sözleşme'nin 1. maddesine göre *“Yüksek Sözleşmeciler taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamakla yükümlüdür”*. Bu düzenlemenin 15 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesindeki ikincillik ilkesi tanımından tek farkı *“sorumluluğun öncelikle taraf devletlerde olduğu”* ifadesinin yer almamasıdır.

beklenmektedir. Bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf;
https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list//conventions/treaty/213/signatures?p_auth=ZPeG7K6m;
<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0911.pdf>. (Erişim tarihi 16.05.2018)

²⁰ **Handyside/The United Kingdom**, 07.12.1976, Başvuru No 5493/72, § 48. Mahkeme bu başvuruda bu gerekçeyi kullanmıştır ve günümüzde de aynı ifadeleri tekrarlamaktadır.

Dolayısıyla, uluslararası bir mahkeme olarak AİHM'in bu noktadaki görevi ise, taraf devletlerin yükümlülüğünü, AİHS'e uygun olarak yerine getirip getirmediğini denetleyerek, Sözleşme'nin uygulanmasına ikincil²¹ bir yetki ile katılmaktır. Mahkemenin ikincil konumu nedeniyle, Sözleşmeyi yorumlama yetkisi ilk aşamada ulusal makamlara aittir ve Mahkeme ikincilliği sağlamak için taraf devletleri belli bir takdir marjından yararlandırmaktadır. Bu açıdan takdir marjı ikincilliğin sağlanmasında yararlanılan bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece Mahkeme hassas bir nitelik arzeden, taraf devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri ile egemenliklerini dengeleme görevini yerine getirirken takdir marjını kullanmaktadır. Çünkü takdir marjının kapsamını, birey ile taraf devlet arasındaki uzlaşma derecesi, yarışan hak ve çıkarlar arasında olması gereken adil denge ve ahlâki konular gibi bir dizi faktör belirlemektedir.²² Bu konularda da taraf devletler egemenlik yetkilerini ön plana çıkarma eğilimi içindedirler.

²¹ Jonas CHRISTOFFERSEN, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, International Studies in Human Rights, Lieden-Boston, 2009, s.54 vd; Paolo G. CAROZZA, "Subsidiarty as a Strucratal Principle of International Human Rights Law", **The American Journal of International Law**, Vol. 97, No. 1, January 2003, s. 40; P. Van DIJK- G.J.H. Van HOOFF, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, First Edition, Kluwer Law İnternational, The Hague, 1998, s. 82; İlyas DOĞAN, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnsan Haklarının Korunması*", içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 397; GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, 2011, s. 146; ALGAN bu durumu insan haklarının korunmasında asli koruma görevinin devletlere ait olması şeklinde açıklamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALGAN, "**Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar**", s. 78-82.

²² Jean Paul COSTA, "On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments", **European Constitutional Law Review**, Vol. 7, 2011, s. 180.

Dolayısıyla Mahkeme, taraf devletlerin egemenlikleri ile sözleşmesel yükümlülüklerinin dengelenmesi hususunda karşılaştığı ikilemi çözme noktasında takdir marjından yararlanmaktadır. Bunu yaparken de bir yandan Sözleşme'nin uygulanmasında kullanılan uygun yorum ilkelerini geliştirmekte²³, diğer yandan da taraf devletlerin toplumlarındaki siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel farklılıkları dikkate almak durumunda kalmaktadır.²⁴ *Helper* ve *Slaughter* de benzer şekilde, Mahkemenin yerel karar organları ile ulus üstü normlar arasında yaşanan gerilime kayıtsız kalmadığının altını çizmektedir. Mahkemenin bu konudaki duyarlılığının kanıtı ise takdir marjı doktrini. Bu nedenle AİHM, ulusal makamların Sözleşme'yi yorumlama ve uygulama yetkisine çok uzak değildir.²⁵ Dolayısıyla takdir marjı doktrini, AİHM'in eski başkanı *Costa*'nın da ifade ettiği gibi, AİHM'in insan haklarına Avrupa çapında, sıkı ve tekdüze bir koruma sistemi getirmeye talip olmadığını açık bir ifadesidir.²⁶

Aslında bu açıklamalar ışığında, Mahkemenin takdir marjı doktrinini kullanmasının altında yatan nedenin, bir anlamda meşruiyetini koruma çabası olduğunu ifade etmek

²³ Çünkü Mahkemenin de sıklıkla dile getirdiği gibi “Sözleşme değişen günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belgedir.” Bkz. **Tyrer/The United Kingdom**, 25.04.1978, Başvuru No 5856/72, § 31; **X and Others/Austria**, 19.02.2013, Başvuru No 19010/07, § 139; **Demir and Baykara/Turkey**, 12.10.2008, Başvuru No 34503/97, § 146.

²⁴ R. St. J. MACDONALD, "The Margin of Appreciation", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER-H.PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 83.

²⁵ Laurence R. HELFER-Anne-Marie SLAUGHTER, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", **Yale Law Journal**, Vol. 107, Issue 2, November 1997, s. 273; Paolo G. CAROZZA, "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", **The American Journal of International Law**, Vol. 97, No. 1, January 2003, s. 74.

²⁶ COSTA, s. 180; benzer görüş için bkz. M. Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, 8. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 164

yanlış olmayacaktır. Şöyle ki, ulusal hukuk açısından dahi hakların yorumunun devletin diğer organ ya da kurumları yerine, en iyi değerlendirmesinin yargı organı tarafından yapılacağı görüşü sorgulanmaktadır. Bu durumda uluslararası bir mahkeme olan AİHM'in tek bir anayasal düzenin parçası olmaması ve farklı hukuki ve siyasal yapıya sahip birçok devletin eylemlerini denetlediği hususu göz önüne alındığında, uluslararası seviyede bu kaygıya ek olarak meşruiyet sorusu da ortaya çıkmaktadır.²⁷ Bu endişeler nedeniyle takdir marjı doktrini sayesinde, insan hakları normlarının yorumlanmasında yerel özelliklerin dikkate alınabildiği ve uluslararası mahkemelerin meşrulaştırıldığı ileri sürülmektedir.²⁸

Takdir marjının AİHM yargılamasında kullanılması gerekliliğine ilişkin bu argümanların karşısında ise aynı yoğunlukta eleştiriler de dile getirilmektedir. Öncelikle takdir marjının Mahkeme yargılamasında ne anlam ifade ettiği konusu oldukça karmaşık bir sorundur. Çünkü bu kavram hakların askıya alınmasından, yapılacak sınırlamalara, bu sınırlamalardaki meşru amacın tespitine ve hakların alanının belirlenmesinden pozitif yükümlülüklerin nasıl yerine getirileceğine kadar çok çeşitli konularda rol oynamaktadır.²⁹ Ayrıca yukarıda da belirtildiği gibi takdir marjı uygulanacağı durumun özelliklerine göre genişleyebilmekte ya da daralabilmektedir. Örneğin üzerinde bir Avrupa uzlaşısının mevcut olduğu durumlarda daralırken, ahlaki konular gibi göreceli ve

²⁷ George LETSAS, "The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", in **Constituting Europe The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context**, ed. Andreas FOLLESDAL-Birgit PETERS-Geir ULFSTEIN, Cambridge University Press, First Edition, Cambridge, 2013, s. 125-126.

²⁸ Aaron A. OSTROVSKY, "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", **Hanse Law Review**, Vol. 1 No. 1, 2005, s. 47; Van DIJK- Van HOOF, 1998, s. 84.

²⁹ GEMALMAZ, 2012, s. 163; Van DIJK- Van HOOF, 1998, s. 84.

bir konsensüsün bulunmadığı alanlarda çok genişlemektedir. Dolayısıyla AİHM yargılamasında “*kazuistik, düzensiz ve öngörülemez*” bir görünüme sahip olan bu doktrinin nasıl işlediğini basitçe formüle etmek çok güçtür.³⁰ Ayrıca takdir marjının, yerel özelliklerin AİHM yargılamasında dikkate alınmasını sağladığı şeklindeki savunular da insan haklarının evrenselliği ilkesini³¹ zayıflatmaktadır. Böylece ulusal farklılıklar ileri sürülerek insan hakkı ihlalleri takdir marjı adı altında meşrulaştırılabilecektir. Bu çalışmada da esas olarak bu sorunlar ele alınarak takdir marjının Mahkeme yargılamasında nasıl bir rol oynadığı araştırılacaktır.

C. Takdir Marjı Doktrininin AİHM'deki Kökeni

Yukarıda da belirtildiği gibi AİHS'in orijinal metninde doktrine rastlanmamakla birlikte, AİHM, takdir marjı kavramını kullanan ilk uluslararası mahkemedir. Aslında takdir marjı uluslararası insan hakları hukuku alanında Strasburg organları tarafından geliştirilen yargısal bir buluştur. Bununla birlikte kavramın kökeninde bazı Avrupa ülkelerinin idare hukukunda karşılaşılan benzer yargısal kavramlar yatmaktadır.³² Takdir marjı doktrininin kökeni Fransız Danıştay'ının (French Conseil d'Etat) idari yargı içtihatlarına ve ardından Kıta Avrupası kurumlarından sıkıyönetim hukukuna kadar uzanır. Ancak bu doktrinin AİHM yargılamasına yansması ve gelişimi çok farklı bir

³⁰ GREER, s. 5.

³¹ İnsan haklarının evrenselliği ilkesinin ne anlam ifade ettiği evrensellik-kültürel göreceliliğe ilişkin kısımda açıklanacaktır.

³² Andrew LEGG, s. 3; Van DIJK-Van HOOFF, s. 84.

ölçekte olmuştur.³³ İnsan haklarının korunmasında bölgesel sistemlerde karşılaşılan kültürel görecelik (cultural relativism), insan hakları alanında takdir marjı doktrininin doğmasına yol açmıştır.³⁴

Takdir marjı kavramı AİHM içtihatlarında ilk kez 15. maddedeki olağanüstü durumlarda AİHS'in güvencelerine getirilen ulusal muafiyetlere ilişkin kararda kullanılmıştır.³⁵ Ardından Sözleşme'nin diğer maddeleriyle ilgili yargılamalara da sirayet eden takdir marjı, günümüzde özellikle 8-11, 14, 15. maddeler ile 1 Nolu Protokol'ün 1, 2. ve 3. maddelerine ilişkin başvurularda ve son dönemde de 5. ve 6. maddeler bağlamında Mahkemenin denetiminde sıklıkla başvurduğu araçlardan biri haline almıştır.³⁶

1. Sözleşme'nin 15. Maddesine İlişkin Yunanistan/Birleşik Krallık ve Lawless/İrlanda Kararları

Takdir marjı doktrini ilk kez 15. maddeye ilişkin olan *Yunanistan/Birleşik Krallık (Kıbrıs Kararı)*³⁷ davasındaki Komisyon Raporu ile doğmuş ve uygulanmıştır.³⁸

³³ MACDONALD, s. 83; Ignacio de la Rasilla del MORAL, "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine", **German Law Journal**, Vol. 07, No. 06, 2006, s. 611; YOUROW, s. 14.

³⁴ MORAL, s. 611.

³⁵ **Greece/The United Kingdom**, 26.09.1958, Başvuru No.176/56

³⁶ MACDONALD, s. 83; YOUROW, s. 12-13; MORAL, s. 613.

³⁷ **Greece/The United Kingdom**, 26.09.1958, Başvuru No.176/56. Bu karara ulaşmak için bkz.

http://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_ENG.pdf,

file:///C:/Downloads/GREECE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20(Volume%20II).pdf.

Erişim tarihi 23.05.2018.

³⁸ DIJK-Van HOOFF, s. 84; YOUROW, s. 15; Zaim M. NECATİGİL, **Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kısacasında Türkiye**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 3-4; David HARRIS-Michael O'BOYLE-Colin

Yunanistan, Kıbrıs adasında *Birleşik Krallık* yönetimi tarafından gerçekleştirilen, sokağa çıkma yasağının kötüye kullanılması, kişilerin herhangi bir mahkeme izni olmadan uzun süre gözaltında tutulması şeklindeki uygulamaların Sözleşme'nin 5., 6. ve 15. maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuş ve bu başvuru Komisyon tarafından kabul edilmiştir. İngiliz tarafı ulusun hayatını tehdit eden olağanüstü hale ilişkin Sözleşme'nin 15. maddesinde, taraf devletlere Sözleşme hükümlerine aykırı tedbirler alma konusunda bağışıklık getirildiğini ve içinde buldukları olağanüstü durumda yapılan müdahalelerin Sözleşme'yi ihlal etmediğini ileri sürmüştür.³⁹

Komisyon yaptığı yargılama sonucunda *Kıbrıs* adasında mevcut olan olağanüstü durum nedeniyle yapılan uygulama ve müdahalelerin 15. maddeye aykırı olmadığını ve bu hükmün durumun gereklerine göre normalden daha ağır önlemler alınmasına izin verdiğini belirtmiştir. Ayrıca ulusun varlığını tehdit eden durumu bertaraf edebilmek için başvurulacak tedbirlerin seçiminde, durumun vehameti ve olaylara ilişkin doğrudan bilgi sahibi olması nedeniyle, ulusal makamların Komisyon'dan daha iyi bir pozisyonda olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle de taraf devletlere bu konuda takdir marjı tanınması gerektiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte 15. maddenin söz konusu takdir marjının Komisyon tarafından denetimini engellemediğinin de altını çizmiştir.⁴⁰ Böylece bu kararlar birlikte takdir marjının AİHM yargılamasındaki temelleri atılmıştır.

Komisyon, *Yunanistan/Birleşik Krallık* kararının ardından 1 yıl sonra, yine 15. maddeyle ilgili olarak *Lawless/İrlanda*⁴¹ kararında takdir marjını uygulamıştır. Karara

WARBRICK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, İkinci Baskı Çev. Mehveş Bingöllü KILCI-Ulaş KARAN, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 638-639.

³⁹ *Greece/The United Kingdom*, § 249-250, s. 246-248, s. 304-305.

⁴⁰ *Greece/The United Kingdom*, § 318, s.326.

⁴¹ *Lawless/Ireland*, 19.12.1959 tarihli *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) Raporu*, Başvuru No. 332/57. Komisyon Raporu için bkz.

konu olay bir inşaat işçisi olan *Lawless*'ın, *İrlanda* hukukundaki 1939 ve 1940 tarihli *Devlete Karşı Suçlar Kanunu*'na dayanarak, belli aralıklarla⁴² uzun süreli yağılmasız tutuklanmasının Sözleşme'nin 5, 6 ve 7. maddelerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.⁴³ *İrlanda Cumhuriyeti* ise 15. maddeye dayanarak savunmada bulunmuştur. Komisyon bu kararında da *Yunaistan/Birleşik Krallık* kararında uyguladığı takdir marjına atıf yaparak⁴⁴ ulusun yaşamını tehdit eden durumlara karşı kişileri koruma sorumluluğunun devletlere ait olduğunu ve devletlerin bu kapsamda Sözleşme'deki olağan yükümlülüklerinden bağımsızlık sağlayan olağanüstü hale karar verme ve bunun gerektirdiği tedbirleri alma hususunda belli bir takdir marjından yararlanması gerektiğine dolayısıyla söz konusu müdahalenin bu şartlarda Sözleşme'ye uygun olduğuna karar vermiştir.⁴⁵ Komisyon Başkanı *Waldock* bu değerlendirmeye ek olarak ulusal makamların olaylara ilişkin bilgi ve değerlendirme konusunda Komisyon'dan daha iyi pozisyonda olduğu için de devlete takdir marjının tanınması gerektiğine dikkat çekmiştir.⁴⁶

file:///C:/Users/Downloads/LAWLESS%20v.%20IRELAND%20(2).pdf. Erişim tarihi 23.05.2018.

Komisyonun bu raporu üzerine AİHM *Lawless/Ireland* hakkında aynı başvuru numaralı 3 karar vermiştir. Ancak bu kararlarda takdir marjı kullanılmamıştır. Bu başvuruya ilişkin takdir marjı Komisyon raporunda kullanılmıştır.

⁴² 21.09.1956-23.11.1956; 14.05.1957-16.06.1957; 08.07.1957-11.12.1957

⁴³ *Lawless/Ireland*, AİHK Raporu, § 1-11, s. 4-10.

⁴⁴ *Lawless/Ireland*, AİHK Raporu, *Opinion of President Waldock, Berg, Faber, Crosbie and Erim*, § 90, s. 85

⁴⁵ *Lawless/Ireland*, AİHK Raporu, *Opinion of President Waldock, Berg, Faber, Crosbie and Erim*, § 90, s. 85.

⁴⁶ *Lawless/Ireland*, AİHK Raporu, *Opinion of President Waldock*, s.119.

Sözleşme’de mutlak olarak yani hiçbir durumda sınırlanamayacağı düzenlenen haklar hariç⁴⁷, 15. maddede devletlere daha geniş bir hareket alanı verildiği için, takdir marjının ilk kez bu hüküm bağlamında dile getirilmesi şaşırtıcı değildir.⁴⁸ Çünkü 15. madde *savaş ve ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü durumlarda, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine ters düşmemek koşuluyla taraf devletlere Sözleşme’ye aykırı tedbirler alma yetkisi* tanımıştır. Bu hüküm istisnalar dışında genel bir muafiyet hükmü niteliğindedir. Bu bakımdan takdir marjının devletlere verilen değerlendirme serbestisi olduğu göz önüne alındığında, takdir marjı ile taraf devletlere tanınan muafiyet hakkı birbirine benzemektedir. Ancak aralarında bir nitelik farkı bulunmaktadır. Çünkü 15. madde ancak olağanüstü durumlarda başvurulabilecek daha kapsamlı bir serbesti tanırken, takdir marjı olağan dönemlerde Sözleşmesel hakların uygulanması açısından devletlere sınırlı bir hareket alanı sunmaktadır. Bununla birlikte 15. maddenin düzenlenme amacı ile takdir marjına başvurulma amacı da farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, tehdit ve tehlikenin ulusun yaşamını tehlikeye atacak boyutta ağır, yakın ve ciddi niteliği nedeniyle, olağan dönemlerde ve olağan sınırlamalarla bertaraf edilemeyen olağanüstü durumlar için Sözleşme’de 15. maddeye yer verilmiştir. Dolayısıyla 15. maddenin uygulanmasında da taraf devletler takdir marjından yararlanacaktır. Yunanistan/Birleşik Krallık ve Lawless/İrlanda kararlarında da görüldüğü gibi, Mahkeme genellikle bu maddeyle ilgili şu iki hususun değerlendirilmesinde taraf devletlere takdir marjı tanımaktadır: Birincisi savaş ya da diğer olağanüstü bir halin varlığı ve derecesi ile bu durumun Sözleşme’nin askıya alınması gerekliliğinin değerlendirilmesindedir. İkincisi bu durumlarla başa çıkabilmek için uygun araçların ve önlemlerin belirlenmesindedir. Ulusal makamlar bu

⁴⁷ Maddenin 2. fıkrasına göre bu hüküm meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2., 3. ve 4. maddeler ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermemektedir.

⁴⁸ MACDONALD, s. 85.

konularda AİHM'in denetimine tabi olmakla birlikte oldukça geniş bir takdir marjından yararlanacaktır.

Ayrıca şu da belirtilmelidir ki, 15. maddenin olağanüstü bir duruma ilişkin olması nedeniyle, bu konuda temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar da daha istisnai ve ağır olabilecektir. Dolayısıyla 15. maddeye ilişkin yapacakları değerlendirmede, taraf devletler Sözleşme'deki diğer haklara kıyasla daha geniş bir takdir marjından yararlanacaktır. Ancak, ilke olarak egemen devlete ait bulunan bu takdir marjı sınırsız olmayıp, özellikle kriz döneminin gerektirdiği gerçek ihtiyaç ölçüsünün aşılmayıp aşılmadığı noktasında Mahkemenin denetimi altındadır. Mahkeme bu denetim görevini yerine getirirken askıya alınan hak ya da güvencelerin niteliği, olağanüstü halin süresi ve nedenleri gibi etkenleri göz önünde tutmalıdır.⁴⁹

2. Takdir Marjının Sözleşme'nin Diğer Maddelerine İlişkin Davalarda da Uygulanmaya Başlaması

15. maddeye ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde uygulanarak Mahkeme yargılamasına giren takdir marjı, kısa bir süre sonra Sözleşme'nin diğer maddeleriyle ilgili başvurularda da uygulanmaya başlamıştır.⁵⁰ Bununla birlikte takdir marjı doktrininin açıkça kullanıldığı ve tam anlamıyla değerlendirildiği karar

⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 406; YOUROW, s.15-16; ARAI-TAKAHASHI, s.179-180.

⁵⁰ **De Wilde, Ooms ve Versyp/Belgium**, 18.06.1971, Başvuru No 2832/66; 2835/66; 2899/66, § 93; **Handyside/The United Kingdom**, 07.12.1976, Başvuru No 5493/72, § 47-49; **Klass and Others/Germany**, 06.09.1978, Başvuru No 5029/71, § 48; **Sunday Times/The United Kingdom**, 26.04.1979, Başvuru No 6538/74, § 58-59.

Handyside/Birleşik Krallık davasında verilmiştir.⁵¹ Ortak bir Avrupa ahlakının mümkün olup olamayacağını sorgulandığı bu davada, Mahkeme zaman ve mekana göre değişen bir kavram olarak ahlaki konulara ilişkin uyumsuzluklarda neden takdir marjına başvurulması gerektiğini şu gerekçelerle açıklamıştır:

*“Taraflar devletlerin iç hukukunda tek bir Avrupa ahlakı kavramı bulmak mümkün değildir. Bu konudaki görüşlerin hızla evrim geçirdiği günümüzde, ahlaki gerekliliklere ilişkin yaklaşım zamana ve mekâna göre değişmektedir. Ulusal makamlar, ülkede yaşananlarla doğrudan ve sürekli ilişki içinde olduklarından, ahlaki gereklere getirilecek sınırlama ve cezalar hakkında görüş bildirirken uluslararası yargıdan daha iyi konumdadır. Bu kapsamda yapılacak müdahalenin gerekliliği ve toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını öncelikle ulusal makamlar değerlendireceği için bu konuda devletlere bir takdir marjı tanınması gerekir.”*⁵²

Mahkemenin bu ifadeleri aslında takdir marjının ne anlam ifade ettiğini, neden uygulandığını ve hangi konularda uygulanacağına ilişkin kuvvetli ipuçları sunmaktadır. Bu karar takdir marjı konusunda Mahkemenin mihenk taşı niteliğindeki kararı halini almıştır ve Mahkeme ne zaman takdir marjına başvuracak olsa neredeyse istisnasız bir şekilde, bu kararın yukarıdaki 48. paragrafına atıf yapmaktadır.

⁵¹ Bu kararın geniş kapsamlı analizini çalışmanın Sözleşme'nin 10. Maddesi kapsamında takdir marjının uygulanması kısmında yapacağımız ve tekrara düşmemek için burada kısaca incelenmiştir. Bkz. s. 226 vd.

⁵² **Handyside/The United Kingdom**, § 48.

II. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN İLİŞKİLİ OLDUĞU AİHM İLKELERİ

A. Takdir Marjı Doktrini ve Orantılılık İlkesi

1. Orantılılık İlkesi (Proportionality)

Hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen orantılılık ilkesi, ulusal⁵³ ve uluslararası insan hakları alanında sıklıkla başvurulan bir ilkedir. Bu bakımdan insan hakları ile orantılılık ilkesi her zaman bağlantılı olmuştur. Aslında *Aydınlanma Çağı* 'ndan itibaren kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlüklerini dengeleme sorunu siyaset ve hukuk felsefesinin ana sorunlarından biri haline gelmiştir.⁵⁴

AİHS'in tamamının yorumuna nüfuz eden orantılılık ilkesi, yarışan çıkarlar arasında *adil bir denge bulunması (fair balance)* gerekliliğini ifade etmektedir. Sözleşme'de güvenceye bağlanmış temel haklardan kabul edilebilir bir sapmayı öngören birçok durumda orantılılık ilkesinin uygulandığı görülmektedir. Bu ilke özellikle sınırlandırmaya neden olan meşru ihtiyaç ve kamu yararına göre sınırlandırma derecesinin aşırı olmamasını; diğer bir deyişle makul olmasını gerektirir. Toplumun talepleri ile bireyin temel haklarının gerekleri arasındaki adil bir denge arayışı Mahkemenin deyişiyle sözleşme sisteminin doğasında vardır.⁵⁵ Bu nedenle orantılılık

⁵³ 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesinde "...temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir."

⁵⁴ Jaime ORAA, **Human Rights in States of Emergency in Intentional Law**, Clarendon Press, Oxford, 1992, s. 140; Orantılılık ilkesinin kökeni ve tarihi perspektifi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CHRISTOFFERSEN, s. 33-44.

⁵⁵ **Soering/The United Kingdom**, 7.7.1989, Başvuru No 14038/88, § 89; Van DIJK- Van HOOFF, 1998, s. 80; benzer görüş için bakınız. CHRISTOFFERSEN, s. 31 vd; DOĞAN, 2015, s. 394.

ilkesinin sözleşme sisteminde genel bir ilke statüsüne sahip olduğu söylenebilir.⁵⁶ Bu kapsamda 1995 yılında AİHM'in Başkan Yardımcısı olan *John Joseph Cremona* "Orantılılık ilkesinin Sözleşme'de açıkça yer almamasına karşın, Sözleşme sisteminin doğasında olduğunu ve insan hakları korumasının ayrılmaz bir parçası olduğunu" ifade etmiştir.⁵⁷

Mutlak nitelikteki (sınırlanamaz ya da askıya alınamaz) haklar ve özgürlükler dışında hiçbir hak veya özgürlük sınırsız değildir. AİHS de koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin sınırlandırma sebeplerini açıkça düzenlemiştir. Ayrıca Mahkeme hak ve özgürlüklerin kendi bünyelerinde mevcut zımnî sınırların da varlığını kabul etmektedir⁵⁸. Ancak burada hak ve özgürlükler sınırlandırılırken, müdahalenin nereye kadar uzanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu soru ise orantılılık veya adil denge ölçütü ile çözüme kavuşturulmaktadır. Orantılılık, bireysel haklar ile toplumun genel yararına ilişkin yapılan değerlendirmenin doğasında bulunmaktadır.⁵⁹ Sözleşme'nin koruma sisteminde sınırlamaya ilişkin kabul edilen esas, tedbirde ya da müdahalede "ölçülülük" veya "orantılılık"tır. Kavram genel olarak iki ayrı ve farklı çıkar arasındaki dengeyi; konumuz açısından ise ulaşılmak istenen meşru amaç ile müdahalenin gerekçesi olan amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki orantılılığı ifade etmektedir. Diğer bir deyişle

⁵⁶ Van DIJK- Van HOOFF, 1998, s. 80.

⁵⁷ Jonas Joseph Cremona, "The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights," **Recht Zwischen Umbrauch und Bewahrung-Festschrift für Rudolf Nernhardt**, Eds. I Beyerlin, M. Bohte, R. Hoffmann and E.-U. Petersmann, Berlin: Max-Planck-Istitut für Ausländisches Öffentliches Recht un Völkerrecht, 1995, s. 323-330, s. 323, nakl. CHRISTOFFERSEN, s.2

⁵⁸ **Golder/The United Kingdom**, 21.02.1975, Başvuru No 4451/70, § 37, 56-59; **Mathieu-Mohin and Clerfayt/Belgium**, 2.2.1987, Başvuru No 9267/81, § 52; **Brogan and Others/The United Kingdom**, 29.11.1988, Başvuru No 11209/84 11234/84 11266/84 11386/85, § 89.

⁵⁹ ARAI-TAKAHASHI, s. 14.

orantılılık, sınırlama (müdahale) ile elde edilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar (sınırlamadan doğan mahrumiyet) arasındaki dengedir.⁶⁰

Taraf devletin müdahalede adil dengeyi aşip aşmadığının tespitinde Mahkeme orantılılık testini tek şekilde uygulamamaktadır. Farklı durumlar için değişik yollara başvurmuştur. Çünkü orantılılık ölçütünün yoğunluğu/derecesi uygulandığı hak ya da özgürlüğün niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle 2. maddedeki “*mutlak gereklilik*” ile 8-11. maddelerdeki “*demokratik toplum gerekleri*” bağlamında orantılılığın derecesinin farklı olduğu ve dolayısı ile mutlak gereklilik öngören hükümlerin daha katı ve dar kapsamlı uygulanacağı belirtilmiştir.⁶¹ Buna karşılık mülkiyet hakkı konusundaki “*adil denge ölçütü*”⁶² çok daha esnek ve yumuşak bir şekilde uygulanmaktadır.⁶³

Mahkemenin orantılılık değerlendirmesini esnek bir şekilde yaptığı diğer bir alan da 15. maddenin 1. fıkrasında yer alan olağanüstü dönemlerde devletin Sözleşme’deki hakları askıya alması durumudur. Bu durum yukarıda da değinilen *Lawless/İrlanda* kararında açıkça ifade edilmiştir. *Lawless* kararında orantılılık değerlendirmesi Komisyon içinde bazı anlaşmazlıklar yaratmıştır. Komisyonun azınlıkta kalan üyeleri (6 üye), alınan önlemlerin kesinlikle gerekliliğini ve bunun objektif yorumunu ileri sürerek

⁶⁰ **Soering/The United Kingdom**, § 89; **Cossey/The United Kingdom**, 27.09.1990, Başvuru No 10843/84, § 41; **Fayed/The United Kingdom**, 21.09.1994, Başvuru No 17101/90 § 71; Van DIJK-Van HOOF, 1998, s. 81; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 145; ARAI-TAKAHASHI, s. 14;

⁶¹ **Mc Cann and Others/The United Kingdom**, 21.09.1995, Başvuru No 18984/91, § 149; **Oğur/Turkey**, 20.05.1999, Başvuru No 21594/93, § 78; **Güleç/Turkey**, 27.07.1998, Başvuru No 21593/93, § 71-73; **Salman/Turkey**, 27.06.2000, Başvuru No § 98.

⁶² **Sporrong ve Lönnroth/Sweden**, 23.9.1982, Başvuru No 7151/75 7152/75, § 69; **AGOSI/The United Kingdom**, 24.10.1986, Başvuru No 9118/80, § 52; **Inze/Austria**, 28.10.1987, Başvuru No 8695/79, § 41.

⁶³ Van DIJK-Van HOOF, 1998, s. 81; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s.146.

bu istisna hükümlerinin sıkı bir şekilde denetlenmesinin zorunluluğunu ifade etmiştir.⁶⁴ Bu görüşe göre eğer devlet başka bir önlem almış olsaydı ve bu durumda bireylerin hakları daha az zarar görecekti idiyse Mahkemenin, bu tutumu orantılılık ilkesine aykırı bulması gerekecekti. Komisyonun çoğunluktaki üyeleri (8 üye) ise daha esnek bir yorumu tercih ederek, devletin durumun gereklerini değerlendirmede AIHM'den daha elverişli durumda olması ve 15. maddenin devlete geniş bir takdir marjı vermesi gerekçesiyle hükümetin önlem araçlarını seçme hakkı olduğunu belirtmiştir.⁶⁵ Bunun ardından ise şaşırtıcı bir şekilde oybirliğiyle orantılılık şartının yerine getirildiğine karar vermiştir.⁶⁶

Bunun yanı sıra Mahkeme genel yarar ile bireysel yarar arasında kurulacak adil dengeyi, hakların korunmasında devlete düşen "pozitif mükellefiyetler" konusunda da aramaktadır.⁶⁷

Orantılılık denetiminde ispat yükünün (*burden of proof*) hangi tarafa ait olduğu sorusu da önem taşımaktadır. Mahkeme, belirli bir müdahale için acil toplumsal ihtiyaç baskısının varlığının ulusal makamlar tarafından kanıtlanmasını ya da başvuru tarafından da bu şekildeki önlemin gerekliliğinin çürütülmesini değerlendirmelidir. Aynı zamanda başvuru ya da davalı devletin kanıtlama yükümlülüğünün derecesinin ne olması gerektiği de tespit edilmelidir.⁶⁸

⁶⁴ **Lawless/Ireland, AIHK Raporu**, § 110, s. 141-144.

⁶⁵ **Lawless/Ireland, AIHK Raporu**, § 106-107, s.119, 136.

⁶⁶ ORAA, s. 144-146.

⁶⁷ **Rees/The United Kingdom**, 17.10.1986, Başvuru No 9532/81, § 36-37; Van DIJK-Van HOOF, 1998, s. 81; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s.146.

⁶⁸ ARAI-TAKAHASHI, s. 15.

2. Takdir Marjı Doktrini ve Orantılılık İlişkisi

Uluslararası insan hakları hukukunda orantılılığın doğru bir tanımının yapılabildiğini sağlayan anahtar “*orantılılık ile takdir marjı arasındaki ilişkiyi*” anlamaktır.⁶⁹ Çünkü orantılılık ve takdir marjı arasındaki etkileşim AİHS’in yorumunun doğasında vardır.⁷⁰ Örneğin *Arai-Takahashi* orantılılık ilkesi ile takdir marjı arasındaki ilişkiyi bir “*madeni paranın iki yüzü*” olarak tanımlamaktadır. Çünkü orantılılık denetimi katı bir şekilde yapıldığında, devletlerin takdir marjı daralır.⁷¹ Dolayısıyla genel olarak orantılılık ile takdir marjı arasında ters yönlü bir ilişkinin olduğu ifade edilebilir. Ayrıca AİHM yargılamasında orantılılık daha yoğun ve sıklıkla kullanılan bir ilke haline gelmişken; takdir marjı daha dar olarak ve yalnızca ulusal makamlara sınırlama konusunda izin ya da değerlendirme serbestisi verilirken kullanılmıştır. Bu kapsamda Sözleşme’deki bir hakka yapılan müdahale makul ya da adil denge koşulunu sağlıyorsa, ulusal makamların takdir marjı sınırları içinde hareket ettiği kabul edilir.⁷²

Orantılılık ve takdir marjı arasındaki ilişkinin açıklanmasında ileri sürülen bir diğer görüşe göre, orantılılık ilkesi, ulusal makamların takdir marjını aşp aşmadığının belirlenmesinde kullanılan bir araçtır. AİHM’in eski yargıçlarından *Matscher* orantılılık ilkesini, *doğru ve sınırlı uygulanan bir takdir marjı* olarak tanımlamaktadır.⁷³ Yine eski

⁶⁹ LEGG, s. 177.

⁷⁰ Aaron A. OSTROVSKY, "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", **Hanse Law Review**, Vol. 1, No. 1, 2005, s. 49.

⁷¹ ARAI-TAKAHASHI, s. 14; benzer görüş için bkz. LEGG, s. 194; CHRISTOFFERSEN, s. 31.

⁷² ARAI-TAKAHASHI, s. 14.

⁷³ F. MATSCHER, “Methods of Interpretation of the Convention”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H. PETZOLD (eds), **The European System for the Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 79.

yargıç *Spielmann* da benzer şekilde orantılılık ilkesini takdir marjını etkileyen en önemli, belki de en belirleyici faktör olarak tarif etmektedir.⁷⁴ AİHM yargılamasında bizzat görev almış yargıçların bu değerlendirmesi esasında Mahkemenin de orantılılık ve takdir marjı arasındaki ilişkiye yaklaşımı hakkında ipucu sunmaktadır. Bu görüşte dikkat çeken husus ise, takdir marjının ön plana çıkarılarak, orantılılığın bir araca indirgenmesidir.

AİHM'in orantılılık denetiminde başvurduğu yöntemlerden biri de karşılaştırmalı hukuktan yararlanmaktır. Buna göre, bir üye devletin Sözleşme'deki bir hakka getirdiği sınırlamada alınan önlemin orantılı olup olmadığının tespitinde, diğer üye devletlerin uygulamalarına bakmaktadır. Çoğu durumda bu değerlendirme, diğer üye devletlerin uygulamasını, ilgili devletin Sözleşme'den sapmasını haklılaştırmak için ileri sürülebilmektedir. Bazı durumlarda ise, özellikle belli bir konuda bir Avrupa uzlaşmasının yokluğu, orantılılık değerlendirmesinde sınırlayıcı diğer bir deyişle orantılılık denetimini esneten bir faktör olabilmektedir. Ayrıca AİHS bakımından, tartışmasız bir şekilde çoğunluğun hukukunun uygulanması, Sözleşme'nin özerkliği standartını, ulusal yasaların asgari bir ortak paydasına indirgeyebilir. Çoğunluğun uzlaşmasına dayanan uygulamanın da mutlaka bireyin haklarını daha iyi koruduğu görüşü her zaman doğru olmayacağı için⁷⁵ bu yaklaşım Sözleşme'nin koruma sistemini zayıflatabilir.

Orantılılık denetimine daha somut bir yaklaşım sergileyerek, bu yaklaşımını matematiksel olarak formülize eden *Legg'e* göre de Mahkemenin karar verme sürecinin ön aşaması, ilgili tüm bulgu ve bilgilerin toplanmasını içerir. Söz konusu bulgu ve bilgiler davadaki birinci ve ikinci dereceden nedenlerin tamamını kapsar. Orantılılık

⁷⁴ Dean SPIELMANN “Allowing the Right Margin the European Court Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, Centre for European Legal Studies Working Paper Series, Cambridge, 2012, s. 22.

⁷⁵ ARAI-TAKAHASHI, s. 15.

değerlendirmesi ise karar verme sürecinin son aşamasıdır ve bu hususta sadece birinci derece nedenlerin dikkate alınması düşüncesi yaygındır. Orantılılıkta kullanılan “*adil denge*” metaforu genellikle sınırlamaya gerekçe gösterilen birinci derece nedenlerin, ikinci derece nedenler tarafından etkilenip etkilenmediğini ya da nasıl etkilendiğini dikkate almaksızın ağırlıklı olarak, mevcut durumdaki birinci dereceden yarışan çıkarlar ya da nedenler arasındaki denge olarak düşünülmektedir. Ancak bu durumda orantılılık değerlendirmesi çok sınırlandırılmaktadır. *Legg*, ayrıca her zaman olmamakla birlikte genellikle ikinci dereceden nedenlerin takdir marjı kavramı ile birlikte tartışıldığını ifade etmektedir. Oysa devletin haklılığının tartışılabilir olduğu karmaşık davalarda, AİHM dava ile ilgili tüm nedenleri dikkatli bir şekilde değerlendirmelidir.⁷⁶

⁷⁶ LEGG, muhakeme sürecini açıklamak için matematiksel bir formül kullanılarak birinci ve ikinci derece nedenlerin nasıl bir etkileşim içinde olduğunun gösterilebileceğini düşünmektedir.

ÖRNEK 1: $C(A)+B=KARAR$, C ikinci derece neden, örneğin uluslararası uzlaşma seviyesi, A devletin lehine olan birinci derece neden, B başvuru lehine olan birinci derece neden. C'nin niteliğine bağlı olarak Mahkemenin kararını etkileyebilecek farklı ihtimaller ortaya çıkabilir. 1- C, devletin sınırlanmasına temel olan birinci derece neden A'yı güçlendirebilir. 2- C, A'yı zayıflatabilir ama yine de A yönünde karar verilebilir. 3- C, A'yı zayıflatarak B yönünde karar verilmesini sağlayabilir. 4-C, A'yı güçlendirebilir ama yine de B'ye karar verilebilir. Bu anlatım, formülün en basit örneğidir. Uygulamada gerçekçi bir bakış açısıyla, devlet lehine olan birkaç birinci derece neden ve her biri farklı etki eden birden fazla ikinci derece neden olursa bu sembolik formül daha karmaşık hale gelebilir.

ÖRNEK 2: $(D(A+H(B)) + H(C)) + (D(E+F) +G) =KARAR$ Burada A, B ve C devlet lehine olan birinci derece nedenlerdir. E, F ve G başvuru lehine olan birinci derece nedenlerdir. D ve H ise devlet lehine olan A, B ve C ile başvuru lehine olan E ve F'yi etkileyen 2. derece nedenlerdir. Bu örnekte H sadece birinci derece nedenlerden B ve C'yi etkiler. D uluslararası uzlaşma seviyesi olabilir. D devlet lehine olan A ve B'nin uyumunu güçlendirirken; E ve F'nin uyumunun gücünü azaltabilir. H mahkemenin göreceli tutumuna göre B ve C arasındaki bağlantıyı güçlendirebilir ya da zayıflatabilir. Diğer bir ihtimal C davada ilgisiz bir husus olabilir; G davaya yeni bir şey katmıyor olabilir ya da H dava sonucunu etkilemiyor olabilir.

Legg'e göre AİHM'de yapılan yargılamada, önerdiği hesaplama sisteminin uygulandığı birçok durum vardır. Buna örnek olarak ise *Odièvre/Fransa*⁷⁷ kararını vermektedir. Söz konusu davada *Fransa*, orantılılıkla ilgili savunmasında birinci derece nedenlerin⁷⁸ yanında ikinci derece nedenleri⁷⁹ de ileri sürmüştür ve Mahkeme bu nedenleri birlikte ele almış, ikinci derece nedenlerin değerlendirilmesinde takdir marjını uygulamıştır.⁸⁰

Davaya yansıyan olayın konusu doğal ailenin (somut olayda annenin) kimliğinin çocuktan gizli tutulmasıdır. Olayda, çocuğu doğuran anne doğumun gizli tutulmasını istemiş, çocuk üzerindeki haklarından feragat ederek çocuğu idareye vermeye ilişkin gerekli belgeleri imzalamış ve çocuk daha sonra bir aileye evlatlık verilmiştir. Başvurucunun 20 yıl kadar sonra doğumuyla ilgili koşulları, annesinin ve kardeşlerinin kim olduğunu öğrenmesini sağlayacak gizli belgelerin kendisine verilmesi talebi reddedilmiştir. Mahkeme başvuruyu 8. madde açısından değerlendirmiştir.⁸¹

Mahkemeye göre olayda yetişkin iki kişinin çatışan çıkarları vardır. Bir yandan, kişinin özel yaşam kavramının geniş yorumlanmasından kaynaklanan kökenlerini bilme hakkı vardır; diğer yandan kadının uygun koşullarda doğum yaparak sağlığını korunması için, kimliliğinin gizli kalmasında çıkarı bulunur.⁸² Ayrıca gizli doğumlar sorunu, evlat edinen anne babalar ile doğal ailedeki baba ve diğer aile üyelerinin çıkarlarından soyut

Bu durumda bu değişkenlerin değerlendirmesi gerekmebilir. Görüldüğü üzere burada birçok değişken ve ihtimal söz konusu olabilir. Bkz. LEGG, s. 194-196.

⁷⁷ *Odièvre/France*, 13.02.2003, Başvuru No 42326/98.

⁷⁸ *Odièvre/France*, § 37.

⁷⁹ *Odièvre/France*, § 49.

⁸⁰ LEGG, s. 196-197; ayrıntılı bilgi için bkz. Osman DOĞRU-Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 46-47.

⁸¹ *Odièvre/France*, § 9-14, 24.

⁸² *Odièvre/France*, § 44.

olarak incelenemez. Ayrıca Fransız yasa koyucu, gebelik sırasında annenin ve çocuğun sağlığının korunmasını, yasadışı kürtajdan kaçınılmasını ve çocukların hukuk dışı terk edilmesinin önlenmesini istemiştir. Mahkeme devletin yasal düzenlemesini devletin “takdir marjı” bakımından inceleyerek, birinci ve ikinci derece nedenler birlikte dikkate alındığında Fransa’nın takdir marjını aşmadığına ve 8. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.⁸³

B. Takdir Marjı Doktrini ve İkincilik İlkesi

1. İkincilik (Subsidiarity) İlkesi

AİHM’in yargılamasında oldukça önemli bir yere sahip olan ikincilik (subsidiarity) ilkesi⁸⁴ insan haklarının korunmasında asıl sorumluluğun devletlere ait olduğunu ifade

⁸³ **Odièvre/France**, § 47-49. Mahkemenin benzer şekilde incelediği başka karar için bkz. **Cumpana ve Mazare/Romania**, 17.12.2004, § 110-113.

⁸⁴ Bu konuda detaylı bilgi için yararlanılabilecek kaynaklar: ALGAN, “**Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar**”, s. 78-82; Paolo G. CAROZZA, “Subsidiarty as a Strucrural Principle of International Human Rights Law”, **The American Journal of International Law**, Vol. 97, No. 1, January 2003, s. 38-79; M. Carter WILLIAM, “Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication”, **Journal of Public Law&Policy**, Vol. 30, 2008-2009, s. 319-334; Jean Paul COSTA, “On the Legitimacy of the European Court of Human Rights’ Judgments”, **European Constitutional Law Review**, Vol. 7, 2011, s. 173-182; A. KOVLER, “The Enforcement of European Court Judgments: Subsidiarity and/or Sovereign Will?”, **Law of Ukraine**, No. 5-6, 2011, s. 143-147; Francesco De Santis di NICOLA, “Principle of Subsidiarity and ‘Embeddedness’ of the European Convention on Human Rights in the Field of the Reasonable-Time Requirement: the Italian Case”, **Jurisprudence**, Vol. 18, No. 1, 2011, s. 7-32; Monica LUGATO, “The ‘Margin of Appreciation’ and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity”, **Journal of Catholic Legal Studies**, Vol. 52, No. 49, 2013, s. 49-70; Jolanta BIELIAUSKAITE, “The Impact of the Principle of Subsidiarity on the Implementation of Socio-Economic

etmektedir. *Algan* bu genel kabulün başlıca iki nedene dayandığını ifade etmektedir. Buna göre ikincilliğin dayandığı ilk neden, temel hak ve özgürlüklerin öncelikle devlete karşı verilen bir mücadelenin sonucunda kazanılmış olmasıdır. Dolayısıyla bu hak ve özgürlüklere ilişkin ilk önce ulusal makamlara karşı talepte bulunulacaktır. İkinci neden ise, insan haklarının korunmasında ulusal makamların sahip olduğu imkân ve araçların uluslararası mahkemelere göre daha etkili ve elverişli olmasıdır.⁸⁵

Diğer bir görüşe, uluslararası insan hakları hukukunda, evrensel olarak kabul edilen insan onuru ile bu ilkeyi zayıflatan kültürlerin çeşitliliğine saygı arasında doğal bir gerilim vardır. İşte bu noktada, ikincilik ilkesinin (subsidiarity), küreselleşen dünyada çoğulculuk ve ortak iyinin kutupları arasında uzlaşmayı sağlamak için bir araç ve uluslararası insan hakları hukukunun anlaşılması yolunda yardımcı olduğu ileri sürülmektedir. Bu açıdan ikincilik ilkesinin, uluslararası insan hakları sisteminin devamlılığının sağlanmasında yapısal bir ilke olduğu da ifade edilmektedir.⁸⁶

Batı siyasal düşünce tarihinin doğurduğu köklü ilkelerden biri olan ikincilik ilkesinin etki alanı, yakın dönemde gözle görülür bir şekilde daha da genişlemiştir. Avrupa Birliği'nin temel anayasal ilkelerinden biri olarak ikincilliği benimsemesi sayesinde, ilke Katolik Kilisesi'nin sosyal felsefesi⁸⁷ ve Alman hukukunun dar

Human Rights in Lithuania: Theoretical Approach”, **Juriprudence**, Vol. 19, No. 1, 2012, s. 231-248; Nicholas ARONEY, “Subsidiarity: European Lessons for Australia’s Federal Balance”, **Federal Law Review**, Vol. 39, 2013, s. 213-234; DOĞAN, 2015, s. 397-398.

⁸⁵ ALGAN, “**Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar**”, s. 79-80.

⁸⁶ CAROZZA, s. 38; KOVLER, s. 143; CHRISTOFFERSEN, s. 232 vd.

⁸⁷ CAROZZA, s. 38-39; Katolik Kilisesi'nin ikincilliğe ilişkin yaklaşımı ve AB'nin ikincilliği benimsemesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Herbert PETZOLD, “The Convention and the Principle of Subsidiarity”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), **The European System for the Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 41-42; Annette RUPP-SWIENTY, **Die Doktrin von der Magrin of Appreciation in der Rechtsprechung des**

sınırlarından kurtulmuştur. 2000 yılının Aralık ayında Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabulü ile ikincillik ilk kez resmen insan hakları alanına da taşınmıştır.⁸⁸

Yargıç Kovler'e göre, Avrupa devletlerindeki egemenlik taraftarları ile AIHM arasında sıklıkla yaşanan çatışmalar nedeniyle ikincillik ilkesinin yorumu, egemenlik savunucuları için favori bir konu haline gelmiştir.⁸⁹ Bu yaklaşıma üye devletlerin de egemenlik hakkına saygı taleplerinin eşlik etmesi sonucunda, henüz yürürlüğe girmemiş

Europaischen Gerischtshofs für Menschenrechte, Europarecht-Völkerrecht Studien und Materialien, Band 59, München, 1999, s. 227-229; ARONEY, s. 213 vd; CARTER, s. 321-322; Tolga ŞİRİN, "Takdir Marjı Doktrini..." s. 383 vd. *Bu ilkenin kökeninin Katolik Kilisesi'nin Oudragesimo Anno Bildirgesi'ne dayandığı kabul edilmektedir. Bildirge'ye göre: "Tarihin açık olarak ortaya koyduğu gibi, yeni koşullarda eskiden daha küçük topluluklar tarafından yerine getirilen ödevler, şimdi artık sadece daha büyük topluluklar tarafından yerine getirilmektedir. Bununla birlikte şu en üstün sosyal felsefe ilkesi her zaman için değiştirilmeden ve saptırılmadan uygulanmalıdır: Bireyin kendi girişimi ve kendi gücüyle yapabilecekleri ondan alınarak topluluk işlevleri arasına alınmayacağı gibi, daha küçük ve alt düzeydeki toplumsal yapıların yerine getirebilecekleri işler için daha büyük ve üst düzeydeki toplulukların müdahale etmesi de hakkaniyete aykırıdır. Böyle bir müdahale toplum düzenine zarar verir. Her toplumsal eylem, kavram olarak ve doğası gereği ikincildir; toplumsal bünyenin üyelerini desteklenmeli, kesinlikle onların yerine geçilmemelidir. Devlet alt düzeyde görülebilecek işleri daha küçük topluluklara bırakmalıdır. Böylece devletin kendisi de önderlik, düzenleme, denetim gibi yönleriyle sadece kendi yetki alanına giren işlere müdahale için daha özgürdür ve daha etkili müdahaleye hazır olacaktır. Devlet gücünü elinde bulunduranlar şundan emin olmalıdırlar ki değişik toplumsal düzeylerdeki çoğulcu yapı, subsidiarite ilkesinin sıkı bir uygulamasıyla ne kadar iyi gözetilirse toplumsal otorite ve üretkenlik de o kadar güçlü olur; devletin işleri daha iyi gider."* bildiriye ilişkin bkz. Bilal CANATAN, "Bir AB Hukuku İlkesinin Fikir Kaynakları: Totaliterizme Karşı Subsidiarity", Liberal Düşünce, C. 10, S.38-39, 2005, s. 135-147; ŞİRİN. s. 384

⁸⁸ CAROZZA, s. 39.

⁸⁹ KOVLER, s. 145.

olan 15 Nolu Protokol'ün⁹⁰ 1. maddesinde ikincillik ilkesi ve takdir marjının Sözleşmenin başlangıç metnine ekleneceği düzenlenmiştir.

İkincillik ilkesini genel olarak şu şekilde tanımlamak mümkündür:

“...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özel bağlamında [ikincillik ilkesi] Sözleşme'de korunan haklara saygıyı güvence altına almak görevinin ilk olarak ve her şeyden önce Mahkemeden çok Sözleşmeciler Devletlere ait olduğu anlamına gelir. Mahkeme, yalnızca yerel otoritelerin bu görevi yerine getirmekte başarısız olmaları halinde müdahale edebilir ve etmelidir.”⁹¹

AİHS açısından ise ikincillik ilkesinin mevcut durumda sözleşme metninde yer almaması, bu esasın AİHS'in örgütlenme yapısı içerisinde dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Ulusal insan haklarına ilişkin hüküm ve mekanizmalar Sözleşme'nin normatif yapısı ile usul kurallarının sağlaştırılması amacıyla vardır. Sözleşme'de ise ikincillik ilkesi kişi haklarının güvence altına alınmasında ulusal hukuk sistemlerine ek bir çare olarak tasarlanmıştır. İnsan haklarının hem ulusal hem de Avrupa düzeyinde korunması birlikte düşünülmelidir. Sözleşme'nin belli hükümleri de bu temel felsefeyi kanıtlar. Bu durum Sözleşme'nin 1. maddesinde içkindir; diğer bir ifadeyle Sözleşme sisteminin doğasında vardır.⁹²

Bir başka görüşe göre de uluslararası insan hakları sisteminin kurulduğu günden bu yana, temel örgütlenme öğelerinden biri olan ikincillik ilkesi en basit haliyle, uluslararası insan hakları ölçütlerinin en etkili şekilde yaşama geçirilmesinde öncelikli görevin taraf devletlerde olmasından dolayı, Sözleşme organlarının müdahalesinin en düşük düzeyde

⁹⁰<http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf> (erişim tarihi: 8 Aralık 2014).

⁹¹ Bülent ALGAN, “Bireysel Başvurularda “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk” Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, **AÜHFD**, 63 (2) 2014, s. 259.

⁹² PETZOLD, s. 43-44; KOVLER, s. 143.

tutulmasını ifade eder.⁹³ Ancak bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Şöyle ki, İnsan haklarını korumada asli görevin devletlerde olması gerekçesinin arkasına sığınarak ve devletin egemenliğini yücelterek, AİHM'in denetiminin asgari düzeyde kabul edilmesi demek insan hakları ihlallerine açık davetiye demektir. Bu nedenle elbette Sözleşme sistemi ikincildir; ancak bu denetimin en düşük seviyede olması anlamına gelmemektedir.

AİHM, Sözleşme'de güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin korunmasında ulusal makamların daha iyi durumda olduğu, bunların bir takım önemli ayrıntıları sözleşme organlarından daha iyi bilme imkânının bulunması dolayısı ile ulusal makamlara öncelik tanımıştır.⁹⁴ Bu nedenle, ulus-üstü ya da çok uluslu yapılarda, insan hakları konusunda karar verilirken, ulusal makamlara durumu düzeltme imkanı sağlanmalıdır.⁹⁵ İkincilik ilkesi sayesinde de ulusal yargıçların Sözleşme'nin ilgili hükümlerine erişerek, bunların iç hukukla birlikte uygulamaları mümkün olmaktadır.⁹⁶

AİHM'in *İrlanda/Birleşik Krallık* davasında belirttiği gibi uluslararası bir sözleşme olarak AİHS'i, iç hukukla en iyi birleştiren sistem budur.⁹⁷ Başka bir deyişle,

“Sözleşme’de koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin güvencesi ve bunların ihlal edildiğine ilişkin iddiaların araştırılması, öncelikle yerel otoritelerin sorumluluğundadır ve AİHM, geçerli bir neden olmaksızın ulusal makamlar yerine ihlali gidermek yolunu seçemez. Sözü geçen ilke, özellikle son zamanlarda, AİHM’in artan iş yükünün

⁹³ George A BERMANN, "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States", **Columbia Law Review**, Vol. 94, 1994, s. 331; CARTER, s. 319.

⁹⁴ RUPP-SWIENTY, s. 225; CARTER, s. 320; LUGATO, s. 65.

⁹⁵ CARTER, s. 319.

⁹⁶ KOVLER, s. 145.

⁹⁷ **Ireland/ /The United Kingdom**, 18.01.1978, Başvuru No 5310/71, § 239.

*hafifletilmesi bağlamında Sözleşme'ye taraf devletlerin daha fazla sorumluluk yüklenmeleri gerektiği açısından da dile getirilmektedir”*⁹⁸

İkincillik ilkesinin genellikle iki boyuta sahip olduğu görüşü hâkimdir. Bunlardan ilki, bir usul (*procedural*) veya işlevsel bir kavram olarak ikincilliği ifade etmektedir. Buna göre, Sözleşme organlarına başvurulmadan önce, şikâyet konusunun, daha etkili ve yeterli inceleneceği kabul edilen iç hukuk yollarının tümünde incelenmesi gerektiği anlamına gelir.⁹⁹ Sözleşme'nin 13. maddesindeki ulusal makamlara etkili başvuru yolunun devlet tarafından bireylere sağlanması yükümlülüğü, 35/1. maddesinde düzenlenen kabul edilebilirlik koşullarından biri olan "*iç hukuk yollarının tamamının tüketilmesi gereğine*" ilişkin hüküm ve 46/1. maddesindeki *AİHM'in kararlarının bağlayıcı olduğuna* ilişkin hüküm Sözleşme'nin *usuli ikincilliği* yansıtan hükümleridir.

Maddi (substantive) bir kavram olarak ikincillik ise, Sözleşme organlarının Sözleşme hükümlerini yorumlarken ve uygularken, taraf devletin toplumsal yaşamını karakterize eden hukuki ve fiili özelliklerini dikkate alma gerekliliğidir.¹⁰⁰ Maddi ikincillik devletlerin takdir marjı doktrini kapsamındaki yetkisini ifade etmektedir.¹⁰¹ AİHM'in yargılamasında içeriğin tespiti aşamasında, ikincilliğin en çarpıcı örneği takdir marjı doktrinidir. Bu bakımdan takdir marjı doktrini, esas olarak ulusal makamlara saygı doktrini olarak görülmektedir.¹⁰²

İkincillik ilkesinin Sözleşme ve üye devletlerin hukuk sistemleri arasındaki ilişkiyi kolaylaştırmak gibi bir işlevinin de olduğu ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma göre ikincillik ilkesi sayesinde, bireylerin uluslararası düzeyde yardım arama ihtiyacı ortadan

⁹⁸ ALGAN, "*Açıkça Dayanaktan Yoksunluk...*", s. 259.

⁹⁹ PETZOLD, s. 60; NICOLA, s. 8; ALGAN, "*Açıkça Dayanaktan Yoksunluk...*", s. 260; CARTER, s. 325.

¹⁰⁰ PETZOLD, s. 60; NICOLA, s. 8.

¹⁰¹ ALGAN, "*Açıkça Dayanaktan Yoksunluk...*", s. 260.

¹⁰² CARTER, s. 325.

kaldırılarak; insan hakları ihlallerinin iç hukukta giderilebilmesi için uygun mekanizmaların artırılması sağlanacaktır.¹⁰³ Ancak, AIHM denetimi olmaksızın ulusal makamların Sözleşme standartlarına uygun bir şekilde insan hakkı ihlallerini engelleme ihtimali çok düşük olduğu için bu görüş oldukça tutarsızdır.

Benzer şekilde ikincillik ilkesinin, pragmatik ve normatif açıdan bir takım kaygıları da beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda pragmatik olarak ikincillik ilkesinin, insan haklarıyla ilgili uluslararası kuruluşların kararlarını, üye devletlere uygulamaya zorlayamayacağı ve uluslararası insan haklarının uygulanmasında, yerel hükümetlerin insan hakları yaklaşımına bağlı kalınması gerektiği ifade edilmektedir. Normatif bir sorun olarak ise ikincillik ilkesinin, devletlerin ulusal bağımsızlığına saygıyı yansıttığı ve uluslararası kuruluşların aksine, bir devletin kendi vatandaşlarına karşı doğrudan sorumlu olmasından dolayı demokratik yönetimi sağladığı iddia edilmektedir.¹⁰⁴ Her ne kadar devletlerin egemenliğini koruma isteği günümüzde de varlığını hissettirse de insan haklarının korunması sadece devletlerin egemenliği sorununa indirgenemez. Çünkü içinde bulunduğumuz çağda karşı çıkışlar bulunsa da, insan hakları evrenseldir ve insan hakları devletlerin iç meselesi olmaktan çıkmıştır. Bu nedenledir ki uluslararası insan hakları koruma sistemleri günümüzde vazgeçilmezdir.

Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin korumasının sağlanabilmesi için AIHS ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekmektedir. Uluslararası hukuk öğretisinde uluslararası anlaşmalar ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki ilişkide kuramsal açıdan farklı görüşler mevcuttur.¹⁰⁵ Ancak hangi görüş benimsenirse

¹⁰³ NICOLA, s. 9.

¹⁰⁴ CARTER, s. 319-320.

¹⁰⁵ Bu kapsamda uluslararası hukuk ile ulusal hukukun birbirinden farklı ve bağımsız iki ayrı hukuk düzeni olduğunu savunan ikici (düalist) görüşe karşılık; hukuk düzenininin tek bir bütünün parçaları olması nedeniyle uluslararası hukuk ile ulusal hukukun bir bütünün parçaları olduğu ve ayrı düşünülmemeyeceğini

benimsensin uluslararası hukukun yapı taşı niteliğinde olan *ahde vefa (pacta sunt servanda)* ilkesi gereğince¹⁰⁶, bir sözleşmeyi imzalayarak taraf olan bir devlet açısından anlaşmanın bağlayıcı olması gerekmektedir. Uluslararası bir sözleşme niteliğinde olan AİHS özelinde ise Sözleşme'nin 1. maddesinde taraf devletlerin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri kendi yetki alanında bulunan herkese tanımakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde monist ya da düalist sistemden hangisinin tercih edileceği hususu üye devletlerin tercihinine bırakılmıştır.¹⁰⁷ Ayrıca Sözleşme'nin 46. maddesinde ise AİHM kararlarının taraf devletler açısından bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçevede taraf devletlerin AİHM yargılamasına tabi olması ve bu yargılamada esas olan normun AİHS olması nedeniyle ulusal hukuk sistemleri ile Sözleşme arasındaki ilişkide hangi görüş benimsenmiş olursa olsun, söz konusu ilişkide hangisinin diğerine hiyerarşik olarak üstün olacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Burada ise iki durumla karşılaşılmaktadır. İlk durumda bir hakkın korunmasında Sözleşme iç hukuktan daha güvenceli bir düzenleme öngörebilir. İkinci durumda ise iç hukuk bir hakkın korunmasında Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlayabilir. Birinci durumda ahde vefa ilkesi ve Sözleşme'nin bağlayıcılığı karşısında taraf devletin Sözleşme'ye uygun

savnunan tekçi (monist) görüş de ileri sürülmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 18-30; Ahmet Burak BİLGİN, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 1, s. 84 vd; İbrahim ŞAHBAZ, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri*”, **TBB Dergisi**, S. 54, 2004, s. 178-179.

¹⁰⁶ Uluslararası anlaşmalar hukukunun temel sözleşmelerinden kabul edilen 22 Mayıs 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesinde uluslararası andlaşmaların bağlayıcılığı ve ahde vefa ilkesi hüküm altına alınmıştır.

¹⁰⁷ Rıza TÜRMEN, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri*”, **Anayasa Yargısı**, S. 17, 2000, s. 32-33.

davranması gerekmektedir. Bundan dolayı hiçbir devlet Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden kaçınmak için kendi iç hukukuna başvuramaz ve kendi iç hukukunu kaynak gösteremez. Yani ulusal hukuk ile Sözleşme hükümleri farklı hükümler içeriyorsa Sözleşme hükümleri esas alınmalıdır.¹⁰⁸ Bu bağlamda *Bernhardt*'ın ifade ettiği gibi AİHS kendine has özellikler taşımaktadır:

“Öncelikle uluslararası anlaşmaların çoğunluğunun aksine AİHS, bireyleri kendi ulusal yetkililerinin uygunsuz eylemlerine karşı korumak için tasarlanmıştır. Bu nedenle sözleşme ulusal hukukta insan haklarının teminatı olan anayasalarla aynı işleve sahiptir. Diğer bir olgu Sözleşme’de güvence altına alınan haklara müdahale için demokratik toplumun gerekliliği gibi nedenlerde sıklıkla iç hukuk düzenine atıf yapmasıdır. Ayrıca Sözleşme uluslararası hukuk ile birey arasındaki olağan sınırı kaldırarak bireysel başvuruya olanak sağlamıştır. Son olarak Sözleşme organlarının bir devlete ilişkin iç hukukla sözleşme hukuku arasındaki uyumsuzluk kararı, devletin iç hukukta acil değişiklik yapmasını gerektirir.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ 22 Mayıs 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesinde yer alan “*Bir taraf bir andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz.*” hükmü de bu yönde bir düzenlemedir. Benzer görüş için bkz. TÜRMEYEN, 2000, s. 38.

Ülkemiz açısından ise bunu teyit eder nitelikte Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin son cümlesi örnek gösterilebilir. Bu madde hükmüne göre “*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.*” Anayasanın bu hükmünün nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin geniş bilgi için bkz. Rona AYBAY, “*Uluslararası Andlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri*”, **TBB Dergisi**, S. 70, 2007, s. 187 vd.

¹⁰⁹ Rudolf BERNHARDT, “The Convention And Domestic Law”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H. PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 25-26.

Buna karşın uluslararası bir Sözleşme olarak AİHS taraf devletlerin ortak mutabakatı sonucunda oluşmuş bir metindir. Dolayısıyla iç hukuk AİHS'den daha geniş ve kapsamlı koruma sağlayan bir düzenleme getirmiş olabilir. Bu durumda ulusal düzenleme mi yoksa Sözleşme hükmü mü esas alınacaktır? Bu soruyu AİHS 53. maddesinde yanıtlamıştır. Buna göre *“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarınca ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.”* Bu nedenle iç hukukun Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağladığı durumlarda asgari bir mutabakat metni olan AİHS referans gösterilerek ulusal hukuk göz ardı edilemez ve ulusal düzenleme uygulanmalıdır.

Dolayısıyla AİHS temel hak ve özgürlükler açısından, her ne kadar ikincil bir koruma getirmiş olsa da günümüzde insan haklarının korunmasında en etkili uluslararası mekanizmaya sahiptir. Bu sistemin sağladığı koruma sistemi taraf devletlerin ulusal hukukuyla her zaman ilişki içindedir. Bu açıdan ikincillik ilkesinin Sözleşme'nin koruma sistemini zayıflatıcı ya da denetimini yumuşatıcı olarak anlaşılması mümkün değildir. Bu kapsamda AİHS ile iç hukuk arasındaki ilişkide hangisinin diğerine üstün olacağı sorununun çözümünde, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında hangisi daha geniş bir koruma öngörüyorsa onun uygulanmasının, AİHS sisteminin ruhuyla daha uygun olacağı söylenebilir.

2. Takdir Marjı Doktrini ve İkincillik İlkesi İlişkisi (İkincillik İlkesini Gerçekleştirme Aracı Olarak Takdir Marjı)

Daha önce de ifade edildiği üzere ikincillik ilkesi, insan haklarının korunmasında asli sorumluluğun taraf devletlere ait olduğunu ifade etmektedir. Bu durumda ise temel hak ve özgürlüklerin korunması veya sınırlandırılmasında Sözleşmeyi yorumlayarak ilk

değerlendirmeyi yapma yetkisi ulusal makamlara aittir. Bu açıdan, AİHM'in eski başkanlarından *Costa'nın da* belirttiği gibi Mahkeme, ikincilliği sağlamak için taraf devletlere takdir marjı tanımaktadır. Mahkeme son dönemde takdir marjını yerel makamlar ile AİHM arasındaki ilişkilerin *tanımında* kullanılan bir araç olarak tarif etmektedir.¹¹⁰ Dolayısıyla Mahkemenin takdir marjına çok özel bir anlam yüklediği ifade edilebilir.

Sözleşme organları denetim işlevini yerine getirirken, özellikle iç hukukun maddi ve usulî özellikleri gibi toplum yaşamını şekillendiren hukuki ve fiili özellikleri göz ardı edilemeyeceği; bu nedenle takdir marjının ikincilik ilkesini gerçekleştirmek için gerekli olduğu ileri sürülmektedir. Dahası sözleşme sistemi içinde takdir marjının doğrudan ikincilik ilkesinden kaynaklanan bir ilke olduğu ve uluslararası sistemle birincil olan, ulusal makamlar arasındaki ilişkiyi takdir marjının sağladığı belirtilmektedir.¹¹¹

Takdir marjı, Sözleşme ile Avrupa çapında mutlak ve katı bir insan haklarını koruma sistemini getirmek amacının bulunmadığının açık kanıtıdır. Bir başka deyişle, devletlerin Sözleşme'deki hakları güvence altına alma yükümlülükleri, ulusal kurumların yöntem ve uygulamalarının toptan standartlaştırılması anlamına da gelmemektedir. Mahkeme birçok alanda ulusal gereklilikler ve uygulamadaki çeşitliliği kabul etmektedir. (Örneğin: seçim sistemleri, ceza adalet sistemlerinin yapısı, devlet organlarının birbiri ile ilişkisi gibi).¹¹²

Ancak devletin sahip olduğu takdir marjı, ulusal görevlilerin keyfî uygulamalarına değil, yasa ile öngörülen özel ve ortak çıkarlar arasındaki dengeyi sağlamak gibi meşru

¹¹⁰ COSTA, s. 179-180. 15 Nolu Ek Protokol'de ikincilik ilkesi ile takdir marjının birlikte Sözleşme metnine eklenecek olması da bunun en açık göstergesidir.

¹¹¹ PETZOLD, s. 58-59; LUGATO, s. 67.

¹¹² COSTA, s. 180.

bir amaca yönelik olmalıdır. Devletin bu değerlendirmesinin sınırları sonsuz değildir ve demokratik sürecin ötesine gidemez.¹¹³

Takdir marjı esas olarak ulusal makamlara saygı doktrini ve ulusal makamların değerlendirmelerinde belli serbestlik hakkına sahip olduğu düşüncesine dayanmaktadır. AİHM'in içerik açısından yaptığı denetimde takdir marjı önem arz etmektedir. Mahkeme ulusal makamlara tanınan takdir marjının kapsamının her durumun özelliklerine bağlı olarak değişeceğini belirtmiştir. Bunun örneklerinden biri *Buckley/Birleşik Krallık*¹¹⁴ kararıdır. *Roman (Çingene)* olan *Buckley* kendisine ait karavanda İngiliz vatandaşı olarak yaşayabilmek için ulusal makamlardan izin verilmesini talep etmiştir. Hükümet ülkedeki Çingene konaklamasının maksimum doyuma ulaştığı ve arazinin görünüm değerinin düşeceği gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bunun üzerine *Buckley* AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e bireysel başvuruda bulunmuştur. Mahkeme ulusal makamların yerel konularda uluslararası yargıca göre daha iyi bir pozisyonda olduğu ve bu konuda taraf devletlerin takdir marjı bulunduğu gerekçesiyle bir ihlalin bulunmadığına karar vermiştir.¹¹⁵

İkincillik ve bunun sonucu olarak görülen takdir marjının faydasının çoğulculuğa saygıyı da sağladığı ileri sürülmektedir. Bu nedenle ikincillik ve çoğulculuğun, hakların içeriğinin tanımlanmasında sadece uluslararası organların yetkili olmasını, tek ve mutlak bir yorumla eşanlı olan evrensel insan hakları fikrine saygıyı reddettiği ifade edilmektedir.¹¹⁶ Bir başka görüşte ise, reddetmek yerine çoğulculukla evrensel insan hakları arasında dengenin kurulmasını önerilmektedir. Buna göre devletin egemenliğine

¹¹³ KOVLER, s. 145.

¹¹⁴ **Buckley/The United Kingdom**, 29.09.1996, No 20348/92, § 74.

¹¹⁵ **Buckley/The United Kingdom**, § 75-76, 84.

¹¹⁶ Tara MELISH, **From Paradox to Subsidiarity: the United States and Human Rights Treaty Bodies**, Cambridge University Press, 2008, s. 14, nakl. CARTER, s. 330; CAROZZA, s. 71.

saygı önemli olsa da takdir marjının hiçbir zaman insan onurunun korunması ve geliştirilmesi amacını engellemek için verilmiş bir izin olarak görülmemesi gerektiği belirtilmektedir.¹¹⁷

Diğer bir görüş de en azından yerel makamların insan haklarının genel ilkelerinin tespitinde daha iyi olduğu ve farklı, makul ayrımlar yapabildiği durumlarda, ikincillik ilkesi ve onun potansiyelinde taşıdığı çoğulculuğun, hakların evrensel ya da temel yapısına aykırı bir ilke olmadığını ileri sürmektedir. Bu tür durumlarda takdir marjı doktrininin kullanımıyla kazanılan normatif çoğulculuk tecrübesi fayda sağlayabilecektir. Bu doğrultuda ulusal makamların kendi takdir marjlarını kullanmaları AİHS sisteminin meşruiyetini sağlamada da yararlanılabilecek bir araç olabilecektir.¹¹⁸ Bu yaklaşıma göre ikincillik ve dolayısıyla takdir marjı doktrini yalnızca AİHS'in etkinliğini artırmakla kalmaz, aynı zamanda iç hukukun ve kurumlarının insan haklarıyla ilişkisini ulus-üstü mahkemenin önüne getirerek gelişmeyi de teşvik eder. Böylece demokratik toplum gereklerinin ve yerel kültürel özelliklerin AİHM tarafından değerlendirilmesine imkan verilmiş olur.¹¹⁹

Aslında AİHM ulusal mahkemeler karşısında çok özel bir statüye sahiptir. Kararları 47 devletin farklı yasal sistemlerine, siyasal rejimlerine ve kültürel geleneklerine değinir. Bu ise ulusal hukukun üzerinde hiyerarşik bir yapı oluşturmaz ve AİHM ulusal yasama organlarına doğrudan erişemez. Ancak hiçbir akit devlet de Sözleşme'deki hakların yorumunun AİHM'e ait olduğunu reddedemez. Bu yüzden AİHM'in yargısal aktivizmi sadece insan haklarını korumaya ilişkin kaygıyı haklılaştırabilir. Bu açıdan Mahkeme

¹¹⁷ Robert D. SLOANE, "Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights", **VAND. Journal TRANSNAT'L L.**, No. 34, 2001, s. 527- 528, nakl. CARTER, s. 331.

¹¹⁸ CAROZZA, s. 72-73.

¹¹⁹ CAROZZA, s. 75.

takdir marjını kullanarak Sözleşme'nin ikincil yapısı ile hakların çağdaş yorumunu yapmak konusundaki aktivizmi arasında bir manevra alanına sahip olmaktadır.¹²⁰

III. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN İŞLEVİ VE GEREKÇELERİ

A. Devletlerin Egemenliğine Saygı Gösterilmesinin Sağlanmasında Takdir Marjı Doktrini

Birçok yazar takdir marjının, üye devletlerin egemenliğine saygı ile Strazburg organlarının denetim yetkisinin dengelenmesinin bir yolu olduğu görüşünü ileri sürmektedir.¹²¹ Çünkü AİHS, klasik devletler hukukunda daha önce karşılaşılmayan bir konu olduğu için belirsizlik ya da bir bulanıklığa yol açmıştır. Uluslararası kuruluşlar onu doğuran devletlerin iradesidir. Bu nedenle geleneksel devletler hukuku sadece devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Devletlerin ülkesindeki nüfusla ilgili yetkileri düzenlemek, bazı istisnalar dışında devletin egemenlik yetkisi içindedir. Bu anlamda klasik devletler hukuku devletlerin bağımsızlığı üzerine kurulmuştur. Ancak bireyin devletler hukukundaki konumu İkinci Dünya Savaşı sonrasında değişmeye başlamıştır.¹²²

Avrupa'da yaşanan ağır ve vahşi insan hakkı ihlallerinin acısının çok taze olması nedeniyle, Avrupa'nın birliğini sağlamaya çalışan belli başlı devletler Avrupa Konseyi'ni kurmuştur. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan AİHS, AİHM'e bireysel başvuru yolunu düzenleyerek o zamana kadar hiç dokunulmamış olan devlet egemenliğine önemli müdahalelerin yolunu açmıştır.

¹²⁰ KOVLER, s. 147.

¹²¹ MACDONALD, 1993, s.83; ARAI-TAKAHASHI, s. 17; ŞİRİN, "Takdir Marjı", s. 379-380.

¹²² Alfred VERDROSS/ Bruno SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3. Auflage, Duncker & Humblot, 1984, § 47, § 1234, nakl. RUPP-SWIENY, s. 201-202; ŞİRİN, s. 379-380.

Dolayısıyla içinde bulunduğumuz çağ, insan hakları çağı olarak nitelenmekte ve insan halarının evrensel olduğu devletlerin klasik anlamdaki mutlak egemenliğini oldukça daraltmıştır.¹²³ Küreselleşmenin de etkisiyle ulusal politikaları uluslararasılaştıran süreç devam ettiği müddetçe sözü edilen devletler, egemenlik alanlarını devletler hukuku aracılığıyla diğer devletlerin müdahalelerine açmak zorunda kalacaktır. Bu müdahalelere açık olan insan haklarının korunmasına ilişkin konularda, devletlerin münhasıran yetkili oldukları alanları diğer devletlerin müdahalesinden koruyan “*domaine reserve*”¹²⁴ kurumunun da uygulanması mümkün olmamaktadır.¹²⁵

Sözleşme'nin hazırlık aşamasında bireysel başvuru yolu oldukça tartışmalı bir konu halini almıştır. İlk yıllarda, Sözleşme organları taraf devletlere aşırı müdahale etmesi halinde, üyelerin Sözleşme'den çıkmasından çekinmiştir. Silahlı kuvvetlerin yaptığı darbeden dolayı Mahkemenin Yunanistan'ın Sözleşme'nin 15. maddesini ihlal ettiğine ilişkin karar nedeniyle, Yunanistan 1969'da Avrupa Konseyi'nden çıkacağını bildirmiştir. Ancak Avrupa Konseyine üyelik AİHS'in siyasi açıdan yaşaması için bir zorunluluktur. Bundan dolayı takdir marjının arkasında yatan nedenin Sözleşme'nin bütünlüğünü sağlamak olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, Mahkeme takdir marjı doktrinini devletlerin Sözleşme'den çıkma girişimlerini önlemek amacıyla kullanmaktadır. Ayrıca Mahkeme takdir marjı doktrinine dayanarak kendi kararlarını ulusal makamlara kabul ettirmeyi amaçlamaktadır. Gene takdir marjı doktrininin kabul edilmesi pek çok yazara göre Sözleşme'nin etkinliğinin ve demokrasinin gereklerine uyum sağlanması endişesinden doğmuştur. Bu uyumun sağlanması amacı, Mahkemenin ihtiyatlı bir tutum

¹²³ Fusun ARSAVA, "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, 2011, s. 103-104; ŞİRİN, s. 380.

¹²⁴ **Domaine reserve** deyiimi, bir devletin dışardan gelecek etkileri önleyebilmesi ve iç egemenliğini koruyabilmesi için kabul edilmiş bir kurumun adıdır. Bkz. RUPP-SWIENTY, s. 204.

¹²⁵ ARSAVA, s. 103.

takınıp yargısal olarak kendi kendini sınırlamasına yol açmıştır.¹²⁶ Bunun sonucunda 1980'lerin başından bu yana öğretilde, takdir marjının doğasında bulunan birbirine zıt güçlerin, özellikle ulusal egemenlik ve uluslararası insan hakları ikileminin analizi ile meşgul olunmuştur.¹²⁷

Ancak takdir marjı doktrinine bu gerekçelerle meşruiyet sağlayan görüşlerin aksine, günümüzde Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrılmak, sadece uluslararası ilişkiler açısından tehlikeli olmakla kalmamakta, ayrıca ulusal ve uluslararası kamuoyu tarafından da kınanma potansiyeli de taşımaktadır. Mahkemenin kararlarına uyma konusunda ise çok az istisna dışında, taraf devletlerin sözleşme gereklerine göre davrandığı görülmektedir. Avrupa Birliği'nin kurulması ile de klasik devletler hukukunda benimsenen devletlerin egemenliğine müdahale konusundaki hassasiyetler -hiç olmazsa birlik üyesi devletlerce- eskisi gibi sıra dışı karşılanmamaktadır. Bu nedenlerle devletlerin bağımsızlığı ve Sözleşme'nin devamlılığının sağlanması gibi gerekçelerle takdir marjı doktrinine mutlak haklılık kazandırılmaz.

B. Yargısal Bir Sınırlama/Kısıtlama Olarak Takdir Marjı Doktrini (International Judicial Self-Restraint)

AIHM'in takdir marjını uyguladığı davalarda taraf devletlere karar verme ve değerlendirme alanı tanıyarak, bu ölçüde kendi denetim yetkisinden vazgeçtiği görülmektedir. Dolayısıyla bu durum hukuk alanında çok da yabancı olunmayan *yargının kendini sınırlamasıdır (judicial self-restraint)*. Farklı terimler kullanılsa da pek çok ulusal hukuk sisteminde benzer kavramlar mevcuttur. Anayasa teorisinde yargısal kendini

¹²⁶ RUPP-SWIENY, s. 201-206.

¹²⁷ CHRISTOFFERSEN, s. 227.

sınırlama (judicial self-restraint) ve idari yargıda yargı kısıntısı olarak nitelenen uygulama AİHM yargılamasında kullanılan takdir marjı doktrinine oldukça benzerdir.¹²⁸ Bu açıdan bu başlık altında yargının kendini sınırlaması ile takdir marjı doktrini arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir.

*Posner'e göre yargının kendini sınırlaması terimi adeta bukalemun gibidir. Posner, yorumcuların kavrama yüklediği anlamlardan en ciddi olan üçünü ise; “-Yargıç yasayı uygular, ancak yasa yapamaz. -Yargıç, yasama, yürütme ve idari kurumların kararlarına saygı gösterir. - Yargıç, yasama ve yürütme faaliyetlerinin anayasaya aykırılığını tespit etmekte isteksizdir.” şeklinde ifade etmektedir.*¹²⁹

Anayasa mahkemelerinin önüne gelen birçok sorunun siyasal niteliği, bu mahkemelerle parlâmentolar arasında zaman zaman çatışmalar görülmesini hemen hemen kaçınılmaz kılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde Yüksek Mahkeme hâkimi *Frankfurter’in* şu düşünceleri, yargının kendi kendini sınırlandırması lehinde sık sık örnek gösterilmektedir:

“Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu ‘bir kanun’ haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetin halk

¹²⁸ ÇOBAN, s. 190.

¹²⁹ Richard A. POSNER, “*The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*”, **California Law Review**, Vol. 100, No 3, June 2012, s. 520-521; Richard A. POSNER, “*The Meaning of Judicial Self-Restraint*”, **Indiana Law Journal**, Vol. 59, No 1, 1983, s. 10-11. Posner 1983 yılında konuyla ilgili ilk makalesinde yargının kendini sınırlaması kavramının beş farklı anlamının olabileceğini belirtmiştir. Ancak birkaç yıl önceki makalesinde bu ayrımı sadeleştirerek üçe indirmiştir. Eski makalesine göre yargının kendini sınırlaması: 1- Yargıç kendi siyasi görüşlerinin kararı etkilemesine izin vermez. 2- O bu görüşleri konusunda temkinli, dikkatli ve tereddütlü olur. 3- O yargı yetkisini kullanırken siyasal sınırlamaları gözetir. 4- Onun kararlarındaki hukuk yaratma kaygısı etkiler. 5- O devletin diğer organları karşısında gücünü azaltmak istemektedir.

iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş (awesome) yetkisi, azamî ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü uygulamada Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede sadece kendi basiretimizle bağlıdır”¹³⁰

Hâkim *Frankfurter*, başka bir vesile ile de yargı organını halk siyasetine karıştırmamanın “*demokratik bir sisteme düşman*” olacağını belirtmiş ve “*mahkemeler bu siyasal çalıluğa girmemelidir*” diye eklemiştir.¹³¹ Amerikan anayasa yargısında *Frankfurter*'in bu görüşü “*politik sorun doktrini*” olarak ortaya çıkmış ve gelişmiştir.

Politik sorun doktrini, *mahkemenin önüne gelen konunun, yasama ve yürütme organının siyasi olarak yetki alanına girmesi durumunda, mahkemenin bu konu hakkında karar vermemesi* demektir.¹³² Bu durumda önündeki dava konusunun siyasal bir mesele olup olmadığını değerlendiren ve kendini sınırlayarak bu davaya bakmaktan çekinen, mahkemenin ya da yargıcın kendisidir. Bu açıdan anayasa yargısının görev alanı yasama ve yürütme organını denetlemek olduğu için denetim alanı genellikle siyasi konularla iç içedir.

Türk hukuk sisteminde ise Amerikan siyasal sorun doktrinine benzer olan kurum hükümet tasarrufu ya da yargı kısıntısıdır. Ancak politik sorun doktrininin gelişimi anayasa yargısında söz konusu iken, hükümet tasarrufu ya da yargı kısıntısının ortaya

¹³⁰ Tim KOOPMANS, **Courts and Political Institutions: A Comparative View**, Cambridge University Press, 2003, s. 51-52, nakl. Ergun ÖZBUDUN, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi (Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan)**, Cilt: 62, Sayı: 3, 2007, s. 258.

¹³¹ KOOPMANS, s. 52, nakl. ÖZBUDUN, s. 258.

¹³² Bryan A. GARNER, editör, **Black's Law Dictionary**, West Group, 7. Baskı, Minnesota, 1999, s. 852, nakl. Fatih ÖZTÜRK, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?** Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2012, s. 49.

çıkışı ülkemiz açısından genellikle idari yargıda görülmektedir. Hukukumuzda belli bir dönem uygulanmış olan hükümet tasarrufu görüşüne kısaca değinecek olursak, *Onar'a* göre “*Hükümet tasarrufları, devletin siyasal yetkilerine ilişkin olduğundan, bunun koşulları önceden tahmin ve takdir edilerek kurallara bağlanamaz. Bu tasarruflar mahiyet ve yapıları itibariyle idarenin hukuk kurallarına tâbiliği ilkesine istisna teşkil etmesi sebebiyle yargı denetiminin dışında kalır. Hükümet tasarrufları alanı henüz hukukun nüfuz etmediği, hukuk kurallarının geçerli olmadığı bir alandır.*”¹³³ Ancak hukuk devleti ilkesi gereği, anayasal olarak kendine tanınan yetkileri kullanan hiçbir kişi ya da kurum bu yetkilerin siyasi konulara ilişkin olduğundan hareketle yapılan işlemlerin yargı denetimi dışında olacağını iddia edemez. Bu işlem ve eylemleri denetleyecek olan yargı organları da konunun siyasi boyutu nedeniyle yargılmadan kaçınmaz.

Takdir marjı ile bu kurumların ilişkisine bakılacak olursa, bu doktrinlere dayanılarak ilgili mahkemelerin önündeki dava ya da başvuruyu incelemekten kaçındığı görülmektedir. Bu açıdan iki kurum arasında benzerlik olduğu düşünülebilir. Ancak ulusal hukuk sistemlerinde söz konusu olan bu kurumlarla AIHM'de ortaya çıkan takdir marjı doktrinin dinamikleri farklılık arz etmektedir. Ulusal uygulamada yargının kendini sınırlama nedeni güçler ayrılığı kuramı nedeniyle yargı organının yasama ve yürütme organlarının siyasal tercihlerine müdahale etmemek iken; AIHM'in takdir marjı doktrinine başvurma gerekçesi ise, uluslararası bir mahkeme olarak devletlerin egemenliği karşısında ikincilliği (subsidiarity) ve meşruiyeti sağlamaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi takdir marjı doktrini, devletlerin üstünde yargısal denetim yapan AIHM'in Sözleşme'yi yorumlarken, bölgesel bir uzlaşmanın söz konusu olmadığı

¹³³ ONAR, s. 441 vd; hükümet tasarrufu hakkında bkz. İsmet GİRİTLİ, **Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1958, s. 10.

alanlarda yerel ve kültürel farklılıkları dikkate alarak karar verme yetkisini taraf devletlere bırakmasıdır.¹³⁴

C. İnsan Haklarında Evrensellik-Kültürel Görecelik Geriliminde Takdir Marjı Doktrini

İnsan hakları kavramı, kişinin sırf insan olmaktan ötürü sahip olduğu haklar anlamına gelmektedir.¹³⁵ Bu kavram, insanın doğasına ve hiçbir şekilde devredilemez ve vazgeçilemez olan insan onuruna temellendirilmiştir. İnsanın, dünyanın her yerinde insan olması nedeniyle; insan haklarının dünyanın bütün coğrafyalarında değişmez olduğu görüşü insan haklarının evrenselliği anlayışını doğurmuştur.

*“İnsan haklarının evrenselliğine ilişkin görüş, insan haklarının zamandan, mekândan, dolayısıyla da kültürlerden, ideolojilerden, sosyal ve ekonomik şartlardan bağımsız olduğu fikri üzerine kurulmuştur.”*¹³⁶

¹³⁴ ŞİRİN, “Takdir Marjı”, s. 389-390.

¹³⁵ Jack DONNELLY, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 19 vd.; ALGAN, “**Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar**”, s. 67; Oktay UYGUN, **Devlet Teorisi**, Oniki Levha Yayınları, 4. Tıpkı baskı, İstanbul, 2017, s. 508; RUPP-SWIENY, s. 238. Benzer görüş için bkz. İonna KUÇURADI, “Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi**, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, 13. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005, s. 37. Kuçuradi, bu durumu şu sözlerle ifade etmiştir:

“...insanlar, insan oldukları için-, yani tavuk ya da fil olmadıkları için-, yani bazı özellikleri olan insan türünün üyeleri oldukları için –yediğimiz ekmeği yapmış, her an kullandığımız elektriğin çeşitli kullanımlarını bulmuş, bazılarımızın okuduğu Küçük Prensi yazmış, hakkaniyet düşüncesini getirmiş, ombudsman kurumunu kurmuş bir türün üyeleri oldukları için– özel bir muamele gördükleri düşüncesi.”

¹³⁶ ESRA DEMİR, **İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çatışması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 30.

Tarihi ve felsefi olarak gelişen insan haklarının pozitif hukuka yansımaları, ancak II. Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ile mümkün olmuştur. Bu süreçte evrensel insan hakları fikrine karşı çıkışlar başlamıştır. Bu karşı çıkışlar ise insan hakları anlayış ve kurumsallaşmasının sadece Batı kültür çevresinin ürünü¹³⁷ olduğu doğrultusunda temellendirilmiştir. İnsan hakları düşüncesinin Batı dünyası tarafından geliştirilmiş ve tamamen farklı siyasi, tarihi ilişkilerden doğan ve düşüncelerde kalan bir kavram olduğu, bu bakımdan başka kültürlerde uygulanamayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, küresel olarak insanlık sorunlarının çözümünde hiçbir kültür, gelenek, ideoloji ya da din tek başına yeterli değildir. Çözüm için diyalog ve karşılıklı ilişki zorunludur. İnsan hakları düşüncesi her ülkenin ya da bir bölgenin sosyo-ekonomik, siyasi ve kültürel koşullarına göre belirlenmelidir.¹³⁸ Bu tartışma insan haklarının evrenselliği karşısında "kültürel çoğulculuğa dayalı kültürel görecelik"¹³⁹ kavramını gündeme getirmiştir.

¹³⁷ Johan GALTUNG, **İnsan Hakları-Başka Bir Açıdan Bakış**, çev. Müge SÖZEN, Metis Yayınları, İstanbul, 2013, s. 13-44; Virginia A LEARY, "The Effect of Western Perspectives on International Human Rights", in. **Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives**, ed. Abdullahi Ahmed AN-NA'IM and Francis M. DENG, The Brookings Institution, Massachusetts Avenue, Washington D.C., 1990, s. 15 vd; UYGUN, 2017, s. 509; . Rona AYBAY, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 76-78.

¹³⁸ Raimunda PANNIKAR, "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?", **DIOGENES**, N. 120, Winter 1982, s. 75 vd. nakl. GEMALMAZ, 2005, s. 1017-1018; UYGUN, 2017, s. 510; Yougindra KHUSHALANI, "Human Rights in Asia and Africa", *Human Rights Law Journal*, Vol. 4, 1983, s. 403; RUPP-SWIENY, s. 238.

¹³⁹ Bu konuda geniş bilgi için bakılabilecek diğer kaynaklar: Eva BREMS, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the ECHR", **ZaöRV**, 56, 1996, s. 308-3014, <http://www.zaoerv.de>, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.; Matthew A. RITTER, "*Human Rights: the Universalist Controversy. A Response to are the Principles of Human Rights 'Western' Ideas?*", *An Analysis of the Claim of the "Asian" Concept of Human Rights From the Perspectives of Hinduism*", by

Evrensellik ve kültürel göreceliliğin nasıl uzlaştırılabileceği konusunda çözüm yolu arayan *Donnelly*, kültürel göreceliliği katı ve zayıf kültürel görecelilik şeklinde ikiye ayırarak sonuca ulaşmaya çalışmıştır. “*Katı kültürel görecelilik bir ahlaki doğruluğu veya kuralın asıl geçerlilik kaynağının kültür olduğunu kabul eder. Evrensel insan hakları ölçüleri, katı kültürel göreceliliğin muhtemel aşırılıklarını frenlemeye yardımcıdır. Zayıf kültürel görecelilik ise kültürün, bir ahlaki doğruluğu veya kuralın geçerliliğinin önemli bir kaynağı olabileceğini kabullenir. Zayıf kültürel görecelilikte evrensellik başlangıç alınmakla beraber; insan doğasının, toplulukların ve hakların izafiliği, evrenselciliğin olası aşırılıklarını frenlemeye yardımcı olur. Bunu da evrensel insan hakları dizisini, kapsamlı bir prima facie şekilde kabul edip, ancak zaman zaman da sınırlı yerel değişiklik ve istisnalara izin vererek sağlar.*”¹⁴⁰ Görüldüğü üzere *Donnelly*, evrensellik ve kültürel görecelilik arasında ılımlı bir yol önermektedir.

Nasıl ki hiçbir kültürün, dünyadaki bütün uygarlıkları hegemonyasına alma iddiasında bulunamayacağı gibi, kültürel çoğulculuğu bir mutlak kültürel göreceliliğe bağlamak da, insan haklarında ifadesini bulan tüm değerleri yadsıma anlamına gelecektir. Örneğin, herhangi bir kültür çevresi kırbaçlama, organ/uzuv iptali, kadınların sünnet

Surya P. SUBEDI, *California Western International Law Journal*, Vol. 30, 1999-2000, s. 71-90; ALGAN, “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar*”, s.66-69; Zeynep KIVILCIM, “*İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2009, Sa. 1-2, s. 217-240; Muhlis ÖĞÜTÇÜ, “*Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar*”, *Prof.Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD*, C.7, Özel Sayı 2005. s.555-615; Zühtü ARSLAN, “*Postmodern Söylem ve İnsan Hakları*”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Sayı 56-1, s. 1-22; Yasemin ÖZDEK, “*Evrensellik/Kültürel Görecelik Geriliminde İnsan Hakları*”, *Birikim*, S. 65, Eylül 1994, s. 15-36; ŞİRİN, s. 390 vd.; RUPP-SWIENY, s. 238vd.; James SWEENEY, “*Margin of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 54, April 2005 s. 459-474.

¹⁴⁰ DONNELLY, s. 119-120.

edilmesi ya da cinsiyete, inanca, düşünceye, renge, ırka, etnik kimliğe, sosyal statüye dayanan ayrımcı ve eşitliksize cezaları ya da geleneksel uygulamaları kurumsallaştırmış olabilir. Bu tür aşağılayıcı ve insanlık dışı bedensel ceza ve uygulamaların yahut ayrımcı uygulamaların, sırf herhangi bir kültür çevresince üretildiğinden hareketle kültürel çoğulculuk/görecelik gerekçesiyle evrensel düzlemde haklılık kazanması olanaklı değildir.¹⁴¹

AİHM (ve diğer uluslararası sözleşme organları) insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde evrensel ölçülerin belirlenmesi vaadinde bulunmaktadır. AİHM bu düşünceyi yerleşik içtihat haline getirmektedir.¹⁴² Bu içtihadına örnek olarak AİHM'in *Tyrrer/Birleşik Krallık*¹⁴³ kararı gösterilebilir. AİHS'in "Ülkesel Uygulama" başlıklı 56. maddesinin 3. fıkrasında Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerde, *yereel koşulların gerekleri* göz önünde tutularak uygulanacağı düzenlenmiştir. Mahkeme buradaki yerel koşulların gerekleri ifadesinin kültürel görecelik anlamına gelip gelmediğini incelemiştir. Söz konusu başvuru, İngiltere'ye bağlı Isle of Man adasında uygulanan bedensel cezanın Sözleşme'ye aykırılığına ilişkindir. Birleşik Krallık hükümeti bu bedensel cezanın geleneksel bir uygulama olduğunu ve halkın çoğunluğu tarafından da benimsendiğini ileri sürmüştür. AİHM bu savunmayı reddederek, bedensel cezanın gelenekselliği ve halk desteğinin o cezanın aşağılayıcılığını ortadan kaldırmadığına hükmetmiştir.¹⁴⁴

¹⁴¹ GEMALMAZ, 2005, s. 1020-1021; UYGUN, 2017, s. 512-513; Bu tür cezalardan İslam Ceza Hukuku'nda yer alanlar ile ilgili geniş bilgi için bkz. Coşkun ÜÇOK-Ahmet MUMCU-Gülnehal BOZKURT, **Türk Hukuk Tarihi**, Tamamen yenilenmiş 17. Baskı, Ankara, 2015, s. 90-100.

¹⁴² Eyal BENVENISTI, "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards", **International Law And Politics**, Vol. 31, s. 843.

¹⁴³ **Tyrrer/The United Kingdom**, 25.04.1978, Başvuru No 5856/72.

¹⁴⁴ **Tyrrer/The United Kingdom**, § 37-40; GEMALMAZ, 2005, s. 1022.

Buna rağmen bugün gelinen noktada insan haklarının kültürel çoğulculuk üzerinde yükseldiği inkâr edilemez bir gerçektir.¹⁴⁵ Bu yansıma AİHM'in içtihatlarında da kendini göstermektedir. Mahkeme başlangıçtaki katı tutumunu esnetme eğilimindedir. Bunun göstergesi de Mahkemenin geliştirdiği takdir marjı doktrinin 15 Nolu Ek Protokol ile AİHS'in başlangıç kısmına eklenecek olmasıdır.

Bu gelişmeler ışığında takdir marjının evrensellik-kültürel görecelilik çatımasında, kültürel farklılıkların dile getirilmesini sağlayarak dengeleyici bir işlev gördüğü ileri sürülmektedir. AİHS'in hedefi, temel hakların korunmasında uyumu sağlamak olmasına rağmen, bu doktrinin anlaşma organlarının yeknesaklığını kabul etmediği belirtilmektedir. Ayrıca, bu organların hiç olmazsa belli çerçevede Avrupa için çok karakteristik ideolojik ve hukuksal farklılıkları korumakla yükümlü olduğu iddia edilmektedir. Böylece takdir marjı doktrinine Avrupa çoğulculuğu misyonu da yüklenmiş olmaktadır.¹⁴⁶ *Brems* de benzer bir şekilde, Sözleşme'ye taraf devletlerdeki içtihat hukuku (Common Law) ile Kıta Avrupası Hukukunun, üniter devlet ile federal devlet yapısının, Hıristiyan mezhepleri ve diğer din anlayışlarının (örneğin İslam dinini benimsemiş Türkiye) Avrupa Konseyinde temsil edilmesinin, takdir marjı ile bu farklılıkları hukukileştirmek yolunda bir imkan sağladığını belirtmektedir.¹⁴⁷ Bu fikri savunanlara göre, Mahkeme takdir marjını, geleneklerin özel rol oynadığı alanlarda bilinçli bir şekilde kullanmaktadır. Ahlakın korunması, şeref, namus ve aile hayatına yönelik müdahaleler karşısında bu doktrin önemlidir. Bu tür ihlallerde Mahkeme, *“ahlakın ya da dini değerlerin anlamının zamana ve mekâna göre değiştiğini dikkate alarak, ulusal organların hangi ahlaki ya da dini değerlerin korunması gerektiğine karar*

¹⁴⁵ GEMEALMAZ, 2005, s. 1015.

¹⁴⁶ RUPP-SWIENY, s. 240.

¹⁴⁷ BREMS, 1996, s. 308.

vermekte daha isabetli olduğu”¹⁴⁸ tespitinde bulunmaktadır. Örneğin evlenme konusunda Mahkeme geniş yorum yapmaktadır. Çünkü evlilik şekilleri her toplumda yoğun kültürel ve tarihsel gelenekler dolayısıyla derin bir şekilde kök salmıştır ve aile birliği için bunlar son derece önemlidir. Her toplumda söz konusu özellikler ve iç hukuk mevzuatı farklıdır.¹⁴⁹ Bu nedenle de Mahkeme iç hukuk düzeninde mutabakatı araştırır. AİHM, aile birliğine ilişkin müdahale ve önlemler açısından ortaya çıkan farklılık sorununu takdir marjı ile çözüme kavuşturmaktadır. Bunun sonucunda ise Mahkeme hakların yorumunda her kültürün özelliğini dikkate almış bulunmaktadır.¹⁵⁰

AİHM’in içtihatlarına zamanla nüfuz eden takdir marjı doktrini, birey ile ulusal çıkarların ya da farklı ahlaki inançlar arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde her toplumun belli serbestlik hakkına sahip olmasını ifade ettiğine göre¹⁵¹, bu düşünce ile insan haklarının kültürel göreceliliği fikri arasında bir paralellik göze çarpmaktadır. Kültürel görecelik ile evrensellik arasındaki gerilim; takdir marjı ile evrensellik arasında da yaşanmaktadır. Takdir marjı ahlaki göreceliliği tanımayı ilke edinmesi nedeniyle insan haklarının evrenselliği ilkesiyle çelişmektedir.

¹⁴⁸ **Handyside/The United Kingdom**, § 207.

¹⁴⁹ Ulusal mevzuatlardaki aile birliğine ilişkin düzenlemelerin çeşitliliği nedeniyle bu hükümlerin AİHM içtihadıyla çatışması halinde, bazen AİHM kararlarının yerine getirilmemesi durumuyla karşılaşılabilir. Hatta bu durum insan haklarının korunması konusunda ilerici bir anlayışa sahip olarak diğer taraf devletlere örnek olan Alman Anayasa Mahkemesi’nde dahi söz konusu olabilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu durumu dile getirmesi ise insan hakları standartlarının görecelileştirilebileceği kanısını uyandırmıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ece GÖZTEPE, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi Sorunu: Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin İki Kararının Bir Değerlendirilmesi*”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi, No:5, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 417 vd.

¹⁵⁰ RUPP-SWIENTY, s. 241.

¹⁵¹ BENVENISTI, s. 843.

İnsan haklarının evrenselliğini savunanlara göre ise, liberal olarak uygulanan doktrin, ulusal politikaları evrensel insan haklarına üstün tutarak, AİHM ve diğer uluslararası kuruluşların insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde evrensel ölçütlerin belirlenmesi vaadini sarsmaktadır. Ayrıca bu marjın kullanımı, söz konusu kuruluşların kararlarının güvenilirliğini de tehlikeye atabilir. Bu tür davalarda farklı ülkelere, farklı marjların uygulanması çifte standartlara ya da uygulamalara yol açabileceği gibi, ulusal takdir marjını destekleme tutumu evrensel değer ve ölçütlere dayanmada vurgu eksikliğine yol açabilir.¹⁵² Bu görüşe göre, AİHS'in başlangıç kısmı temel hakların evrenselliği üzerine kurulmuştur. AİHS'de yer alan haklar arasında sosyo-ekonomik yönü ağır basan haklara yer verilmemesi de bunun göstergesidir. Sözleşme'de genel olarak üye devletler arasındaki ortak noktalara işaret edilmektedir. Avrupa Konseyi'nde bunu sağlayabilmek için Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinden ayrı, Avrupa düzeyinde bağlayıcı bir metine ihtiyaç duyulmuştur. Çünkü bölgesel olarak bağlayıcı ortak ölçütlere dayalı bir sistem kurmak, evrensel nitelikte ortak ölçüt belirlemekten daha kolaydır. Avrupa Konseyi'ne üyelik bir devletin kendini Avrupalı olarak tanımlaması ve Avrupa ölçütlerine bağlı olmasıyla mümkündür. Bütün taraf devletler Avrupa kültür çevresinin üyeleridir. Bu nedenle insan hakları kavramı bu devletlere yabancı değildir. Her ne kadar üye devletler birbirinden farklı tarihsel gelişim içinde ise de evrensel insan hakları kavramı bu devletlerin hepsinde gelişmiştir.¹⁵³

Sözleşme'de Avrupa'nın kültürel çeşitliliğinin üzerinde durulmamış, ama ortak noktalara dayalı bir koruma sisteminin oluşturulması esas alınmıştır.¹⁵⁴

¹⁵² BENVENISTI, s. 843.

¹⁵³ RUPP-SWIENCY, s. 242. Doğu Avrupalı yeni üyelere bakıldığında, bu genç demokrasiler Sözleşme'ye girmekle daha fazla demokratikleşme ümidi taşırlar ve bu devletlerde demokrasinin gelişimi bunun insan hakları adına olması anlamına gelmektedir.

¹⁵⁴ RUPP-SWIENCY, s. 244.

Kültürel görecelik fikri, Batı Avrupa'da gelişen insan hakları düşüncesinin Batılı olmayan kültürlerde (Özellikle Afrika ve Asya kültürlerinde)¹⁵⁵ uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmanın sonucudur. Bu durumda, AIHS'i kabul eden devletlerin batılı olduğu ve Sözleşme'deki insan hakları ilkesine bağlı bulunduğu düşünüldüğünde, kültürel görecelik vurgulanarak takdir marjı doktrininin de bu göreceliliği sağlamada bir araç olduğu iddiası temelsiz kalmaktadır.

IV. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN DİĞER BÖLGESEL İNSAN HAKLARI

(Amerikan Örneği) VE ULUSAL ANAYASA MAHKEMELERİNDEKİ (Türkiye Örneği) ANLAMI

A. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin Takdir Marjı Doktrinine Yaklaşımı (Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir Örnek)

Amerikan Devletleri Örgütü, Kuzey yarım küredeki en eski ve en büyük devletlerarası kurum olup,¹⁵⁶ İkinci Dünya Savaşı'nın bitimiyle beraber kurulan bölgesel sistemlerin ikincisidir.¹⁵⁷ 1948 yılında Bogota'da düzenlenen Dokuzuncu Amerikan

¹⁵⁵ Bu kültürlerdeki insan hakları anlayışıyla ilgili geniş bilgi için bkz. UYGUN, 2017, s. 512-533.

¹⁵⁶ Barbara Lee BLOOM, **The Organization of American States**, Infobase Publishing, New York, 2008, s.12.

¹⁵⁷ Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 839; aynı konuda bkz. Volkan ASLAN, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Yıl 2012, s. 263; İlyas DOĞAN-Omca ÖZDEMİR, "*Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi*", içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 308-309.

Devletleri Uluslararası Konferansı, Amerikan Devletler Örgütü Şartı'nı onaylamıştır.¹⁵⁸ Bölgesel örgütlenmenin kurumsal yönünü biçimlendiren Şart, insan haklarının bölgesel düzlemde tanınması ve korunması süreci bakımından doğrudan etkide bulunan hükümler de içermektedir. Ancak bu hükümler, kapsamlı bir insan hakları listesi vermekten uzaktır.¹⁵⁹ Bu Şartın imzasıyla birlikte aynı toplantıda Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi de kabul edilmiştir.¹⁶⁰

1960'lı yıllardan itibaren üye ülkelerde, 1948 tarihli bildirin güncelleştirilmesi yolunda eğilimlerin belirmesiyle Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi hazırlanmış ve söz konusu sözleşme 25 devletin imzasıyla 22 Kasım 1969'da *Kosta Rika'nın* başkenti *San José'de kabul edilmiştir.*¹⁶¹ Taraf devletlerin sözleşme yükümlülüklerine riayetlerinin sağlanmasının ve olası hak ihlallerinin denetimi konusunda, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu (*Washington D.C./ABD*) ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (*San Jose/Kosta Rika*) olmak üzere iki organa görev yüklemektedir (Sözleşme madde 52).¹⁶²

Konumuz açısından ise AIHM ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin, bölgesel uzlaşmanın olmadığı veya eksik olduğu davalarda takdir marjına yaklaşımının

¹⁵⁸ **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System**, 2012, s.1. http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/docsbas2012_eng.pdf, Erişim Tarihi 23.3.2015.

¹⁵⁹ GEMALMAZ, 2005, s. 839; DOĞAN-ÖZDEMİR, s. 309.

¹⁶⁰ GEMALMAZ, 2005, s. 845 vd.; ASLAN, s. 266; Jenny BOUNNGASENG, "Adjudication of International Human Rights Claims in The European Court Of Human Rights and The Inter-American Court of Human Rights: Why Atca Suits in U.S. Courts are the Better Alternative for Claims Against American Multinational Corporations", **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol. 33, 2004-2005, p. 483.

¹⁶¹ ASLAN, s. 267-268; ayrıca bkz. GEMALMAZ, 2005, s. 840-841; DOĞAN-ÖZDEMİR, s. 312.

¹⁶² GEMALMAZ, 2005, s. 853; Bu organların görev ve yetkileri ile yargılama usulleri hakkında geniş bilgi için bkz. DOĞAN-ÖZDEMİR, s. 315-335.

farklı olduğu gözlenmektedir. AIHM toplumsal-sosyal anlaşmazlıklarla ilgili devlet politikalarına ilişkin taraf devletlere takdir marjı tanırken, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi bunu yapmamaktadır. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk yıllarına bakıldığında takdir marjını reddetme nedeninin, Kıta üzerindeki askeri diktatörlüklerin varlığı olduğu gözlemlenmektedir. Ancak Kıtada demokrasinin tekrar tesis edilmesinin ardından da Mahkeme derin anlaşmazlık konularında bile korumacı yaklaşımını sürdürmüştür ve üye devletlere takdir marjı tanımamıştır.¹⁶³

Örneğin Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, son dönemde eşcinsel anne ve babaların çocuklarının devlet denetimine alınması ve ceninin yaşamına ilişkin uyumsuzlıklardaki devlet politikaları üzerinde sıkı denetim uygulamaktadır.¹⁶⁴ Bu kapsamda ulusal mevzuatın uluslararası normlara uygun olmaması durumunda, ulusal yargıçları iç hukuku uygulamaması hususunda zorlayan bir mekanizma geliştirmiştir. *Candia*'ya göre AIHM ikincil bir yargı mekanizması oluşturmuş iken, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, kıtadaki Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

¹⁶³ Gonzalo CANDIA, "Comparing Diverse Approaches To The Margin Of Appreciation: The Case Of The European And The Inter-American Court Of Human Rights", **Third Annual Conference of the Younger Comparativist Committee of the American Society of Comparative Law**, April 4-5, 2014, Panel I-2, s. 1, <http://law.lclark.edu/live/files/16738-ycc-2014conference-programpdf>, erişim tarihi 23.03.2015; ayrıca bkz. Eyal BENVENISTI, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", **International Law And Politics Journal**, Vol. 31, 1999, s. 843-854; BOUNNGASENG, s. 490-492; JO M. PASQUALUCCI, "Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law", **Stanford Journal Of International Law**, Vol.38, 2002, s. 262-263; Beth LYON, "The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Workers' Rights for the Hemisphere: A Comment on Advisory Opinion 18", **N. Y U. Review Of Law & Social Change**, Vol. 28, 2003, s. 578; William Paul SIMMONS, " Remedies for the Women of Ciudad Juarez through the Inter-American Court of Human Rights", **Northwestern Journal Of International Human Rights**, Vol.4:3, 2006, s. 514.

¹⁶⁴ CANDIA, s. 2.

anlayışını standartlaştırarak, Mahkemeyi kıtasal anayasa mahkemesine dönüştürmeye zorlamaktadır.¹⁶⁵

Görüldüğü gibi, takdir marjı doktrini AIHM tarafından yaratılmış ve sistematik olarak uygulanan bir yargısal araç olmasına rağmen, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından istikrarlı ve sistemli bir şekilde uygulanmamıştır.¹⁶⁶ Komisyonun siyasi haklar ile ilgili iki davadaki¹⁶⁷ yaklaşımı takdir marjının sistem içinde geçirdiği evrim hakkında bilgi vermektedir. İlk dava konusunda, Guatemala Anayasası'na göre eski diktatörlerin başkan adayı olması yasaktır. Bu hükme karşı eski askeri hükümet başkanı *José Ríos-Mont* tarafından Amerikalılararası Komisyona itiraz edilmiştir. Komisyon öncelikle bu tür bir yasakla ilgili bölgesel bir uzlaşmanın olup olmadığını incelemiştir. Bu tür yasaklamaların 20. yüzyılın başından itibaren Orta Amerika'da düzenli bir uygulama olduğunu doğruladıktan sonra, sonuç olarak bu alanda taraf devletlerin yapısal bir takdir marjına sahip olduğu gerekçesiyle, başvuruyu reddetmiştir.¹⁶⁸ İkinci davada ise, *Ríos-Mont* başvurusundaki siyasi hakların kullanımına ilişkin katı yorum tutumunu değiştirmiştir. Başvuru konusu durumda, Şili Anayasası'nda hala devletin klasik üç organı ve diğer ulusal kurumlar tarafından seçilen bir grup atanmış senatör bulunmaktadır. Bu atanmışlar Senato'nun %20 sini temsil etmektedir. Anayasaya göre bu koltuklardan biri de eski devlet başkanlarına aittir. Söz konusu başvuruda Şili'nin demokrasiye başarılı olarak geçebilmesini mümkün kılan eski askeri rejim başkanına bu hak tanınmıştır. Başvurucu *Andres Aylwin*, Şili Anayasası'ndaki seçilmemiş senatörlerin halk

¹⁶⁵ CANDIA, s. 2.

¹⁶⁶ CANDIA, s. 11.

¹⁶⁷ **Ame.İHM Kararı, José Ríos-Montt v. Guatemala**, Case 10.804, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 30/93, OEA/Ser.L/V.85, doc. 9 rev. (1993); **Ame.İHM Kararı Andrés Aylwin et al. v. Chile**, Case 11.803, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 95/98, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 6 rev. (1999), CANDIA, s. 12.

¹⁶⁸ **José Ríos-Montt v. Guatemala**, § 29. Bkz. CANDIA, s. 12.

egemenliğini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu sapma Mahkeme tarafından iki yönden ele alınmıştır: Siyasal hakları ihlal etmesi ve atanmış kişilerin vatandaşlar arasındaki eşitliği bozması. Komisyon bu davada, taraf devletin takdir yetkisinin bulunmadığını belirterek, Şili Anayasası'ndaki ayrıcalıklı atanmışlar lehine ayrımcılık yasağının ve siyasi hakların ihlal edildiğini tespit etmiştir.¹⁶⁹ Ancak bu karara Amerikan Yargıç *Robert Kogod Goldman* muhalefet etmiştir. Muhalefet şerhinde *Goldman*, demokratik bir sistemin yapılandırılmasında yasama üyelerinin seçiminde tek bir doğru modelin olmadığını belirtmiştir.¹⁷⁰ Bu bağlamda Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi yasama organındaki koltukların dağıtımında, kesin bir modeli tanımlamaktan kaçınarak, çoğulcu tercihi benimsediğini ifade etmiştir.¹⁷¹

Ahlaki uyumsuzluklar konusunda da Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin takdir marjı uygulaması değişim göstermiştir.¹⁷² *Baby-Boy* kararında, Komisyon ceninin kürtaj yoluyla alınmasının yaşam hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvuruyu, kürtaj yasalarının izin ve yasaklarına ilişkin düzenlemelerinin, her devletin kendi yasama organının takdirinde olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Buna karşın otuz yıl sonra *Artavia-Murillo* davasında tamamen zıt bir karar vermiştir. Başvuruya konu olan durumda, Mahkeme embriyo nakli yoluyla (tüp bebek) üremede embriyonun da yaşam hakkına sahip olduğunu, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 1.

¹⁶⁹ **Andrés Aylwin et al. v. Chile**, § 108. Bkz. CANDIA, s. 12.

¹⁷⁰ **Andrés Aylwin et al. v. Chile**, Case 11.803, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 95/98 (*Goldman, C., dissenting*). Bkz. CANDIA, s. 13.

¹⁷¹ CANDIA, s. 12-13.

¹⁷² **Int.Ame. İHM Kararı, Christian B. White & Gary K. Potter v. United States of America (Baby-Boy Case)**, Case 2.141, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9 rev. 1 (1981); **Ame.İHM Kararı, Artavia-Murillo et al. v. Costa Rica**, Merits, Reparations and Costs, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 257, (Nov. 28, 2012); bkz. CANDIA, s. 14.

fıkrasına göre her ne kadar yaşam hakkına ilişkin koruma gebelik anından itibaren başlasa da annenin uterusundan alınan embriyonun da bu korumaya dahil olduğuna hükmetmiştir. Kosta Rika'nın tüp bebek uygulamasını mutlak olarak yasaklamasını yarışan çıkarlar açısından orantısız bulmuştur. Davada *Kosta Rika* bu konuda bölgesel bir uzlaşmanın olmadığından dolayı devletin takdir marjının olduğunu savunmuştur.¹⁷³ Mahkeme kararına muhalefet eden yargıç *Eduardo Vio-Grossi*, tüp bebek uygulaması konusunda 24 Latin Amerika ülkesinin 11'inde bu yönteme izin verildiğini, bunlar arasında dahi tam bir uzlaşma olmadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme bölgesel uzlaşmanın olmadığı bir alanda yasama organının takdir marjını göz ardı etmiştir.¹⁷⁴

Bölgesel uzlaşmanın bulunmadığı konularda Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin takdir marjına yaklaşımını aşamalı olarak değiştirdiği söylenebilir. Yakın tarihli *Atala-Riffo* kararına¹⁷⁵ konu olan olaydaki velayet davasında anne lezbiyen olduğu için Şili mahkemesi 3 kızın velayetini babaya vermiştir. Şili Yargıtay'ı kızların lezbiyen anneleriyle yaşamalarının düzenli ve sağlıklı büyümeyi olumsuz etkileyeceği riskinden dolayı mahkeme kararını onamıştır. *Atala-Riffo* hâkimin lezbiyen karşıtı olmasından dolayı ayrımcılık yasağının ihlali gerekçesiyle Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Şili Devleti ulusal mahkeme kararının çocuk yararına olduğu ve çocuk velayeti konusunda bölgesel uzlaşmanın olmadığı gerekçesiyle kendini savunmuştur. Mahkeme ise, cinsel yönelimin Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağı hükmü gereğince korunduğunu, ayrıca çocuğun yararı, ebeveynlerin kişisel özellikleri ya da ailenin geleneksel-kültürel yapısı gibi kalıplaşmış

¹⁷³ CANDIA, s. 14-15.

¹⁷⁴ CANDIA, s. 16.

¹⁷⁵ **Int.Ame. İHM Kararı, Atala-Riffo and Daughters v. Chile**, Merits, Reparations and Costs, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 239, (Feb. 24, 2012).; bkz. CANDIA, s. 17.

spekülatif iddialar üzerinden ebeveynlere karşı ayrımcılığın meşrulaştırılmayacağına karar vererek Şili Devleti'nin ihlalini tespit etmiştir.¹⁷⁶ Dolayısıyla Mahkeme bu konuda devlete takdir marjı tanımamıştır.

İfade özgürlüğü açısından Mahkemenin tutumuna bakılacak olursa, siyasal söylemler ve devlet görevlilerine yönelik eleştirilerin ifade özgürlüğü içerisinde özel bir yeri olduğunu, demokrasinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için kamu yararına ilişkin bilgi, düşünce ve görüşlerin serbest dolaşımını dile getiren Mahkeme, devletlere politik ifadelerin sınırlandırılması konusunda oldukça dar bir takdir marjı tanımaktadır.¹⁷⁷ Mahkeme'ye göre, devlet sadece sınırlandırmalardan kaçınmamalı, çoğulculuğu teşvik ederek farklı düşüncelerin kamusal tartışmalara katılımını mümkün kılacak kurallar koymalıdır.¹⁷⁸ Eleştiri hakkının sınırları üzerinde de duran Mahkeme, devlet kurumlarının ve görevlilerinin, üstlendikleri kamusal görevler nedeniyle, eleştirilere karşı sıradan bireylere oranla daha yüksek bir hoşgörü eşiğine sahip olması gerektiğini savunmuştur.¹⁷⁹

Görüldüğü üzere Mahkeme atipik kararlar vermekle birlikte, genellikle devletlere bırakılan takdir marjını giderek daraltmaktadır. Bunun yanında aktivist bir denetim benimseyerek, uyuşmazlığın çözümünü doğrudan kendisi üstlenmektedir.

¹⁷⁶ CANDIA, s. 17.

¹⁷⁷ **Int.Ame. İHM Kararı Herrera-Ulloa/Kosta Rika**, 02.07.2004, Seri C, No 107, Par. 127; **Int.Ame. İHM, Ivcher Bronstein /Peru**, 06.02.2001, Seri C, No 74, par. 155.; bkz. Erkan DUYMAZ, "İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y.2013, S.1-2, s. 1379.

¹⁷⁸ **Int.Ame. İHM Kararı, Kimel/Arjantin**, 03.05.2008, Seri C, No 177, par. 57, DUYMAZ, s. 1380.

¹⁷⁹ **Int.Ame. İHM Kararı, Palamara-Iribarne/Şili**, 22.11.2005, Seri C, No 135, par. 83; **Int.Ame. İHM, Herrera-Ulloa/Kosta Rika**, 02.07.2004, Seri C, No 107, par. 125, DUYMAZ, s. 1380.

B. Türkiye Anayasa Mahkemesinin Takdir Marjı Doktrinine Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin Türk hukukundaki rolü, 12 Eylül 2010 tarihinde gerçekleştirilen referandum ile yapılan Anayasa değişikliği¹⁸⁰ sonrasında hukuk sistemimize giren ve 23 Eylül 2012 tarihinde uygulanmaya başlayan “*bireysel başvuru*” yolu ile farklı bir nitelik kazanmıştır. Bireysel başvuru hakkı kabul edilmeden önce Anayasa Mahkemesinin hukuk sistemimiz içinde, hukuk düzeninin korunması işlevini yerine getirdiği söylenebilir.¹⁸¹ Ancak bireysel başvuru yolu ile bireylere, etkili bir hukuki koruma ve kamu organlarının anayasal ilkelere uygun davranmaları sağlanmış olacaktır.¹⁸² Bundan sonra, Anayasa Mahkemesi sadece anayasaya uygunluk denetimi yapan bir mahkeme olmaktan çıkarak, AİHS ve AİHM içtihatları ışığında ülkemizde temel hak ve özgürlüklerin korunmasında en etkili kurum olması gerekecektir. Diğer bir deyişle Anayasa Mahkemesinin böyle bir sorumluluk üstlenmesi beklenilmektedir.

Anayasa Mahkemesi bu büyük sorumluluğu yerine getirirken Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile birlikte AİHS'e bağlı kalacaktır. Ancak AİHS'in koruma mekanizması yukarıda da açıklandığı üzere ikincil bir nitelik arz etmektedir. Ayrıca AİHS'in üye devletlerin asgari uzlaşısıyla ortaya çıkabilmiş bir metin olması dolayısıyla, Sözleşme

¹⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı, Anayasa'nın 148. maddesine 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun'la yapılan ek üzerine hukuk sistemimize girmiştir. Bunun ardından 30 Mart 2011 tarih ve 6216 sayılı “Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45-51. maddeleri arasında ayrıntılı biçimde düzenlenerek uygulamaya konulmuştur. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ersoy KONTACI, “*Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu*”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/4, s. 107 vd; Öykü Didem AYDIN, “*Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Y. 2011, S. 4, s. 124 vd.

¹⁸¹ Ece GÖZTEPE, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 530, Ankara, 1998, s. 127.

¹⁸² GÖZTEPE, **Anayasa Şikâyeti**, s. 138.

Anayasada düzenlenen haklara nazaran daha dar kapsamlıdır. Ancak bireysel başvuru hakkının düzenlendiği, Anayasanın 148. maddesine göre bireysel başvuru hakkı “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla” kullanılabilir. Ayrıca 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*’un 45. maddesi ile “Türkiye’nin taraf olduğu ek protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlükler”in de bireysel başvuru hakkı kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Bu durumda ülkemizdeki bireysel başvuru hakkı Anayasada düzenlenen hak ve özgürlüklerden, sadece AİHS ve ek Protokollerinde yer alanlar açısından kabul edilmiş olmaktadır. Ulusal bir mahkemenin yargılama yetkisinin Anayasada düzenlenmiş bütün hakları kapsamayacak şekilde bir düzenlemenin tercih edilmesi eleştiriye oldukça açıktır. Çünkü birincil düzeyde koruma mahkemesi olarak Anayasa Mahkemesi, hak ve özgürlükleri daha geniş düzenlemesine rağmen Anayasada yer alan diğer hak ve özgürlükleri görmezden gelerek, yargılamasını AİHM’in asgari denetim standartlarıyla sınırlamış olacaktır.¹⁸³

Pozitif hukuk açısından mevcut olan bu sınırlama, uygulama bakımından ise Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında, sadece AİHM odaklı yaklaşım olarak ortaya

¹⁸³ Benzer görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. KONTACI, s. 110; Bülent ALGAN, “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği”, **Anayasa Yargısı**, 32, 2015, s. 205-207; Feridun YENİSEY, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama”, **Anayasa Yargısı**, 33, 2016, s. 213-214; Ece GÖZTEPE, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru-Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı, 30-31 Mayıs 2015, Ankara, s. 4 vd.

http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf.

çıkılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, Sözleşme'ye üye bir devletin ulusal makamı olarak AİHM'in denetim ve kararlarıyla bağlı olduğu düşünüldüğünde, bu tutumu makul görülebilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulardaki denetimini, genel olarak sadece AİHM'in kararlarında yapılan tespitlerle sınırlamaktadır. Oysa ulusal insan hakları koruma mahkemesi olarak bireysel başvuruya konu olan olay ve gerçeklere ilişkin doğrudan bir bilgiye sahip olması dolayısıyla, AİHM'den daha yetkin ve elverişli bir konumdadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin daha kapsamlı bir değerlendirme yapması mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu yaklaşımı takdir marjı doktrini açısından daha da açık bir şekilde gözlemlenmektedir. Anayasa Mahkemesi takdir marjı kavramını, bireysel başvuru yolu kabul edilmeden önce de kararlarında kullanmıştır. Evli kadınların evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanamaması ile yabancı ırk ve millet isimlerin soyadı olarak seçilememesinin Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü iki davada¹⁸⁴ aynı ifadelerle, Anayasa Mahkemesi AİHM içtihadına göndermede bulunarak takdir marjını kullanmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi;

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan “özel hayatın ve aile hayatının korunması” ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar

¹⁸⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.03.2011, E. 2009/85, K. 2011/49; Anayasa Mahkemesi Kararı, 17.03.2011, E. 2009/47, K. 2011/51. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/07/20110712-6.htm>.
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/10/20111021-8.htm> Erişim tarihi 20.04.2018.

Anayasa Mahkemesi soyadının belirlenmesi açısından Anayasaya aykırılık iddiasıyla somut norm denetimi yaptığı bu kararlarında takdir marjına başvurmuştur. Bkz. ŞİRİN, “Takdir Marjı”, s. 387-388.

getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.”¹⁸⁵ şeklinde bir gerekçeye dayandırmış ve yasama organının takdir yetkisi nedeniyle söz konusu davada Anayasaya aykırılık bulmamıştır.

Bu kararlarda dikkat çeken husus, Anayasa Mahkemesinin, kendisine tanınan takdir marjını, söz konusu yasal sınırlamayı resen meşrulaştıran bir araç olarak algılamasıdır. Oysa kararında da ifade ettiği gibi, taraf devletler kendi tarihi ve siyasal yapısı hakkında daha geniş bir bilgiye sahiptir. Bu nedenle de yapılacak yargısal denetimde bu özelliklerin daha ayrıntılı değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Ayrıca AİHM’in bir konuda tanıdığı takdir marjı, o konudaki Avrupa mutabakatının oluşmasına paralel olarak, zaman içerisinde değişime uğrayabilmektedir. İkinci bölümde isim hakkına ilişkin kısımda da açıklanacağı üzere, Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından sonra, AİHM soyadı hakkına ilişkin içtihadında değişikliğe gitmiştir ve evli kadınların evlilikten önceki soyadlarını kullanımının sınırlanmasının, evlilik içerisinde eşler arasında ayrımcılığa yol açtığı gerekçesiyle, bu konudaki taraf devletlerin takdir marjını kaldırmıştır.¹⁸⁶ Bu durumda Anayasa Mahkemesinin soyadına ilişkin verdiği kararında ileri sürdüğü takdir marjı gerekçesi ortadan kalkmıştır. Oysaki Anayasa Mahkemesi, kararında daha somut ve toplumun ihtiyaçlarına uygun bir temele dayanarak değerlendirme yapmış olsa idi, ileri sürdüğü gerekçelerin devamlılığı mümkün olabilirdi.

Anayasa Mahkemesi takdir marjına ilişkin bu yaklaşımını bireysel başvurular hakkındaki kararlarında da sürdürmektedir. Toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin olarak *Ali Rıza Özer ve Diğerleri*¹⁸⁷ başvurusunda, Anayasa’nın 34. maddesinde “herkes

¹⁸⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.03.2011, E. 2009/85, K. 2011/49; Anayasa Mahkemesi Kararı, 17.03.2011, E. 2009/47, K. 2011/51.

¹⁸⁶ İsim hakkına ilişkin çalışmanın 184-185. sayfalarına bkz.

¹⁸⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, **Ali Rıza Özer ve Diğerleri**, 06.01.2015, Başvuru No 2013/3924.

önceden izin almaksızın toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.” şeklindeki açık düzenlemeye karşın Anayasa Mahkemesi, AİHM’nin kararlarına atıf yaparak “*toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin alma şartına bağlanmasının hakkın özüne dokunmayacağına*” karar vermiştir.¹⁸⁸ AİHM toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün izin gibi bir takım yasal koşullara bağlanmasını taraf devletlerin takdir marjına bırakmıştır.¹⁸⁹ Görüldüğü üzere ulusal hukukumuz bu açıdan daha özgürlükçü bir düzenleme getirmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi bunu bir tarafa bırakmış ve eleştiriye açık bir şekilde AİHM’in tanıdığı takdir marjına dayanarak daha sınırlayıcı bir tutum sergilemiştir.¹⁹⁰

Benzer bir durum uzun tutukluluk sürelerine ilişkin başvurularda da görülmektedir. Şöyle ki, ilk derece mahkemesi tarafından, mahkûmiyet kararı verildikten sonraki aşamada özgürlükten mahrum bırakma hali, AİHM içtihatlarında *mahkûmiyete dayalı özgürlüğün kısıtlanması* olarak nitelenmekte ve tutukluluk olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle de temyiz aşamasında özgürlükten yoksun bırakılarak geçirilen süre tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmamaktadır.¹⁹¹ Oysa Anayasanın 38. maddesinin 4. fıkrası uyarınca *hiç kimse suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu sayılamaz*. Bu düzenleme ulusal hukukumuzda, henüz temyiz incelemesinden geçerek

¹⁸⁸ **Ali Rıza Özer ve Diğerleri**, § 122.

¹⁸⁹ **Bukta and Others/Hungary**, 17.07.2007, Başvuru No 25691/04, § 35-37; **Rassemblement Jurassien and Unité Jurassien/Switzerland (Kabuledilemezlik Kararı)**; **Ziliberg/Moldova**, 05.04.2004, Başvuru No 61821/00.

¹⁹⁰ Benzer görüş için bkz. Tolga ŞİRİN, Üçüncü Yılda Bir Bilanço: “*Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi*”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru-Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı, 30-31 Mayıs 2015, Ankara, s. 129. http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf. Erişim Tarihi 20.04.2018.

¹⁹¹ **Solmaz/Turkey**, 16.01.2007, Başvuru No 27561/02, § 23-24; **Şahap Doğan/Turkey**, 27.05.2010, Başvuru No 29361/07, § 26.

keşinleşmemiş mahkûmiyet kararlarının, üst derece mahkemesi tarafından bozulması ve kişinin beraat etmesi ihtimalinin bulunması nedeniyle, mahkûmiyet kararı kesinleşinceye kadar kişinin masum sayılayacağı kabul edilmektedir.¹⁹² Görüldüğü üzere tutukluluk sürelerinin hesaplanmasında ulusal hukukumuz AİHM'e göre daha iyi bir koruma sistemi öngörmektedir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi *Savaş Çetinkaya*¹⁹³ kararında tartışmalı bir şekilde AİHM'in görüşünü esas alarak şu şekilde karar vermiştir:

*“Tutukluluk süresinin hesabında ilk derece mahkemesi önünde yargılama aşamasında geçen sürelerin dikkate alınması gerekir. Zira kişi yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm edilmişse, bu kişinin hukuki durumu "bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu" olma kapsamından çıkmakta ve tutmanın nedeni ilk derece mahkemesince verilen hükme bağlı olarak tutma haline dönüşmektedir. Nitekim AİHM, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemekte ve temyiz aşamasında geçen süreyi tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır.”*¹⁹⁴ Anayasa Mahkemesi Türk hukuk sisteminde genel kabul gören bir konuda yine AİHM içtihadına atıfta bulunarak daha güvenceli olan ulusal hukuku görmezden gelmiştir.¹⁹⁵

¹⁹² Tuğrul KATOĞLU, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, içinde **Hukuk Güvenliği**, Haz. Ece GÖZTEPE, Kamu Hukukçuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 227, 8-9 Kasım 2013, Ankara, s. 176; GÖZTEPE, 2015, s. 8; YENİSEY, s. 217; Hasan TUNÇ, “*Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, s. 1643; ŞİRİN, 2015, s. 130; ALGAN, 2015, s. 200 vd.

¹⁹³ Anayasa Mahkemesi Kararı, **Savaş Çetinkaya**, 21.11.2013, Başvuru No 2012/1303.

¹⁹⁴ **Savaş Çetinkaya**, § 42, Anayasa benzer değerlendirmeyi **Ramazan Aras** kararında da yapmıştır. bkz. **Ramazan Aras**, 02.07.2013, Başvuru No 2012/239, § 67.

¹⁹⁵ Sözleşme'ye taraf devletlerde benzer bir eğilim olduğuna ilişkin örnekler hakkında bkz. DOĞAN, 2015, s. 402-403.

Anayasa Mahkemesi çok yakın tarihli vergilendirme konusundaki bir başka kararında da doğrudan takdir marjına başvurmuştur. *İlyas Yılmaz*¹⁹⁶ kararında Anayasa Mahkemesi “*AİHM’in makul bir temelden uzaklaşmamak kaydıyla vergilendirme konusunda taraf devletlere oldukça geniş bir takdir yetkisi tanıdığını*” ifade etmiştir.

Bu örnek kararlar ışığında Anayasa Mahkemesinin, uluslararası bir mahkeme olan AİHM tarafından taraf devletlere tanınan takdir marjını aynen uygulama eğiliminde olduğu söylenebilir. Ancak takdir marjı doktrinin uluslararası insan hakları hukuku alanındaki anlamı ve işlevi karşısında Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı yerinde değildir. Çünkü AİHM takdir marjını ulusal organlara bırakmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bu takdir marjından yararlanacak ulusal makamlardan biri¹⁹⁷ olmasına rağmen, kendisi bir değerlendirme yapmaktan kaçınmakta ve sanki ikincil bir organmış gibi sahip olduğu takdir yetkisinin kullanımını yasama organına bırakmaktadır. AİHM’in takdir marjına başvurma gerekçeleri yukarıda da açıklandığı üzere Sözleşme sisteminin ikincilliğinin sağlanması, taraf devletlerin egemenliğine saygı gösterilmesi ile yerel ve kültürel farklılıklar nedeniyle bir Avrupa uzlaşısının olmadığı konularda değerlendirme serbestisini taraf devletlere bırakmaktır¹⁹⁸. Dolayısıyla takdir marjının bu anlamıyla ulusal makamlar tarafından kullanılabilmesi uygun değildir. Çünkü ulusal makamlar ve Anayasa Mahkemesi, egemenliğine saygı gösterilmeye çalışılan devletlerin birer parçasıdır. Ayrıca uluslararası insan hakları hukukunun bir tartışması olan kültürel görecelik (ahlaki, kültürel ve dini konuların toplumdan topluma değişiklik göstermesi) gerekçesi de ulusal makamların kullanabileceği bir dayanak değildir. Ulusal makamlar zaten o toplumun bir unsuru olarak o kültürel ve ahlaki yapının içerisinde. Bu nedenle de bu konuların değerlendirmesini yaparak karar vermekten kaçınamazlar.

¹⁹⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, **İlyas Yılmaz**, 22.03.2018, Başvuru No 2015/1927.

¹⁹⁷ ŞİRİN, 2015, s. 129.

¹⁹⁸ Benzer görüş için bkz. ŞİRİN, “Takdir Marjı”, s. 390.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin korunması için yapacağı denetimde elbette AİHM içtihatlarını takip edecektir. Ancak bunu yaparken takdir marjını, temel hak ve özgürlüklerin korumasını azaltmak ya da asgarileştirmek için kullanmamalıdır. Çünkü daha önce de ifade edildiği gibi AİHS taraf devletlerin ortak mutabakatı ile ortaya çıkmıştır ve AİHM bu sistemin devamlılığı için belli durumlarda daha az korumacı bir yaklaşım sergileyebilmektedir. Ancak Sözleşme sistemi hak ve özgürlüklerin sağlanmasında taraf devletlerin daha fazla güvence getirmesine engel değildir. Sancar'ın da ifade ettiği gibi uluslararası bir sözleşme olarak, AİHS temel hak ve özgürlüklerin korunmasında asgari standartları belirlemiştir.¹⁹⁹ AİHS ile iç hukuk arasındaki ilişki hakkındaki daha önceki açıklamalarda da ifade edildiği üzere, Sözleşme'nin asgari standart niteliği 53. maddesinde de açıkça dile getirilmiştir. Dolayısıyla, eğer ulusal hukuk sistemi daha ileri derecede bir koruma sağlıyorsa elbette ulusal hukuk uygulanacaktır. Çünkü *“uluslararası insan hakları hukuku, insan haklarının korunmasını, daha alt bir standartta yeknesaklaştırmayı değil, insan haklarının bütün dünyada mümkün olan en üst standartta korunmasını hedeflemektedir. Bu durum, ulusal hukuktan uluslararası insan hakları hukukuna yapılacak yollamaların, ulusal standartları daraltma ya da ulusal standartlardaki darlığı meşrulaştırma değil; tam tersine bu standartların üstüne çıkma ve ulusal çerçeveyi genişletme amacını gözetmelerini zorunlu kılmaktadır.”*²⁰⁰

Bu açıdan Anayasa Mahkemesi de ülkemizin toplumsal özelliklerini göz önünde tutarak, bireysel başvuru yolunu AİHM'e Türkiye aleyhine giden başvuruların azaltılmasına yönelik bir araç olarak görmemeli; aksine ülkemizde insan haklarının daha güvenceli bir hale gelmesi için üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmelidir. Anayasa

¹⁹⁹ Mithat SANCAR, **Temel Hakların Yorumu**, Yayınlanmamış Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1995, s. 319.

²⁰⁰ SANCAR, s. 320.

Mahkemesi, ancak bu şekilde bir tutum sergilediğinde toplumun beklentilerine cevap verebilir.²⁰¹



²⁰¹ ALGAN, 2015, s. 205.

İKİNCİ BÖLÜM

TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN SÖZLEŞME VE EK PROTOKOLLERİNDE YER ALAN HAKLAR AÇISINDAN UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK

Bu bölümde, önceki bölümde kavramsal çerçevesi çizilmeye çalışılan takdir marjı doktrininin, AIHS'de yer alan her bir hak açısından uygulanmasının mümkün olup olmadığı, uygulanma kabiliyeti var ise Mahkemenin bunu ne derecede ve nasıl uyguladığı sorularına cevap aranırken; bunun yanında takdir marjının uygulamasını etkileyen faktörler değerlendirilecektir. Bu değerlendirmede ise sistematik açıdan, Sözleşme ve ek Protokolleri'nde düzenlenen haklar incelenirken, bazı haklar birbiriyle ilişkili ve iç içe geçmiş olması nedeniyle birlikte ele alınacaktır. Örneğin 8. maddedeki özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile 12. madde de düzenlenen evlenme hakkı veya 6. maddede yer alan adil yargılanma hakkı ile 13. maddede düzenlenmiş olan etkili başvuru hakkı ya da 5. maddedeki özgürlük ve güvenlik hakkı ile 4 nolu Protokol'ün 2. maddesindeki serbest dolaşım özgürlüğü birbirleriyle olan yakın ilişki nedeniyle bu şekilde incelenecektir.

II. YAŞAMA HAKKI (MADDE 2)

A. Yaşama Hakkının Genel Olarak AIHS'deki Düzenlenmesi

Yaşama hakkı Sözleşme'nin düzenlediği ilk maddi haktır. Mahkeme'nin *McCann ve Diğerleri*²⁰² kararında ifade ettiği gibi, 2. maddedeki yaşama hakkı ve 3. maddedeki işkence yasağı, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini içermektedir. Bu nedenle Mahkeme, ilgili maddenin katı bir şekilde yorumlanması gerektiğini dile getirmiştir.²⁰³ Yaşam hakkının Sözleşme sisteminin temel değerlerinden biri olmasına paralel olarak Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının, 6 (barış zamanında) ve 13 (her koşulda) Nolu Ek Protokollerle değiştirilmesi sonucunda, Sözleşme'ye taraf ülkeler ölüm cezasını zorunlu olarak kaldırmıştır.²⁰⁴

Sözleşme'nin 2. maddesinin düzenlenme biçimine bakıldığında, herkesin yaşama hakkının, kanunun koruması altına alındığı belirtilir. Maddenin ikinci fıkrasında ise sayılan zorunlu durumlarda, öldürmenin yaşama hakkının ihlali olmadığı hüküm altına alınmıştır. Ancak burada yer alan istisnalar ile Sözleşme'nin 8-11. maddelerindeki sınırlama istisnaları arasında farklılık söz konusudur. 2. maddede bu istisnalar bulunsa bile kişinin yaşam hakkının kanun tarafından korunması esas iken, 8-11. maddelerdeki

²⁰² *McCann and Others / /The United Kingdom*, 27.09.1995, Başvuru No 18984/91.

²⁰³ *McCann and Others / /The United Kingdom*, § 147; *Soering/The United Kingdom*, 7.7.1989, Başvuru No 14038/88, § 88.

²⁰⁴ 28.04.1983 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair 6 Nolu ek Protokol, **madde 1**'de barış zamanında ölüm cezasının kaldırıldığı düzenlenmiştir. 03.05.2002 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Ölüm Cezasının Her Durumda Kaldırılmasına Dair 13 Nolu ek Protokol, **madde 1**'de ölüm cezasının savaş zamanı da dâhil her durumda kaldırıldığı düzenlenmiştir.

sınırlandırma konusundaki istisnaların kanunla konulması kabul edilmiştir. Bu açıdan yaşam hakkına ilişkin hüküm daha dar ve katı yorumlanmalıdır.²⁰⁵

2. paragrafta “*yaşamdan mahrum bırakılma*” yani öldürme düzenlenmektedir. Kişilerin ölümü ile sonuçlanan bazı belirli eylemlerin belirtilen ölçütlere uyması halinde, ilgili maddenin ifadesiyle “*bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz*” ya da yaşama hakkının ihlali olarak değerlendirilmez. Bu eylemler sınırlı sayma usulüyle düzenlenmiştir ve ancak 2. maddedeki amaçlar açısından bu eylemlere izin verilmiştir.²⁰⁶ Bu amaçlarla *ölümcül güç kullanımının mutlak surette gerekli (absolutely necessary)* olması şarttır.²⁰⁷ Dolayısıyla bu düzenleme “*kasten bir kimseyi öldürmeye izin veren durumları ifade etmemekte fakat sayılan bu durumlarda kasıtsız bir sonuç olarak ölümlerle sonuçlanabilecek güç kullanımına izin veren durumları*” tanımlamaktadır.²⁰⁸

Mahkeme ölümcül güç kullanılması durumuna ilişkin başvurularda orantılılık değerlendirmesi yapmaktadır. Orantılılık değerlendirmesi ise akla bu alanda takdir marjına başvurulabilir mi? sorusunu getirmektedir. Birinci bölümde ifade edildiği gibi orantılılık ilkesi ile takdir marjı ters ilişkili olup, orantılılık yoğunlaştıkça, takdir marjı

²⁰⁵ **McCann and Others/ /The United Kingdom**, § 149; ayrıntılı bilgi için bkz. Douwe KORFF, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, çev. Özgür Heval Çinar ve Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, 1. Baskı, 2006, Belçika, s. 6-7; Oktay BAHADIR, **Yaşama Hakkı**, Seçkin Yayınları, 2015, Ankara, s. 60-61; İlyas DOĞAN-Omca ÖZDEMİR, “*Yaşam Hakkı*”, içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 414.

²⁰⁶ **AİHS m. 2/2.-** *Bir kimsenin (herhangi bir kimse) yasadışı şiddete karşı korunması için (2. madde (2) (a)); -Usulüne uygun olarak yakalamak için (2. madde (2) (b)); -Usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için (2. madde (2) (b)); - Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için (2. madde (2) (c)).*

²⁰⁷ **McCann and Others/The United Kingdom**, § 148.

²⁰⁸ KORFF, s. 23.

daraltmakta; orantılılık denetimi esnedikçe marj genişlemektedir. Ancak Sözleşme metninde açık bir şekilde yer alan "*mutlak gereklilik*" şartı nedeniyle ölümcül güç kullanılmasına ilişkin orantılılık değerlendirmesinin katı ve yoğun bir şekilde yapılması bir zorunluluktur. Dolayısıyla Mahkeme bu konuda taraf devletlere takdir marjı tanımamakta ve kullanılan gücün orantılılığıyla ilgili kendi objektif değerlendirmesini yapmaktadır.²⁰⁹

Yaşama hakkı Avrupa Konseyi üyesi devletlerin temel değeri olarak kutsallaştırılırken²¹⁰ ve olağanüstü dönemlerde dahi dokunulamayacak bir hak iken, takdir marjının ölümcül güç kullanımı konusu dışındaki, yaşama hakkına ilişkin davalarda uygulanmasının mümkün olamayacağı akla gelmektedir. Ancak AİHM'in içtihatları dikkatle incelendiğinde yaşama hakkının ihlali iddiasından kaynaklanan başvurularda da takdir marjının uygulanmasına rastlanmaktadır. Uluslararası hukukta ve AİHM'in içtihatlarında yaşama hakkıyla ilgili tartışmalı olan alan "kürtaj, ötanazi ya da ölüm yardımı" konularıdır. Bu konularda Avrupa Konseyi üyeleri arasında bir uzlaşma mevcut değildir. Bu nedenle, görüş ayrılıklarının bulunduğu yaşamın başlangıcı ve bitişi hakkında Mahkemenin takdir marjına başvurduğu görülmektedir. Ancak bunun dışındaki yaşama hakkı ihlallerinde takdir marjının uygulanma ihtimalinin, Sözleşme'nin temelini teşkil eden bu hak açısından büyük bir tehlikeye yol açacağı açıktır.

²⁰⁹ Osman DOĞRU- Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1. Cilt, Türkiye, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Projesi, Ankara, 2012, s. 16.

²¹⁰ BAHADIR, s. 58.

B. Yaşama Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Kürtaj Konusunda Takdir Marjının Uygulanması

AİHS'in 2. maddesinde "herkesin" yaşama hakkının kanunun koruması altında olduğu hükme bağlanmıştır. Burada yer alan "herkes" sözcüğünün cenini kapsayıp kapsamadığı, kapsıyorsa hangi andan itibaren koruma sağladığı sorusu Mahkeme tarafından cevaplandırılmamıştır. Bu sorun kürtajla ilgili başvurularda ortaya çıkmıştır. Bu açıdan ulusal ve uluslararası hukuk düzeyinde bir uzlaşma henüz mevcut değildir.²¹¹ Benzer şekilde farklı din ve kültürlerde de bu konudaki görüşler oldukça çeşitlidir. Bu gerçek karşısında Mahkeme bu konuda kesin standartlar koymaktan kaçınmaktadır. Mahkeme önüne gelen ilk başvurularda ceninin yaşama hakkına sahip olup olmadığı tartışmasına girmeyi reddetmiştir.

*R.H./Norveç*²¹² davasında Mahkeme ceninin yaşam hakkının 2. maddenin koruması altında olup olmadığına karar vermekle yükümlü olmadığını ve kürtaj gibi hassas bir

²¹¹ HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 55; Pieter Van DIJK-Fried Van HOOFF-Arjen Van RIJN- Leo ZWAAK, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s. 387; DOĞAN-ÖZDEMİR, 2015, s. 214-215; Ulaş KARAN, "Yaşama Hakkı", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 116-117; BAHADIR, s. 70-71; Gilles DUTERTRE, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi, Nisan 2005, s. 34-35; KORFF, s. 8; Ahmet MUMCU-Elif KÜZECİ, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 7. Baskı, Turhan Yayınevi, 2015, Ankara, s. 130-131.

²¹² **R.H./Norway (Kabuledilemezlik Kararı)**, 19.05.1992, Başvuru No. 17004/90

konuda Sözleşmeciler Devletlerin belli bir takdir marjına²¹³ sahip olması gerektiğini vurgulayarak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.²¹⁴

Aynı yıl içinde, kürtajın yasak olduğu İrlanda'da, hamile kadınlara yurtdışında kürtaj yaptırmaları konusunda ilgili bilgi vermesi yasaklanan iki şirkete ilişkin *Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda*²¹⁵ kararında da benzer bir karar vermiştir. Mahkeme öncelikle “*mevcut davada AİHS’in kürtaj hakkını güvence altına alıp almadığını ya da 2. madde kapsamında ceninin yaşama hakkı bulunup bulunmadığını incelemenin Mahkeme’nin görevi olmadığını.*” ifade etmiştir.²¹⁶ Ardından özellikle insan yaşamının doğasına ilişkin inanç meseleleriyle bağlantılı ahlaki konularda ulusal makamların geniş bir takdir marjından yararlandığının kabul edildiğini vurgulamıştır. Bu konuda taraf devletlerce Avrupa düzeyinde tek bir hukuki ya da toplumsal düzenleme bulma ihtimali olmadığı için ve ulusal makamların bu konuda daha iyi bir pozisyonda bulunmaları nedeniyle başvuruya konu müdahalenin 2. maddeyle uyumlu olduğuna karar vermiştir.²¹⁷

Daha yakın tarihli olan *Boso/İtalya*²¹⁸ kararına konu olayda başvuru, kendi istememesine karşın, karısının kürtaj yaptırarak gebeliği sonlandırmasını, doğmamış çocuğunun yaşam hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Mahkemeye başvurmuştur. Kabuledilemezlik kararı vermekle birlikte Mahkeme bu kararında ceninin yaşam hakkının 2. maddenin koruması altında olup olmadığına karar verilmesine gerek olmadığını ancak ceninin yaşam hakkının belli durumlarda örneğin gebeliğin ileri

²¹³ Mahkeme bu başvuruda *margin of appreciation* yerine *discretion* kavramını kullanmıştır.

²¹⁴ **R.H./Norway (Kabuledilemezlik Kararı)**.; Mahkeme bu kararında benzer yönde daha eski tarihli kararlarına da atıfta bulunmuştur. **X./The United Kingdom**, 13.05.1980, Başvuru No. 8416/79, Decision and Report 19, p. 244; **Müller and Others/Switzerland**, 24.05.1988, Başvuru No 10737/84, § 35.

²¹⁵ **Open Door ve Dublin Well Woman/Ireland**, 29 Ekim 1992, Başvuru No 14234/88, 14235/88.

²¹⁶ **Open Door ve Dublin Well Woman/Ireland**, § 66.

²¹⁷ **Open Door ve Dublin Well Woman/Ireland**, § 68.

²¹⁸ **Boso/Italy (Kabuledilemezlik Kararı)**, 05.09.2002 Başvuru No. 50490/99.

safhalarında olmasına göre 2. maddenin korumasından yararlanabileceğini belirtmiştir. Örneğin İtalyan hukuku kürtaja gebeliğin 12. haftasına kadar izin vermektedir. Bu 12. haftadan sonra ise hamileliğin devamının kadının yaşamını riske attığı veya kadının fiziksel ve akıl sağlığını riske atabilecek bir tehlikenin tespiti halinde kürtaj yapılabilmektedir. Mahkeme burada doğmamış cenin ile kadının yarışan menfaatlerinin bulunduğunu ve bu ikisi arasındaki adil dengenin sağlanması gerektiğini ifade etmiş ve bu nedenle taraf devletin takdir marjını aşmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabuledilemez bulmuştur.²¹⁹

İradi kürtaj olayının yer aldığı bu başvurulardaki Mahkemenin ortak tutumuna bakıldığında, doğmamış bir çocuğun sahip olacağı yaşama hakkı üzerindeki kısıtlamalar, Avrupa'daki uygulama farklılıkları devam ettiği sürece 2. madde bakımından ihlale neden olmayacak gibi görünmektedir.²²⁰

İrade dışı kürtajla ilgili olarak ise, Mahkeme kürtaja ilişkin en detaylı ve açık analizini *Vo/Fransa*²²¹ kararında ortaya koymuştur. Başvuruya konu olayda, 6 aylık hamile olan ve rutin muayeneye giden *Bayan Vo* ile aynı soyadına sahip, kist ameliyatı olacak başka bir hastanın karıştırılması sonucu, hamile olan *Vo* ameliyat edilmiş ve müdahale nedeniyle rahmi delinmiştir.²²² Bu nedenle de zorunlu olarak irade dışı kürtaj yapılmıştır. Başvuruda şikayetçi olunan konu ise Fransa Ceza Hukukuna göre taksirle ceninin öldürülmesi fiilinin suç olmamasıdır.²²³

Mahkeme yaşamın başlangıcı konusunda ulusal hukuk düzenlerinde de görüş farklılıkları olduğunu, Avrupa düzeyinde de bu konuda bilimsel, hukuki, etik ve dini bir

²¹⁹ **Boso/Italy (Kabuledilemezlik Kararı).**

²²⁰ HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 57.

²²¹ **Vo/France**, 08.07.2004, Başvuru No. 53924/00; KORFF, s. 9; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 34-35.

²²² **Vo/France**, § 9-14

²²³ **Vo/France**, § 23-26.

uzlaşaı olmadığını, bu nedenle bu konuda taraf devletlere dikkate değer bir takdir marjı tanındığını ifade etmiştir.²²⁴ Ceninin tıbbi ihmal ile öldürölmesi fiilinin cezai bir yaptırma tabi tutulmasının devletın takdir marjı içinde yer aldığını ve başvurucunun zararını tazminat yoluyla giderebileceğine karar vermiştir.²²⁵

Mahkemenin ortaya koymaya çalıştığımız yaklaşımı iradi ve iradi olmayan kürtaj açısından sorunlu görünmektedir. Avrupa düzeyinde ve dünyada bir uzlaşaı yokluğundan dolayı, iradi kürtajı devletlerin hukuki düzenlemelerine bırakmak mantıklı görölabilir. Çünkü bu durumda anne ile doğmamış fetüsün yarışan çıkarları söz konusudur. Zaten iç hukuk mevzuatlarında da iradi kürtaja hamileliğin belli bir aşamasına kadar izin verilmekte, bu aşamadan sonra ise annenin hayati riski olduğu istisnai durumlarda kürtaj yapılabilir. Bu açıdan taraf devletlerin bu alanda takdir marjının oldukça genişlediği görölmektedir.

Ancak iradi olmayan kürtaj da (kasıtlı ya da taksirli) Mahkemenin ceninin 2. maddeden faydalanıp faydalanmadığını tartışmayarak bu fiillerin suç sayılmasının değerlendirmesini doğrudan taraf devletlerin takdir marjına bırakması Sözleşme'nin korumak istediği en temel hak olan yaşama hakkıyla ve Sözleşme'nin ruhuyla bağdaşmamaktadır.

²²⁴ **Vo/France**, § 82.

²²⁵ **Vo/France**, § 90-95; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 35; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 57.

2. Ötanazi ve Ölüm Yardımı Talebine İlişkin Davalarda Takdir Marjı Uygulaması

Yaşamın başlangıcı konusunda olduğu gibi yaşamın bitişi konusunda da bir uzlaşma yokluğu nedeniyle ötanazi ya da ölüm yardımı hakkında tartışmalı bir durum söz konusudur. Yaşamın başlangıcı konusunda doğmamış bir ceninin yaşama hakkının varlığı sorgulanırken, ötanazide ise yaşayan bir bireyin mutlak bir hak olan yaşama hakkı üzerinde özgürce tasarrufta bulunma ehliyeti tartışılmaktadır.

İçinde bulunduğumuz çağda insanlar artık yaşam hakkı gibi ölme hakkıyla da yakından ilgilenmektedir. Dolayısıyla kendi hayatıyla ilgili verilecek kararlarda özgürlüğü talep ederken, ölme hakkı açısından da söz sahibi olmak istemektedir. Bireysel özerkliğin ön plana çıkması nedeniyle, artık insanlar nerede, ne zaman ve nasıl öleceğini kendi belirlemek istemektedir.²²⁶

Öncelikle böyle bir sosyal gelişme izleyen ötanazi kavramının açıklanması gerekmektedir. Ötanazi uygulanış biçimine göre aktif ve pasif ötanazi olarak karşımıza çıkmaktadır. Aktif ötanazi kişinin yaşamının öldürücü bir tıbbi müdahale ile sonlandırılmasıdır. Pasif ötanazide ise kişi yaşamını devam ettirecek müdahalenin yapılmasını reddetmekte ya da başlanan bu tür bir müdahalenin sona erdirilmesini talep etmektedir. Bu açıdan tıbbi olarak beyin ölümü gerçekleşen kişinin yaşam destek ünitesinin kapatılması pasif ötanazi olarak kabul edilmemektedir.²²⁷

²²⁶ Sibel İNCEOĞLU, **Ölme Hakkı-Ötanazi**, Birinci Baskı, Ayrıntı Yayınları, 1999, İstanbul, s. 13-15.

²²⁷ BAHADIR, s. 77; MUMCU-KÜZECİ, s. 132; Kudret GÜVEN, **Kişilik Hakları ve Ötanazi**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000, s. 15. Arzu BESİRİ, "Ötanazi Ve Yaşam Hakkı", **TBB Dergisi**, Sayı 86, 2009, s. 191; Ertuğrul Cenk GÜRCAN, "Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", **AÜHFD**, Sayı 60 (2), 2011, s. 263-266; DOĞAN-ÖZDEMİR, 2015, s. 418.

Dünyada da oldukça tartışmalı olan ötanazi AİHM açısından da aynı sorunları ortaya çıkarmaktadır. Mahkemenin yanıtlaması gereken farklı sorularla karşılaşmaktadır. Bu sorular şu şekilde ifade edilebilir: “-yaşamın kanun tarafından korunması hakkı ne zaman sona erer? -tedavi, yan etki olarak, kişinin yaşamının kısılmasına katkıda bulunabilse de iyileşmesi mümkün olmayan veya ölen bir kişiye hafifletici bir bakım sağlanması kabul edilebilir mi? ve kişiye bu konuda danışılmalı mıdır? -daha fazla yaşamak istemeyen kişinin yaşam hakkını kişinin iradesine rağmen devlet korumamalı mıdır ya da koruyabilir mi? Diğer bir deyişle kişiler intihar etme hakkına sahip midir? Bu soruya olumlu yanıt verilecek olursa, kişiler yaşamlarını sonlandırmak amacıyla diğerlerinden yardım alabilirler mi?”²²⁸

İlk soru açısından Mahkeme çok yakın bir tarihte karar vermiştir. 2008 yılında geçirdiği trafik kazası sonucunda kronik bitkisel hayata giren *Vincent Lambert'a*, uzun bir süre çeşitli tedaviler uygulanmış ancak bir sonuç alınamamıştır. Bunun üzerine sorumlu doktor yaşam destek ünitesinin kapatılması yönünde karar vermiştir. Bu karara hasta yakınları karşı çıkmış ve hastanın daha kapsamlı bir sağlık kuruluşuna gönderilmesini istemişlerdir. Bu talepleri reddedilen akrabalar Fransa'daki yerel mahkemeye dava açmış ve nihai karar olarak Fransız Danıştay'ı talebi reddetmiştir. Böylece konu AİHM'ne taşınmıştır. Mahkeme kararında daha önceki yerleşik içtihatlarına atıfta bulunarak, takdir marjını ayrı bir başlık altında değerlendirmiştir.²²⁹

Mahkemeye göre:

"Yaşam desteğinin geri çekilmesi konusunda her ne kadar Avrupa Konseyi üyeleri arasında bir uzlaşma olmasa da karar alma sürecinde hastanın isteklerinin önem arz ettiği konusunda bir anlaşma mevcuttur. Yaşamın başlangıcı gibi, sonu hakkındaki konuda devletlere takdir marjı tanınması gerekir. Ancak bunun kişinin yaşama hakkı, özel

²²⁸ KORFF, s. 15.

²²⁹ **Lambert and Others/France**, 05.06.2015, Başvuru No 46043/14, § 10-13.

*hayata saygı hakkı ve kişisel özerklik arasındaki dengenin sağlanmasına uygun olması gerekir. Ayrıca devletlere tanınan takdir marjı sınırsız olmayıp, devletin Sözleşme'nin 2. maddesindeki yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını denetleme yetkisi Mahkemededir.”*²³⁰

Mahkeme önündeki başvurunun tıbbi, hukuki ve ahlaki konuları içeren son derece karışık bir dava olduğunun farkında olduğunu ifade etmiştir. Bu açıdan Mahkeme kendi rolünün, mevcut dava koşullarında yerel makamların tedavinin geri çekilmesi noktasında Sözleşme ve ulusal mevzuata uygunluğunu denetleyerek, devletin 2. madde kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirip getirmediğinin araştırılmasından ibaret olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşım temelinde, Fransız Danıştay'ının ayrıntılı uzman sağlık raporları, en üst düzey tıbbi ve etik organların gözlemleri ışığında karar verme sürecini titizlikle yerine getirdiği kanaati yatmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme ulusal makamların sahip olduğu takdir marjı yanında Sözleşme'den doğan yükümlülükleri yerine getirdiğine ve 2. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²³¹

Mahkemenin çözmesi gereken diğer sorun, ölmekte olan veya ölmeye yaklaşmış bir kişiye yan etkisi, hastanın ölüm sürecini hızlandırırsa bile hafifletici bir tedavinin yapılmasına izin verilip verilmeyeceğidir.²³² Bu konuda, *Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi* üye devletlere şu tavsiyede bulunmaktadır:

*"Kişi aksini tercih etmedikçe, ölüme yaklaşmış veya ölmek üzere olan bir kişiye yan etkisi bireyin yaşamını kısaltsa dahi yeteri kadar ağrı kesici verilmeli ve hafifletici tedavi uygulanmalıdır."*²³³ Mahkemenin bu sorunu doğrudan konu eden bir kararı

²³⁰ Lambert and Others/France, § 147-148.

²³¹ Lambert and Others/France, § 181-182.

²³² KORFF, s. 16.

²³³ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1999 tarihli ve 1418 sayılı Tavsiye Kararı, 9/(a)-(vii) paragrafı, KORFF, s. 16; BAHADIR, s. 84.

bulunmamakla birlikte, aşağıda incelenecek olan *Pretty/Birleşik Krallık* kararında bu Tavsiye Kararına açıkça atıfta bulunmuştur. Bu yaklaşımla Mahkemenin önüne gelecek benzer durumda geliştirdiği içtihatlar ışığında böyle bir uygulamayı Sözleşme'ye uygun bulma olasılığı yüksektir.²³⁴

Sözleşme uyarınca insanların istediklerinde ve seçtikleri zamanda ölme hakkına yani intihar etme hakkına sahip olup olmadıkları, eğer öyle ise kişiler yaşamlarını sonlandırmak amacıyla diğerlerinden yardım alıp alamayacakları noktasında Mahkemenin *Pretty/Birleşik Krallık*²³⁵ kararı temel bir karardır.

Bu başvuru kronik ve tedavisi mümkün olmayan, ilerlemiş motor nöron hastalığı bulunan 43 yaşındaki *Dianne Pretty* tarafından yapılmıştır. Başvurucunun boyundan aşağı felçlidir, anlaşılır şekilde konuşamamakla birlikte, bilinci yerindedir ve karar alabilmektedir. *Pretty* bu duruma katlanamadığı için ölmek istemektedir. Ancak durumu nedeniyle kendisi intihar edememekte ve bunun için kocasından yardım istemektedir. Fakat ulusal hukukta intihar suç olmamakla birlikte intihara yardım suç olarak düzenlenmiştir. *Pretty* ulusal makamlardan, kocasının intiharına yardım etmesi nedeniyle yargılanmamasını talep etmiştir ve bu talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine konu AİHM'e taşınmıştır.²³⁶

AİHM bu başvuruda öncelikle Sözleşme'nin 2. maddesinin kişilerin yaşam hakkını koruduğu gibi ölme hakkını da içerdiği tezini reddetmiştir. Mahkeme bu maddenin kişinin başkasının yardımıyla ya da kamu makamları eliyle ölmesini sağlayacak şekilde

²³⁴ KORFF, s. 16; BAHADIR, s. 84.

²³⁵ **Pretty/The United Kingdom**, 29.04.2002, Başvuru No. 2346/02. Mahkemenin aynı konuda daha önceki tarihli bir kararı vardır. Ancak başvuru sırasında ötenazi talebinde bulunan kişinin ölmüş olması ve başvurunun akrabası tarafından yapılması nedeniyle Mahkeme kabul edilemezlik kararı vermiştir. bkz. **Sanles Sanles/İspanya**, 20.10.2000, Başvuru No 48335/99.

²³⁶ **Pretty/The United Kingdom**, § 7-11

yorumlanamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme, 2. madde açısından Birleşik Krallık tarafından bir ihlalin olmadığına karar vermiştir.²³⁷

Mahkeme kişinin hastalığından dolayı aşırı ızdırıp çekmesi nedeniyle yaşama devam etmesinin onur kırıcı muamele niteliğinde olacağı iddiası üzerine başvuruyu Sözleşme'nin 3. maddesi ve özel hayata saygı açısından 8. madde yönünden de incelemiştir. Mahkeme işkence yasağına ilişkin olarak, bu maddenin 2. maddeyle uyumlu yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle kişinin acı çekmesi nedeniyle devletin kişinin hayatını sonlandırmasına izin verme gibi bir yükümlülüğünün olmadığına hükmetmiştir.²³⁸

Mahkeme 8. madde açısından değerlendirmesinde ise özel hayat kavramının genişliğine dikkat çekerek, kişilere kendi iradeleri veya kaderini tayin hakkını tanımıştır.²³⁹ Ancak devletin, akıl sağlığı yerinde olan birinin ölümü tercih etmesini veya başkasının yardımıyla ölmesini yasaklamasını bu maddede yer alan sınırlama sebepleri açısından değerlendirmiştir. Mahkeme bu noktada müdahalenin toplumsal ihtiyacıyla orantılı bir meşru amacının olup olmaması ve demokratik bir toplumda gerekliliği bulunup bulunmadığı konusunda devletin takdir marjının olduğunu belirtmiştir.²⁴⁰ Sonuç olarak da 8. madde açısından taraf devletin uygulamasının meşru amaç taşıdığı, keyfi olmadığı ve orantılı olduğu gerekçesiyle olayda bir ihlal bulmamıştır.²⁴¹

²³⁷ **Pretty/The United Kingdom**, § 41

²³⁸ **Pretty/The United Kingdom**, § 54.

²³⁹ **Pretty/The United Kingdom**, § 61.

²⁴⁰ **Pretty/The United Kingdom**, § 70.

²⁴¹ **Pretty/The United Kingdom**, § 76-78.

III. İŞKENCE YASAĞI (MADDE 3)

AİHS'in 3. maddesinde "*hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı yahut onur kırıcı muameleye ya da cezaya maruz bırakılmayacağı*" düzenlenerek mutlak bir yasak getirilmiştir. Bu düzenlemenin ifade tarzı, bir hakkın tanınması şeklinde değil, bu tür muamelelerin yasaklanması şeklindedir.²⁴² 3. maddeyle korunan değer bireyin vücut bütünlüğü ve onurudur.

Mahkemeye göre Sözleşme'nin yaşama hakkı gibi işkence yasağı hükmü de demokratik toplumların temel değerlerinden birini yansıtmaktadır.²⁴³ Bu hüküm Sözleşme'nin ve Ek Protokollerinin esasa ilişkin çok sayıdaki hükmünün aksine, hiçbir istisnayı kabul etmemekte ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında taraf devletlere bir bağışıklık tanınmayacağına hükmetmektedir.²⁴⁴

²⁴² DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 125; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 406; Bülent ALGAN, "*İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu, Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 316, Ankara, 2011,s. 4; Köksal BAYRAKTAR, "*İşkence Suçu*", **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 316, Ankara, 2011,s.146; Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s. 171.

²⁴³ **Ireland/The United Kingdom**, 18.01.1978, Başvuru No 5310/71, § 163.

²⁴⁴ DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 125; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 198; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 71; İlyas DOĞAN-Mehmet KAYA, **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.10; ALGAN, "*İşkence İle Mücadele*", s. 4.

İşkence yasağı, AIHM gibi diğer uluslararası insan hakları mahkemeleri tarafından da "uluslararası kamu düzeninin emredici hukuk kuralı yani *jus cogens*"²⁴⁵ olarak kabul edilmekte ve uluslararası hukuk kurallarının hiyerarşisi açısından üstünde görülmektedir.²⁴⁶ Bir başka ifadeyle *jus cogens*, "devletlerin oluşturduğu uluslararası toplumun bütünü tarafından kabul edilen ve üzerinde herhangi bir sapma yapılamayan norm" olarak uluslararası hukukun emredici kuralı olarak tanınır. Dolayısıyla işkence yasağı, herhangi bir sınırlama ve sapma yapılamayan bir yasak olarak, her zaman ve her yerde öne sürülebilir.²⁴⁷

Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulanmasında ne takdir marjı ne de takdir marjıyla iç içe geçmiş bulunan orantılılık ilkesi dikkate alınmaktadır.²⁴⁸ *Brems'e* göre Mahkemenin bazı kararlarında takdir marjını tanıdığı diğer davalarla benzer unsurlar bulunsa da işkence yasağına ilişkin davalarda takdir marjının adı dahi anılmamaktadır. Ancak açıkça doktrinden söz edilmemesi doktrininin bu maddeye ilişkin başvurularda hiçbir rol oynamadığı anlamına gelmez. Takdir marjının neden açıkça Mahkemenin yargılamasında rol oynamadığı henüz cevaplanmamıştır. Belki de bunun nedeni takdir marjının bu alanda

²⁴⁵ Jus Cogens doktrini hakkında bilgi için bkz. Şule Anlar GÜNEŞ, "Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı 59-4, s. 125 vd.

²⁴⁶ DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 125; İşkence yasağının Jus Cogens bir kural olarak kabul edilmesine ilişkin Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin karar örnekleri için bkz. Judge Antônio A. Cançado Trindade, **The Construction of a Humanized International Law- A Collection of Individual Opinions (1991–2013)**, Book 1, Volume 6, Inter-American Court of Human Rights, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2014, in Chapter 8, "The Jus Cogens Prohibition of Torture", s. 337 vd.

²⁴⁷ İbrahim Ö. KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku 1, İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 164.

²⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 198; BREMS, s. 254.

dikkate alınmasının çok tehlikeli olabileceğidir. Bu açıdan işkence insan hakları ihlallerinin şüphesiz en ciddilerinden biridir.²⁴⁹

Brems'in görüşlerini destekler şekilde Mahkemenin *Aydın/Türkiye*²⁵⁰ kararında yer alan muhalefet şerhi²⁵¹ söz konusu tehlikeyi gözler önüne sermektedir. İşkence yasağına ilişkin ayrıntılı çalışmasında *Gemalmaz* da bu durumu çok sert bir şekilde eleştirmektedir.²⁵² Söz konusu karar gözaltındaki kişilere devlet görevlileri tarafından yapılan tecavüzün ilk kez işkence olarak tanındığı davadır.²⁵³

Bu başvuruda, 17 yaşındaki başvurucu gözaltında tutulduğu sürede fiziksel şiddete ve cinsel saldırıya uğradığını iddia etmiş, Türkiye Hükümeti ise iddiaların kanıtlanmadığı yönünde savunma yapmıştır. Mahkeme yargılamada 3. maddenin ihlali açısından makul şüphe üzerinde yoğunlaşmıştır. Mahkeme çoğunluğun kararıyla ihlale karar vermiştir.²⁵⁴

Bu kararda 21 yargıcın 7si²⁵⁵ Ortak Muhalefet Şerhi koymuştur. Bu yargıçlar tecavüz fiilinin ispatı açısından makul şüphe kriteri uyarınca doğrulayacak veri olmadığı gerekçesiyle 3. maddenin ihlali olmadığı görüşünü savunmuşlardır. Burada dikkat çekici olan durum ise, *Gemalmaz*'ın da çok haklı olarak eleştirdiği gibi, muhalefet şerhinde tecavüz fiilinin yokluğunun ispatı için başvurucunun bekâretinin bozulma tarihini tartışmaları ve ulusal makamların verdiği üç tıbbi raporda bekâret bozulma tarihinin tespit

²⁴⁹ BREMS, s. 254.

²⁵⁰ *Aydın/Turkey*, 25.09.1997, Başvuru No 23178/94

²⁵¹ *Aydın/Turkey*, Yargıçlar *Gölcüklü, Pettiti, De Meyer, Lopes, Rocha, Makarczyk ve Gotchev*'in ortak *Muhalefet Şerhi*.

²⁵² GEMALMAZ, 2006, s. 513 vd.

²⁵³ GEMALMAZ, 2006, s. 513.

²⁵⁴ *Aydın/Turkey*, § 76-86.

²⁵⁵ *Muhalefet Şerhi koyan yargıçlar, Gölcüklü, Pettiti, De Meyer, Lopes, Rocha, Makarczyk ve Gotchev*'dir.

edilememesi nedeniyle, başvuruçunun karakoldaki gözaltı süresinden önce cinsel ilişkiye girdiğini ispatlamaya çalışmalarıdır.²⁵⁶

Başvuruçucu, gözaltından birkaç gün sonra kuzeni ile evlendirilmiştir. Muhalefet şerhinde bu duruma da vurgu yapılmış, bölgenin kültürel şartları dikkate alınarak böyle bir olay sonrasında kuzeni ile evlendirilmesini şaşırtıcı bulunmuştur. Buna dayanarak bekâretin bozulma tarihinin gözaltından önce gerçekleştiği yargısına varılmıştır.²⁵⁷

Büyük Dairenin üçte bir çoğunluğunun işkence yasağına ilişkin bir başvuruda bekâret bozulması tarihini tartışması ve başvuruçunun kuzeni ile evlendirilmesi tarihini kültürel özelliklere göre değerlendirmeye kalkışması takdir marjı doktrinin uygulamasıyla olan benzerliği akla getirmektedir.

Eleştiriye açık olan bu karara rağmen, işkence her durum ve koşulda yasaktır ve işkence hiçbir nedene dayanılarak meşrulaştırılamaz. Bu açıdan takdir marjının Sözleşme'nin 3. maddesi yönünden uygulanma kabiliyetinin olmadığı kabul edilmelidir.

IV. KÖLELİK, KULLUK VE ZORLA VEYA ZORUNLU ÇALIŞTIRMA YASAĞI (MADDE 4)

A. Kölelik, Kulluk ve Zorla veya Zorunlu Çalıştırma Yasağının Genel Olarak AIHS'deki Düzenlenmesi

Köle olarak tutulmama hakkı, uluslararası hukukta korunan ilk haktır. 1926 tarihli Kölelik Sözleşme'nin 1. maddesinde kölelik "*üzerinde mülkiyet hakkının tanıdığı*

²⁵⁶ GEMALMAZ, 2006, s. 519-520.

²⁵⁷ GEMALMAZ, 2006, s. 520.

yetkilerin kullanılabilceği kişinin statüsü veya içinde bulunduğu durum" olarak tanımlanmıştır. Kölelik ve kulluk yasağı da tıpkı işkence yasağı gibi uluslararası hukukta jus cogens- mutlak emredici kuraldır. Bu nedenle savaş ve olağanüstü durumlar da dahil olmak üzere hiç kimse köle ya da kul statüsüne sokulamaz. AİHS de aynı yaklaşıma uygun olarak, devletlerin kişilere köle ve kul olarak davranmasını yasakladığı gibi, bu tür fiillerin kişiler tarafından yapılmasını da yasaklamak yönünde taraf devletlere pozitif yükümlülükler getirmektedir. Ancak Sözleşme'de kölelik ve kulluğun tanımı yapılmamıştır.²⁵⁸

Kölelik ve kulluk öğretide aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

*"kölelik bireyin, her türlü haktan yoksun bir biçimde, mal ya da meta muamelesi görmesi; bir eşya gibi mülkiyet hakkına konu teşkil etmesidir. Kulluk ise bireyin bir borç karşılığı ya da toprak mülkiyetine bağlı olarak süresiz ve kendisinin son veremeyeceği bir bağ altında hizmet vermesidir. Bu açıdan kulluk durumunun köleliğin daha az yoğun bir biçimi olduğu da söylenebilir."*²⁵⁹

Mahkeme bu yasağı çağımıza uygun olarak modern kölelik ya da kulluk olarak yorumlamaktadır. Eve hapsederek ücretsiz çalıştırmanın²⁶⁰ ve insan ticaretinin²⁶¹ modern kölelik ve kulluk anlamına geldiğine ve 4. maddenin kapsamına girdiğine

²⁵⁸ DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 318; Mark W. JANIS- Richard S. KAY- Anthony W. BRADLEY, **European Human Rights Law-Text and Materials**, Third Edition, Oxford University Press, Oxford-Newyork, 2008, s. 230 vd.

²⁵⁹ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 215; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 318;

²⁶⁰ **Siliadin/France**, 26.07.2005, Başvuru No 73316/01.

²⁶¹ **Rantsev/Cyprus ve Russia**, 07.01.2010, Başvuru No 25965/04.

hükmetmiştir.²⁶² Mahkemeye göre kölelik ani bir eylem değil, kişinin içinde bulunduğu süreklilik arz eden bir durumdur.²⁶³

Sözleşme'nin 4. maddesi öncelikle bu mutlak yasağı hüküm altına almış ve 3. fıkrasında zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma sayılmayan halleri düzenlemiştir.²⁶⁴ Zorla veya zorunlu çalıştırma kavramı, 28 Haziran 1930'da kabul edilip 1 Mayıs 1932'de yürürlüğe giren 29 Nolu Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesinin 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma, *"bir kimseden ceza tehdidi altında yapması istenen ve bu kimsenin kendi iradesiyle yerine getirmediği her türlü çalışma veya hizmet"* anlamına gelmektedir.²⁶⁵ İşte Sözleşme'nin bu kapsamda zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma saymadığı durumlar mutlak yasak kapsamında görülmeyecektir. Dolayısıyla bu durumlarda taraf devletler kişilere belli yükümlülükler getirebilecektir. AİHM'in kararlarına bakıldığında zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma sayılmayan hallere ilişkin taraf devletlere belirli bir takdir marjı tanıdığı görülmektedir.

²⁶² DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 317-318; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 115.

²⁶³ **Siliadin/France**, § 122; Bir kişinin köleleştirilmiş olup olmadığının anlaşılması için şu şartlara bakılabilir: 1-Bireyin seyahat özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın derecesi 2- Bireyin eşyalarını kontrol derecesi 3- tarafların bu ilişkinin niteliğini tümüyle anlamaları ve buna rıza göstermeleri. Bu unsurların yanında şiddet kullanma ve şiddet tehdidi de vardır. bkz. DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 318.

²⁶⁴ AİHS'in 4/3e göre şu durumlar zorla veya zorunlu çalıştırma sayılmamaktadır: 1- Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullar altında tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma; 2-Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde, bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet; 3- Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz ve afet hallerinde istenecek her hizmet; 4-Normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.

²⁶⁵ DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 319; JANIS- KAY- BRADLEY, s. 231.

B. Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Sayılmayan Durumlarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Tutuklu ve Hükümlüler, Çocuklar, Serseriler, Sınır Dışı Edilmek Üzere Tutulanlar

Sözleşme'nin 4. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde, 5. madde gereğince tutuklu bulunan kişilerin (tutuklu ve hükümlüler, çocuklar, serseriler, sınır dışı edilmek üzere tutulanlar) zorla çalıştırılmasına ilişkin başvurularda Mahkeme bu müdahaleleri Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Serserilik nedeniyle tutulma sırasında düşük bir ücretle çalışma yükümlülüğüne karşı yapılan çok eski tarihli *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* başvurusunda Mahkeme, söz konusu uygulamanın Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunda bulunduğunu, bu yükümlülüğün kanunla getirildiğini ve kişilerin rehabilitasyonunu amaçladığını ifade ederek ihlal bulmamıştır.²⁶⁶

Benzer başka bir kararında ise Mahkeme hükümlülerin denetimli serbestlikten yararlanırken çalışmaya ve belli bir miktar para biriktirmeye zorlanmasını da Sözleşme'ye uygun bulmuştur.²⁶⁷

Görüldüğü üzere zorla çalıştırma sayılmayan durumlara ilişkin başvurularda Mahkeme taraf devletlere daha geniş bir serbestlik alanı tanımaktadır. Mahkemenin bu kararlarında Avrupa Konseyi ülkelerindeki benzer uygulamaları dayanak yapması dikkat çekicidir. Şöyle ki, takdir marjı doktrininin ortaya çıkmasında ve savunulmasındaki gerekçeler genellikle belli konularda uzlaşma yokluğu üzerinde toplanırken, 4. maddenin istisnalarında Mahkeme aksine Avrupa Konseyi'ndeki uzlaşmayı esas almaktadır.

²⁶⁶ **De Wilde, Ooms ve Versyp/Belgium**, 18.06.1971, Başvuru No 2832/66; 2835/66; 2899/66, § 87-90.

²⁶⁷ **Van Droogenbroeck/Belgium**, 24.06.1982, Başvuru No 7906/77, § 58-60.

2. Zorunlu Askerlik Hizmeti ve Vicdani Retçilere Getirilen Sivil Kamu Hizmeti Yükümlülüğü

3. fıkranın b bendinde ise zorunlu askerlik hizmeti ve inançları gereği askerlik hizmetini yerine getirmek istemeyen kişilerin durumunu meşru sayan bir diğer ifadeyle vicdani reddi²⁶⁸ kabul eden ülkelerdeki kamu hizmeti yükümlülüğü zorunlu çalışma sayılmamaktadır. Bu açıdan taraf devletler zorunlu askerliği bir vatandaşlık ödevi olarak yasalarında düzenleyebilir ve bu yükümlülük yerine getirilmediği durumlarda ilgililer hakkında cezai işlemler öngörebilir. Bu konuda Sözleşme taraf devletlere geniş bir takdir marjı alanı tanımaktadır. Söz konusu durumdan kaynaklanan zorunlu askerlik hizmetinin koşulları ve süresine ilişkin Mahkemeye yansımış bir başvuru mevcut değildir.²⁶⁹ Sorun inançları gereği zorunlu askerlik hizmetini reddeden vicdani retçiler konusunda ortaya çıkmaktadır. Mahkemenin vicdani ret konusundaki yaklaşımı yakın tarihli *Bayatyan/Ermenistan*²⁷⁰ kararıyla değişmiştir. Bu karara kadar olan dönemde Sözleşme

²⁶⁸ Vicdani retle ilgili geniş bilgi için bkz. Bülent ALGAN, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki Görünümü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 129-133; "Hande Seher DEMİR, "Vicdani Ret Hakkı", **Ankara Barosu Dergisi**, 2011/4, s. 240 vd; Murat SEVİNÇ, "Türkiye'de ve Batı Demokrasilerinde, Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı 51/1, s. 297 vd.

²⁶⁹ Zorunlu askerlik hizmeti taraf devletlerden en az on beşinde devam etmekte ve bu sayı giderek azalmaktadır. Bkz. HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 119; Bu değişimde Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşların vicdani reddi tanınması etkili olmuştur. BM İnsan hakları Komitesi, Türkiye'nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğünün vicdani ret hakkını da kapsadığını belirtmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 87 sayılı ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1518 sayılı kararları ile Avrupa Konseyi üyesi devletlere vicdani ret hakkını tanımaları çağrısında bulunmuşlardır. bkz. SEVİNÇ, s. 311.

²⁷⁰ **Bayatyan/Armenia**, 07.07.2011, Başvuru No 23459/03.

organları vicdani reddi Sözleşme'nin 4. ve 9. maddelerini birlikte inceleyerek değerlendirmiştir. Mahkemeye göre Sözleşme vicdani reddi tanıyıp tanımamayı ve tanıdıysa yerine alternatif bir sivil hizmet getirmeyi tamamen taraf devletlerin takdir marjına bıraktığı için, vicdani sebeplerle askerlik hizmetini ret hakkı Sözleşme'de güvence altına alınmış değildir.²⁷¹ Günümüzde dini gerekçelerle askerliği reddedenlerin en bilinenleri *Yehova Şahitleri'dir*.²⁷² Mahkemeye vicdani redde dayanılarak yapılan başvuruların çoğunluğunu da *Yehova Şahitleri'nin* davaları oluşturmaktadır.

Zorunlu askerlik ve yerine geçen sivil kamu hizmetinden de muaf tutulmayı talep eden *Yehova Şahidi* vicdani retçinin başvurusunda²⁷³ Mahkeme, durumun 9. madde kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmekle beraber, Sözleşme'nin madde 4/3-b fıkrasına göre sivil kamu hizmetinin vicdani retçiler için zorunlu tutulabileceğine ve bu konuyu düzenlemede taraf devletin serbest olduğuna karar vermiştir. Ayrıca zorunlu askerlik hizmetini reddeden kişilere verilecek cezaların ihlale yol açmadığına; bu konunun düşünce, din ve vicdan özgürlüğü noktasında incelenmesinin yersiz olduğuna karar vermiştir.²⁷⁴ Mahkemenin bu tutumu izleyen yıllarda da devam etmiştir.²⁷⁵

Ancak Mahkeme *Ülke/Türkiye* kararında²⁷⁶ vicdani ret açısından benzer yaklaşımı sergilemekle birlikte farklı bir karar vermiştir. Söz konusu karara neden olan başvurunun konusu savaş karşıtı olması nedeniyle zorunlu askerlik hizmetini reddeden *Osman Murat*

²⁷¹ DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 320; DEMİR, s. 266-267.

²⁷² SEVİNÇ, s. 301.

²⁷³ **Grandrath/Germany**, 12.12.1966, Başvuru No 2299/64.

²⁷⁴ **Grandrath/Germany**, § 29-33.

²⁷⁵ Benzer yöndeki kararlar **G.Z./Australia**, 2.04.1973, Başvuru No 5591/72; **X/Germany**, 05.07.1977, Başvuru No 7705/76; **Conscientious Objectors/Denmark**, 07.03.1977, Başvuru No 7565/76; **A./Switzerland**, 09.06.1984, Başvuru No 10640/83; **Thlimmenos/Greece**, 06.04.2000, Başvuru No 34369/37, § 43.

²⁷⁶ **Ülke/Turkey**, 24.01.2006, Başvuru No 39437/98.

Ülke 1 Eylül 1995 tarihinde çağrı pusulasını basın toplantısı sırasında yakmıştır. Bunun üzerine 8 Ekim 1996'da tutuklanmış ve halkı askerlikten soğuttuğu gerekçesiyle 6 ay hapis ve para cezasına mahkûm edilmiştir. Ardından zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmesi için askere alınmıştır. Ülke burada askeri kıyafet giymeyi ve komutanın emirlerine uymayı reddetmiştir. Bu fiilinden dolayı da 5 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Tahliyeden sonra bölüğüne teslim olmadığı için tekrar tutuklanmış ve bu sefer 10 ay hapis cezası almıştır. Bu silsile (red ve karşılığında hapis cezaları) devam etmiş ve son olarak 7 ay 15 gün hapis cezası kararı Askeri Yargıtay tarafından 22 Eylül 1999 tarihinde onanmıştır. Başvuran son mahkûmiyet dışında, netice itibariyle toplam 701 gün cezaevinde kalmıştır. Ülke Sözleşme'nin 3, 5, 8 ve 9. maddelerinin ihlali gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, *Thlimmenos/Yunanistan*²⁷⁷ kararına atıf yaparak başvuranın vicdani ret nedeniyle mahkûm edilmesini ve daha sonra makamların kişinin atamasını gerçekleştirmeyi reddetmelerinin AIHS'in 9. maddesinde yer alan hakların kullanımına bir müdahaleyi oluşturup oluşturmadığını incelemeyi gereksiz gördüğünü ifade etmiştir. Söz konusu davada, Sözleşme'nin 4/3 -b maddesine rağmen askerlik görevini yapmayı reddeden vicdani retçilere yasal yaptırım uygulanmasının 9. maddede öngörülen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü ihlal edip etmediği hususuna değinmek durumunda olmadığını kabul etmiştir."²⁷⁸ Mahkeme başvuruya ilişkin 5, 8 ve 9. maddelere yönelik ihlal iddialarının incelenmesine gerek olmadığına hükmetmiştir. Ancak Mahkeme olayları bir bütün olarak ele almış ve başvuranın maruz kaldığı muamelelerin sürekliliği ve ciddiyeti ışığında, bir ceza mahkûmiyetinde veya tutuklulukta bulunan normal onur kırıcılık unsurunu aşan ağır bir ızdırıp ve acıya neden olduğunu

²⁷⁷ *Thlimmenos/Greece*, 06.04.2000, Başvuru No 34369/37.

²⁷⁸ *Ülke/Turkey*, § 53.

ifade etmiştir. Bu açıdan Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında onur kırıcı muamele oluşturduğu gerekçesiyle 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁷⁹

Mahkeme zorunlu askerlik hizmeti ve vicdani redde ilişkin içtihadını *Bayatyan/Ermenistan* kararı ile birlikte değiştirmiş ve artık vicdani ret hakkını Sözleşme'nin 4. maddesi açısından değil, sadece 9. maddesine bağlı olarak incelemesi gerektiği görüşünü benimsemiştir. İçtihat değişikliğine neden olan karardaki olay, 1983 doğumlu olan Vahan Bayatyan 1996 yılından beri İncil eğitimi aldığını ve inançlarının Hz. İsa ile uyum içindeki İncil'e dayandığı gerekçesiyle askerlik hizmetini vicdanen ret ettiğini; bunun yerine alternatif sivil bir kamu hizmetini yerine getirmeye hazır olduğunu bildirmiştir.²⁸⁰ Taraf devlet talebini reddetmiş ve başvuru hakkında hapis cezasına hükmetmiştir. Dinamik ve evrimsel yorumu benimsediğini belirten Mahkemeye göre, askeri hizmet yükümlülüğü ile kişinin sahip olduğu inançlar arasında ciddi ve üstesinden gelinemez bir çelişkinin varlığı durumunda vicdani ret hakkı Sözleşme'nin 9. maddesindeki düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün koruması altındadır.²⁸¹ Mahkeme *Bayatyan* kararında da bu konuda devletlerin takdir marjı olduğunu ifade etmiş ancak burada Mahkemenin görevinin, takdir marjı alanına giren müdahalenin haklı ve orantılı olup olmadığını denetlemek olduğunu belirtmiştir.²⁸² Mahkeme bu denetimin neticesinde, Ermenistan'ın zorunlu askerlik hizmetine alternatif olarak sivil bir kamu hizmetini kabul etmemesini demokratik toplum gerekleri açısından orantısız bulmuş ve 9. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁸³

²⁷⁹ Ülke/Turkey, § 58-64.

²⁸⁰ *Bayatyan/Armenia*, § 13.

²⁸¹ *Bayatyan/Armenia*, § 98, 109-110.

²⁸² *Bayatyan/Armenia*, § 121-123.

²⁸³ *Bayatyan/Armenia*, § 125-128.

Bayatyan kararının ardından Mahkeme *Türkiye* aleyhine yapılan benzer bir başvuru hakkında içtihadını yinelemiştir. *Erçep/Türkiye*²⁸⁴ başvurusunda *Yunus Erçep Yehova Şahidi* olduğunu ve Hz. İsa'nın sözü olan "artık savaş yapılmayacaktır." ilkesine riayet etmek için askerlik görevini yapmayı reddettiğini bildirmiştir. Ancak askerlik muayenesinde askerliğe uygun bulunan *Erçep* hakkında celp dönemlerinde asker kaçağı olması gerekçesiyle cezai kovuşturmalar yürütülmüştür. *Erçep* 21 Mart 1998'de Şişli askerlik şubesine gitmiş ve Rize'de bulunan askerlik şubesine gitmediğini bildirerek otuz beş bin Eski Türk Lirası para cezasını ödemiştir. Bu nedenle hakkında açılan ceza davasında askeri mahkeme takipsizlik kararı vermiştir. Ancak 8 Eylül 2000 tarihinde 1999 yılındaki celplere uymadığı gerekçesiyle ilgili hakkında tekrar ceza davası açılmış ve 3 ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Bu ceza mahkûmiyetleri her celp dönemine ilişkin olarak 2004 yılındaki kararlara kadar devam etmiştir.²⁸⁵ AİHM, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali gerekçesiyle yapılan başvuruda *Bayatyan Kararına* atıfta bulunarak, ilgilinin Yehova Şahidi olduğu gerekçesiyle askerlik hizmetini vicdani reddini, askeri yükümlülüklerle ciddi derecede ve baş edilemez bir şekilde çatışmaya yol açan samimi dini inançlardan kaynaklandığına hiçbir şüphenin olmadığını ifade etmiştir.²⁸⁶ Mahkeme mevcut başvuruda 9. maddenin uygulanabilir olduğunu belirterek, demokratik bir toplumda düşünce, din ve vicdanın açığa vurulmasına yapılacak müdahalenin haklı ve orantılı olup olmadığını incelemiştir. Bu konuda Mahkeme getirilecek sınırlamalar açısından taraf devletlerin belli bir takdir marjına sahip olduğunu, ancak bu takdir marjının orantılı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının denetiminin ise kendisine ait olduğuna hükmetmiştir.²⁸⁷ Mahkeme bu değerlendirmesini takiben, Türkiye'de

²⁸⁴ *Erçep/Turkey*, 22.11.2011, Başvuru No 43965/04.

²⁸⁵ *Erçep/Turkey*, § 6-25.

²⁸⁶ *Bayatyan/Armenia*, § 111; *Erçep/Turkey*, § 48.

²⁸⁷ *Erçep/Turkey*, § 54-57.

yürürlükte olan zorunlu askerlik hizmetinin vicdani retçiler açısından ağır sonuçlara yol açan bir yükümlülük getirdiği kanısına varmıştır. Aynı zamanda buna alternatif sivil bir kamu hizmetinin olmayışı ve vicdani retçiler aleyhinde ağır cezai yaptırımlar uygulanması noktasında adil dengenin bulunmadığını ifade ederek 9. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁸⁸

Mahkemenin zorunlu askerlik hizmeti ve vicdani ret konusundaki yaklaşımı ve yerleşik içtihadı görüldüğü üzere tamamen değişime uğramıştır. 2010 öncesindeki kararlarında vicdani retçiler hakkında sivil bir kamu hizmeti kabul edilip edilmemesi hususunu tamamen taraf devletlerin takdir marjına bırakırken, dünyada ve Avrupa'da gelişen akımla birlikte vicdani reddin bir hak olduğuna ilişkin uzlaşmayı dikkate alan Mahkeme konuyu 4. maddedeki zorunlu çalışma zemininden çıkarmış ve düşünce, din ve vicdan özgürlüğü açısından değerlendirmeye başlamıştır. Ayrıca uzlaşmanın sağlanmasıyla birlikte taraf devletlerin bu alandaki takdir marjını oldukça daraltarak neredeyse ortadan kaldırmıştır. Mahkemenin bu tutumu esasında, devletlerin egemenliği hususundaki en çekirdek alanlardan biri olan askerlik hizmetine ilişkin olarak Mahkemenin denetimini artırması açısından oldukça dikkat çekicidir ve sonuç olarak hak ve özgürlüklerin genişletilmesi noktasında umut vericidir.

3. Toplumun Yaşam ve Huzurunu Tehdit Eden Olağanüstü Hal veya Afet Durumunda İstenen Hizmetler

Sözleşme'nin 4. maddesinde düzenlenen ve zorunlu çalıştırma sayılmayan durumlardan bir diğeri toplumun yaşam ve huzurunu tehdit eden olağanüstü hâl ve afet

²⁸⁸ Erçep/Turkey, § 63-65.

durumlarında zorunlu tutulan hizmetlerdir. Ancak burada yer alan olağanüstü hâl durumu Sözleşme'nin 15. maddesinde düzenlenen savaş ve ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığı halinden daha hafif ve geçici olması nedeniyle farklılık göstermektedir. Sözleşme'nin 15. maddesinin yanında 4. maddedeki düzenleme ile taraf devletlere ikinci bir serbest alan yani takdir marjı tanınmış olmaktadır. Ayrıca 4. maddedeki bu düzenleme 15. maddeden farklı olarak yalnızca ulusun varlığını tehdit eden tehlikenin dışında toplumsal huzur ve refaha yönelik tehlikelere de yer vermektedir.²⁸⁹

Mahkemenin *I/Norveç* kararına²⁹⁰ konu olan olayda Kuzey Norveç'te gönüllü dış hekimliğinin azlığının toplumun sağlığını tehdit etmesi nedeniyle başvuru *Iverson'a* Kuzey Norveç'te kamu alanında dış sağlığı hizmetinde bir yıl süreyle zorunlu çalışma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu işleme karşı yaptığı itiraz kabul edilmeyen *Iverson* işyerini terk etmiştir. Bunun üzerine cezalandırılmıştır. AİHM'e yapılan başvuruda Norveç kanunlarının getirdiği mecburi hizmet kısa süreli ve yeterli ücrete tabi olması, meslek dışı hizmet içermemesi, uygulanmasında keyfilik, ayrımcılık ve cezalandırma gibi bir nitelik taşıması, adaletsiz ve ezici bir yönü bulunmayan bir çalıştırma olduğu için Mahkeme üyelerinin çoğunluğu tarafından, 4. maddenin 3. fıkrası açısından incelenmesine gerek olmadığına karar verilmiştir. Ayrıca çoğunluk görüşüne göre söz konusu hizmet, toplumun refahını tehdit eden bir bunalım halinde, vatandaşlardan istenebilecek olağan bir çalışmadır.²⁹¹ Çoğunluk içerisinde yer alan iki üye ise, toplumun

²⁸⁹ Ulaş KARAN, "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 173.

²⁹⁰ **I/Norway (Kısmi Kabul edilemezlik Kararı)**, 17 Aralık 1963, Başvuru No 1468/62, AİHM Yıllığı, No 6, 1963.

²⁹¹ **I/Norway (Kısmi Kabul edilemezlik Kararı)**; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 217-218; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 119.

sağlığını tehdit eden olağanüstü bir durumun varlığı nedeniyle takdir marjı doktrinine dayanarak hükümetin savunmasını kabul etmiştir.²⁹²

4. Yurttaşlık Yükümlülüğü Kapsamındaki Çalışma ve Hizmet

Sözleşme'nin 4. maddesinin 3. fıkrasının d bendinde düzenlenen zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma sayılmayan son durum olağan yurttaşlık yükümlülüğüne giren çalışma ve hizmetlerdir. Bu istisnada 3. fıkranın c bendinde düzenlenen olağanüstü durum veya toplumun huzur ve refahını tehdit eden bir hal söz konusu değildir. Yurttaşlık yükümlülüğü olarak istenen hizmetlerin olağanüstü hallerde getirilen yükümlülükler kadar ciddi ve acil olması gerekmemekte ve d bendinde düzenlenen çalışma yükümlülüğü c bendindeki çalışmalar kadar ağır nitelikte olmamaktadır.²⁹³ Devletler kendi vatandaşlarına bir takım hizmetleri zorunlu kılabilirler. Devlet ile kendisine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiler arasındaki ilişkide devletler daha geniş bir takdir marjına sahip olmaktadır. Mahkeme ise bu takdir marjının uygulanmasında bir keyfilik ve makul orantılılığın bulunup bulunulmaması noktasında bir değerlendirme ve denetim yapmaktadır.

Literatürde, yurttaşlık yükümlülüğü kapsamındaki hizmetler konusunda sıklıkla üzerinde durulan *Van der Musselle/Belçika*²⁹⁴ kararıdır. Karara konu olan olayda Belçika, stajyer avukatlar için Baro tarafından zorunlu olarak müdafilik yükümlülüğü getirmiş ve adli yardımda bulunulan bu davalarda ücretsiz hizmet edilmesi ve masrafların stajyerler tarafından karşılanması öngörülmüştür. Başvurucu bu düzenleme dolayısı ile 50 dava

²⁹² **I/Norway (Kısmi Kabul Edilemezlik Kararı)**; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 119.

²⁹³ KARAN, s. 174; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 452.

²⁹⁴ **Van der Musselle/Belgium**, 23.11.1983, Başvuru No 8919/80.

yürütmüş ve ücretsiz olarak yaklaşık 750 saat çalışmıştır.²⁹⁵ Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlali gerekçesiyle yapılan başvuruda Mahkeme, 29 Nolu ILO Sözleşmesine atıfta bulunarak zorla veya zorunlu çalışma teriminin "bir kimseden ceza tehdidi altında istenen ve kişinin kendi iradesiyle yerine getirdiği her türlü çalışma ve hizmet" anlamına geldiğini ifade etmiş ve burada yer alan çalışma teriminin sadece el işi olmadığı ve her türlü çalışmayı kapsadığını belirtmiştir.²⁹⁶ Bu noktada *Van der Musselle*'nin bu zorunlu hizmeti reddetmesi durumunda adının baronun stajyerler listesinden silinmesi ve avukatlık levhasına yazılma başvurusunun reddedilmesi tehlikesini Mahkeme "cezai bir tehdit" olarak nitelendirmemiştir. Ayrıca zorunlu hizmetin irade dışı yapıp yapılmadığı hususunda ise, Mahkemenin çoğunluğuna göre, başvuru avukatlık stajına başlarken stajın yükümlülüklerini ve mesleki olarak da getirilerini bildiği için, bu hizmetlere rıza göstermiştir. Bu rızasından sonradan dönmesi uygun bulunmamıştır. Bununla birlikte Mahkeme zorunlu müdafilik hizmetinin stajyerlere mahkemelerdeki süreçlere alışma ve müvekkil çevresi oluşturma imkânı sağlaması açısından bir takım faydalarının olduğunu da altını çizmiştir.²⁹⁷ Mahkeme başvurucudan istenen çalışmanın olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamında olduğu ve kendi iradesiyle bu hizmeti kabul ettiği gerekçesiyle ihlal bulmamıştır.²⁹⁸

Yurttaşlık yükümlülüğüne ilişkin bir diğer karar ise *Karlheinz Schmidt/Almanya*²⁹⁹ kararıdır. Başvuruya konu olayda Almanya'da vergi kanunlarına dayanılarak kamu makamları tarafından *Tett nang* kentinde (*Baden-Württemberg*) ikamet eden her yetişkin erkeğe mali yılbaşında itfaiye hizmetlerine katılma, hizmete fiilen katılamayanlar için ise

²⁹⁵ *Van der Musselle/Belgium*, § 9-13.

²⁹⁶ *Van der Musselle/Belgium*, § 32-33.

²⁹⁷ *Van der Musselle/Belgium*, § 35-36.

²⁹⁸ *Van der Musselle/Belgium*, § 40-41.

²⁹⁹ *Karlheinz Schmidt/Germany*, 18.07.1994, Başvuru No 13580/88.

katkı payı ödeme yükümlülüğü getirilmiştir.³⁰⁰ Başvurucu zorla çalıştırma yasağıyla bağlantılı olarak ve yükümlülüğün sadece erkeklere getirilmesi açısından Sözleşme'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme getirilen zorunluluğun olağan yurttaşlık yükümlülüğü olduğunu ifade etmiş olmakla birlikte, artık gönüllü itfaiye hizmetlerine katılımın nerdeyse hiç olmadığını ve bu nedenle itfaiye çalışmalarına katılmama durumunda alternatif bir paranın ödenmesinin tazminat niteliğini kaybederek, tüm erkek yurttaşlar açısından bir mali yükümlülük halini aldığını belirtmiştir. Bu mali yükümlülüğün de 4. maddenin 3. fıkrasının d. bendi kapsamında olduğuna karar vermiştir.³⁰¹ Ancak başvuruda yer alan ayrımcılık yasağı ihlaline ilişkin olarak, cinsiyet ayırımına dayanan farklı uygulama ya da muamelenin objektif ve makul haklı bir sebebe dayanması, meşru bir amaca yönelik ve orantılı olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu farklı muameleler açısından taraf devletlerin belirli bir takdir marjına sahip olmakla beraber, devletlerin bu uygulamaların Sözleşme'ye uygunluğu konusunda Mahkemeye esaslı gerekçeler sunması zorunludur. Ancak söz konusu uygulamaya bakıldığında artık erkeklerin de yangın kurtarma faaliyetlerine katılmadığı ve yalnızca mali bir yükümlülüğe tabi tutulduğu görülmektedir. Bu nedenle Mahkeme kadınların bu mali yükümlülükten bağışık tutulmasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir.³⁰²

Daha yakın tarihli olan *Zarb Adami/Malta*³⁰³ kararına konu olayda eczacı olan başvurucu 1971 tarihinde jüri listesinde yer almaya başlamış ve 1997 tarihine kadar üç kez ceza yargılamasında jüri üyeliğine çağırılmıştır. Bu görevlerinde jüri başkanlığı ve jüri üyeliği hizmeti vermiştir. 1997 yılında Ceza Mahkemesine jüri üyesi olarak tekrar

³⁰⁰ **Karlheinz Schmidt/Germany**, § 6.

³⁰¹ **Karlheinz Schmidt/Germany**, § 22-23.

³⁰² **Karlheinz Schmidt/Germany**, § 24-29.

³⁰³ **Zarb Adami/Malta**, 20.06.2006, Başvuru No 17209/02.

çağrılmış ancak başvuru bu kez katılmamıştır ve hakkında para cezası verilmiştir.³⁰⁴ Bunun üzerine AİHM'e 4. maddenin 3. fıkrasının d bendine dayalı olarak ve zorunlu jüri hizmetinin genellikle erkek vatandaşlardan istenmesinin 14. maddeyi ihlal ettiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Mahkeme Malta'da geçerli olan zorunlu jüri hizmetinin olağan yurttaşlık yükümlülüğü kapsamında olduğuna hükmetmiştir.³⁰⁵ Ayrımcılık yasağı açısından ise *Karlheinz Schmidt/Almanya*³⁰⁶ kararına atıf yaparak, benzer durumdaki kişilere yapılacak farklı muamelenin belirlenmesinde devletlerin takdir marjına sahip olduğunu ve durumun koşullarına göre takdir marjının kapsamının değişeceğini ifade etmiştir.³⁰⁷ Bununla birlikte söz konusu takdir marjının değerlendirmesinde Mahkeme, farklı muamelenin objektif ve mantıklı bir gerekçesinin olup olmadığını dikkate alacaktır. Mahkeme değerlendirmesinde Malta'da jüri listelerinde yer alan kadın sayısının çok düşük olduğunun tespiti ve taraf devletin makul ve esaslı bir gerekçe sunamaması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁰⁸

Sonuç olarak Sözleşme'nin 4. maddesinde yer alan zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma sayılmayan hallerin belirlenmesinde üye devletlerin çok geniş bir takdir marjının olduğu görülmektedir ve her ülkede farklı bir hizmet zorunlu tutulabilmektedir. Anlaşılabileceği üzere verdiğimiz karar örneklerinde kişiler çeşitli alanlarda pek çok zorunlu hizmet yükümlülüğü ile karşılaşabilmektedir. Bu hizmetler 4. maddenin 3. fıkrası kapsamına girdiği sürece Mahkeme bu tür zorla veya zorunlu çalıştırmalardan ihlale karar vermemekte, yalnızca devletlerin sahip olduğu takdir marjını makul, orantılı ve haklı bir sebebe dayanarak kullanıp kullanmadığını denetlemektedir.

³⁰⁴ *Zarb Adami/Malta*, § 7-11.

³⁰⁵ *Zarb Adami/Malta*, § 47.

³⁰⁶ *Karlheinz Schmidt/Germany*, 18.07.1994, Başvuru No 13580/88

³⁰⁷ *Zarb Adami/Malta*, § 74.

³⁰⁸ *Zarb Adami/Malta*, § 75-84.

V. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI (MADDE 5)

A. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlenmesi

Kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı³⁰⁹ diğer insan hak ve özgürlüklerinin kullanılabilmesinde ön koşul niteliğine sahiptir. Bu nedenle kişi özgürlüğü ve

³⁰⁹ Özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin genel olarak yararlanılabilecek kaynaklar için bkz. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5. Madde Rehberi- AİHS'in 5. Maddesi Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Bölümü tarafından 2012 de hazırlanmıştır. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından 2013 de Türkçe'ye çevrilmiştir. http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_TUR.pdf, erişim tarihi 27.11.2015; Monica MACOVEI, **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları Kitapçıkları, No. 5, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, 2002, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad5_OzgurlukveGuvencilik.pdf, erişim tarihi 27.11.2015; S. Osman DOĞRU, "Kişi Özgürlüğü: İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu (26-27 Eylül 2003)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72, TBB-İHAUM Yayını:4, Birinci Baskı, Ankara 2004, s. 181-286; S. TRECHSEL, "Libert and Security Person", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 277-344; Bülent ALGAN, "*Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği*", **Anayasa Yargısı**, Cilt 32, 2015, s. 186-206; Behiye Eker KAZANCI, "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 98, s. 74-104; Ahmet ULUTAŞ, "Türk Hukukunda Suçluların geri Verilebilmesi Sürecinde Alınabilecek Koruma Tedbirlerinin AİHS'in 5. Maddesi Açısından Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 4, s. 140- 176; ARAI-TAKAHASHI, s. 21 vd; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 220 vd; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, s. 455 vd; DOĞRU- NALBANT, s. 365 vd; İNCEOĞLU, 2013, s. 180 vd; HARRIS-

güvenliğinin keyfi müdahalelere karşı korunması ilkesi uluslararası ve ulusal belgelerde düzenlenmiştir.³¹⁰ AİHS'in 5. maddesinin 1. fıkrası da öncelikle herkesin kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkına sahip olduğunu önemle vurgulayarak temel kuralı koymuş, ardından Sözleşme'de sayılan hallerde kişi özgürlüğünün sınırlanabileceği durumları belirtmiştir. Bu açıdan kişi özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp belli hallerde sınırlanabilmektedir.

Kişi özgürlüğü kavramı "*bireyin fiziksel ya da beden özgürlüğünü diğer bir deyişle bir yere kapatılmamasını, tutulu (detention) veya tutuklu (arrested) olmamasını ifade etmektedir*"³¹¹ Bu açıdan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı "*bireyin bedeni hareket serbestliğinden alıkonulamaması, dilediği gibi hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencesine sahip olmasıdır.*"³¹² Ancak Mahkemenin de belirttiği gibi fiziksel özgürlük ifadesi kişinin dilediği gibi seyahat edebilmesi anlamına gelmemektedir. Kişinin kendi

O'BOYLE&WARBRICK, s. 123 vd; Ali Tanju SARIGÜL, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013; Faruk TURHAN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye/Gözaltında Kayıplar, Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözaltı Süreleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran- Aralık 2000, Cilt IV, Sayı: 1-2, s.205.

³¹⁰ Bu hak 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'dan başlayarak, 1776 Virginia Haklar Bildirisi'nin 8-9-10. maddelerinde, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 7. maddesinde, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3 ve 9. maddelerinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 5. maddesinde düzenlenmiştir. bkz. SARIGÜL, s. 17-19.; NALBANT, s. 365 vd; İNCEOĞLU, 2013, s. 180 vd; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 123 vd.; TRECHSEL, s. 277; TURHAN, s.205; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 221.

³¹¹ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 221. AİHM de kararlarında kişi özgürlüğünü bireyin fiziksel özgürlüğü olarak belirtmektedir. bkz. **Engel and Others/The Netherlands**, 08.06.1976, Başvuru No 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, § 58; **McKay/The United Kingdom**, 03.10.2006, Başvuru No 543/03, § 30; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 124; MACOVEI, s. 10;

³¹² SCHAEDLER, **MRK Artikel 5 Recht auf Freiheit und Sicherheit, in: Karlsruher Kommentar zur StPO**, 6. Auflage, 2008, nakl. KAZANCI, s. 77; TRECHSEL, s. 282.

isteğine göre bir yerden bir yere gidebilmesine getirilen sınırlama kişi özgürlüğüne yapılan bir müdahale olmayıp, seyahat özgürlüğüne ilişkin bir müdahaledir. Bu nedenle kamu sağlığının güvenceye alınması için salgın hastalık nedeniyle karantina bölgesinden çıkma yasağı ya da kamu güvenliği gerekçesiyle getirilen sokağa çıkma yasağı Sözleşme'nin 4 Nolu Ek Protokolü'nde yer alan serbest dolaşım özgürlüğüne ilişkindir.³¹³ Ancak Mahkeme bu konuya ilişkin olarak verdiği *Guzzardi/İtalya*³¹⁴ kararında, mafya faaliyetleri nedeniyle bir adanın iki buçuk kilometrekarelik bir bölümünde, karısı ve çocuklarının yanına gelmesine izin verilen, günde iki kez polise görünmesi zorunlu tutulan, gece evden çıkması yasaklanan ve gündüz evden dışarı çıkmasına ve birkaç sokak dolaşmasına izin verilen *Guzzardi'nin* 16 ay boyunca zorunlu ikamete tabi tutulmasının özgürlükten yoksun bırakma olduğunu tespit etmiştir. Bu başvuruda Mahkeme seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması ile özgürlükten yoksun bırakma arasında bir derece ve yoğunluk farkı olduğunu belirterek, söz konusu olayda sınırlamanın seyahat özgürlüğünün kısıtlanması tedbirini aştığını ve uygulamanın açık cezaevi veya bir disiplin birimine kapatılmaya benzediğini belirtmiştir.³¹⁵ Görüldüğü üzere seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması, müdahale koşullarının niteliğine göre özgürlükten yoksun bırakma haline

³¹³ **AİHS'ne Ek 4 Nolu Protokol, madde 2 Serbest Dolaşım Özgürlüğü:** *1-Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir. 2- Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir. 3- Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmuş sınırlamalara tabi tutulabilir. 4-Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir. "* benzer görüşler bkz. GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 222; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 366; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 458; SARIGÜL, s. 34-35; TRECHSEL, s. 278-279.

³¹⁴ **Guzzardi/Italy**, 06.11.1980, Başvuru No 7367/76.

³¹⁵ **Guzzardi/Italy**, § 89-95; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 367; TRECHSEL, s. 286.

gelebilmektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin 4 Nolu Protokolü'nün 2. maddesinde düzenlenen serbest dolaşım hakkının sınırlanma sebeplerine ilişkin uygulamasında taraf devletlerin orantılılık ilkesine özen göstermesi bir zorunluluktur.

Sözleşme'nin 5. maddesi bir yandan da kişi güvenliğini güvenceye almaktadır. Kişi güvenliği ise kişi özgürlüğünün keyfi kısıtlamalara karşı korunmasını ifade eder. 5. maddede kişi güvenliğini sağlayabilmek için, hukuka uygunluk koşulu, kişi özgürlüğünün hangi hallerde sınırlanabileceğinin belirtilmesi ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye tanınan haklar düzenlenerek önlem alınması yoluna gidilmiştir. Bu açıdan bakıldığında kişi özgürlüğü belli durumlarda sınırlanabilirken, güvenlik hakkı konusunda herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu nedenle kişi güvenliği bir hukuk devletinde mutlak bir haktır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği bir bütünün ayrılmaz parçaları olduğu için Sözleşme'nin aynı maddesinde koruma altına alınmıştır.³¹⁶

Kişi güvenliğinin sağlanabilmesinin iki koşulu bulunmaktadır. Bunlar hukuka uygunluk şartı ve Sözleşme'de sayılan haller dışında kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılamamasıdır. Kişi güvenliğinin sağlanmasının ilk koşulu olan hukuka uygunluk şartı, kişi özgürlüğünün sınırlanma sebeplerinin hukuki güvenceye bağlanmasıdır. Bu bağlamda yapılacak tüm işlemlerin hukuka uygun olması gerekir. 5. maddenin 1. fıkrası *"... yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu durum kişi özgürlüğü ve güvenliğinin katı bir "yasallık" koşuluna tabi olduğunu göstermektedir. Söz konusu yasallık şartında, yasal düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve belirli olma koşulunu sağlamış olması keyfiliğin önlenmesinde oldukça önemli bir husustur. Ayrıca 5. maddenin 1. fıkrasının a ve f bentlerinde *"usulüne uygun"* ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemelerden Sözleşme'nin,

³¹⁶ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 222-223; Udo DI FABIO, *Sicherheit in Freiheit*, NJW, 2008, s. 421 vd. nakl. KAZANCI, s. 77; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 457; SARIGÜL, s. 32-33; TRECHSEL, s. 283.

ulusal mevzuatlarda öngörülen usullere göndermede bulunduğu anlaşılmaktadır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği bu bakış açısıyla incelendiğinde taraf devletler kendi mevzuatına uygun bir müdahalede bulunduğu Sözleşme'nin ihlalinin gündeme gelmeyeceği düşünülebilir. Ancak ulusal mevzuattaki düzenlemelerin de Sözleşme'ye uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle ulusal hukukun nihai denetim yetkisi Mahkemeye aittir.³¹⁷

Mahkeme ulusal hukuka ilişkin yaptığı denetimde, ulusal hukukun uygulanması ve yorumlanmasının öncelikle ulusal makamlara, özellikle de ulusal mahkemelere ait bir yetki olduğunu ifade etmektedir.³¹⁸ Mahkeme, ulusal mevzuatın uygulanması noktasında ulusal mercilere geniş bir takdir marjı tanımaktadır.³¹⁹ Çünkü Mahkemeye göre *"ilke olarak bir ulusal yargı merciini şu yönde değil de bu yönde karar almaya sevk eden inceleme konusu olayın maddi yani esasa ilişkin unsurlarının değerlendirilmesi, (bunların Sözleşme'ye uygunluğunun denetimi dışında) Mahkemeye ait bir görev değildir. Aksi takdirde Mahkeme kendini üçüncü veya dördüncü derece yargı makamı haline getirerek görev sınırlarını aşmış olacaktır."*³²⁰

Mahkemenin bu kararında vurguladığı husus esasında birinci bölümde incelenmiş olan takdir marjı doktrini ile sıkı bir bağ içinde olan ikincillik (subsidiarity) ilkesidir. Mahkeme her ne kadar denetim yetkisine sahip olduğunu belirtse de Sözleşme sisteminin

³¹⁷ **Winterwerp/The Netherlands**, 24.10.1979, Başvuru No 6301/73, § 46; **De Wilde, Ooms ve Versyp/Belgium**, 18.06.1971, Başvuru No 2832/66; 2835/66; 2899/66, § 69-70; **Engel and Others/The Netherlands**, § 68; benzer görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 224; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 135; Ulaş KARAN, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 183; TRECHSEL, s. 293.

³¹⁸ **Winterwerp/The Netherlands**, § 46; **Van Droogenbroeck/Belgium**, 24.06.1982, Başvuru No 7906/77, § 41.

³¹⁹ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 224.

³²⁰ **Kemmache/France**, 24.11.1994, Başvuru No 17621/91, § 44; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 224.

temelini oluşturan ikincillik ilkesine de titizlikle uygun davranmaktadır. Mahkeme yaptığı yargısal denetimde taraf devletlerin ulusal organlarının yerine geçmemek noktasında özenli bir yaklaşım sergilemektedir.

Kişi güvenliğinin sağlanması ve keyfiliğin önlenmesinin diğer koşulu, Sözleşme’de sayılan belli hallerin dışında kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılmamasıdır.³²¹ Bu sebeplerle kişi özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin başvuruların bir kısmında Mahkemenin belli bir takdir marjını uyguladığı görülmektedir.

³²¹ **AİHS madde 5- Özgürlük ve güvenlik hakkı 1.** Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse, aşağıdaki haller dışında ve yasayla öngörülen bir usule uygun olması durumu hariç özgürlüğünden yoksun bırakılmaz. (a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilen bir mahkûmiyet kararından sonra, hukuka uygun olarak hapsedilmesi; (b) Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması; (c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makûl nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması; (d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması; (e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması; (f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması.

B. Kişi Özgürlüğünün Sınırlanmasına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Yetkili Mahkemenin Mahkûmiyet Kararı Üzerine Hapsetme

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde kişi özgürlüğünün mahkûmiyet kararına dayanılarak kısıtlanmasına izin verilmiştir. Buradaki tutmanın nedeni bir suçun cezasının infazının gerçekleştirilmesidir. Bu bende göre bir tutmanın olabilmesi için mahkûmiyet (conviction) kararının olması şarttır. *“Mahkûmiyet kavramı bir suçun varlığının yasal yoldan saptanması üzerine ilgilinin, bu fiilden sorumluluğunun da tespiti ve sonuç olarak kendisinin bu nedenle özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya (yahut ceza yerine geçen bir güvenlik önlemine) çarptırılmış olması (nedensellik bağının varlığı) koşullarını birlikte içermelidir.”*³²²

Mahkemeye göre, mahkûmiyete yol açan eylem dar anlamda yasanın suç sayarak ceza öngördüğü bir fiil olabileceği gibi, *Engel ve Diğerleri/Hollanda* kararında belirtildiği gibi disiplin suçu da olabilir.³²³ Disiplin suçu nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılmaya ilişkin başvurular, askeri disipline aykırılık gerekçesiyle verilen *“oda hapsi cezası”*ndan dolayı yapılmıştır. Oda hapsi cezası, ulusal mevzuatlarda askeri disiplin cezaları arasında düzenlenmekte ve askeri hiyerarşide yer alan komutanlar tarafından verilebilmektedir. Mahkemeye göre, askeri disiplin sistemi, doğası gereği, sivil şahısların hak ve özgürlüklerine getirilemeyecek bazı sınırlamaların silahlı kuvvetler mensupları için öngörülebilmesine imkân vermektedir. Buna göre sivil bir kişiye uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma sayılabilecek bir durum, asker kişilere uygulandığı zaman

³²² GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 227; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 385.

³²³ *Engel and Others/The Netherlands*, 08.06.1976, Başvuru No 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, § 68.

aynı nitelikte görülmeyebilir. Taraf devletler kendi askeri disiplin sistemini düzenlemekle yetkilidir ve buna ilişkin işlemlerinde belirli bir takdir marjına sahiptir. Bununla birlikte askeri disiplin sisteminin varlığı, kendiliğinden taraf devletlerin yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle askeri disiplin cezaları da Sözleşme'nin 5. maddesinin koruması kapsamındadır. Mahkeme askeri disiplin cezası ya da tedbirine ilişkin olarak devletlerin takdir marjını aşıp aşmadığı noktasında, söz konusu cezanın silahlı kuvvetlerin içerisindeki normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan bir kısıtlama hali alıp almadığını değerlendirmekte ve ayrıldığına kanaat getirdiğinde ise Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.³²⁴

Ayrıca mahkûmiyet nedeniyle özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin başvurularda, Mahkeme hükmün hukuka uygunluğunu denetlememekte; mahkûmiyet kararının yetkili bir mahkeme tarafından *“yani yasama ve yürütme organı karşısında bağımsız ve tarafsız bir makam tarafından verilmesi gerektiğini”* ve yasanın öngördüğü usule uygun olarak karar verilip verilmediğini değerlendirmektedir. Mahkemenin buradaki denetimi söz konusu suç fiilinden dolayı verilen cezanın hukuka uygunluğuyla ilgili değildir.³²⁵ Çünkü böyle bir denetim temyiz makamının esas bakımından denetimi anlamına gelecektir. Bu durum ise Sözleşme sisteminin önemli bir ilkesi olan ikincillik ilkesi ile çelişecektir.

Bununla birlikte bir mahkûmiyet kararının ardından temyiz ya da istinaf yoluna başvurulması ve başvuru sonucunda mahkûmiyet kararının bozulması da hapsedilmeyi

³²⁴ **Engel and Others/The Netherlands**, § 57-59; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 554; ARAI-TAKAHASHI, s. 21.

³²⁵ **De Wilde, Ooms et Versyp/Belgium**, 18.06.1971, Başvuru No 2832/66, 2835/66, 2899/66, § 78; **Kirzycki/Germany**, 09.03.1978, Başvuru No 7629/76, Kararlar ve Raporlar Sayı 31, s. 8; **Bozano/France**, 18.12.1986, Başvuru No 9990/82, § 55; **Benham/The United Kingdom**, 10.06.1996, Başvuru No 19380/92, § 42; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 385; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 228; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s.139; KARAN, s. 187.

hukuka aykırı hale getirmemektedir. Mahkeme *Kirzycki/Almanya* kararında “*taraf devletlerin ilke olarak suç ve cezaların belirlenmesi, ıslah ve önleyici güvenlik tedbirlerinin düzenlenmesi, şartlı salıvermenin koşulları ve hükmün infazının yürütülmesi konularında serbest ve belli bir takdir marjına sahip*” olduğuna hükmetmiştir.³²⁶ Ancak infaz konusunda taraf devletlerin takdir marjına sahip bulunduğunun kabulünün yanı sıra, infaza konu olan hapis cezası, iç hukuka göre infaz edilmesi gereken hapis cezasından fazla ise, bu durum 5. maddenin 1. fıkrasının a bendi kapsamına girmektedir. *Grava/İtalya* kararına konu olan olayda başvuru, 2 yıl 2 ay 4 gün hapis cezası yattıktan sonra serbest bırakılmış ve geriye 1 yıl 9 ay 26 gün infaz edilmesi gereken hapis cezası kalmış bir hükümlüdür. Başvuru ulusal mevzuata göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi gereğince 2 yıllık kısmi affı hak etmiştir. Başvuru 2 yıllık süre indirildiğinde infaz edilmesi gereken süreden daha fazla hapis yatmış olduğu için, bu ek süre hukuka uygun bir hapsedilme olarak görülemeyeceğinden dolayı, Mahkeme Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının a bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³²⁷

2. Bir Mahkeme Kararına ya da Yasanın Öngördüğü Bir Yükümlülüğe Uymama Nedeniyle Tutma

Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre "bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uyulmaması sebebiyle veya yasa tarafından öngörülen bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla yakalama veya tutma" kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal etmemektedir. Bu sınırlama sebebi iki durumu kapsamaktadır. İlk durum mahkeme kararının yerine getirilmemesi üzerine

³²⁶ **Kirzycki/Germany**, s. 9. Mahkeme bu kararında "marjin of appreciation" terimi yerine "discretion" terimini kullanmıştır.

³²⁷ **Grava/Italy**, 10.07.2003, Başvuru No 43522/98, § 37-46; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 385.

özgürlükten yoksun bırakmadır. Söz konusu mahkeme kararı ise esas hakkındaki mahkûmiyet kararı değildir. Burada mahkemenin yargılama düzenini korumak veya görevini gereği gibi yapabilmek amacıyla verdiği bir karar mevcuttur. *Gözübüyük-Gölcüklü* bu tür tedbir niteliğindeki özgürlükten yoksun bırakmayı "*inzibatî müeyyide*" olarak adlandırmaktadır.³²⁸ Bu yaptırımlara örnek olarak ise şunlar verilebilir: duruşma düzenini bozan sanığa verilen disiplin cezası niteliğindeki tutuklama ya da hapis kararı³²⁹, duruşmaya gelmeyen ya da gelip de konuşmayan tanığın tutulması³³⁰, adli para cezasının³³¹ ve nafaka borcunun ödenmemesi, ayrılan eşin çocuğunu görmesine izin verilmemesi, mahkemece istenen kan ya da DNA testinin veya sağlık muayenesinin reddedilmesi³³², yerel bir vergiyi ödemenin reddi³³³ üzerine verilen hapis kararları.

³²⁸ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 229.

³²⁹ **Guzzardi/Italy**, 6.11.1980, **Başvuru** No 7367/76, § 101; **Lawless/Ireland (No 3)**, 01.07.1961, **Başvuru** No 332/57, § 12; bkz. GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 229.

³³⁰ Ancak tanığın konuşmaması halinde uygulanan hapis kararı, her durumda Sözleşme'de 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendine uygun olmayabilir ve ihlale yol açabilir. K/Austria davasında "*başvurucu uyuşturucu satın almak suçundan yargılandığı dava devam ederken, uyuşturucu satanlar aleyhindeki diğer davada tanıklık yapmak üzere davet edilmiş, ancak başvurucu kendisini suçlayan ifade vermek zorunda kalacağını düşündüğü için tanıklık yapmaktan kaçınmıştır. Ulusal mahkeme başvurucuya önce adli para cezası daha sonra 5 güne kadar disiplin hapsi cezası vermiştir. Komisyon bu durumu Sözleşme'de 10. maddesinin bilgi vermeme özgürlüğüne ve 5. maddenin 1. fıkrasının b. bendine aykırı bulmuştur. Dava Mahkemenin önünde iken taraflar arasında dostane çözüme varılmıştır. Buna rağmen Mahkeme ihlalin tekrarını önleyici olarak başvuru lehine tazminata karar vermiştir.*" **K/Austria**, 02.06.1993, **Başvuru** No 16002/90; bkz. DOĞRU-NALBANT, s. 387.

³³¹ **Airey/Ireland**, 09.03.1977, **Başvuru** No 6289/73, bkz. HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 144.

³³² **X/Austria**, 13.12.1979, **Başvuru** No 8278/78, DR. 18, s. 156; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 229; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 469; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 144.

³³³ **Perks/United Kingdom**, 12.10.1999, **Başvuru** No 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 ve 28456/95; **Benham/United Kingdom**, 10.06.1996, **Başvuru** No 19380/92, **Council**

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde düzenlenen ikinci durum ise, yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıdır. Polisin alkol testi yapmak için, yol kapatma tedbiri, çevirme ya da arama yapma gerekçesiyle kişiyi alıkoyması bu bent kapsamına girmektedir. Bunların dışında zorunlu askerlik hizmeti veya alternatif kamu hizmeti yükümlülüğü³³⁴, kimlik kartı taşıma ve kontrollerde bu belgeyi gösterme yükümlülüğü³³⁵, mal bildiriminde bulunma yükümlülüğü³³⁶ ve belli bir yerde ikamet etme yükümlülüğü³³⁷ yasadaki öngörülen yükümlülükler olarak verilebilir. Bunlar yerine getirilmediğinde ise kişiler alıkoyma, gözaltına alma ya da tutuklanma tedbirleriyle karşılaşabilmektedir.

Ancak bu hükmün uygulamasında yasal yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için kişinin tutulması gerekir. Kişinin bu şekilde özgürlüğünün kısıtlanmasında cezalandırıcı bir amaç güdülemez. Ayrıca yükümlülüğün yerine getirilmesinin demokratik toplumdaki önemi ile özgürlük hakkı arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu orantılılığın değerlendirilmesinde ise, mevzuattan doğan yükümlülüğün niteliği, mevzuatın konusu ve amacı, tutulan kişinin durumu, sınırlamaya

of Europe Yearbook of the European Convention on Human Rights, No 39, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1996, s. 237 vd.; bkz. Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN-ZWAAK, 2006, s. 470; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 144.

³³⁴ **Johansen/Norway**, 14.10.1985, Başvuru No 10600/83, DR. 44, s. 155; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 144.

³³⁵ **Reyntjens/Belgium**, 09.09.1992, Başvuru No 16810/90, DR. 73, s. 136; **Vasileva/Denmark**, 25.09.2003, Başvuru No 52792/99, § 34 vd.

³³⁶ **McVeigh, O'Neill and Evans/The United Kingdom**, 18.03.1981, Başvuru No 8022/77, 8025/77 ve 8027/77, DR. 25, § 185; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 144.

³³⁷ **Ciulla/Italy**, 22.02.1989, Başvuru No 11152/84, § 36; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 144.

yol açan özel koşullar, tutma süresi oldukça önemlidir.³³⁸ Bununla birlikte Mahkeme bu hükmün “*genel olarak yasalara uymayı sağlamak için, bir vatandaşın idari kararlarla hapsedilmesi ya da alıkonulmasını meşru kılma*” anlamını taşımadığına hükmetmiştir. Yerine getirilmemiş olan yükümlülüğün belirli ve somut olması gerekmektedir.³³⁹ Buna rağmen Sözleşme bu hükümde taraf devletlere yükümlülüklerin belirlenmesi noktasında geniş bir takdir marjı tanıdığı için eleştirilmektedir. Bu yöndeki bir görüşe göre *b* bendinin düzenleniş biçimi yeterince açık değildir. Yargı kararı olmadan, kişi özgürlüğünün çok geniş bir şekilde yasal düzenlemelerle sınırlanabilmesi tehlikesi söz konusudur.³⁴⁰

3. Yetkili Adli Mercii Önüne Çıkarılmak Amacıyla Yakalama veya Tutma

AİHS'e göre kişi özgürlüğüne sınırlama getirilebilmesine ilişkin bir diğer sebep, 5. maddenin 1. fıkrasının c bendinde düzenlenmiş olan, bir kimsenin suç işlediğinden makul şüphe duyulması veya suç işlemesini ya da kaçmasını önlemek için makul nedenlerin varlığıdır. Bunlardan birisi söz konusu olduğunda kanunen yetkili makamların önüne çıkarılmak üzere kişi özgürlüğünden yoksun bırakılabilir. 1. fıkranın c bendi a bendinden farklıdır. Çünkü a bendinde suçun işlendiği mahkeme kararıyla sabit olmuş ve bir cezaya hükmedilmiştir. Bu açıdan a bendi cezanın infazına ilişkin bir hükümken, c bendi bir suç şüphesi nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma aşamasında kişinin tutulmasıdır. Bu bentte kişi hala masumiyet karinesinden yararlanmaktadır. Sözleşme hükmünde bu bende

³³⁸ **Gatt/Malta**, 27.07.2010, Başvuru No 28221/08, § 46; **Vasileva/Denmark**, § 36-38; **Johansen/Norway**, s.162; **McVeigh, O'Neill and Evans/The United Kingdom**, § 37-38 ve 42; **Reyntjens/Belgium**, s. 136; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 387; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 146; KARAN içinde İNCEOĞLU, s. 190.

³³⁹ **Engel and Others/The Netherlands**, § 69; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 144.

³⁴⁰ Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 470; KARAN içinde İNCEOĞLU, s. 190.

göre bir sınırlama yapılacaksa, her üç durumda da bir suçta (işlenmiş ya da işlenme tehlikesi) ilişkin makul şüphe gerekmektedir. Bu durumda ise AİHM'in "suç" ve "makul şüphe" kavramlarına nasıl bir anlam yüklediği sorunu önem taşımaktadır. Daha önce de değinildiği gibi Mahkeme suç kavramını sadece dar anlamda ulusal mevzuatların ceza yasalarında tanımlanan eylemler olarak düşünmemekte, disiplin suçlarını da bu kavrama dâhil etmektedir.³⁴¹ Bu nedenle 5. maddenin 1. fıkrasının c bendinin uygulama alanı tıpkı a bendinde olduğu gibi çok genişlemektedir. Örneğin *Steel ve Diğerleri/Birleşik Krallık* başvurusunda, keklik avı ve silah fuarı gibi etkinliklerde protestocuların "huzuru bozucu" eylemleri söz konusudur. Bu eylemler İngiliz Ceza Hukukuna göre suç teşkil etmemektedir.³⁴² Ancak Mahkeme bu fiilin Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamına girdiğine ve suç oluşturduğuna hükmetmiştir.³⁴³ Belirtmek gerekir ki böyle bir yorum farkı, ulusal mevzuatlardaki "*kanunsuz suç ve ceza olmaz*" hükmünün korumasını zayıflatmaktadır.

Ayrıca bu sorunun yanı sıra her devlet kendi suç ve ceza sistemini belirlerken belirli bir takdir marjına da sahiptir. Hangi fiillerin suç sayılacağı ve suçlara öngörülen cezalar ülkeden ülkeye değişmektedir.³⁴⁴ Bir görüşe göre, "*Strazburg organları Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası ceza usulleri arasındaki temel farklılıklar nedeniyle çok zorlanmıştır. Bu farklılıklar nedeniyle ortak bir Avrupa standardı yaratmak ve çeşitli ulusal gelenekler arasında denge kurmak oldukça sorunludur.*"³⁴⁵ Takdir marjı doktrini savunucularının

³⁴¹ Bkz. yukarıda sayfa 96; *Engel and Others/The Netherlands*, § 68; KARAN içinde İNCEOĞLU, s. 192; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s.147; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 388.

³⁴² *Steel and Others/The United Kingdom*, 23.09.1998, Başvuru No 67/1997/851/1058, § 26.

³⁴³ *Steel and Others/The United Kingdom*, § 49; bkz. HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 147; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s.388, 461.

³⁴⁴ Bkz. yukarıda sayfa 97. *Kirzycki/Germany*, s. 9.

³⁴⁵ HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 147.

en büyük gerekçelerinden biri de Avrupa düzeyinde uzlaşma ve ortak bir standart yokluğu olduğuna göre, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde takdir marjının uygulanabilirliğinin artması olasılığı oldukça yüksektir.

5. maddenin 1. fıkrasının c bendine dayanılarak kişinin özürlüğü'nün kısıtlanmasına ilişkin önemli bir diğer nokta da “*makul şüphe (reasonable suspicion)*” kavramının ne şekilde değerlendirileceğidir. Mahkemeye göre şüphenin makul olabilmesi için, bir kimsenin suç işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek kadar yeterli bilgi ve verinin varlığı şarttır.³⁴⁶ Fakat şüphenin “makul” olup olmadığının değerlendirmesi her olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu değerlendirmeyi ilk önce yapacak olan da ulusal makamlardır. Mahkemenin buradaki denetim yetkisi ise, “*taraf devletlerde gerçekleşmiş olan olay anındaki fiili durumun değerlendirilmesinde, ulusal yetkili kişi veya makamlar yerine geçmek değil, ulusal merci tarafından yapılan durum değerlendirmesinin -ulusal takdir marjı da göz önünde tutularak- makul ve geçerli olup olmadığının denetlenmesidir.*”³⁴⁷ Çünkü Mahkeme fiili durumun esası hakkında bir denetime giriştiğinde temyiz mahkemesi gibi hareket etmiş olacaktır. Bununla birlikte makul şüphenin varlığının tespiti terör faaliyetlerine ilişkin davalarda daha da karmaşıklaşmaktadır. Mahkeme “*terör suçlarının diğer suçlar arasında ayrı bir kategori ve özel bir sorun oluşturduğunu ifade etmektedir.*”³⁴⁸ Bu bağlamda terörle mücadelede polisin aldığı güvenilir bilgi üzerine, kamu güvenliğini sağlamak için acilen harekete

³⁴⁶ **Fox, Campbell And Hartley/The United Kingdom**, 30.08.1990, Başvuru No 12244/86; 12245/86; 12383/86, § 32; **Murray/The United Kingdom**, 28.10.1994, Başvuru No 14310/88, § 50; **Stepuleac/Moldova**, 6.11.2007, Başvuru No 8207/06, § 68; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 388-389; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 231; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 473; TURHAN, s. 231; KARAN içinde İNCEOĞLU, s. 192; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 147.

³⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 232.

³⁴⁸ **Fox, Campbell And Hartley/The United Kingdom**, § 32; **O'Hara/The United Kingdom**, 16.10.2001, Başvuru No 37555/97, § 35.

geçmesi ve bilgi verenlerin tehlikeye atılmaması gerekmektedir. Bu nedenle Mahkeme, terör şüphelisinin tutulması durumunda, şüphenin makullüğünün değerlendirilmesinde devletlerden gizli bilgileri ifşa etmelerinin beklenemeyeceğini kabul etmektedir. Ancak terörle mücadelenin zorunluluklarının da “makullük” kavramını Sözleşme’de yer alan güvenceleri zedeleyecek kadar genişletemeyeceği konusunda ısrarcıdır.³⁴⁹ Mahkemenin bu içtihadı ulusal güvenlik ve terörle mücadele gerekçesiyle özgürlüğün kısıtlanmasında taraf devletlere belli oranda takdir marjının tanındığına işaret etmektedir. Çünkü fiili durumun aciliyetinin ve risklerin değerlendirilmesi noktasında Mahkeme devletlere daha anlayışla yaklaşmaktadır.³⁵⁰

4. Küçüklerin Tutulması

Kişi özgürlüğünün sınırlanma sebeplerinden dördüncüsü 5. maddenin 1. fıkrasının d. bendinde düzenlenen “bir küçüğün gözetim altında eğitimi (ıslahı) amacıyla usulüne uygun olarak verilen bir kararla veya yetkili yasal merci önüne çıkarılmak amacıyla usulüne uygun olarak tutulması”dır. Bu bentte öngörülen sınırlamanın amacı çocuk yararına bir iyileştirme önleminin yerine getirilmesidir. Bu gerekçeyle küçük gözetim altında eğitim amacıyla bir kuruma kapatılabilecektir.³⁵¹ Fakat Sözleşme’nin “usulüne uygunluk” koşulu aramasından dolayı, özgürlüğü kısıtlayan tedbirin hâkim kararıyla verilmesi şart değildir. Buna karşın 5. maddenin 4. fıkrası uyarınca bu karar yargı

³⁴⁹ O’Hara/The United Kingdom, § 35; Fox, Campbell And Hartley/The United Kingdom, § 34; Stepuleac/Moldova, § 68; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 150; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 389.

³⁵⁰ Benzer görüş için bkz. ARAI-TAKAHASHI, s. 27-28.

³⁵¹ DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 390; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 233; KARAN içinde İNCEOĞLU, s. 195; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 153.

denetimine tabi tutulabilir.³⁵² Ulusal mevzuata göre yetkili kılınmış makam ve kişiler tarafından da bu karar verilebilecektir.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının d bendindeki *-küçük-* kavramı Sözleşme kapsamında özerk bir anlama sahiptir. Mahkemeye göre “*on sekiz yaşın altındaki herkes küçüktür.*”³⁵³ Mahkeme bu konuda ayrıksı düzenleme ihtimalini dışlayarak, erginlik/rüş yaşı konusunda Avrupa düzeyindeki uzlaşmayı esas almıştır.³⁵⁴ Avrupa Konseyi üyeleri arasında on sekiz yaşın üstünde rüş yaşı kabul eden bir devlet yoktur. Fakat üyelerden birinin erginlik için on sekizden daha büyük bir yaş belirlemesi durumunda bu kişilerin özgürlüğünün kısıtlanmasının d bendi kapsamına girip girmeyeceği belirsizdir.³⁵⁵ Böyle bir durumda Mahkemenin bu konuyu taraf devletin ulusal takdir marjı kapsamında görebileceği ihtimali akla gelmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi Mahkemenin takdir marjı doktrinine başvurduğu konular genellikle Avrupa düzeyinde bir uzlaşım olmadığı konulardır. Bu açıdan rüş yaşı ile ilgili Avrupa'daki birliğe rağmen, bir ülke rüş yaşını on sekizin üstünde bir yaş olarak düzenlerse Mahkemenin burada takdir marjı uygulamaması daha istikrarlı ve yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Küçüklerin tutulmasını düzenleyen d bendinde iki durum söz konusudur. İlki gözetim altında eğitim amaçlı özgürlüğün kısıtlanmasıdır. Mahkemeye göre “*-eğitim amaçlı gözetim- ifadesi sınıf içi öğretimle aynı anlama gelmemektedir. Burada*

³⁵² **Bouamar/Belgium**, 29.02.1988, Başvuru No 9106/80, § 50; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 233.

³⁵³ **Koniarska/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı)**, 12.10.2000, Başvuru No 33670/96, s. 6; **X/Switzerland (Kabuledilemezlik Kararı)**, 14.12.1979, Başvuru No 8500/79 (bu karara HUDOC'un sayfasından ulaşılamamıştır.); bkz. HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 153; KARAN içinde İNCEOĞLU, s. 195; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5. Madde Rehberi- AIHS'in 5. Maddesi Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, s. 20; MACOVEİ, s. 77.

³⁵⁴ DOĞAN, 2015, s. 403; Avrupa ülkelerindeki rüş yaşı için bkz.

https://en.wikipedia.org/wiki/Ages_of_consent_in_Europe#Consent_by_age. Erişim tarihi 18.10.2016.

³⁵⁵ HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 153.

bahsedilen gözetim, velayet haklarının yetkililer tarafından, söz konusu çocuğun yararını gözeterek ve korunmasını sağlamak amacıyla kullanılmasını kapsamaktadır."³⁵⁶

Mahkeme velayet hakkına sahip anne babanın rızası ile özgürlüğün kısıtlanması durumunu ise *Nielsen/Danimarka*³⁵⁷ kararında ayrıntılı bir şekilde değerlendirmiştir. Karara konu olayda başvuruçunun velayet hakkı annesindedir. Annesinin de isteği ile psikiyatrik tedavi amacı ile bir hastaneye yatırılmıştır. Bu karara başvuruçunun ve babasının karşı çıkmasına rağmen tutulmaya devam edilmiştir. Başvuruda Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali ileri sürülmüştür.³⁵⁸ Mahkemeye göre ise "*hastaneye yatırma kararı, annenin velayet hakkına dayanarak aldığı bir karardır. Annenin kötü niyetli olduğuna ilişkin hiçbir delil tespit edilememiştir. Ayrıca çocuğun hastaneye yatırılması konusunda tıp uzmanlarının da tavsiyeleri mevcuttur. Bunların ışığında, başvuruçunun çocuk psikiyatri servisine yatırılması kararının anne tarafından verilmesi nedeniyle, kamu makamlarının karara katkısı sınırlı ve ikincil niteliktedir. Bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesi uygulanabilir değildir.*"³⁵⁹

Mahkeme bu sonuca ulaşmakla birlikte, velayet hakkına sahip olanların da yetkilerinin sınırsız olamayacağını ve bu yetkilerin kötüye kullanımının önlenmesine ilişkin tedbirlerin alınmasında taraf devletlerin pozitif yükümlülüğü olduğunu

³⁵⁶ **Ichin and Others/Ukraine**, 21.12.2010, Başvuru No 28189/04, 28192/04, § 39; **D.G./Ireland**, 16.05.2002, Başvuru No 39474/98, § 80; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5. Madde Rehberi-AİHS'in 5. Maddesi Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, s. 20.

³⁵⁷ **Nielsen/Denmark**, 28.11.1988, Başvuru No 10929/84; bkz. DOĞRU-NALBANT, 1.Cilt, s. 369; Ahmet Sinan SÜRÜCÜ, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Tutuklama**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2008, s. 72 vd. <http://openaccess.bilgi.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/> erişim tarihi 02.03.2016.

³⁵⁸ **Nielsen/Denmark**, § 9-15.

³⁵⁹ **Nielsen/Denmark**, § 63, 64, 72.

vurgulamıştır.³⁶⁰ Görüldüğü üzere böyle bir konuda Sözleşme'nin ihlalinin gündeme gelebilmesi için, ya ihlalin kamu makamları tarafından gerçekleştirilmesi, ya da velayet hakkının kötüye kullanımına ilişkin önleyici tedbirleri almayarak taraf devletin yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması gerekmektedir.

5.maddenin 1. fıkrasının d bendinin uygulanma alanı olan küçüklerin gözetim altında eğitimine ilişkin Mahkemenin önemli kararlarından biri de *Bouamar/Belçika*³⁶¹ kararıdır. Karara konu olay, Fas vatandaşı ve halası tarafından Belçika'ya getirilip büyütülmüş olan Bouamar'a ilişkindir. Başvurucu suç işlediği şüphesiyle çocuk mahkemesinde yargılanmış ve Belçika'nın 1965 tarihli Yasası uyarınca kuruma yerleştirilmesine karar verilmiştir. Ancak aynı yasa, kişiyi kabul edecek bir kimse veya kurum bulunamaması durumunda kişinin on beş günü geçmeyecek bir süre için tutukevinde tutulabilmesine izin vermektedir. *Bouamar* bu hükme dayanarak mahkeme kararıyla dokuz kez tutukevinde tutulmuş ve 291 günün 119 gününü tutukevinde geçirmiştir.³⁶²

Belçika Hükümeti başvurucunun hem eğitsel gözetim hem de yetkili makamların önüne çıkarılmak amacıyla tutulduğunu ileri sürerek kendini savunmuştur. Ancak Mahkeme tutulma kararlarının zaten önüne çıkarılmak istenen makamlar tarafından verildiğini belirtmiştir. Bu nedenle d bendinin ikinci kısmına ilişkin iddiayı kabul etmemiştir. Ayrıca Mahkeme ulusal hukuka atıfta bulunarak verilen kararların hukuki olup olmadıklarını değerlendirmiştir. Bu açıdan taraf devletler ulusal hukuka uygun davranmakla yükümlüdür. Fakat ulusal mevzuatların da Sözleşme'nin 5. maddesindeki kişi özgürlüğünün keyfi kısıtlanmasına karşı güvencelere uygun olması gerekmektedir.³⁶³

³⁶⁰ **Nielsen/Denmark**, § 72.

³⁶¹ **Bouamar/Belgium**, 29.02.1988, Başvuru No 9106/80.

³⁶² **Bouamar/Belgium**, § 7-18; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 583 vd.

³⁶³ **Bouamar/Belgium**, § 47; DOĞRU-NALBANT, 1.Cilt, s. 585 vd.

Mahkeme bir küçüğün tutukevine konulmasının, gözetim altında eğitim amacı taşınamaması durumunda Sözleşmeyi mutlak surette ihlal etmeyeceği görüşündedir. Burada Mahkeme tutma tedbirini gözetim altında eğitim kurumuna yerleştirilmenin bir aracı olarak görmektedir ve eğitimin hemen başlatılması zorunlu değildir. Küçük, eğitim için bir kuruma yerleştirilinceye kadar, hakkında tutma tedbirinin uygulanması 5. maddenin 1. fıkrasının d bendine uygundur. Ancak bu geçiş döneminin uzatılmaması ve küçüğün gözetim altında hızlı bir şekilde eğitime başlatılması gerekir. *Bouamar* olayında ise tedbirin uzatılmaması ve hızlı hareket edilmesi bir yana, Mahkemenin deyimiyle “*başvurucu tutukevi ile ailesi arasında adeta mekik dokumuştur.*” Belçika’nın 1965 tarihli Yasası’nda on beş güne kadar tutmaya izin veren hüküm, bu geçiş için öngörölmüş tedbir niteliğinde bir düzenlemedir. Bu yasa ile Belçika çocuk suçluluğu konusunda eğitsel gözetim sistemini seçmekle birlikte; bu amacı ve güvenlik ihtiyacını karşılayacak gerekli kurumsal tesisleri oluşturma yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu gerekçelerle Mahkeme Sözleşme’nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.³⁶⁴

Küçüklerin tutulmasına ilişkin bir diğer karar da *D.G/İrlanda*³⁶⁵ başvurusu üzerine verilmiştir. Başvurucu iki yaşından reşit olana kadar (on sekiz yaşına kadar) *Doğu Sağlık Kurumu*’nun bakımında kalmıştır. 1984-1986 yılları arasında çocuk bakım evinde kalmış ve ardından koruyucu aile yanına yerleştirilmiştir. Ancak *D. G*’nin davranışları nedeniyle 1991 yılında koruyucu aile uygulaması sona ermiştir. Çocuk 1993 ile 1996 yılının Mayıs ayı arasında saldırı suçu nedeniyle *Oberstown Erkek Merkezi’nde* gözaltında tutulmuştur. Bu tarihten sonra çeşitli yerlere yerleştirilmiş ancak davranışları nedeniyle bu yerlerden ayrılmıştır. 1996 yılının Kasım ayında çeşitli suçlardan dokuz ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Bu cezasını *St. Patrick Islahevi’nde* çekmiştir ve 7 Mart 1997’de serbest

³⁶⁴ **Bouamar/Belgium**, § 50-52; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 585-586; HARRIS-O’BOYLE&WARBRICK, s. 154; MACOVEI, s. 78.

³⁶⁵ **D.G./Ireland**, 16.05.2002, Başvuru No 39474/98.

bırakılmıştır. Ardından başvuru evsizlere ait yerlerde yatıp kalkmaya başlamış ve ilgililer başvuru 16-18 yaş arasındakiler için uygun olan terapi destekli gözetim yerlerinde tutulması talebinde bulunmuştur. Ancak bu tür kurumların İrlanda’da mevcut olmaması nedeniyle başvuru yeniden ıslahevinde tutulmasına karar verilmiştir.³⁶⁶ Başvuru ise bu şekilde bir tutmanın 5. maddenin 1. fıkrasının d bendinde yer alan amaçları taşımadığı gerekçesiyle Sözleşme’nin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet ise bu tutmanın eğitim amaçlı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu savunma karşısında, *İrlanda’nın* 18 yaş altında olanlar için gözetim altında eğitim sistemini benimsediğini ve bunun gereklerini yerine getirme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. Söz konusu başvuruya ilişkin olarak ise *Bouamar* kararına da atıfta bulunarak gözaltının geçici olması ve eğitim sürecinin hızlı bir şekilde başlatılması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme başvuru ıslahevine konulmasının aslında gözetim altında eğitim olduğuna ilişkin tartışmayı dikkate almamıştır. Çünkü başvuru tutulma süresi boyunca herhangi bir eğitim amaçlı programa katılmamıştır. Ayrıca ıslahevi başvuru gereksinim duyduğu bakım ve eğitimi sağlayabilecek bir yer değildir. Bu nedenlerle Mahkeme Sözleşme’nin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁶⁷

Küçüklerin tutulmasının ikinci nedeni ise herhangi bir konuda karar alınması amacıyla yetkili makam-merci önüne çıkarılmak üzere tutulmasıdır. Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarında (*travaux préparatoires*), küçüğün yetkili makam önüne çıkarılma nedeninin suç isnadı olmadığı ileri sürülmüştür. Böyle olsaydı d bendi değil c bendi uygulama alanı bulurdu. Buradaki kasıt küçüklerin suç meylerinden ve kendilerine zarar veren çevrelerden kurtarılacak emniyete alınmak üzere yetkili makamın önüne çıkarılmasıdır. D bendindeki iki gerekçede de küçüklerin menfaatlerinin korunması ve güvenliklerinin sağlanması asıl amaçtır. Örneğin *X/İsviçre* kararında psikiyatri

³⁶⁶ **D.G./İrland**, § 10-12.

³⁶⁷ **D.G./İrland**, § 76-80; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 154-155; SÜRÜCÜ, s. 75-76.

raporunun hazırlanması sürecinde gözlem amaçlı olarak 8 aylık bir tutma Sözleşme'ye uygun bulunmuştur.³⁶⁸ Ya da kamu makamları tarafından koruma altına alınması için mahkeme kararı beklenirken çocuğun tutulması da bu bende göre hukuka uygundur.³⁶⁹

Mahkeme içtihatlarından da anlaşıldığı üzere, Sözleşme'de belirlenen amaçlarla küçüklerin tutulmasına ilişkin olarak ne tür bir koruma ve eğitim sisteminin seçileceği hususu taraf devletlere bırakılmıştır. Çocukların bakımları, eğitimleri ve korunmaları devletlerin sosyal politikaları doğrultusunda ulusal hukuku ile düzenlenmektedir. Mahkeme de içtihatlarında sıklıkla ulusal mevzuatlara atıfta bulunmaktadır. Bu noktada ise Mahkemenin kararlarında açıkça zikredilmese de ulusal makamların takdir marjının bulunduğu açıktır. Ancak burada söz konusu kişiler, sonuçta korunmaya muhtaç olan çocuklar olduğu için, Mahkeme takdir marjının sınırlarının tespiti noktasında oldukça hassas bir yaklaşım sergilemektedir. Çünkü bu denge bozulduğunda küçükler açısından keyfi bir şekilde özgürlükten yoksun bırakma ve istismar uygulamalarına neden olunabilir. Mahkeme bundan dolayı eğitim amaçlı gözetimlerde, küçüklerin tutulduğu kurumların koşullarını, eğitim uygulamalarını ve çocukların psikolojik sağlıklarını etkileyebilecek faktörleri sıkı bir şekilde denetleyerek üye devletlerin uyması gereken standartları yüksek tutmakta ve d bendinin uygulama alanını daraltarak bu şekilde ulusal takdir marjının da keyfiliğe kaçacak şekilde genişlemesini önlemektedir.³⁷⁰

³⁶⁸ HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 155

³⁶⁹ **Bouamar/Belgium**, § 46; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 155.

³⁷⁰ Benzer görüş için bkz. SÜRÜCÜ, s. 76.

5. Bulaşıcı Hastalık Taşıyanların, Akıl Hastalarının, Alkoliklerin, Uyuşturucu Madde Bağımlılarının ve Serserilerin Tutulması

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendi bulaşıcı hastalık taşıyanlar, akıl zayıflığı/hastalığı bulunanlar, alkolikler, uyuşturucu bağımlısı olanlar ve serseriler açısından hem bu kişilerin kendi çıkarları hem de kamu düzeninin sağlanması amacıyla özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına izin vermiştir.

Mahkeme içtihatlarından anlaşılacağı üzere bu hükmün amacı üye devletlerin toplumsal kamu düzenini sağlamaktır. Ulusal hukukta kamu düzeni idari makamlar tarafından yürütülen kolluk faaliyeti ile korunmaktadır. Kamu düzeni kamu güvenliği, kamu sağlığı, dirlik ve esenlik ve genel ahlak unsurlarının oluşturduğu bir bütündür.³⁷¹ 5. maddenin 1. fıkrasının e bendinde sayılan geniş bir grup kişi ise kamu düzeni açısından tehlike oluşturabilecek kimselerdir. Bu nedenle Sözleşme hem kamu yararının sağlanması hem de kendi menfaatlerinin korunması amacıyla bu kişilerin özgürlüklerinin sınırlandırılmasına izin vermiştir.

Ancak Sözleşme burada yer alan kavramların tanımını yapmamış, saymakla yetinmiş ve üye devletlerin iç hukukuna atıfta bulunmuştur. Bu nedenlerle bir kişinin tutulmasına karar verirken, ulusal makamlar belli bir takdir marjına sahiptir. Bununla birlikte, Mahkeme bu hükme dayanılarak yapılan başvurularda katı bir gereklilik testi uygulamaktadır.³⁷²

³⁷¹ Şeref GÖZÜBÜYÜK-Turgut TAN, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt 1, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 647.

³⁷² HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 155; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 477.

5.1.Bulaşıcı Hastalık Taşıyanlar

Günümüzde tıp dünyasındaki gelişmeler sayesinde bulaşıcı hastalıklar daha kontrol edilebilir hale gelmiştir. Bu nedenle bulaşıcı hastalık taşıdığı gerekçesiyle kişinin tutulmasına ilişkin Mahkeme kararı oldukça sınırlıdır. Mahkemenin bu konudaki örnek kararı *Enhorn/İsveç*³⁷³ kararıdır. Mahkeme bulaşıcı hastalık taşıyan kişilerin tutulmasının hukukiliğini tespit ederken, “*bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli olup olmadığını ve daha hafif tedbirlerin yetersiz görülerek, kamu yararının korunması açısından bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin tutulmasının son çare olup olmadığını*” değerlendirmektedir.³⁷⁴ Kişinin tutulmasında bu koşullar var ise Sözleşme’ye uygun olacaktır.

Enhorn/İsveç kararına konu olan olayda 1947 doğumlu olan başvurucu eşcinseldir ve HIV virüsü taşımaktadır. Başvurucunun HIV virüsü taşıyıcısı olduğu 1994 yılında tespit edilmiştir. Ancak başvurucunun bunu öğrenmeden önce 1990 yılında on dokuz yaşındaki bir gence HIV virüsü bulaştırdığı ortaya çıkmıştır. 1988 tarihli Bulaşıcı Hastalıklar Yasası’na³⁷⁵ göre başvurucunun uyması gereken kurallar yetkili kişiler tarafından kendisine anlatılmıştır. Yasadaki randevulara gitme ve danışmanla görüşme zorunluluğuna ilişkin olarak, başvurucu üç randevuya gitmiş, danışmanı iki kez kendi

³⁷³ **Enhorn/Sweden**, 25.01.2005, Başvuru No 56529/00.

³⁷⁴ **Enhorn/Sweden**, § 44; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 595-596; KARAN içinde İNCEOĞLU, s. 196; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 155; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 477.

³⁷⁵ **1988 Infectious Diseases Act (smittskyddslagen – “the 1988 Act”)**’a göre: -*Partnerini HIV virüsü taşıdığı hakkında uyardıktan cinsel ilişkide bulunamaz. -Prezervatif kullanması zorunludur. - Başkalarını riske atabilecek oranda alkol tüketiminden kaçınmalıdır. -Fizik muayene, operasyon, aşı ve kan testi yapılacaksa ya da kanama durumlarında sağlık personeline ve dışarıya HIV virüsü taşıdığı söylemek zorundadır. -Organ, kan ve sperm bağışında bulunması yasaktır. -Danışman doktoru ziyaret etmek ve sağlık görevlilerinin belirlediği randevulara gitmek zorundadır.*

evinde kabul etmiş, fakat sonraki beş randevuya gitmemiştir. Bunun üzerine sağlık görevlisi Bölge İdare Mahkemesi'ne başvurarak, başvuru tarihli Yasa gereğince üç aya kadar bir hastanede zorunlu muhafazasını (compulsory isolation) talep etmiştir. Mahkeme doktor ve psikiyatri uzmanından görüş alarak bu kişinin üç ay süreyle alıkonulmasına karar vermiştir ve bu karar tekrarlanarak süre altı ay daha uzatılmıştır. Başvurucu hastanede tutulma süresince birçok kez hastaneden kaçmış ve son kaçışında iki yıl bulunamamıştır. Bunların ardından 2002 yılında tutmaya son verilerek serbest bırakılmıştır.³⁷⁶ *Enhorn'un* Sözleşme'nin ihlali gerekçesiyle yaptığı başvuruda Mahkeme, yukarıda sözü edilen iki ilkeye uygunluğu değerlendirmiştir. Başvurucunun bulaşıcı bir hastalık taşıdığı ve bu hastalığın kamu sağlığı ve güvenliği açısından tehlike oluşturduğu noktasında herhangi bir tartışma yoktur. Ancak kişinin hastanede muhafazasının bulaşıcı hastalığın yayılmasının önlenmesinde son çare olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁷⁷ Mahkemenin değerlendirmesine göre, Bölge İdare Mahkemesi 16 Şubat 1995 tarihinde başvuru tarihindeki ilk kez muhafaza altına alınmasına karar vermiş ve bu karar uzatılarak 12 Aralık 2001 tarihine kadar devam etmiştir. Tutma kararı yaklaşık yedi yıl uygulanmıştır. Ancak başvuru tarihindeki sık sık hastaneden kaçması nedeniyle fiilen tutma yaklaşık bir buçuk yıl sürmüştür. Mahkeme bu bağlamda, yedi buçuk yıllık sürede taraf devletin, kamu yararının korunmasında daha hafif bir tedbirin yetersiz kaldığı hususunu kanıtlayamadığı görüşündedir. Çünkü başvuru tarihindeki HIV virüsünü bir kimseye bulaştırdığı, partnerini virüs hakkında bilgilendirmediği ya da prezervatif kullanmadığı veyahut da bu süre zarfında hiç cinsel ilişkiye girip girmediği konusunda herhangi bir delil mevcut değildir. Başvuru tarihindeki ilk kez cinsel ilişkide bulunduğu 19 yaşındaki bir genç erkeğe virüs bulaştırdığı doğrudur. Bu durum, başvuru tarihindeki hastalığını öğrendiği 1994 yılından önce ortaya çıkmıştır. Ancak

³⁷⁶ *Enhorn/Sweden*, § 8-26.

³⁷⁷ *Enhorn/Sweden*, § 40-46; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 595-596.

başvurucunun, diğer birçok Sözleşmecî Devlette olduğu gibi İsveç'te de suç sayılacak şekilde HIV virüsünü, bu gence kasten ya da büyük bir ihmalkârlık sonucu bulaştırdığını gösteren bir olgu yoktur. Bu durumda Mahkeme, başvuruçunun zorunlu muhafazasının, bulaşıcı hastalığın yayılmasının engellenmesi için son çare olmadığını, çünkü kamu yararını korumak için daha hafif bir tedbirin düşünülmemiş ve bu tedbirin yetersizliğinin tespit edilmemiş olduğuna kanaat getirmiştir. Son olarak da Mahkeme kamu yararı ile kişinin özgürlüğü arasında adil dengenin kurulmadığına hükmetmiştir.³⁷⁸

Bununla birlikte Sözleşme'nin ihlali konusunda hem fikir olan Yargıç *Cabral Barreto* karara eklediği mutabakat şerhinde ilginç bir tespitte bulunmuştur:

“Kişi hakları ile toplum ihtiyaçları arasındaki çatışma açısından orantılılık denetimini bir kenara bırakarak, Mahkemenin mevcut kararı Lawless Kararından bu yana özgürlüğün sınırlanması konusunda, yerleşik içtihadı haline gelmiş olan – bu tür sorunlarda taraf devletlerin belli bir takdir marjına sahip olduğu- içtihadından ayrılmaktadır. Bu karar Sözleşme'nin 17. maddesine başvurulması gerekebilecek durumlarda 5. maddenin önemini vurgulamaya özen göstermiştir.”³⁷⁹

Bu kararın konumuz açısından önemi, Mahkeme genellikle üye devletlerin kamu düzeni ve ulusal güvenliği gibi kritik konularda, ulusal makamlara daha geniş bir takdir marjı alanı bırakma eğilimini yerleşik içtihat haline getirmiştir. Ancak Mahkemenin bu davada kişi özgürlüğünü üstün tutarak, kamu güvenliği ve sağlığının korunmasında daha hafif alternatif tedbirlerin de denenmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Bu nedenle *Enhorn Kararı* Sözleşme tarafından üye devletlere tanınan yetkilerin keyfi kullanımını engellemeye dönük olması nedeniyle insan hakları açısından oldukça yerindedir.

³⁷⁸ **Enhorn/Sweden**, § 47-55; DOĞRU-NALBANT, s. 597-598.

³⁷⁹ **Enhorn/Sweden**, Concurring Opinion of Judge Cabral Barreto.

5.2.Akıl Hastalarının ya da Akıl Zayıflığı Bulunanların Tutulması

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde sayılan özgürlükleri kısıtlanabilecek gruptakilerden biri de akıl hastası/zayıfı olanlardır. Mahkeme akıl hastalığı kavramını *Winterwerp/Hollanda*³⁸⁰ kararında değerlendirmiştir. Buna göre, “Sözleşme akıl hastası olmaktan ne anlaşılması gerektiğini belirtmemiştir. Psikiyatri alanındaki araştırmalar ve gelişmeler nedeniyle bu kavram hakkında nihai bir yorum yapılamaz. Ancak bir kişinin fikir ve davranışlarının toplumda baskın olanlardan farklı (kural dışı) olması nedeniyle kapatılamayacağı açıktır.”³⁸¹

Mahkeme akıl hastalarının tutulmasının hukuka uygun olabilmesi için esasa ilişkin olarak üç ilke tespit etmiş ve usule uygun olabilmesi için de ulusal mevzuatlara uygun olması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemenin hukuka uygun bir tutma için aradığı minimum üç koşul ise şunlardır:³⁸²

-Acilen özgürlükten yoksun bırakmayı zorunlu kılan durumlar dışında, kişinin “akıl hastası” olduğunun alıkoymadan önce, objektif bir tıbbi uzman raporuyla tespit edilmiş olması gerekir.

³⁸⁰ **Winterwerp/The Netherlands**, 24.10.1979, Başvuru No 6301/73.

³⁸¹ **Winterwerp/The Netherlands**, § 37; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 234; MOCOVEI, s. 80; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 158; DOĞRU-NALBANT, s. 391.

³⁸² **Winterwerp/The Netherlands**, § 39; bu koşulların arandığı diğer kararlar bkz. **X/ /The United Kingdom**, 05.11.1981, Başvuru No 7215/75, § 40; **Luberti/Italy**, 23.02.1984, Başvuru No 9019/80, § 27; **Ashingdane/The United Kingdom**, 28.05.1985, Başvuru No 8225/78, § 37; **Johnson/The United Kingdom**, 24.10.1997, Başvuru No 119/1996/738/937, § 60; **Varbanov/Bulgaria**, 2.10.2000, Başvuru No 31365/96, § 45; **Kolanis/The United Kingdom**, 21.09.2005, Başvuru No 517/02, § 67; **Stanev/Bulgaria**, 17.01.2012, Başvuru No 36760/06, §145; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 234; MOCOVEI, s. 80; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 158; DOĞRU-NALBANT, s. 391; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 477; ARAI-TAKAHASHI, s. 22-23; KARAN içinde İNCEOĞLU, s. 196.

-Akıl hastalığının türü ve derecesi zorunlu muhafazayı gerektirecek nitelikte olmalıdır.

-Özgürlüğün kısıtlanmasının devamı hastalığın sürmesine bağlıdır. Hastalık ortadan kalktığında sınırlama da kaldırılmalıdır.

Mahkeme bu kararında “*bir kişinin akıl hastası olması nedeniyle özgürlüğünün sınırlandırılmasına karar verilirken, her olaydaki delilleri değerlendirmeyi öncelikle yapma yetkisine sahip olan ulusal makamların belli bir takdir marjına sahip bulunduğunu, Mahkemenin görevinin ise bu kararın Sözleşme kapsamında denetimini yapmak olduğunu*” belirtmiştir.³⁸³

Arai-Takahashi'ye göre Strazburg organlarının pasif yaklaşımının en çarpıcı örneklerinden biri de akıl hastalarının gözaltına alınmasına ilişkin davalardır. Buna göre “*minimum üç koşulun değerlendirilmesinde taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanınmasının nedeni, Mahkemenin ikincillik ilkesine saygılı tutumu ve ulusal makamların yerine geçmek istememesidir.*”³⁸⁴ Buradaki sorun ise, Strazburg organlarının gerçeğin tespitinde kendisinin yetersizliğini ileri sürerek (ulusal makamların gerçeğin tespitinde uluslararası yargıçlardan daha iyi bir pozisyona sahip olduğu gerekçesiyle), ulusal makamların takdir marjına saygılı bir denetim yapmasının ikna edici bir gerekçesinin olup olmadığıdır.

Mahkemeye göre, bulunması zorunlu olan ilkelere dayanılarak tutulan kişinin, tutulma sürecinde rahatsızlığı nedeniyle tedavi görmesi zorunlu değildir. Şöyle ki bir hastanede tedavi görme imkânı bulunmayan ve ruh sağlığı yerinde olmayan kişinin

³⁸³ **Winterwerp/The Netherlands**, § 40, bu kararında Mahkeme “discretion” terimini kullanmıştır. Bu kararı takip eden benzer kararlarda da devletlerin takdir marjı -margin of appreciation- terimi hem taraflarca ileri sürülmüş hem de Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Bkz. **Luberti/ Italy**, § 27; **Kolanis/The United Kingdom**, § 46, 64,66; **Varbanov/Bulgaria**, § 41.

³⁸⁴ ARAI-TAKAHASHI, s. 22-23 vd.

tutulması da Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyecektir.³⁸⁵ Tutmanın mutlaka bir tedavi içerme zorunluluğunun olmamasına rağmen, Mahkeme akıl hastalarının tutulduğu yerin mutlaka hastane veya benzeri bir kurum olması gerektiğine karar vermiştir.³⁸⁶

Akıl hastalarının zorunlu muhafazasına ilişkin bir diğer önemli sorun ise hastalığın iyileşmesi üzerine serbest bırakılmalarıdır. Çünkü Sözleşme'nin hükmü bu nedenle tutmaya yalnızca hastalık devam ettiği sürece izin vermektedir. Ancak akıl hastalığının iyileştiğinin kesin bir tespitinin yapılabilmesi mümkün değildir ve tıbben bu konudaki kararlar her zaman mutlak kesinlik içermezler. Mahkeme bu durumda kamunun genel yararı ile bireyin serbest kalması arasındaki çıkarının dengelenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu durumda ise orantılılık testini uygulayan ulusal makamların belli bir takdir marjının olması söz konusudur. Mahkeme *Luberti/İtalya*³⁸⁷ kararında “*her ne kadar tıbbi deliller kişinin iyileştiğini gösterse de, sorumluluk sahibi bir makamın tedbirli davranma yetkisinin olduğunu ve başvuruçunun salıverilmesinin değerlendirilmesi için zamana ihtiyacı olabileceğini*” kabul etmiştir.³⁸⁸

5.3. Alkolikler ve Uyuşturucu Madde Bağımlılarının Tutulması

Alkoliklerin ve uyuşturucu madde bağımlılarının tutulması Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen kişi özgürlüğünün sınırlanma nedenlerinden bir diğeridir. Mahkemenin *Witold Litwa/Polonya* kararında belirttiği gibi, “*kişinin bu nedenle tutulabilmesi için, alkolik olduğunun klinik bir vaka olarak tespit edilmiş olması gerekli*

³⁸⁵ *Winterwerp/The Netherlands*, § 51.

³⁸⁶ *Ashingdane/The United Kingdom*, § 47-48; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 243; MACOVEI, s. 81-82.

³⁸⁷ *Luberti/Italy*, 23.02.1984, Başvuru No 9019/80

³⁸⁸ *Luberti/Italy*, § 29; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 159.

değildir. Tıbbi olarak alkolik teşhisi konulmamış olmakla birlikte, alkolün etkisiyle davranışları kamu düzeni ve kendileri açısından tehlike arz edenler de gözlem altına alınabilir. Ancak bu bir kimsenin sırf alkol aldığı için gözaltına alınabileceği anlamına gelmez.”³⁸⁹

Bu karara konu olayda, elli yaşında ve görme engelli olan başvurucu postanedeki posta kutusunu kontrol etmeye gittiğinde kutunun açılmış ve boş olduğunu görmüştür. Görevlilerle tartışmaya girmiş ve postane memurları polisi çağırarak başvurucunun sarhoş olduğunu ve kendilerine küfür ettiğini bildirmişlerdir. Bunun üzerine başvurucu Krakow ayıltma merkezine götürülerek altı buçuk saat tutulmuştur.³⁹⁰ Mahkeme bu duruma ilişkin olarak “*bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasının çok ağır bir tedbir olduğunu vurgulayarak, ancak daha hafif önlemlerin uygulanması durumunda kamu yararı açısından bunun yetersizliğinin tespiti halinde tutmanın son çare olabileceğini*” ifade etmiştir.³⁹¹ Söz konusu olayda ise başvurucunun alkolün etkisi altında kamu güvenliği ve kendisi açısından ciddi tehlike oluşturup oluşturmadığı şüphelidir. Bu nedenle tutmanın hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle Mahkeme Sözleşme’nin 5. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.³⁹²

Yargıç Bonello bizim de katıldığımız gibi Mahkemenin ihlal kararını desteklemekle birlikte, Mahkemenin “*alkolik*” kavramını geniş yorumlamasını sert bir şekilde eleştirmiştir:

³⁸⁹ **Witold Litwa/Poland**, 04.04.2000, Başvuru No 26629/95, § 60-61; Mahkeme bu tutumunu 4 yıl sonraki kararında da yinelemiştir. bkz. **Hilda Hafsteinsdottir/Islande**, 08.06.2004, Başvuru No 40905/98, § 42; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 391; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 156-157; KARAN içinde İNCEOĞLU, s. 196-197; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 478.

³⁹⁰ **Witold Litwa/Poland**, § 6-9.

³⁹¹ **Witold Litwa/Poland**, § 78.

³⁹² **Witold Litwa/Poland**, § 77, 80.

“Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde yer alan gruptaki kişilerin tutulmasının hukukiliğinin ortak yönü bu durumların devamlılık ya da alışkanlık özelliği göstermesidir. Bulaşıcı hastalık yayma, akıl hastalığı, alkoliklik, uyuşturucu bağımlılığı ve serserilik geçici durumlar değildir. Ancak bu yorumdan ayrılarak beş kategoriden yalnızca alkolikler için geçici sarhoşluğun da tutma sebebi olarak yorumlanması anormal bir durumdur. Mahkemenin bu yaklaşımı, insan hakları pusulasının yargısal aktivizmden sınırlı denetime geçişi gibi görünmektedir.”³⁹³

Çünkü böyle bir yorum, tüm alkol kullanan kişilerin kamu düzeni açısından potansiyel tehlike olarak görülmesine ve bu kimselerin özgürlüklerinin keyfi kısıtlanabilmesine yol açabilecektir. Ancak alkol almış bir kişinin taşkınlıkta bulunarak kendisi ve çevresine zarar vermesi durumunda da ağır bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmek yerine taraf devletlerce alternatif çözümler bulunabilmelidir.

Mahkemenin kararına karşı oyda bulunan *Yargıç Baka* takdir marjı doktrinine dayanarak şu sonuca varmıştır:

“Mahkemenin *Winterwerp Kararında* da belirttiği gibi, delillerin değerlendirileceği ilk yer ulusal makamlar olduğu için üye devletlerin belli bir takdir marjı bulunmaktadır. Bu ilke mevcut davada da açık bir şekilde uygulanabilir. Bu başvurudaki özgürlüğün kısıtlanması yeterli gerekçelere dayanmaktadır. Başvurucunun postanedeki olaydan sonra bir doktor tarafından muayene edildiği ve kişinin bir takım fiziksel bulgularında sarhoş olduğu tartışmasızdır. Yerel mahkemenin kararına göre de başvuru kamuya açık bir alanda rahatsızlığa sebep olmuştur. Ulusal makamların takdir marjını dikkate alarak, kişinin ayılma merkezinde altı buçuk saat tutulmasının keyfi ve hukuka aykırı olduğu konusunda ikna edici gerekçeler mevcut değildir.”³⁹⁴

³⁹³ **Witold Litwa/Poland**, Concurring Opinion of Judge Bonello.

³⁹⁴ **Witold Litwa/Poland**, Dissenting Opinion of Judge Baka.

Uyuşturucu bağımlılığına ilişkin olarak ise Mahkemeye henüz bir başvuru yapılmamıştır. Ancak doktrindeki ortak görüş, alkolikler için yapılan değerlendirmenin uyuşturucu bağımlıları hakkında da uygulanabileceği yönündedir.³⁹⁵

5.4.Serserilerin Tutulması

Sözleşme’de serserilerin de (vagrant) özgürlüğünün kısıtlanmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Ancak ne Sözleşme ne de Mahkeme “*serseri*” terimini tanımlamamıştır. Yalnız Mahkeme *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*³⁹⁶ kararında *Belçika Ceza Kanununun* 347. maddesinde yer alan “*serseri*” tanımının Sözleşme’ye aykırı olmadığına hükmederek dolaylı yoldan bu tanıma benimsemiştir. Buna göre “*sabit bir ikametgâhı bulunmayan, geçim kaynağı, düzenli bir işi ve mesleği olmayan kişiler serseri sayılır.*”³⁹⁷ Mahkeme bu düzenlemedeki tanımın Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendindeki serseri kavramı ile uzlaşmaz görünmediği gerekçesiyle e bendine aykırı bulmamıştır.³⁹⁸

Serseriler ile ilgili olarak alınan özgürlüğü kısıtlayıcı önlemler akıl hastaları için uygulanan tedbirlerle aynı amacı taşımaktadır. Söz konusu amaç ise suç işlemeye meyilli ya da kamu düzeni açısından tehlike yaratma potansiyeli olan kişinin ıslah edilmesi ve

³⁹⁵ Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 479; MACOVEI, s. 82.

³⁹⁶ **De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) / Belgium**, 18.06.1971, **Başvuru** No 2832/66; 2835/66; 2899/66.

³⁹⁷ **De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) / Belgium**, § 68. Sonraki tarihli benzer karar için bkz. **H.M./Switzerland**, 26.05.2002, **Başvuru** No 39187/98, § 33.

³⁹⁸ **De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) / Belgium**, § 70; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 479; MACOVEI, s. 82; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 590; HARRIS-O’BOYLE&WARBRICK, s. 156; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 235.

tehlikenin önlenmesidir.³⁹⁹ Bu durum Mahkemenin içtihatlarından da anlaşılmalıdır. Şöyle ki Mahkeme hakkında daha sık başvuru yapılan akıl hastalarının tutulmasına ilişkin kararlarında genellikle serserilerin tutulmasına ilişkin *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* kararına atıf yapmaktadır.⁴⁰⁰

Serserilerin tutulması konusunda Mahkemenin takdir marjını kabul edip etmediğine ilişkin olarak ise, her ne kadar Mahkeme takdir marjını açıkça kararlarında dile getirmemiş olsa da serserilere ilişkin değerlendirmesinde e bendinde yer alan diğer tutma nedenlerindeki benzer denetimi yapıp aynı ilkelere dayandığı için, serserilerin tutulması hususunda bu kişilerin kamu düzeni açısından tehlike riskini değerlendirecek olan ilk yer ulusal makamlardır. Bu değerlendirmelerinde de ulusal makamların belli bir takdir marjından yararlanacakları açıktır.

6. Sınır Dışı ve İade Edileceklerin Tutulması

Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan özgürlüğün sınırlanması nedenlerinin sonuncusu “ülkeye izinsiz girmek isteyen kişinin girişinin önlenmesi yahut hakkında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınan kişinin bu işlemler sırasında gözaltına alınması ya da tutulması”dır. Bu düzenleme iki kısımdan oluşmaktadır. İlki ülkeye izinsiz girişin önlenmesi, diğeri ise sınır dışı ve suçluların iadesi işlemidir.

Mahkeme içtihatlarında “*taraf devletlerin, yabancıların ülkeye giriş çıkış ve ülkede oturma koşullarını belirlemek konusunda bağımsız olduğunu ifade ederek, ancak üyelerin*

³⁹⁹ Benzer görüş için bkz. **Guzzardi/Italy**, § 98. GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 235.

⁴⁰⁰ **Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu/Romania**, 17.07.2014, Başvuru No 47848/08, § 113; **Stanev/Bulgaria**, 17.01.2012, Başvuru No 36760/06, § 119.

bu hakkını Sözleşme'nin 5. maddesiyle birlikte diğer hükümlerine de uygun kullanmak zorunluluğunun bulunduğunu vurgulamıştır."⁴⁰¹

Bu bağlamda iltica talebinde bulunanlar veya göçmenler de f bendinin kapsamına girmektedir. Mahkeme "*bir üye devletin, ülkeye giriş izni vermesine kadar, girişin izinsiz olduğunu*" kabul etmektedir.⁴⁰² Bu durumda da taraf devletlerin bu kişileri tutması Sözleşme'ye aykırı olmayacaktır. Ancak Mahkeme burada üye devletlerin denetimi ile kişi özgürlüğü arasında bir dengenin olması gerektiğine karar vermiştir. Bunun için ise tutmanın keyfi olmaması gerekir. Mahkeme tutmanın keyfi olup olmadığının tespitinde bir takım ilkeler belirlemiştir: "*Tutma iyiniyetli olmalıdır. Tutma ülkeye izinsiz girişin önlenmesi amacıyla sıkı sıkıya bağlı olmalıdır. Bu tedbirin suç işleyen kişilere değil, hayatlarından endişe ederek kendi ülkelerinden kaçan yabancılara uygulandığı akılda tutularak, tutma yeri ve koşulları buna uygun olmalıdır. Tutma süresi ulaşılmak istenen amaç için gerekenden fazla olmamalıdır.*"⁴⁰³

Mahkeme f bendi uyarınca yapılan başvurulara ilişkin denetiminde bu ilkelere uygunluğu değerlendirmektedir. *Saadi Kararı*'ndaki olayda başvuru iltica talebinde bulunduktan sonra kendisine geçici giriş izni verilmiş ve üç gün özgür kalmıştır. Bu süre boyunca başvuru iltica talebinin incelenebilmesi için kendiliğinden gönüllü olarak havalimanına gitmiştir. Üç günün ardından ise başvuru, iltica talebi hızlı inceleme usulüne tabi tutulan kişilerin tutulduğu bir merkezde yedi gün tutulmuştur. Mahkeme bu tutmanın on bir oya karşı altı oyla 5. maddeye aykırı olmadığına karar vermiştir.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ **Amuur/France**, 25.06.1996, Başvuru No 19776/92, § 41; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 235; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 392.

⁴⁰² **Saadi/The United Kingdom**, 29.01.2008, Başvuru No 13229/03, § 65.

⁴⁰³ **Saadi/The United Kingdom**, § 74; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 393; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 161; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 235.

⁴⁰⁴ **Saadi/The United Kingdom**, § 10-15, 46.

VI. ADİL YARGILANMA HAKKI (MADDE 6)

A. Adil Yargılanma Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlenmesi

Adil yargılanma hakkı⁴⁰⁵ “bireyin gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla

⁴⁰⁵ Adil yargılanma hakkında geniş bilgi için yararlanılabilecek kaynaklar için bkz. Süheyl DONAY, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982; Adil yargılanma hakkına ilişkin bkz. Hakan KARAKEHYA, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008; Sibel İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Üçüncü Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008; Sezin Aktepe ARTIK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014; Abdullah ÇELİK, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014; Nuala Mole-Catharina Harby, **Adil Yargılanma Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz**, İnsan Hakları Kitapçıkları, No. 3, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2001; Dovydas VITKAUSKAS-Grigoriy Dikov, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil yargılanma Hakkının Korunması**, Çeviren: Av. Serkan CENGİZ, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi- Adil Yargılanma Hakkı(Ceza Hukuku Yönü)**, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, Bu Belge, www.echr.coe.int (Case-Law-Case Law Analysis-Case-Law Guides) adresinden indirilebilir; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi- Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü)**, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2013, Bu Belge, www.echr.coe.int (Case-Law-Case Law Analysis-Case-Law Guides) adresinden indirilebilir; **The Right Fair Trial**, Collection Science and Technique of Democracy, No. 28, Council of Europe, 2000; Stephanos STAVROS, **The Guarantees of Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, International Studies in Human Rights, Volume 24, Dordrecht/Boston/London, 1993; Matthias KLOTH, **Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Martinus

kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır.”⁴⁰⁶

Adil yargılanma hakkı, hukuk, ceza davalarında ve belli konularda idari davalarda, yargılama ilkelerini belirleyerek hukuk devletinin ve demokratik bir toplumun temel unsurunu oluşturmaktadır. Adil yargılanma hakkının bu özel konumu nedeniyle AIHM de genişletici yorum tekniğini benimsemektedir.⁴⁰⁷ Mahkemenin *Perez/Fransa* kararında ifade ettiği gibi “Sözleşme’nin 6. maddesinin dar bir yoruma tabi tutulması için hiçbir gerekçe meşru kabul edilemez.”⁴⁰⁸

Adil yargılanma hakkının kapsamını medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadına ilişkin uyumsuzluklardaki yargılamalar oluşturmaktadır. *Doğru/Nalbant* burada yer alan medeni hak kavramı yerine *kişisel hakkı* kullanmaktadır.⁴⁰⁹ *Van Dijk*, medeni hak ve

Nijhoff Publishers, International Studies in Human Rights, Volume 103, Leiden/Boston, 2010; **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku-Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan: Yener ÜNVER, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004; Piero LEANZA-Ondrej PRIDAL, **The Right to a Fair Trial Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Wolters Kluwer Law&Business, The Netherlands, 2014; Ryan GOSS, **Criminal Fair Trial Rights Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Hart Publishing, Oxford/Portland/ Oregon, 2014; Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’”, **AÜSBF Dergisi(İlhan Öztrak’a Armağan)**, Ocak-Haziran 1994, C. 49, S. 1-2, s. 199-223; Cüneyd ALTIPARMAK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **TBB Dergisi**, Sayı 63, 2006, s. 244-270.

⁴⁰⁶ DONAY, s. 41; KARAKEHYA, s. 22; İNCEOĞLU, 2008, s. 11.

⁴⁰⁷ İNCEOĞLU, 2008, s. 4; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 203; KLOTH, s. 2; Eckhard PACHE, “Adil Bir Yargılamaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı”, çev. Yener ÜNVER, içinde **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku-Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s.66; LEANZA-PRIDAL, s. 6-7; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 266.

⁴⁰⁸ **Perez/France**, 12.02.2004, Başvuru No 47287/99, § 64.

⁴⁰⁹ DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 611.

yükümlülük kavramlarının genel bir tanımının olmaması nedeniyle, adil yargılanma hakkına ilişkin Strasburg içtihatlarında belirlilik ve kesinliğin sağlanamadığını ifade etmektedir. Bu belirsizliğin çözümü için ise bizim de tamamen katıldığımız şu öneriyi getirmektedir: “*Hukuk devleti ilkesi, devletin, kişilere müdahalelerine ilişkin tüm konularda kişilerin mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkından faydalanmasını gerektirir.*”⁴¹⁰ Ancak yerleşik uygulama bu yönde gelişmemiştir. Bu durumda medeni hak ve yükümlülük ile suç isnadı kavramlarından neyin kastedildiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkeme bu sorunun çözümünde “*özerk kavram*” yorum yöntemini benimseyerek, bu terimlere taraf devletlerin iç hukukunun yüklediği anlama bakmamakta, taraf devletlerin tamamı için geçerli olacak “*ortak Avrupa anlamı ve standardı*” yaratmaktadır.⁴¹¹ Bu açıdan Mahkeme, şeklen kamu hukuku alanına giren uyuşmazlıklar hakkında esastan genişletici bir yoruma giderek, medeni hak olarak kabul etmiş ve 6. madde kapsamında görmüştür.⁴¹² Medeni hak ve yükümlülük kavramı genel olarak, kişiler arasındaki, diğer bir deyişle özel hukuk uyuşmazlıklarını ifade etmektedir.⁴¹³ Ancak bu bakış açısı şeklidir. Devlet ile kişiler arasındaki uyuşmazlıkların medeni hak ve yükümlülük niteliğinde olup olmayacağı sorusunun da tartışılması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 1971’e kadar genellikle özel hukuk-kamu hukuku ayırımına dayalı olarak medeni hak ve yükümlülüğün tespiti uygulamasını benimsemiş,

⁴¹⁰ Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 538.

⁴¹¹ **König/Germany**, 28.06.1978, Başvuru No 6232/73, § 88; İNCEOĞLU, 2008, s. 12; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 266, 269; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 611.

⁴¹² GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 267.

⁴¹³ İNCEOĞLU, 2008, s. 13-14.

kamu hukuku alanına giren idari uyuşmazlıkları 6. madde kapsamı dışında tutmuştur.⁴¹⁴ Ancak zamanla Mahkeme kamu hukuku alanına giren bazı konuları da medeni hak olarak kabul ederek, maddenin uygulama alanını genişletmiştir.⁴¹⁵ Bu açıdan Mahkeme, şeklen kamu hukuku alanına giren uyuşmazlıklar hakkında esastan genişletici bir yoruma giderek, medeni hak olarak kabul etmiş ve 6. maddenin kapsamında görmüştür.

Dolayısıyla nihai olarak söylenebilecek olan özel hukuk alanındaki (kişiler arasındaki ilişkiler) haklara ilişkin uyuşmazlıklar “medeni hak ve yükümlülük” kabul edildiği için 6. maddenin kapsamındadır. Bununla birlikte kamu hukuku (kamu makamları kişiler arasındaki ilişkiler) alanındaki şu konuların da medeni hak ve yükümlülük olduğu ve 6. maddenin koruması altında olduğu Mahkemece kabul edilmiştir:

- Kamu makamlarının özel hukuk sözleşmelerini etkileyen karar ve işlemleri.⁴¹⁶
- Ticari faaliyette bulunmaya ve bir mesleğin icrasına izin verilmesine ilişkin işlemler.⁴¹⁷

⁴¹⁴ İNCEOĞLU, 2008, s. 18-19, İnceoğlu’na göre Mahkemenin başlangıçtaki bu yaklaşımı, taraf devletlerde idari yargının gelişiminin henüz çok yeni olması dikkate alındığında şartırcı değildir.

⁴¹⁵ **König/Germany**, § 88; İNCEOĞLU, 2008, s. 12; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 266, 269.

⁴¹⁶ **Ringeisen/Austria**, 16.07.1971, Başvuru No 2614/65, § 94; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN-ZWAAK, s. 525; İNCEOĞLU, 2008, s. 25.

⁴¹⁷ **Tre Traktörer Aktiebolag/Sweden**, 07.07.1989, Başvuru No 10873/84, § 36-44; **Kingsley/The United Kingdom**, 28.05.2002, Başvuru No 35605/97, § 32; **Pudas/Sweden**, 27.10.1987, Başvuru No 10426/83, § 30-38; **König/Germany**, § 86-96; **H/Belgium**, 30.11.1987, Başvuru No 8950/80, § 44-48; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, s. 525-526; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 217; İNCEOĞLU, 2008, s. 27-30.

-Mülkiyet hakkının kullanımına ilişkin işlemler (örneğin kamulaştırma, imar planı, millileştirme, doğal sit alanı ilanına ilişkin işlemler).⁴¹⁸

-Kamu hukuku alanındaki konulardan kaynaklanan tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar (idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan tam yargı davaları ve haksız tutuklama nedeniyle tazminat davaları).⁴¹⁹

-Sosyal güvenlik sistemine ilişkin hak ve yükümlülükler: Sosyal güvenlik alanı genellikle kamu hukuku alanı içinde görülmektedir. Emeklilik ve sosyal sigorta çerçevesinde bağlanan diğer aylıklara ilişkin uyuşmazlıklar bu kapsamdadır. Mahkeme, taraf devletlerin sosyal güvenlik konusunda inisiyatif sahibi olması ve kamu hukuku yönünün ağır basmasına rağmen bu konuyu 6. madde kapsamında değerlendirmiştir. Mahkemenin burada vurguladığı nokta sosyal güvenlikle ilgili maaş ve yardımların kişinin yaşamını sürdürebilme aracı olduğu ve bu hakkın kişisel ve ekonomik niteliğinin bulunmasıdır.⁴²⁰

⁴¹⁸ **Sporrong and Lönnroth/Sweden**, 23.09.1982, Başvuru No 7151/75; 7152/75, § 79-80; **Baraona/Portugal**, 08.07.1987, Başvuru No 10092/82, § 42-44; **Raimondo/Italy**, 22.02.1994, Başvuru No 41-44; **Oerlemans/The Netherlands**, 27.11.1991, Başvuru No 12565/86, § 48; **Skarby/Sweden**, 28.06.1990, Başvuru No 12258/86, § 29; **Gillow/The United Kingdom**, 24.11.1986, Başvuru No 9063/80, § 68; **Lithgow and Others/The United Kingdom**, 08.07.1986, Başvuru No 9006/80; 9262/81; 9263/81;9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, § 192; İNCEOĞLU, 2008, s. 30-31; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 216-217; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 526.

⁴¹⁹ **Georgiadis/Greece**, 29.05.1997, Başvuru No 21522/93, § 27- 35; **Göç/Turkey**, 11.07.2002, Başvuru No 36590/97, § 40-42; **X/France**, 31.03.1992, Başvuru No 18020/91, § 28-30; İNCEOĞLU, 2008, s. 31-36; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 216-218; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 527.

⁴²⁰ **Feldbrugge/The Netherlands**, 29.05.1986, Başvuru No 8562/79, § 26-27; **Deumeland/Germany**, 29.05.1986, Başvuru No 9384/81, § 60-61; **Salesi/Italy**, 26.02.1993, Başvuru No 13023/87, § 17-19; **Schuler-Zraggen /Switzerland**, 24.06.1993, Başvuru No 14518/89, § 44-46; **Giancarlo Lombardo/Italy**, 26.11.1992, Başvuru No 12490/86, § 13-16; **Francesco Lombardo/Italy**, 26.11.1992,

- Belli konularda kamu personeline ilişkin işlemler: Taraf devletlerin kamu personeli rejimi genellikle devletlerin özerk alanı olarak görülmektedir. Memurların atanma koşulları, görev sırasındaki kariyer ve ilerlemeleri, disiplin kuralları ile memuriyetten çıkarma konuları Sözleşme'ye üye devletlerce belli bir takdir marjı içerisinde serbestçe düzenlenebilmektedir. Bu görüşü Mahkeme de eski içtihatlarında benimsemiş ve bu konulara ilişkin uyuşmazlıkları 6. maddenin kapsamı dışında tutmuştur.

Ancak yukarıda da belirtildiği gibi memur olmakla birlikte bu kişilerin maaş ve emeklilik haklarına ilişkin uyuşmazlıkları, Mahkeme adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmiştir.⁴²¹ Mahkeme bu yaklaşımını 1999 yılındaki *Pellegrin/Fransa*⁴²² kararıyla değiştirmiştir. Bu karardan sonra Mahkeme kamu personeli hakkında 6. maddenin uygulanabilir olup olmamasını, sadece ekonomik nitelikli haklarla sınırlama yaklaşımından vazgeçerek başka durumları değerlendirmeye başlamıştır. Uyuşmazlık konusu olan istihdam türünde kamu görevlisi, devletin egemenlik gücünü doğrudan veya dolaylı kullanan ve görevi özel bir güven ve sadakati gerektiren bir meslek mensubu ise bu durumda 6. maddenin kapsamına girmeyecektir. Mahkemenin bu şekilde gördüğü meslek kategorileri ise silahlı kuvvetler mensupları, yargı personeli ve polislerdir.⁴²³ Çünkü bu görevleri yerine getiren kamu görevlisi ile devlet arasında özel bir menfaat ve güven ilişkisi söz konusudur. Bu alanlar kamu hukuku içerisinde görülmekte ve Mahkeme üye devletlere bu konularda belli bir takdir marjı tanımaktadır.

Başvuru No 11519/85, § 14-17; İNCEOĞLU, 2008, s. 38-42; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 219; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 526.

⁴²¹ **Francesco Lombardo/Italy**, § 16-17; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 531.

⁴²² **Pellegrin/France**, 08.12.1999, Başvuru No 28541/95.

⁴²³ **Pellegrin/France**, § 64-67; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 222-223; İNCEOĞLU, 2008, s. 47-48; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 614; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 532-533.

Ancak Mahkeme belli kategorideki memurların maaş ve ekonomik içerikli haklarının dışında kalan iddia ve taleplerinin, medeni hak ve yükümlülük olarak görülemeyeceği konusundaki *Pellegrin* içtihadını *Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya*⁴²⁴ kararıyla geliştirici yorum yöntemiyle genişletmiştir. Mahkemenin silahlı kuvvetler personeli, yargıçlar ve polisler açısından argümanı, bu kamu görevlilerinin devletin egemenlik yetkisini kullanması veya devlete karşı özel bir güven ve sadakat görevi olmasıdır. Oysaki *Vilho Eskelinen ve Diğerleri* kararında, başvuruçuların polis olmasına rağmen, bunlardan birinin karar verme yetkisi olmayan yardımcı hizmetler sınıfında çalışan idari bir kamu görevlisi olması nedeniyle, özel sektördeki büro çalışanından farkı olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle diğer başvuranlarla aynı gerekçelere dayanan iddiaları olmasına rağmen, bu başvuruçunun talebinin 6. madde kapsamında görülmesi diğer başvuruçuların polisler açısından çelişkiye yol açacaktır.⁴²⁵ Yani sırf polis olması kişinin 6. maddenin kapsamı dışında kalmasına bir gerekçe değildir. Bu kamu görevlisinin yaptığı işin niteliğinin de her bir olayda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle Mahkeme bu karardan sonraki içtihatlarında 6. maddenin uygulanabilirliğini belirlemek için, memurun devletle özel bir güven ve sadakat bağının bulunması ölçütünün yeterli olmadığını belirtmiştir. Belli kategorilerdeki memurların taleplerine ilişkin uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkının dışında tutulabilmesi için, ayrıca bu kamu görevlilerinin devlet ya da kamu gücü kullanma ve karar verme yetkisine sahip kişiler olup olmadığının da tespiti gerekmektedir.⁴²⁶ Mahkemenin kamu görevlilerine ilişkin 6. maddenin koruma alanını genişletmesi oldukça yerindedir. Ancak Mahkemenin bu kararını bir adım daha ileri götürerek kamu görevlileri ile ilgili bütün uyuşmazlıkları adil yargılanma hakkı kapsamında görmesi daha uygun olurdu.

⁴²⁴ *Vilko Eskelinen and Others/Finland*, 19.04.2007, Başvuru No 63235/00.

⁴²⁵ *Vilko Eskelinen and Others/Finland*, § 51.

⁴²⁶ *Vilko Eskelinen and Others/Finland*, § 61.

Yukarıda değinilen, medeni hak ve yükümlülük olarak kabul edilen konuların dışında kalan haklar ise kamu hukuku içerisinde görülerek, 6. maddenin kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Bu konular siyasi haklar⁴²⁷, vergi ödeme yükümlülüğü⁴²⁸, yabancıların ülkeye girişi ve sınır dışı edilmesi⁴²⁹, vatandaşlığa kabul⁴³⁰, askerlik hizmetine ilişkin uyuşmazlıklar⁴³¹ ve devletin tek taraflı yardımlarına ilişkin uyuşmazlıklar⁴³²dır.

Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulama alanına giren diğer bir konu ise “*suç isnadı*”dır. Sözleşme metninde geçen suç isnadı kavramından kasıt ise kişi aleyhine bir suç sebebiyle kovuşturmaya geçilmiş olmasıdır.⁴³³ 6. madde kişiye bir suç isnadının

⁴²⁷ **Priorello/Italy**, 01.05.1985, Başvuru No 11068/84, 43 Decision Report 195, s. 197; **Pierre-Bloch/France**, 21.10.1997, Başvuru No 120/1996/732/938, § 49-52; **Asensio Serqueda/Spain**, 09.05.1994, Başvuru No 23151/94, 77-A Decision Report 122, s. 125.

⁴²⁸ **Ferrazini/Italy**, 12.07.2001, Başvuru No 44759/98, § 29-31; **Schouten and Meldrum /The Netherlands**, 09.12.1994, Başvuru No 19005/91; 19006/91, § 48; Buna karşın vergi para cezaları 6. madde kapsamında görülmektedir. Mahkeme bu konuda vergi para cezalarını düzenleyen kanunun tüm mükellefleri kapsamaması, bu cezanın tazmin amaçlı değil caydırıcı ve cezalandırıcı amaç taşıması ve cezanın önemli olması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. **Bendenoun /France**, 24.02.1994, Başvuru No 12547/86, § 47; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 528-529.

⁴²⁹ **Maaouia/France**, 05.10.2000, Başvuru No 39652/98, § 40-41; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 530; İNCEOĞLU, 2008, s. 59.

⁴³⁰ **S/Switzerland**, 15.12.1988, Başvuru No 13325/87; bkz. İNCEOĞLU, 2008, s. 59.

⁴³¹ **Nicolussi/Austria**, 08.05.1987, Başvuru No 11734/85, 52 Decision Report 266; bkz. İNCEOĞLU, 2008, s.59.

⁴³² **Ulla-Brita Nordh and Others/Sweden**, 03.12.1990, Başvuru No 14225/88, 69 Decision Report 223, s. 223-224.

⁴³³ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 276; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 207; GÖLCÜKLÜ, s. 207; İNCEOĞLU, 2008, s. 83.

yöneltilmesiyle uygulanmaya başlar ve bu isnadın kesin olarak belirlenmesine kadar devam eder.

Mahkeme buradaki suç isnadı kavramını da özerk-otonom yorum yöntemiyle değerlendirmekte ve bu kavrama taraf devletlerin ulusal hukukunun dışında bir anlam yüklemektedir. Böylece adil yargılanma hakkının devletten devlete farklı uygulanma ihtimali tehlikesinin de önüne geçilmiş olmaktadır.⁴³⁴ Mahkemenin *Engel/Hollanda*⁴³⁵ kararına göre bir ithamın suç isnadı olup olmadığının tespitinde şu üç ölçüte bakılmaktadır: -suçun taraf devletin iç hukukundaki sınıflandırılması; suçun gerçek niteliği; -öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı. Bu koşullara göre bir fiil taraf devletin ulusal hukukunda suç olarak düzenlenmişse 6. maddenin kapsamındadır. Bu konuda herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Ancak bir fiil taraf devlette suç olarak öngörülmemiş olsa da fiilin gerçek niteliği ve cezanın ağırlığına göre suç isnadı sayılabilecektir.

Mahkeme taraf devletlerin bazı fiilleri suç saymayarak “cezasızlaştırma” hareketine karşı olmamakla birlikte; bu fiillere idare ve disiplin hukuku çerçevesinde uygulanan bir takım yaptırımlar öngörülmesini bu açıdan suç isnadı olarak değerlendirmektedir.⁴³⁶ Ayrıca Mahkemenin *Öztürk/Almanya*⁴³⁷ davasındaki hükmüne göre trafik suçları gibi idari para cezaları ile cezalandırılan fiiller de suç isnadı kapsamında görülebilecektir.

⁴³⁴ **Engel/The Netherlands**, § 81; **König/Germany**, § 30, 89; **Adolf/Austria**, 26.03.1982, Başvuru No 8269/78, § 30; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 207; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 539, 540 vd.; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 275, İNCEOĞLU, s. 2008, s. 83; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 616; STAVROS, s. 2.

⁴³⁵ **Engel/The Netherlands**, § 82.

⁴³⁶ **Engel/The Netherlands**, § 82; **Irfan Bayrak/Turkey**, 03.05.2007, Başvuru No 39429/98, § 27-28; **Veyisoğlu/Turkey**, 26.09.2007, Başvuru No 27341/02, § 20-23; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 616; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 543, 554-555; İNCEOĞLU, 2008, s. 85; STAVROS, s. 4.

⁴³⁷ **Öztürk/Germany**, 21.02.1984, Başvuru No 8544/79.

Türk vatandaşı olan *Öztürk* dikkatsiz araba kullandığı için neden olduğu trafik kazası sonucu idari para cezasına çarptırılmıştır. AİHM burada karşılaştırmalı yöntemi benimseyerek, söz konusu fiilin, Sözleşme'ye taraf devletlerin çoğunluğunda ceza hukuku alanında yer aldığı ve bu yaptırımın caydırıcı ve cezalandırıcı niteliğinin olduğu gerekçesiyle 6. madde kapsamında değerlendirmiştir.⁴³⁸

Sözleşmeyi yorumlamak ve uygulamakla görevli olan Mahkemenin görüşüne göre 6. madde kapsamında olan yukarıda belirttiğimiz konuların adil yargılanma hakkının korumasından yararlanmasının öncelikli koşulu, tarafsız ve bağımsız bir mahkemedeki yargılamanın varlığıdır. Bu, adil yargılanma hakkının temel ve yapıcı unsurlarından biridir. Bu kural yasayla kurulmuş yasama ve yürütme organı ile her türlü kurum ve kişiden bağımsız, davanın taraflarına karşı nesnel yargılama usulü güvencesine sahip yargı makamlarını ifade etmektedir.⁴³⁹ Mahkeme, tarafsızlık ve bağımsızlık testini bir takım ölçütlerle yapmaktadır. Örneğin yargı üyelerinin atama ve görevden alınma usulü, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmaması ve üyeleri dışardan gelecek baskılara karşı koruyacak önlemlerin alınıp alınmaması gibi.⁴⁴⁰ Mahkeme bu konuya ilişkin *İrfan Bayrak/Türkiye* kararında, Askeri Disiplin Mahkemelerinin oluşumu, üyelerinin atanması ve görev süresi hususlarını mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından değerlendirmiştir.⁴⁴¹ AİHM, taraf devletlerin bir çoğunda güvenlik güçleri personelini yargılamak üzere kısmen veya tamamen askeri

⁴³⁸ *Öztürk/Germany*, § 46-56; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, s. 546.

⁴³⁹ *De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy")/Belgium*, § 78; *Ringeisen/Austria*, § 95; GÖLCÜKLÜ, s. 210; İNCEOĞLU, 2008, s. 158; ARTIK, s. 185; STAVROS, s. 125 vd; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 287; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, s. 613.

⁴⁴⁰ *Campbell and Fell/ /The United Kingdom*, 28.06.1984, Başvuru No 7819/77 7878/77, § 78; *Sramek/Austria*, 22.10.1984, Başvuru No 8790/79, § 37-38; STAVROS, s. 125, 127-132; ARTIK, s. 185; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 289.

⁴⁴¹ *İrfan Bayrak/Turkey*, 03.05.2007, Başvuru No 39429/98.

üyeden oluşan mahkemelerin mevcut olduğunu belirtmiştir. Ancak bu tür mahkemelerin de tarafsız ve bağımsızlık özelliğine sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Buna ilişkin olarak Türkiye’deki Askeri Disiplin Mahkemesi üyelerinin hâkim statüsü bulunmayan ve hukuk eğitimi almamış subaylardan oluşması ve bu kişilerin askeri birlik komutanı ya da mahkemenin kurulduğu askeri kurumun amiri tarafından seçilmesi nedeniyle askeri hiyerarşinin emrine bağlı olduklarına dikkat çekmiş ve bunu 6. maddeye aykırı bulmuştur.⁴⁴²

Bununla birlikte Sözleşme’deki anlamında “mahkeme” kavramı “yargısal rol” ve “adli fonksiyona” sahip olan organlara karşılık gelmektedir. Diğer bir deyişle mahkemeler, “görevine giren konularda belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gereğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün (cebrî icra ve infaz) kararlar verme yetkisini haiz makamlardır.”⁴⁴³ Bu makamların olağan yargı mercileri dışında olması ve yargısal görevin dışında başka görevler de icra etmesi bunların mahkeme olmasına engel teşkil etmez. Ancak yalnızca mütalâa vermekle yetkili kılınmış kurumların ya da hükümet veya bakanların mahkeme sayılması mümkün değildir.⁴⁴⁴ Adil yargılanma hakkını güvence altına alacak yargılama makamının ayrıca “kanunun öngördüğü mahkeme” olması gerekmektedir. Bu doğal (tabii) yargıç ilkesinin de en temel koşuludur. Böylece mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri yürütme organından bağımsız bir şekilde yasama organının önceden yaptığı kanunlarla düzenlenecek ve kişi

⁴⁴² **Irfan Bayrak/Turkey**, § 33-35.

⁴⁴³ **Belilos/Switzerland**, 29.04.1988, Başvuru No 10328/83, §64; **Campbell and Fell/ /The United Kingdom**, § 76; **Sramek/Austria**, § 36; GÖLCÜKLÜ, s. 210; HARRIS-O’BOYLE&WARBRICK, s. 288; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 612.

⁴⁴⁴ **Benthem/The Netherlands**, 23.10.1985, Başvuru No 8848/80, § 40; **Jong, Baljet and van den Brink/The Netherlands**, 22.05.1984, Başvuru No 8805/79 8806/79 9242/81, § 48; GÖLCÜKLÜ, s. 210; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 612.

veya olaya göre yargılama mercii oluşturmanın yolu kapatılarak olası keyfilikler engellenmiş olacaktır.⁴⁴⁵ Görüldüğü üzere ye devletlerin yargı teşkilatında yargılama görevinin dışında idari görevi de bulunan makamlar AİHM'ne göre mahkeme kabul edilebilir. Ancak mahkemelerin yasallığı, tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda taraf devletlerin takdir marjından söz edilemez.

Genel hatlarıyla kısaca incelediğimiz adil yargılanma hakkına ilişkin başvurularda, Mahkemenin bazı alanlarda taraf devletlere belli bir takdir marjı tanıdığı görülmektedir. Takdir marjının uygulandığı konular ise mahkemeye erişim hakkı, aleni yargılanma hakkı, delillerin değerlendirilmesi ve makul süre olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Mahkemeye Erişim Hakkı

Hak arama özgürlüğünün görünümlerinden biri olan mahkemeye erişim hakkı⁴⁴⁶ ayrı bir hak olarak Sözleşme'de düzenlenmiş olmamakla birlikte, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak, AİHM'in itihatlarıyla⁴⁴⁷ yarattığı bir haktır. Çünkü 6. maddedeki korumadan yararlanabilmenin n koşulu kişinin iddia ve taleplerini bir mahkemeye taşıyabilmesidir. Çağdaş hukuk düzenlerinde kabul edilen, bireylerin

⁴⁴⁵ **Engel/The Netherlands**, § 89; **Sramek/Austria**, § 36; **Pfeifer and Plankl/Austria**, 25.02.1992, Başvuru No 10802/84, § 38; GÖLCÜKLÜ, s. 210; **HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK**, s. 288; **Van DIJK-Van HOOFF-Van RIJN-ZWAAK**, s. 623-624.

⁴⁴⁶ İNCEOğLU, 2008, s. 105 vd; ARTIK, s. 74 vd; **Van DIJK-Van HOOFF-Van RIJN-ZWAAK**, s. 557 vd; **HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK**, s. 237; **ARAI-TAKAHASHI**, s. 35 vd.

⁴⁴⁷ **Golder/The United Kingdom**, 21.02.1975, Başvuru No 4451/70, § 28-29.

haklarını kendilerinin koruması yasağı olan “*ihkak-ı hak yasağını*” sağlamanın yolu da budur. Toplumda bireyler arasındaki kaosu önleme amacının yanında, mahkemeye erişim hakkı “*hukuk devleti ilkesi*”nin de en temel taşlarından birini oluşturmaktadır. Kuvvetler ayrılığını sağlamanın yolu yargı denetimi; bunun aracı da mahkemeye erişim hakkına getirilecek keyfi sınırlamaların önlenmesidir.

6. maddenin koruması altında bulunan mahkemeye erişim hakkına benzer yönler içeren Sözleşme’nin bir diğer hükmü ise, 13. maddede yer alan etkili başvuru hakkıdır.⁴⁴⁸ Ancak bu iki hakkın kapsam açısından farkları vardır. Etkili başvuru hakkı yalnızca “*Sözleşme’de düzenlenmiş olan haklara ilişkin ulusal makamlara etkili başvuruyu*” mümkün kılarken; 6. maddeden çıkarılan mahkemeye erişim hakkı ise Sözleşme’de yer almayan medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin dava açma hakkını da imkân tanımaktadır. Bunun yanında Mahkeme tarafından medeni hak ve yükümlülük olarak kabul edilmeyen kamu hukuku alanındaki hakların ihlali 6. maddenin koruma kapsamına girmese de Sözleşme’de düzenlenmiş bir hak ise 13. maddeye aykırılık oluşturabilecektir. Ayrıca mahkemeye erişim hakkı tarafsız ve bağımsız bir mahkemeye başvuru hakkını güvence altına alırken; 13. maddedeki etkili başvurunun mutlaka yargısal bir makama yapılması şart değildir. Çünkü Sözleşme metninde ulusal makam ya da mercilere etkili başvuru hakkından söz edilmektedir.

Mahkemeye erişim hakkının ilk kez tanındığı *Golder/Birleşik Krallık*⁴⁴⁹ kararına konu olayda, bir mahkûmun hapisane görevlisine karşı iftiraya ilişkin dava açmak için avukatına mektup yazma talebi reddedilmiştir. AİHM, mahkemeye erişim hakkının hukuki ve fiili erişimi ifade ettiğini belirtmiştir. Bu nedenle mahkûmların avukatlarıyla görüşmesinin engellenmesi⁴⁵⁰ 6. maddeye aykırıdır.

⁴⁴⁸ İNCEOĞLU, 2008, s. 108-109; ARTIK, s. 76-77.

⁴⁴⁹ **Golder/The United Kingdom**, 21.02.1975, Başvuru No 4451/70.

⁴⁵⁰ **Golder/The United Kingdom**, § 21-22.

Bununla birlikte Mahkeme, “*zımnî sınırlamalar (implied limitations)*”⁴⁵¹ başlığı altında, kararlarında bu hakkın mutlak bir hak olmadığına da altını çizmiştir. Mahkeme *Belçika’da Eğitim Dili Davasındaki (Belgian Linguistic Case)*⁴⁵² kararına atıfta bulunarak, mahkemeye erişim hakkına ilişkin sınırlamaların taraf devletlerin düzenlemelerine tabi olacağı, bu düzenlemelerin de toplumun ve bireylerin ihtiyaçları ile mali kaynaklarına bağlı olarak zamana ve mekâna göre değişeceğini ifade etmiştir.⁴⁵³ Buna dayanarak AİHM mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamalara ilişkin taraf devletlere belli bir takdir marjı alanı tanımaktadır. Bu konuda Mahkemenin sıklıkla takdir marjına başvurmasının nedeni, mahkemeye erişim hakkının açıkça 6. maddede belirtilmemesi, içtihatlarla kabul edilen bir hak olmasıdır.⁴⁵⁴ Ancak her ne kadar taraf devletler, mahkemeye erişim hakkına getirecekleri sınırlamalarda takdir marjına sahip olsalar da kullanılan bu takdir marjı Mahkemenin denetimi altındadır. AİHM mahkemeye erişim hakkına getirilecek sınırlamaları, “*Ashingdane Kararında*”⁴⁵⁵ getirdiği belli ölçütleri dikkate alarak denetlemektedir. *Ashingdane Kriterleri* olarak bilinen ve AİHM’in mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamaların takdir marjını aşır aştığını değerlendirmek için belirlediği üç ölçüt bulunmaktadır. Bunlardan birincisi sınırlamanın hakkın özüne zarar vermemesi gerektiğidir. İkincisi sınırlamanın meşru bir amacı olmalıdır. Üçüncüsü ise sınırlamada kullanılan araç ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantı olmalıdır. Bu koşulları taşıyan sınırlamalar takdir marjının içerisinde

⁴⁵¹ **Golder/The United Kingdom**, § 37-38.

⁴⁵² **Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium"/Belgium (Belgian Linguistic Case)**, 23.07.1968, Başvuru No 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64

⁴⁵³ **Golder/The United Kingdom**, § 38; **Belgian Linguistic Case**, § 5.

⁴⁵⁴ ARAI-TAKAHASHI, s. 35.

⁴⁵⁵ **Ashingdane/The United Kingdom**, 28.05.1985, Başvuru No 8225/78.

değerlendirilecek ve Sözleşmeyi ihlal etmeyecektir.⁴⁵⁶ Mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamalar ise genellikle dava süreleri, dava harçları, dava ehliyetine ilişkin kısıtlamalar ve belli konularda yargı yolunun kapatılması olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.1. Dava Ehliyetine İlişkin Sınırlamalarda Takdir Marjı Uygulaması

Dava ehliyeti, dava açarak bir davada taraf olabilme yeteneğidir. Medeni haklardan yararlanma ehliyetinin yargılama usulündeki görünümü dava ya da taraf ehliyetidir.⁴⁵⁷ Bu açıdan mahkemeye erişim hakkının ön koşulu dava ehliyetidir. AİHM'e göre meşru amaçlarla Sözleşme'ye üye devletler tarafından küçüklerin, akıl hastalığı veya zayıflığı olanların (temyiz kudretinden yoksun olanlar), müflislerin ve mahkûmların dava ehliyetine sınırlama getirilebilir.⁴⁵⁸

Akıl hastalarının dava ehliyetinin sınırlanmasına örnek olan *Ashingdane/Birleşik Krallık*⁴⁵⁹ kararına konu olayda başvuru bazı suçlar işlemiş ve yapılan tıbbi muayeneler sonucunda kendisine “paranoid şizofreni” teşhisi konulmuş ve özel güvenli bir akıl hastanesine kapatılmıştır. Ardından durumunda düzelmeye gözlenmiş ve Bakanlık kararıyla daha rahat bir akıl hastanesine yatırılmasına karar verilmiştir. Ancak bu hastane başvurucağı kabul etmemiş ve Bakanlık kararını geri almıştır. Bunun üzerine başvurucağı bu karara karşı dava açmak istemiştir. Fakat *Birleşik Krallık* hukukunda akıl hastalarının mahkemeye erişim hakkı sınırlanmıştır ve bu kişiler ancak kaldıkları kurumdaki ihmal ve

⁴⁵⁶ *Ashingdane/The United Kingdom*, § 57.

⁴⁵⁷ Baki KURU-Ramazan ARSLAN-Eder YILMAZ, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 218.

⁴⁵⁸ *Golder/The United Kingdom*, § 39.

⁴⁵⁹ *Ashingdane/The United Kingdom*, 28.05.1985, Başvuru No 8225/78.

istismara karşı dava açabilmektedir.⁴⁶⁰ Görüldüğü gibi buradaki sınırlama dava açma ehliyetine ilişkin bir kısıtlamadır. Bu başvurudaki sınırlama ise akıl hastanesinde çalışan kişilerin haksız baskılardan korunması amacıyla getirilmiştir. Mahkeme söz konusu sınırlamanın meşru bir amaç taşıdığı, hakkın özünü zedelediği ve orantılılık ilkesini aşmadığı gerekçesiyle bunu devletin takdir marjı içerisinde değerlendirmiş ve 6. maddeye aykırı bulmamıştır.⁴⁶¹

Ancak Mahkemenin bu yaklaşımı bazı soruları akla getirmektedir. Akıl hastalarının ayırt etme gücünden yoksun olmaları nedeniyle dava açma hakkının taraf devletlerce gelişigüzel sınırlanması, devlet tarafından daha çok özen gösterilmesi gereken bu kişilerin aksine korumasız kalmasına yol açabilecektir. AİHS'in koruma sistemi, kişilerin Sözleşme'de yer alan haklarına devlet müdahalesini önlemeyi amaçlamasının yanında, bireylerin haklarına devlet dışından gelebilecek ihlallere karşı devletin korumasını da içeren pozitif yükümlülük getirmektedir. Bu nedenle her ne kadar bu kişiler, özel durumlarından dolayı dava açamayacak olsalar da taraf devletler bu kişilerin çıkarlarını koruyacak makam ya da merciler oluşturmalı ve bu kişiler adına mahkemeye erişim hakkını bu koruyucu makamların kullanmasına imkân tanımalıdır. Taraf devletlerin takdir marjı ancak bu şekilde anlamlı hale gelecek ve Sözleşme'yi ihlal etmeyecektir. Maalesef Mahkemenin içtihatları uygulamanın böyle olmadığını göstermektedir.

Dava ehliyetinin sınırlanmasına karşın dava açma hakkının başka bir makama ya da temsilciye verilmesine örnek teşkil eden başvuru ise *Lithgow*⁴⁶² davasıdır. *Birleşik*

⁴⁶⁰, § 10-30.

⁴⁶¹ **Ashingdane/The United Kingdom**, § 58-59; Mahkemenin sonraki benzer kararları için bkz. **Lithgow and Others/The United Kingdom**, 08.07.1986, Başvuru No 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, § 194; **Fayed/The United Kingdom**, 21.09.1994, Başvuru No 17101/90, § 65.

⁴⁶² **Lithgow and Others/The United Kingdom**, 08.07.1986, Başvuru No 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81.

Krallık'ın devletleştirme programı kapsamında devletleştirilen bir şirketin hissedarlarının çokluğu nedeniyle dava sayısını artıracakları gerekçesiyle, hissedarlarının bu işleme karşı dava açma hakkı engellenmiş ve hissedarlar adına ortak dava açma hakkı atanan bir temsilciye tanınmıştır. Ancak hissedarlar temsilcinin ilgili hukuki yükümlülüklerini yerine getirmediği kanaatinde iseler itirazda bulunabileceklerdir.⁴⁶³ Mülkiyet hakkına yapılan müdahaleye karşı hissedarların bağımsız olarak dava açamamalarının 6. maddeye aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruda, AİHM getirilen sınırlamanın meşru bir amaç taşıdığına ve amaç ile uygulanan aracın orantılı olması nedeniyle taraf devletin takdir marjı içerisinde bulunduğu hükmetmiştir.⁴⁶⁴ Mahkeme bu kararında devletleştirme işlemine karşı açılacak davaların niceliksel çoğunluğundan dolayı dava ehliyetinin sınırlandırılması meşru kabul etmiştir. Ancak bu gerekçe pek makul görünmemekte ve devletlerin keyfi davranmasına yol açabileceği izlenimi uyandırmaktadır. Çünkü medeni haklarının ihlal edildiğini düşünen kişiler iddia ve taleplerini doğrudan mahkeme önüne getirememektedir. Her ne kadar temsilcinin dava işlemlerini yürüteceği düşünülebilirse de bir kimseyi en iyi şekilde ancak kendisi ya da kendi iradesiyle seçtiği bir vekil temsil edebilir.

İflas etmiş kişilerin dava açma haklarının engellenmesine ilişkin bir karar ise *Luordo/İtalya*⁴⁶⁵ başvurusunda verilmiştir. Karara konu olayda müflisin kendi çıkarlarını korumak için yasal prosedürleri işletmesi, 3. kişilerin çıkarlarının korunması amacıyla 14 yıl 8 ay gibi bir süre boyunca sınırlanmıştır.⁴⁶⁶ Adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruda AİHM mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını, taraf devletlerin bu konuda belli bir takdir marjına sahip olduğunu ve getirilen sınırlamaların

⁴⁶³ **Lithgow and Others/The United Kingdom**, § 9.

⁴⁶⁴ **Lithgow and Others/The United Kingdom**, § 197.

⁴⁶⁵ **Luordo/Italy**, 17.07.2003, Başvuru No 32190/96.

⁴⁶⁶ **Luordo/Italy**, § 9-56.

Ashingdane Kriterlerine göre denetleneceğini yinelemiştir. Mahkeme müflislerin dava ehliyetinin 3. kişilerin çıkarlarının korunması amacıyla sınırlanmasını meşru kabul etmiştir. Ancak bu olaydaki sınırlamanın süresini orantılılık ilkesine aykırı bulduğu için 6. maddenin ihlaline karar vermiştir.⁴⁶⁷ Mahkemenin burada ihlal sonucuna ulaşması şaşırtıcı değildir. Çünkü kişinin mülkiyet hakkının korunmasız kalması açısından 14 yıl 8 ay gibi bir zaman dilimi oldukça uzun bir süredir.

1.2.Dava Süresine İlişkin Sınırlamalarda Takdir Marjı Uygulaması

Kişilerin iddia ve taleplerini mahkeme önüne götürebilmeleri için uymaları gereken koşulların en başında davanın süresi⁴⁶⁸ içinde açılmış olması gelmektedir. Hiç bir hukuk düzeninde istisnai durumların dışında⁴⁶⁹ süresiz bir dava açma hakkı tanınmamaktadır. Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde de sürelerin tespiti ve hesaplanması konusunda bir uzlaşma mevcut değildir. Özellikle dava sürelerinin başlatılması konusunda yazılı tebligatı esas alanlar olabildiği gibi, dava sebebinin gerçekleştiği tarihi ya da öğrenme tarihini dava süresinin başlangıcı olarak kabul eden üyeler de vardır.⁴⁷⁰

AİHM'e göre, sözleşmecî devletlerin iç hukukunda dava sürelerinin öngörülmesi ortak bir özelliktir. Bu sürelerin amacı ise hukuk güvenliğinin ve hukuki belirliliğin

⁴⁶⁷ **Luordo/Italy**, § 83-88.

⁴⁶⁸ İdari yargıdaki dava sürelerine ilişkin bkz. Şeref GÖZÜBÜYÜK, "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 4, 1969, s. 3-20; Yıldırım ULER, "Yönetmelik Yargıda Dava Süresi", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 209-262; Mithat SANCAR, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 1, 1990, s. 69-88 ; İNCEOĞLU, 2008, s. 131 vd.; DOĞRU-NALBANT, s. 628-629; ARTIK, s. 139-140

⁴⁶⁹ Örneğin Türk Hukuk'unda kamulaştırmasız el atma davaları için süre sınırı bulunmamaktadır.

⁴⁷⁰ **Stubbings and Others/The United Kingdom**, 22.10.1996, Başvuru No 22083/93; 22095/93, § 54.

sağlanmasıdır. Ayrıca çok uzun bir zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliğini kaybeden veya eksik olan delillerle karar verilmesinin adaletsizliklere yol açabileceğinden bunun da önüne geçilebilecektir. Dava sürelerinin belirlenmesi konusunda ise taraf devletlerin takdir marjına sahip olduğu kabul edilmektedir.⁴⁷¹ Ancak bu sürelerin uzunluğu ya da kısalığı meşru bir amaca hizmet etmeli, süre hakkın özünü zedeleyecek şekilde çok kısa olmamalı ve sürenin tam olarak ne zaman başladığı belirgin olmalıdır. Aksi halde *Ashingane* kriterlerine aykırı bir biçimde mahkemeye erişim hakkı ihlal edilecektir.

Bu konuya ilişkin bizim de katıldığımız şekilde eleştirilen⁴⁷² Mahkemenin kararı *Stubbings ve Diğerleri/Birleşik Krallık*⁴⁷³ kararıdır. Karara konu olayda, küçük yaşta aile içi cinsel saldırı ve istismara maruz kalmış başvuruçuların, yaşadıkları bu durum nedeniyle ruh sağlıkları bozulmuş ve bu kişiler intihara teşebbüs etmiş; ardından ağır psikolojik tedaviler görmüşlerdir. Tedavi sürecinde psikolojik rahatsızlıklarının ardında yatan nedenin küçük yaşta yaşadıkları cinsel tacizler olduğunu fark etmişlerdir. Bunun üzerine kendilerine karşı bu fiillerde bulunan aile bireylerine karşı tazminat davası açmışlardır. Ancak İngiliz Hukukunda bu tür davalarda dava süresi dava sebebinin öğrenme tarihinden itibaren 3 yıldır. Ayrıca bir de zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu süre ise cinsel istismara uğrayan kişi küçükse, 18 yaşını doldurmasından itibaren 6 yıldır. Başvuruçular bu süreçte psikolojik tedavi gördükleri ve ruh sağlığının bozulma nedenini bu süreler geçtikten sonra fark edebildikleri için ancak bu sürenin dolmasından sonra dava açabilmişlerdir. Ancak ulusal mahkemeler dava ve zamanaşımı süresinin kaçırılmış olması gerekçesiyle davayı reddetmiştir.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ **Stubbings and Others/The United Kingdom**, § 50-51.

⁴⁷² Eleştiri için bkz. ARAI-TAKAHASHI, s. 38.

⁴⁷³ **Stubbings and Others/The United Kingdom**, 22.10.1996, Başvuru No 22083/93; 22095/93.

⁴⁷⁴ **Stubbings and Others/The United Kingdom**, § 8-42.

Stubblings ve diğerk başvurucuların Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yaptıkları başvuruda ise, AİHM taraf devletlerin takdir marjına saygılı ve ulusal makamların yerine geçmeme konusundaki özenli tutumunu sürdürmüştür.

Mahkeme davada mahkemeye erişim hakkının sınırlanmasına ilişkin önceki başvurularda yaptığı denetimi tekrarlamış ve dava ve zamanaşımı süresinin konulmasının çok eski tarihli olaylara ilişkin iddiaların mahkeme önüne getirilmesini engelleyerek hukuki belirginlik ve kesinlik gibi meşru amaçlara hizmet ettiğini ifade etmiştir. Öngörülen sürelerin bu tür tazminat davaları için bazı uluslararası sözleşmelerde düzenlenen sürelerden daha uzun olduğu için orantılı bulmuştur. Ayrıca İngiliz Hukukuna göre bu sürelerin geçirilmesi ceza soruşturması açılmasına engel değildir. Ceza davasından olumlu sonuç alınması durumunda tazminat talep etme hakkı da vardır. Mahkeme bu düzenlemeden dolayı 3 ve 6 yıllık sürelerin hakkın özüne zarar vermediğine ve başvuruda 6. maddeye aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.⁴⁷⁵

Mahkemenin çocuk istismarı gibi oldukça hassas bir konuda, şekli bir sınırlama olarak dava süresine odaklanarak yargılamanın engellenmesi durumunda bu kadar pasif kalması oldukça şaşırtıcıdır. Çünkü bu davadaki başvurucular dava süresinin başladığı ve bittiği süreçte de söz konusu fiiller nedeniyle psikolojik tedavi görmektedir. Bu durum ise dava süresinin kaçırılmasını haklı gösterecek derecede oldukça güçlü bir delildir. Böylesine istisnai bir konuda dava sürelerinin oldukça katı uygulanması hakkaniyete de aykırıdır.

Aslında Mahkemenin de bu kararda tereddütte kaldığı görölmektedir. Çünkü kararın son kısmında çocuk istismarının yol açtığı sorunlara dikkat çekmiş ve mağdurlar üzerindeki psikolojik rahatsızlıklara olan farkındalığın giderek arttığını belirlemiştir. Ayrıca Avrupa Konseyi üyesi ölkelerin dava süreleriyle ilgili bu gruptaki mağdurlar için

⁴⁷⁵ **Stubblings and Others/The United Kingdom**, § 50-53.

özel koruyucu hüküm getirilebileceğinin mümkün olduğunu ifade etmiştir.⁴⁷⁶ Ancak Mahkemenin bu değerlendirmesi söz konusu sınırlamanın Sözleşme'ye uygun bulunmasını engellemiştir.

1.3.Mahkemeye Erişim Hakkına Getirilen Mali Sınırlamalarda Takdir Marjı Uygulaması

Adalet kamu hizmetinin maliyetli bir yükümlülük olmasından dolayı, mahkemelere başvuranlardan belli bir harç ya da yargılama gideri talep edilebilmektedir. Ayrıca kişilerin davalarında, bir avukattan yardım almaları da mali açıdan oldukça külfetlidir. Bu durumda ekonomik yeterliliği düşük olan kişilerin mahkemeye erişim hakkından etkili bir şekilde yararlanabilme olanağı azalmaktadır.

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının c bendi, hakkında suç isnat edilen kişinin ücretsiz avukat (müdafî) yardımını alabilmesini bir hak olarak düzenlemiştir.⁴⁷⁷ Ancak bu yardım hukuk davaları için Sözleşme'de bir hak olarak açıkça öngörülmemiştir. Ancak günümüzde medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin konularda da mahkemeye erişim hakkından etkin bir şekilde yararlanılabilmesi için adli yardımın sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. AİHM içtihatlarında, suç isnadı gibi medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin konularda da kişilerin mahkemeye erişim hakkının bulunduğunu, kişilerin bu haktan etkin bir şekilde yararlanabilmesi için uygun araçların seçiminde taraf devletlerin

⁴⁷⁶ **Stubbings and Others/The United Kingdom**, § 56.

⁴⁷⁷ **Dvorski/Croatia**, 20.10.2015, Başvuru No 25703/11, § 78; **Dayanan/Türkiye**, 13.10.2009, Başvuru No. 7377/03, § 32; **Salduz/Turkey**, 27.11.2008, Başvuru No 36391/02, § 50-53.

belli bir takdir marjı olduğuna hükmetmektedir. Bu araçlara örnekler ise başvuru işlemlerinin basitleştirilmesi, adli yardım ve ücretsiz avukat yardımınıdır.⁴⁷⁸

AİHM hukuk davalarında da adli yardım ve ücretsiz avukat talep etme hakkının bulunduğu görüşünü ilk kez *Airey/İrlanda*⁴⁷⁹ kararında belirtmiştir. Karara konu olayda *Bayan Airey* eşinin alkolik olduğunu ve kendisi ile çocuklarına fiziksel ve psikolojik şiddet uyguladığı iddiasıyla mahkemeye başvurarak “*yargısal ayrılık*”⁴⁸⁰ kararı verilmesini istemiştir. Ancak başvuru sahibinin mali durumu yargılama giderleri ve avukat masraflarını karşılayamayacak kadar kötüdür. *İrlanda Hukuku*’nda ise hukuk davalarında adli yardım mevcut değildir.⁴⁸¹ *İrlanda Hükümeti* başvuru sahibinin Yüksek Mahkemeye başvurması için avukat tutma zorunluluğunun olmadığı gerekçesiyle ihlal iddiasını reddetmiştir. Ancak Mahkeme, Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasındaki ceza davalarında ücretsiz avukat yardım hakkının hukuk davaları için bulunmamasına rağmen, yargılama usulünün karmaşık olduğu hukuk davalarında da adli ve avukat yardımının sağlanması gerektiğini vurgulamış ve 6. maddenin ihlaline karar vermiştir.⁴⁸²

Bu karardakinden farklı olarak bazı üye devletlerin yargı sisteminde avukatla temsil zorunluluğu bulunabilmektedir. Örneğin *Belçika* hukukunda temyiz yargılamasında avukatla temsil zorunluluğu getirilmiştir. Bu konuda Mahkemenin önüne gelen

⁴⁷⁸ **Steel and Morris/The United Kingdom**, 15.05.2005, Başvuru No 68416/01, § 59-60, 63; **Salduz/Turkey**, § 51.

⁴⁷⁹ **Airey/Ireland**, 09.10.1979, Başvuru No 6289/73.

⁴⁸⁰ Ireland Hukuku’na göre mahkemelerin boşanma kararı vermesi mümkün değildir. Ancak belirli koşullar altında ya eşlerin yaptığı bağlayıcı bir ayrılık anlaşması ile ya da mahkeme tarafından verilecek bir ayrılık kararı ile birlikte yaşama yükümlülüğünden kurtulunabilir. Bkz. **Airey/Ireland**, § 10.

⁴⁸¹ **Airey/Ireland**, § 11-12.

⁴⁸² **Airey/Ireland**, § 24-28; yargılama usulünün karmaşıklığından dolayı adli yardımın zorunluluğuna ilişkin benzer karar için bkz. **P, C and S/The United Kingdom**, 16.07.2002, Başvuru No 56547/00, § 88-91.

*Aerts/Belçika*⁴⁸³ davasında, başvuru temyiz aşamasında adli yardım talep etmiş ancak talebi reddedilmiştir. Mahkeme mali yetersizliği olan kişilerin temyiz yargılamasına başvurabilmesinin ancak adli yardımla mümkün olacağından 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁸⁴

Yargılama giderlerine ve ücretsiz hukuki temsile ilişkin adli yardım konuları harcama yapılmasını gerektirdiği için taraf devletlerin sosyal ve ekonomik politikalarıyla ilgilidir. Ancak mali bir konu olması mahkemeye erişim hakkının sağlanması için taraf devletlerin pozitif yükümlülüğü olduğu gerçeğini değiştirmez. Mahkeme genellikle bu alanda çekimser bir yaklaşım sergilemesine ve sıklıkla takdir marjı doktrinini uygulamasına rağmen, adli yardım konusunda taraf devletlerin mahkemeye erişim hakkını etkin bir şekilde sağlanması için daha duyarlı bir tutum takınmaktadır. Mahkemenin bu konudaki içtihatları adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkının güvenceye alınması bakımından oldukça yerindedir.

1.4.Yargı Yolu Kapalı Olan Konularda Takdir Marjı Uygulaması

Hukuk sistemlerinde mahkemeye erişim hakkının tamamen engellendiği ve yargısal denetim dışında bırakılan bazı uyuşmazlıklara rastlanmakta ve bu durum hem hukuk devleti ilkesinin hem de Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline neden olmaktadır. Çünkü yargı denetiminin olmadığı her alanda keyfilik ortaya çıkacak ve hukuki öngörülebilirlik ortadan kalkacaktır. Bu tür konular ise idarenin bir takım işlemleri olup, bu idari işlemler aleyhine mahkemeye başvurulamamakta, genellikle idari bir makam veya kurula itiraz yolu öngörülmektedir.

⁴⁸³ *Aerts/Belgium*, 30.07.1998, Başvuru No 25357/94.

⁴⁸⁴ *Aerts/Belgium*, § 57-60.

Bu konuda *İsveç* hukukundaki taşınmaz mallarla ilgili bazı uyuşmazlıklara karşı dava açma yolunun bulunmamasına ilişkin başvurularda Mahkeme 6. maddenin ihlaline karar vermiştir. *Hakansson ve Sturesson/İsveç*⁴⁸⁵ kararına konu olayda, hacizli bir taşınmaz açık artırma yoluyla satın alınmıştır. Başvurucuların tescil talepleri bu arazinin tarım reformu kapsamında olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.⁴⁸⁶ Hukuki düzenlemeye göre ise 2 yıl içinde tescil edilmeyen taşınmazın devlete iade edilmesi zorunluluğu vardır. Bu durumdan uğranan zarara ilişkin uyuşmazlıklar sadece hükümet tarafından karara bağlanabilmektedir ve hükümetin bu kararı kesin olup mahkemeye başvuru yolu kapalıdır. Mahkeme burada 6. maddenin 1. fıkrasının ihlaline karar vermiştir.⁴⁸⁷ Bu davada başvuru 6. maddeyle birlikte Sözleşme'ye Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının da ihlalini ileri sürmüşlerdir. Ancak Mahkeme mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerde taraf devletlerin belli bir takdir marjından faydalandığı gerekçesiyle bu madde açısından ihlal bulmamıştır.⁴⁸⁸

Mahkemenin yargı denetimi dışında bırakılan konularda 6. maddenin ihlaline ilişkin yerleşik bir içtihadının olduğu söylenebilir. Bu durum taraf devletlerin Sözleşme'nin koruma sistemini zayıflatmasına engel olması açısından doğru bir yaklaşımdır. Ancak Mahkeme bu içtihadından, taraf devletlerin takdir marjının oldukça genişlediği alanlarda ayrılmaktadır. Bu konular ise genellikle silahlı kuvvetler personeline uygulanan disiplin yaptırımları ile yargıç ve savcılara ilişkin uyuşmazlıklardır. Söz konusu alanlarda

⁴⁸⁵ **Hakansson and Sturesson/Sweden**, 21.02.1990, Başvuru No 11855/85.

⁴⁸⁶ **Hakansson and Sturesson/Sweden**, § 8-12.

⁴⁸⁷ **Hakansson and Sturesson/Sweden**, § 62-63. AİHM'in benzer şekilde yargı yolu kapalı olan işlemlere ilişkin ihlal kararları için bkz. **Pudas/Sweden**, 27.10.1987, Başvuru No 10426/83, § 39-41; **Zander/Sweden**, 25.11.1993, Başvuru No 14282/88, § 29; **Canady/Slovakia**, 16.11.2004, Başvuru No 53371/99, § 29-33.

⁴⁸⁸ **Hakansson and Sturesson/Sweden**, § 54.

Mahkeme, taraf devletlerin mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmasını, bu konuları 6. madde kapsamı dışında görmesi nedeniyle Sözleşme'ye aykırı bulmamaktadır. Türk Hukuku'nda da yargı denetimi dışında bulunan bazı işlemler mevcuttur. 1982 Anayasası'ndaki 2010 tarihinde yapılan referandumdan sonraki düzenlemelerle birlikte Yüksek Askeri Şura'nın (YAŞ) ilişik kesme ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) meslekten ihraç dışındaki kararları yargı denetimine kapalı olan konulardan ikisidir ve bu kararlara ilişkin uyuşmazlıklar AİHM'in önüne taşınmıştır.

Silahlı kuvvetlerden ihraç edilen bir grup subayın YAŞ kararlarının kesin ve yargı denetimine kapalı olmasına ilişkin yaptıkları başvuruda Mahkeme, devletlerin ceza ve disiplin hukuku arasında bir ayırım yapabileceğinin altını çizmiştir. Bu konuların 6. madde kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde ise disiplin yaptırımının niteliği ve ağırlığına göre "cezai" bir özelliğinin olması durumunun değerlendirileceğini ifade etmiştir. Mevcut başvurulardaki konular disiplin hukukuna ilişkindir. Başvurucular orduya katılırken askeri disipline uymayı, sivillerden farklı sınırlama ve uygulamalara tabî olmayı kendileri tercih etmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme *Pellegrin/Fransa*⁴⁸⁹ kararındaki devletin genel çıkarlarını koruma görev ve sorumluluğunu üstlenen belli kategorideki kamu görevlilerinin 6. maddenin kapsamı dışında olduğundan bahisle kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ *Pellegrin/France*, 08.12.1999, Başvuru No 28541/95.

⁴⁹⁰ AİHM'in 04.07.2000 tarihli Kabul Edilmezlik Kararları, *Batur/Turkey*, Başvuru No 38604/97; *Erbek/Turkey*, Başvuru No 38923/97; *Duran and Others/Turkey*, Başvuru No 38925/97; *Toraman/Turkey*, Başvuru No 39830/98; *Ozden/Turkey*, Başvuru No 40276/98; *Gokden and Karacol /Turkey*, Başvuru No 40535/98; *Kaplan and Others/Turkey*, Başvuru No 40536/98; *Gumusalan/Turkey*, Başvuru No 40688/98; *Dogan/Turkey*, Başvuru No 40689/98; *Durgun/Turkey* Başvuru No 40751/98; *Erez/Turkey*, Başvuru No 40752/98; *Denden and Others/Turkey*, Başvuru No 40754/98; *Yıldırım/Turkey*, Başvuru No 40800/98; *Gulgonul/Turkey*, Başvuru No 40806/98; *Abul/Turkey*, Başvuru No 40807/98; *Dere/Turkey*, Başvuru No 43916/98; bkz. *European Council*

Mahkeme bu içtihatlarında her ne kadar açıkça takdir marjından söz etmese de esas açısından bir incelemeye girmeden doğrudan kabul edilemezlik kararı vermesi örtülü olarak bu konuda zaten, taraf devletlerin takdir marjına sahip olduğunu göstermektedir. Ancak Mahkemenin bu kabul edilemezlik kararlarının ardından 7 yıl sonra verdiği *Vilho Eskelinen ve Diğerleri* kararında *Pellegrin* içtihadında benimsediği işlevsellik ölçütünün 6. maddenin uygulanabilirliğini belirlemede tam anlamıyla yeterli olmadığına ilişkin içtihat değişikliği üzerinde daha önce durulmuştu.⁴⁹¹ Bu açıdan Mahkemenin silahlı kuvvetler personeline ilişkin uyuşmazlıkları bundan sonra 6. madde kapsamında değerlendirebileceği ihtimali akla gelebilir. Fakat Mahkemenin *Sükut/Türkiye Kararı*⁴⁹² durumun böyle olmadığını kanıtıdır. Laiklik ilkesine aykırı irticai faaliyetler nedeniyle erken emekliye sevk edilen başvuru, YAŞ kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasının Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Mahkeme 6. maddenin uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirirken, Vilho Eskelinen ve diğerleri kararını dikkate almıştır. Fakat bu başvuruda taraf devletle ilgili arasındaki “*özel bir güven ya da sadakat*” ilişkisinin, ihtilafın merkezinde yer alması gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Sonuç olarak Mahkeme, belli kategorideki kamu görevlileriyle ilgili uyuşmazlıklarda taraf devletlere geniş bir takdir marjı alanı tanıyarak bu konuları 6. maddenin koruması dışında bırakmaktadır.

Mahkemeye başvuruda bulunulmuş yargı denetimine kapalı diğer bir işlem grubu ise HSYK'nın kararlarıdır. Ancak bu kararlar incelendiğinde, hiçbirinde 6. maddenin ihlal iddiası ile başvurulmadığı için, mahkemeye erişim hakkının engellenmesi hakkında bir

Information Note No. 20 on the case-law of the Court, July 2000, http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2000_07_20_ENG_815312.pdf, erişim tarihi 04.05.2016.

⁴⁹¹ Bkz. *Vilho Eskelinen and Others/Finland* kararının değerlendirmesi yukarıda s. 130-131.

⁴⁹² *Sükut/Turkey, Kabul Edilemezlik Kararı*, 11.09.2007, Başvuru No 59773/00.

ihlal kararı mevcut değildir. *Albayrak/Türkiye*⁴⁹³ kararına konu olayda, hâkim olarak görevli başvurucunun *PKK Terör Örgütüne* ait günlük bir gazeteyi okuduğu ve örgüte ait bir televizyon kanalını izlediği için cezalandırılması nedeniyle, 2802 sayılı Kanunun 68/a ve b maddesi gereğince kendisine uygulanan disiplin yaptırımının ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.⁴⁹⁴ Yukarıda açıklanan nedenle 6. maddeye ilişkin bir tartışma yapmayan Mahkeme denetimini 10. madde açısından yapmış ve ihlal bulmuştur.⁴⁹⁵

Mahkemeye yapılan HSYK kararlarına ilişkin bir başka başvuru ise *Kayasu/Türkiye*⁴⁹⁶ davasıdır. Bu karara konu olayda ise *savcı Kayasu*, 5 Ağustos 1999 tarihli bir mektup ile 1961 Anayasası ile kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı ihtilal yaptıkları gerekçesiyle, 12 Eylül 1980 askeri darbesini gerçekleştiren eski generaller Kenan Evren, Sedat Celasun, Nurettin Ersin, Nejat Tümer ve Tahsin Şahinkaya hakkında Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısına şikâyette bulunmuştur. Bu dilekçe hakkında takipsizlik kararı verilmiş ve dava basına yansımıştır.⁴⁹⁷ Bunun üzerine HSYK 30 Mart 2000 tarihinde, Hâkimler ve Savcılar hakkındaki 2802 sayılı kanunun 65/a maddesi uyarınca başvurana kınama cezası vermiştir.⁴⁹⁸ Bu karara karşı AİHM'e bireysel başvuruda bulunan başvurucu ceza yargılaması sonucunda mahkûm edilmiş ve HSYK tarafından görevden alınmasına karar verilmiştir. Bu karara karşı yapılan bireysel başvuru ile ilk başvuru birleştirilmiştir.⁴⁹⁹ *Kayasu* başvurusunda 6. maddenin 13. madde

⁴⁹³ *Albayrak/Turkey*, 31.12.2008, Başvuru No 38406/97.

⁴⁹⁴ *Albayrak/Turkey*, § 17, 35.

⁴⁹⁵ *Albayrak/Turkey*, § 38-48; ancak bu konu 10. madde kapsamında ileride değerlendirilecektir.

⁴⁹⁶ *Kayasu/Turkey*, 13.11.2008, Başvuru No 64119/00 ve 76292/01.

⁴⁹⁷ *Kayasu/Turkey*, § 4-6.

⁴⁹⁸ *Kayasu/Turkey*, § 10.

⁴⁹⁹ *Kayasu/Turkey*, § 38-39, 52.

ile birlikte ve 10. maddenin ihlalini iddia etmiştir. Ancak Mahkeme davanın 13. madde ile birlikte 10. madde kapsamında incelenmesine hükmetmiştir.⁵⁰⁰ Bu davada da adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı açısından bir denetim yapılmamıştır. Mahkeme 13. maddede düzenlenmiş olan etkili başvuru hakkına ilişkin yaptığı incelemede ise, HSYK'nın kararlarına karşı 1982 Anayasası'nın 159. maddesi gereğince yargı yolunun kapalı olmasını ve HSYK'nın iç yönetmeliği uyarınca kurula yapılacak itirazları inceleme kurulunun üyelerinin kararı veren üyelerle aynı kişiler olması nedeniyle Sözleşme'nin 13. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁰¹

Görüldüğü üzere Mahkemenin ülkemiz açısından 6. madde kapsamında olmasa da 13. Maddenin ihlal edildiğine ilişkin verdiği önemli kararlar mevcuttur. Her ne kadar ihraç işlemleri açısından yargı yolu açılmış olsa da diğer yaptırımlar açısından Sözleşme'ye aykırı durum devam etmektedir. Ancak dikkat çekici olan nokta ise Mahkeme silahlı kuvvetler personeli ile hâkim ve savcılara ilişkin başvurularda farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Mahkemenin *Pellegrin* kararında bu kamu görevlilerini özel kategorideki personel olarak değerlendirerek, YAŞ kararlarına yönelik başvurularda kabul edilmezlik kararı verirken; HSYK kararlarına ilişkin davaları kabul edilebilir bulmuş ve ihlale hükmetmiştir. Bunun nedeninin ise HSYK kararlarına yönelik başvuruların Vilho Eskelinen ve diğerleri kararıyla yakın tarihli kararlar olmasından kaynaklandığı akla gelebilir. Ancak YAŞ kararlarına ilişkin başvurular doğrudan 6. maddenin ihlali iddiasıyla yapıldığı için kararlar arasında farklılık vardır.

⁵⁰⁰ **Kayasu/Turkey**, § 54.

⁵⁰¹ **Kayasu/Turkey**, § 114-116, 121; Benzer yöndeki karar için bkz. **Karaçay/Turkey**, 27.03.2007, Başvuru No 6615/03, § 44-45.

1.5.Yargılama Muafiyeti Getirilen Konularda Takdir Marjı Uygulaması

Mahkemeye erişim hakkı açısından Sözleşme'ye aykırılık oluşturabilecek diğer bir konu, taraf devletlerin belli kişi ya da kurumlar lehine yargılama muafiyetine⁵⁰² ilişkin düzenlemeler yapmasıdır. Mahkemenin bu konudaki en önemli kararı *Fayed/Birleşik Krallık*⁵⁰³ kararıdır. Bu karar öncesinde Mahkeme, iç hukukta ileri sürülebilecek medeni bir hak olmaması gerekçesiyle, yasama dokunulmazlığı, diplomatik ve memurların yargılanma muafiyeti konularını 6. maddenin kapsamı dışında görmekte ve kabul edilmezlik kararı vermekte idi.⁵⁰⁴ Ancak *Fayed* kararı ile birlikte Mahkeme bu tür başvuruları mahkemeye erişim hakkı kapsamında görmüş ve 6. maddenin ihlal edilip edilmediği noktasında “*Ashingdane kriterlerine*” uygunluk denetimi yapmaya başlamıştır.

Fayed Kararına konu olayda, hükümetin tayin ettiği Ticaret Bölümü Müfettişlerinin bir şirketle ilgili raporunda yolsuzluk iddialarına karşı, şirket sahiplerinin açmak istediği hakaret davası açısından müfettişlere dava açılmayacağına ilişkin bir muafiyet düzenlemesi söz konusudur. Bu tür davaların açılabilmesi için kamu görevlisinin kasten zarar verme amacını gösteren delillerin bulunması şartı getirilmiştir.⁵⁰⁵ Şirketin mahkemeye erişim hakkının engellendiği gerekçesiyle yaptığı başvuruda, AIHM konuyu 6. madde kapsamında ele alarak⁵⁰⁶ taraf devletin takdir marjını aşmış olduğunu

⁵⁰² Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 571; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 243 vd; İNCEOĞLU, 2008, s. 145 vd.; ARTIK, s. 143 vd; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s. 624 vd; ARAI-TAKAHASHI, s. 46.

⁵⁰³ **Fayed/The United Kingdom**, 21.09.1994, Başvuru No 17101/90.

⁵⁰⁴ **Agee/The United Kingdom**, 17.12.1976, Başvuru No 7729/76, Decision Report 7, s. 164; **Dyer/The United Kingdom**, 09.10.1984, Başvuru No 10475/83, Decision Report 39, s. 251-252, 256.

⁵⁰⁵ **Fayed/The United Kingdom**, § 42.

⁵⁰⁶ **Fayed/The United Kingdom**, § 67.

değerlendirmiştir. Mahkeme burada getirilen muafiyetin kamu yararı amaçlı olması nedeniyle meşru bir amaca hizmet ettiğini⁵⁰⁷ ve müfettişlerin korkmadan, bağımsız bir şekilde kamu yararına uygun rapor hazırlayabilmeleri için, sınırlama aracı ile amacın orantılı olduğunu⁵⁰⁸ ifade etmiştir. Bu değerlendirmelerin ışığında Mahkeme taraf devletın takdir marjını aşmadığına hükmetmiştir.⁵⁰⁹

Mahkeme benzer yaklaşımı milletvekillerine getirilen dokunulmazlıklarda da benimsemekte ve takdir marjını uygulamaktadır. Parlamentoda konuşması sırasındaki ifadelerinin hakaret içerdiği gerekçesiyle kendisine dava açılmak istenen milletvekilinin dokunulmazlığı nedeniyle, mahkemeye erişim hakkının ihlali edildiği gerekçesiyle yapılan *A/Birleşik Krallık*⁵¹⁰ başvurusunda Mahkeme, yasama sorumsuzluğunun mutlak dokunulmazlık sağlamasını 6. maddeye aykırı bulmamıştır. Mahkemenin buradaki görüşü, milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu yani parlamentoda serbest bir şekilde ifade özgürlüğünden yararlanmaları, demokraside çok önemli olan kuvvetler ayrılığını güvence altına almak gibi meşru bir amaç taşımaktadır.⁵¹¹ Bu amaca ulaşmak için milletvekillerinin hem hukuk hem de ceza davalarına karşı mutlak bir şekilde korunmasının orantılılık açısından değerlendirilmesinde, uluslararası kamu hukuku alanında devletlerin bağımsızlığı hususunda Sözleşmeciler devletlerin genelinde bu tür bir muafiyetin kabul edilmesi nedeniyle orantılı bulmuş ve davalı devletın takdir marjını aşmadığına karar vermiştir.⁵¹²

⁵⁰⁷ *Fayed/The United Kingdom*, § 69-70.

⁵⁰⁸ *Fayed/The United Kingdom*, § 71-81.

⁵⁰⁹ *Fayed/The United Kingdom*, § 82.

⁵¹⁰ *A/The United Kingdom*, 12.12.2002, Başvuru No 35373/97.

⁵¹¹ *A/The United Kingdom*, § 73-75.

⁵¹² *A/The United Kingdom*, § 78, 87.

Bununla birlikte Mahkeme milletvekillerini, yalnızca yasama faaliyetine ilişkin ifadeleri açısından mutlak bir dokunulmazlıktan yararlandırmaktadır. *Cordova/İtalya*⁵¹³ kararında milletvekilinin parlamento dışındaki yasama faaliyetiyle ilgili olmayan konuşmalarını dar bir yoruma tabi tutarak, yasama sorumsuzluğunun kapsamına girmeyeceğine hükmetmiştir.⁵¹⁴ Sonuç itibariyle Mahkeme parlamento içi çalışmalarda milletvekillerinin söz ve açıklamalarına ilişkin yasama muafiyetini nasıl düzenleyecekleri hususunda taraf devletleri geniş bir takdir marjından yararlandırırken, meclis dışındaki yasamayla ilgili olmayan ifadelerde mahkemeye erişim hakkının sınırlanmasında takdir marjı tanımamaktadır.

Avrupa Konseyi üyesi devletlerde milletvekillerinin yasama sorumsuzluğunun yanında, milletvekillerini cezai soruşturma ve davalardan koruyan yasama dokunulmazlıkları da kabul edilmektedir. Bazı ülkelerde bu dokunulmazlık hem hukuk hem de ceza davalarına karşı koruma sağlayabilmektedir. Ülkemiz açısından ise milletvekili dokunulmazlığı sadece ceza davaları açısından ve milletvekilliği süresince bir bağımsızlık sistemi getirmektedir.⁵¹⁵ Bu konu *Kart/Türkiye*⁵¹⁶ başvurusu ile Mahkemeye taşınmıştır. Başvurucu *Kart* kendisine karşı açılmış iki ceza davasında savunma hakkını kullanabilmek ve hakkındaki iddiaların sonuçlandırılması için dokunulmazlığının kaldırılmasını talep etmiştir. Bu talebi Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'na havale edilmiş, ardından inceleme 22. Yasama Dönemi'ne ertelenmiştir.⁵¹⁷ Bunun üzerine AIHM'e başvurulmuştur ve söz konusu başvurunun dikkat çeken yönü, yasama bağımsızlığından yararlanan kişi tarafından ilk kez bu şekilde

⁵¹³ **Cordova/Italy (No 2)**, 30.01.2003, Başvuru No 45649/99.

⁵¹⁴ **Cordova/Italy (No 2)**, § 60-67.

⁵¹⁵ **Türkiye Cumhuriyeti Devleti 1982 Anayasası**, madde 83.

⁵¹⁶ **Kart/Turkey (Second Section Decision)**, 08.07.2008, Başvuru No 8917/05.

⁵¹⁷ **Kart/Turkey (Second Section Decision)**, § 13-27.

bir dava açılmış olmasıdır.⁵¹⁸ Mahkemenin İkinci Dairesi taraf devletlerin milletvekili sorumsuzluğu ve dokunulmazlığını düzenlemede takdir alanına sahip olduğunu belirtmekle birlikte başvuruya konu olayda milletvekilinin kendi isteğiyle açıkça bu dokunulmazlıktan vazgeçmesini ve TBMM Genel Kurulu'nun dokunulmazlığın kaldırılması talebini neticelendirmekte geciktiği gerekçesiyle 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵¹⁹ Ancak davalı hükümetin Büyük Daireye yaptığı itiraz sonucunda Mahkeme, başvuruçunun milletvekili dokunulmazlığından kendi isteğiyle vazgeçemeyeceği, bu konunun TBMM'nin takdir marjı alanına giren politik bir husus olduğu gerekçesiyle ihlalin olmadığına karar vermiştir.⁵²⁰ Bu kararda İkinci Daire, yerleşik içtihadını değiştirerek milletvekili dokunulmazlığı konusunda taraf devletin takdir marjını daraltmıştır. Fakat Büyük Daire eski içtihadına dönerek konunun siyasi içeriğini dikkate almış ve konunun taraf devletin takdir alanı içerisinde yer aldığına hükmetmiştir.

Mahkemeye erişim hakkını sınırlayan bir diğer muafiyet alanı da diplomatik bağışıklık konusudur. Buradaki sınırlama, uluslararası hukuktaki devletlerin egemenliğine saygı anlayışına dayalı devletler arasındaki nezaket ve iyi ilişkileri korumak gibi meşru bir amaçtan kaynaklanmaktadır.⁵²¹ Mahkeme bu konudaki başvurularda da diplomatik ilişkiler çerçevesinde, örneğin bir devletin diğer bir devletteki temsilciliğindeki çalışanlarla ilgili davalarda, mahkemeye erişim hakkının sınırlanması konusunda devletlerin belli bir takdir marjından yararlandığını, ancak bu sınırlamanın

⁵¹⁸ **Kart/Turkey (Second Section Decision)**, § 56.

⁵¹⁹ **Kart/Turkey (Second Section Decision)**, § 84-85, 93-95.

⁵²⁰ **Kart/Turkey (Grand Chamber Decision)**, 03.12.2009, Başvuru No 8917/05, § 101-114.

⁵²¹ **Al-Adsani/The United Kingdom**, 21.11.2001, Başvuru No 35763/97, § 54.

meşru amacının ve kullanılan aracın orantılı olup olmadığını denetleme yetkisinin kendisine ait olduğunu kabul etmektedir.⁵²²

2. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Toplumlarda hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi ve kişilerin yargıya olan güveninin sağlanması için mahkemeye erişim hakkının tanınması kadar, mahkemelerin yargılamayı makul sürede sonuçlandırması da çok önemlidir. Yargılamanın makul sürede tamamlanması gerekliliği Sözleşme'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir parçası olarak güvence altına alınmıştır. Yargılama sürelerinin uzunluğu konusundaki eleştiriler genellikle “geç gelen adalet, adalet değildir.”⁵²³ özdeyişiyle sıklıkla dile getirilmektedir. Mahkemeye göre makul sürede yargılanma hakkı, adaletin gecikmeden gerçekleştirilerek, etkinliğinin ve güvenilirliğinin korunmasını amaçlamaktadır.⁵²⁴

Makul süre Sözleşme'nin hem 6. maddesinde hem de 5. maddesinde yer alan bir kavramdır. Ancak bu kavram iki maddede farklı kapsamlarda düzenlenmiştir.⁵²⁵ 6. maddedeki “makul süre” hem suç isnadına hem de medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin davalarda yargılamanın tamamı için öngörölmüştür. Oysa 5. maddede tutuklu kişinin makul sürede yargılanma ve yargılama sürerken de salıverilme hakkı düzenlenmiştir.

⁵²² **Al-Adsani/The United Kingdom**, § 53, 55; benzer kararlar için bkz. **Fogarty/The United Kingdom**, 21.11.2001, Başvuru No 37112/97, § 33-39; **Cudak/Lithuania**, 23.03.2010, Başvuru No 15869/02, § 55-58; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 571; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 244

⁵²³ Karşılaştırmalı hukukta da benzer özdeyişlere rastlanmaktadır. Fransız Hukukunda “*Tarder par trop a juger équivaut a refuser de le faire*”; “*Justice rétive, justice fautive*”; İngiliz Hukukunda “*Justice delayed, justice denied*” özdeyişleri kullanılmaktadır. Bkz. ARTIK, s. 249.

⁵²⁴ **H/France**, 24.10.1989, Başvuru No10073/82, § 58;

⁵²⁵ **Stögmüller/Austria**, 10.11.1969, Başvuru No 1602/62, §46; ARAI-TAKAHASHI, s. 51; İNCEOĞLU, 2008, s. 371.

Mahkemeye göre makul süre davanın koşullarına bağlı olarak göreceli bir kavramdır. Bu nedenle Mahkeme içtihatlarında makul süre için objektif bir sınır ortaya konulmamıştır. Bu konudaki içtihatlarda genel görüş 8 yılı aşan yargılamaların makul süreyi aştığı yönündedir.⁵²⁶ Ancak mevcut yaklaşım her 8 yılın altındaki yargılama süresinin de makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmediği anlamına gelmemektedir.

Yargılamanın makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetiminde üç ölçütten yararlanılmaktadır: Bunlardan ilki davanın karmaşıklığı (sanıkların sayısı, deliller, bilirkişi raporu gerekliliği vb.), ikincisi başvuruçunun tutum ve davranışı ve üçüncüsü ulusal yargı ve idari makamların yaklaşımıdır.⁵²⁷ Mahkeme bu konudaki denetiminde bu üç ölçütü ayrı ayrı değerlendirmektedir. Aslında bu başvurularda yargılamayı makul bir sürede bitiremeyen ulusal makamlar şikâyet edilmektedir. Mahkemeye göre sözleşmeli devletlerin adil yargılanma hakkını sağlayabilmesi için, yargı sistemlerini davaların makul sürede bitirebilecek şekilde yapılandırma yükümlülüğü vardır.⁵²⁸ Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin büyük kısmında yaşanan dava yoğunluğu ve iş yükü sorununu çözmek için uygun araçları ise taraf devletler seçecektir. Mahkeme ise başvuruları incelerken taraf devletlerin bu sorunu çözmekteki isteğine ve tutumuna bakmaktadır. Eğer taraf devlet yükümlülüklerini yerine getirmiş olmakla birlikte istisnai bir durumdan dolayı yargılama uzamışsa ihlalin olmadığına karar vermektedir.⁵²⁹ Mahkeme makul süreye ilişkin başvurularda, her durumun kendi özelliğini dikkate alarak esnek bir yaklaşım

⁵²⁶ ARAI-TAKAHASHI, s. 51; İNCEOĞLU, 2008, s. 373.

⁵²⁷ **Zana/Turkey**, 25.11.1997, Başvuru No 18954/91, § 75.

⁵²⁸ **Süssmann/Germany**, 16.09.1996, Başvuru No 20024/92, § 55; **Muti/Italy**, 23.03.1994, Başvuru No 14146/88, § 15.

⁵²⁹ **Neumeister/Austria**, 27.06.1968, Başvuru No 1936/63, § 21; **König/Germany**, 28.06.1978, Başvuru No 6232/73, § 101-111; **Buchholz/Germany**, 06.05.1981, Başvuru No 7759/77, § 51.

sergilemekle birlikte, taraf devletlerin takdir marjını açıkça uygulamamakta⁵³⁰ ve kendi değerlendirmesini yapmaktadır.

3. Aleni Yargılanma Hakkı

Aleni yargılanma hakkı, dava ve duruşmaların kamuya açık bir şekilde yapılarak hüküm aleni olarak verilir ki, bu hem şeffaflığın sağlanması hem de kişilerin mahkemelere duyduğu güvenin pekiştirilmesi açısından⁵³¹ 6. maddenin koruma altına aldığı en önemli güvencelerden biridir. Yargılamanın aleni yapılmasından kasıt ise davanın halka açık duruşmalı görülmesidir. Ancak Sözleşme'ye taraf ülkelerde yargılama usulüne ilişkin farklı düzenlemeler mevcuttur. Ceza davalarında sanığın hazır bulunma hakkından dolayı üye devletlerin genelinde duruşmalı yargılama kabul edilmektedir.⁵³² Ancak medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bazı davalar yazılı yargılama usulüyle görülebilmektedir. Bu farklılıklar nedeniyle Mahkeme alenilik ilkesine uygunluğu denetlerken yargılamayı bir bütün olarak incelemekte ve ilk derece yargılaması ile temyiz yargılaması arasında bir ayrım yapmaktadır. Önemli olan noktanın ise ilk derece mahkemesinde aleniyet ilkesinin gerçekleştirilmesi gerektiğine hükmetmektedir.⁵³³ Yargılama usulünün belirlenmesi konusunda Mahkemenin taraf devletlerin farklılıklarını dikkate alarak denetimini esnetmesi zımni bir takdir marjı uyguladığına işaret etmektedir.

Bununla birlikte yargılamanın aleni yapılması ilkesi mutlak değildir. Sözleşme belli durum ve koşullarda yargılamanın aleniliğinin sınırlandırılmasına izin vermektedir.

⁵³⁰ Benzer görüş için bkz. İNCEOĞLU, 2008, s. 381.

⁵³¹ **Diennet/France**, 26.09.1995, Başvuru No 18160/91, § 33; **Guisset/France**, 26.09.2000, Başvuru No 33933/96, § 72.

⁵³² İNCEOĞLU, 2008, s. 343-344.

⁵³³ **Helmets/Sweden**, 29.10.1991, Başvuru No 11826/85, § 36; Van DIJK-Van HOOFF, s. 439.

Demokratik bir toplumda kamu düzeni, milli güvenlik, genel ahlak veya küçüğün menfaati⁵³⁴ ve davanın taraflarının özel yaşamının korunması⁵³⁵ amacıyla mahkemelerce kaçınılmaz olarak zorunlu görüldüğünde dava kısmen veya tamamen halka ve basına kapalı görülebilecektir. Buradaki sınırlama sebepleri ise ileride inceleyeceğimiz Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde yer alan nedenlere benzerdir.⁵³⁶ Bu alanda Mahkeme taraf devletlerin takdir marjını oldukça geniş uygulamaktadır. 6. maddede yer alan sınırlamalarda da takdir marjının genişleyeceği düşünülebilir. Fakat Sözleşme metninde yer alan “*mahkemenin kaçınılmaz olarak zorunlu bulması*” ifadesi nedeniyle 6. madde açısından takdir marjı bu kadar esnek yorumlanamaz. Mahkeme de yargılamanın aleniliğine ilişkin içtihatlarında takdir marjı kavramını açıkça dile getirmemekte, “*durumun gerekliliği*” ifadesini kullanmakta ve bu gerekliliğin değerlendirmesini taraf devlete bırakmadan bizzat kendisi yapmaktadır. Ancak Nortier/Hollanda kararında Yargıç *Morenilla*, mutabakat şerhinde takdir marjını açıkça belirtmiştir.⁵³⁷

4. Delillerin Değerlendirilmesi

Mahkemeleri nihai karara götüren önemli yargılama aşamalarından biri de delillerin değerlendirilmesidir. Delil sistemi ve ispat külfetinin kime ait olduğunun belirlenmesi her bir devletin kendi hukuk sisteminde düzenlenmektedir. Bu açıdan taraf devletler belli bir

⁵³⁴ **B. and P./The United Kingdom**, 24.04.2001, Başvuru No 36337/97 35974/97, § 45-49; **T/The United Kingdom**, 16.12.1999, Başvuru No 24724/94, 83-85.

⁵³⁵ **Guenoun/France**, 02.07.1990, Başvuru No 13562/88, 66 Decision Report 188; bkz. HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 275.

⁵³⁶ HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 275; Van DIJK-Van HOOFF, s. 86; ARAI-TAKAHASHI, s 50.

⁵³⁷ **Nortier/The Netherlands**, 24.08.1993, Başvuru No 13924/88, § 35-38; Bu kararda bkz. **Concurring Opinion of Judge Morenilla**, § 3.

takdir marjına sahiptir. Sözleşme'ye üye ülkelerin hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar⁵³⁸ belirli bir takdir marjını zorunlu kılmaktadır.

Bu konuya ilişkin başvurular genellikle yasa dışı yollardan elde edilmiş delillerin karara esas alınması noktasında yapılmaktadır. *Schenk/İsviçre*⁵³⁹ kararı da buna ilişkindir ve ulusal mahkemede İsviçre ceza hukukuna aykırı bir biçimde telefon görüşmeleri kaydedilerek delil olarak kabul edilmiştir. Mahkeme delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hakkında 6. maddenin bir kural belirlemediğine ve bu hususun ulusal mahkemelerin takdirinde olduğuna, bu nedenle ihlalin olmadığına hükmetmiştir. Mahkemenin buradaki görevi yargılamanın tamamının adil olup olmadığını denetlemektir.⁵⁴⁰

Mahkemenin hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılmasının Sözleşmeyi ihlal etmeyeceği yönündeki yerleşik içtihadına karşılık, delilin elde edilişi kişinin başka bir hakkını ihlal edebilir. *Khan/Birleşik Krallık*⁵⁴¹ kararına konu olayda başvurucunun evine yasal dayanağı olmadan yerleştirilen dinleme cihazı aracılığıyla toplanan kayıtlarla mahkûmiyet hükmü kurulmuştur.⁵⁴² Bunun üzerine Sözleşme'nin 6. ve 8. maddelerinin ihlali iddiasıyla başvuruda bulunulmuştur. AİHM bu davada bu şekildeki dinlemenin kişinin özel hayatının gizliliğine müdahale olduğundan 8. maddenin ihlali ihlaline karar vermiştir.⁵⁴³ Ancak 6. madde açısından telefon

⁵³⁸ **Taxquet /Belgium**, 16.11.2010, Başvuru No 926/05, § 83-85.

⁵³⁹ **Schenk/Switzerland**, 12.07.1988, Başvuru No 10862/84; **Al-Khawaja and Tahery/The United Kingdom**, 15.12.2011, Başvuru No 26766/05 22228/06 26766/05 22228/06, § 118; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 259-260; İNCEOĞLU, 2008, s. 290-291; DOĞRU-NALBANT, 1. Cilt, s.637-638.

⁵⁴⁰ **Schenk/Switzerland**, § 46.

⁵⁴¹ **Khan/The United Kingdom**, 12.05.2000, Başvuru No 35394/97.

⁵⁴² **Khan/The United Kingdom**, § 9-14.

⁵⁴³ **Khan/The United Kingdom**, § 25-28.

dinlemelerindeki konuşmaların tek delil olmasına rağmen güçlü bir delil olduğu, cebir ya da hile ile kayda alınmadığı, kişinin mahkûmiyetine neden olan ifadeleri kendiliğinden kullandığı ve kendisine yeterince savunma imkânı tanındığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁴⁴

Büyük Dairenin yakın tarihli daha dikkat çekici bir kararı da *Gäfgen/Almanya*⁵⁴⁵ davasında verilmiştir. Bu davada başvuru, sorgulama sırasında hekim raporuyla tespit edilmiş olan insanlık dışı ve kötü muamele ile suçunu ikrar etmiştir. Bunun üzerine öldürdüğü kişinin cesedi bulunmuş ve ceza davasında başvuru mahkûm edilmiştir.⁵⁴⁶ Sözleşme'nin 3.ve 6. maddelerinin ihlali iddiasıyla yapılan başvuruda Mahkeme 3. maddenin ihlaline karar vermiştir.⁵⁴⁷ Ancak 6. madde açısından insanlık dışı muamele yoluyla elde edilen delilin kabul edilebilirliği noktasında Mahkeme, işkence yasağının vazgeçilmez mutlak bir yasak olduğunu ve suç kanıtlanmış olsa dahi bu delillerin kullanılamayacağını, bu delillerin kullanılmasının işkenceyi dolaylı olarak meşrulaştıracağını ifade ederek genel ilkeleri hatırlatmıştır. Ancak taraf devletlerin delillerin yargılama dışı bırakılması konusunda bir uzlaşmaya varmadığının da altı çizilmiştir.⁵⁴⁸ Bu ilkelerin mevcut başvuruya uygulanması hususunda ise Büyük Daire, 3. maddeye aykırı bir şekilde elde edilen ikrarın delil olarak kabulünün tek başına 6. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. Çünkü başvurucuya ceza yargılaması aşamasında bu delillerin kabulüne itiraz ve diğer savunma hakları sağlandığı için yargılamanın bütün olarak adil olduğuna kanaat getirilmiştir.⁵⁴⁹ Mahkemenin bu içtihadı

⁵⁴⁴ **Khan/The United Kingdom**, § 37-38.

⁵⁴⁵ **Gäfgen/Germany**, 01.06.2010, Başvuru No 22978/05.

⁵⁴⁶ **Gäfgen/Germany**, § 15-20.

⁵⁴⁷ **Gäfgen/Germany**, § 131-132.

⁵⁴⁸ **Gäfgen/Germany**, § 162-168, 174.

⁵⁴⁹ **Gäfgen/Germany**, § 185-188.

maalesef Sözleşme'nin koruduğu temel haklar ve değerler açısından oldukça tehlikeli bir karardır. AİHM bu kararında işkence yasağına ilişkin ortaya koyduğu temel ilkelerin değerlendirmesi ile verdiği karar arasında büyük bir çelişkiye düşmüştür.

Mahkemenin delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi konusundaki pasif yaklaşımı oldukça eleştiriye açıktır. Delil sistemi konusunda her ne kadar ortak bir Avrupa standardı bulunmasa da⁵⁵⁰ genellikle iç hukuk sistemlerinde hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmayacağı kabul edilmektedir. Ama Mahkeme bu konunun ulusal mahkemelerin görevi içinde yer aldığından bahisle, söz konusu delillerin yargılamanın tamamı üzerindeki etkisini değerlendirmektedir. Mahkeme bu konudaki içtihatlarında her ne kadar takdir marjını dile getirmese de zaten bu yaklaşımı ile denetimsiz bir takdir marjı alanı sağlamaktadır.

VII. SUÇ VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ (MADDE 7)

Sözleşme'nin 7. maddesi⁵⁵¹ hem hukuk devleti ilkesinin hem de Sözleşme'de yer alan temel hak ve özgürlüklerin en önemli güvencelerinden biridir.⁵⁵² Bu maddeye göre hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukukta suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmaz (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). İşlediği fiil için öngörülen cezadan daha ağır bir cezaya mahkûm edilemez. Sözleşme'ye göre bu madde işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan

⁵⁵⁰ İNCEOĞLU, 2008, s. 288.

⁵⁵¹ Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 651 vd.; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 335 vd.; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 324 vd.; Oya BOYAR, "Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 173.

⁵⁵² **Kafkaris/Cyprus**, 12.02.2008, Başvuru No 21906/04, § 137.

bir fiil ile suçlanan kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir. Bu nedenle 7. madde özellikle ceza hukuku açısından temel ilkeler getirmektedir.

Ayrıca bu düzenleme mutlak bir hükümdür ve 15. maddede yer alan olağanüstü durumlarda dahi askıya alınmaz.⁵⁵³ Bu açıdan bakıldığında, mutlak haklar konusunda taraf devletlerin hiçbir durumda muafiyete sahip olmamasından dolayı 7. madde açısından takdir marjının uygulanabilirliği söz konusu değildir.⁵⁵⁴ Mahkeme de 7. maddeyle ilgili içtihatlarının hiçbirinde “*takdir marjı (margin of appreciation ya da discretion)*” kavramını kullanmamıştır.

Ancak Mahkemenin bu maddeye ilişkin kararlarında takdir marjı kullanılmamış olmakla birlikte başka dikkat çeken noktalar mevcuttur. Maddede geçen “*suç ve ceza*”⁵⁵⁵ ile “*hukuk*” kavramlarına Mahkeme özerk yorum yöntemiyle yaklaşmakta ve ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız bir anlam yüklemektedir. Hangi fiillerin suç sayılacağı ve bu fiillere ne tür ceza öngörüüleceği taraf devletlerin takdir marjındadır. Eğer bir fiil üye devletin ceza hukukunda suç olarak düzenlenmişse, bu durumda hiç kuşkusuz 7. maddedeki ilkelere uygun olması zorunludur. Ancak daha önce 5. maddede belirttiğimiz gibi, üye devletlerin suç olarak düzenlemediği disiplin yaptırımını öngörülen fiiller de Mahkeme tarafından suç olarak kabul edilebilmektedir.⁵⁵⁶ Mahkeme bu değerlendirmeyi disiplin cezasının ağırlığı ve niteliğini inceleyerek yapmaktadır. Bu açıdan ulusal hukukta

⁵⁵³ **Kafkaris/Cyprus**, § 137.

⁵⁵⁴ RUPP-SWIENTY, s. 62.

⁵⁵⁵ **Welch/The United Kingdom**, 09.02.1995, Başvuru No 17440/90, § 27; **Del Rio Prada/Spain**, 21.10.2013, Başvuru No 42750/09, § 81; HARRIS-O’BOYLE&WARBRICK, s. 148, 337; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 653.

⁵⁵⁶ **Engel and Others/The Netherlands**, § 68, yukarıda bkz. s. 96; HARRIS-O’BOYLE&WARBRICK, s. 337; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 651.

disiplin suçu olarak düzenlenmiş fiiller de Mahkeme tarafından suç olarak nitelenip 7. madde kapsamında denetlenebilecektir.

Maddede yer alan hukuk kavramı da özerk bir anlama sahiptir ve bizim ulusal ceza hukukumuzdaki yasama organı tarafından yapılmış olan kanuna karşılık gelmemektedir. Yazılı hukuk kuralları yanında yazısız kuralları ve içtihatları da kapsamaktadır. Bu hukuk kurallarının ise erişilebilir ve öngörülebilir olması gerekir.⁵⁵⁷ Bununla birlikte 7. madde, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin uluslararası genel hukuk ilkeleriyle beraber düşünülmesini zorunlu kılmaktadır. Şöyle ki bir fiilin ulusal ceza hukukunda suç olarak düzenlenmemesine rağmen, o fiilin uluslararası genel hukuk ilkelerine göre cezalandırılması gerekiyorsa kişi, 7. maddenin korumasından yararlanamayacaktır.

VIII. ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİNİ

İSTEME HAKKI (MADDE 8)

A. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi

Sözleşme'nin 8. maddesi⁵⁵⁸ herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu düzenleyerek,

⁵⁵⁷ **S.W./The United Kingdom**, 12.11.1995, Başvuru No 20166/92, § 35; **Kafkaris/Cyprus**, § 139; **Del Rio Prada/Spain**, § 91.

⁵⁵⁸ Bu konuda yararlanılabilecek kaynaklar: Sultan ÜZELTÜRK, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004; Gülay Arslan ÖNCÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayınevi,

İstanbul, 2011; Gülay Arslan ÖNCÜ, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 301-332; Serdar GÜNTÜRK, **Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012; Fatmagül KALE, **Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013; Ersan ŞEN, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Kitabevi, İstanbul, 1996; Güçlü AKYÜREK, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011; Ayhan BOZLAK, **Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013; Hamide ZAFER, **Özel Hayatın ve hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010; Yaşar SALİHPAŞAOĞLU, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y. 2013, S. 3, s. 227-266; G. COHEN-JONATHAN, “Respect for Private and Family Life”, in. R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), **The European System for the Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 405-444; **The Right to Respect for Private and family Life, Home and Correspondence as guaranteed by Article 8 of the ECHR**, Human Rights Files No. 7, Council of Europe, Strasbourg, 1984; Jill MARSHALL, **Personal Freedom through Human Rights Law?-Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights**, International Studies in Human Rights, Volume 8, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009; Mats G. HANSSON, **The Private Sphere-An Emotional Territory and Its Agent**, Philosophical Studies in Contemporary Culture, Volume 15, Springer Publishers, 2008; Ursula KILKELLY, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, Avrupa Konseyi, 2001, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf, erişim tarihi 08.06.2016; Ivana ROAGNA, **Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması**, Çev: Ayşegül Alkış SCHALING, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El kitapları, Strazburg, 2012, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayata_saygi.pdf, erişim tarihi 08.06.2016.

birbiriyle iç içe geçmiş olan ve çok geniş bir alanı kapsayan dört menfaati koruma altına almıştır. Ancak Sözleşme bu dört menfaatin kendisini (örneğin özel yaşam hakkı) değil, bu menfaatlara saygı gösterilmesi hakkını güvence altına almıştır.⁵⁵⁹ Ayrıca bu hüküm Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenmiş olan evlenme hakkı ve 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesinde yer alan aile hayatında eşlerin eşitliği hakkı ile de bağlantılı olarak değerlendirilmelidir.⁵⁶⁰

Madde metninde geçen “saygı” kavramına bağlı olarak bu hak devlete iki tür yükümlülük yüklemektedir.⁵⁶¹ 8. madde bir yandan kişilerin özel ve aile hayatını, konutunu ve haberleşmesini kamu otoritelerinin keyfi ya da yasal olmayan müdahalelerine karşı korumakta, diğer yandan ise bu haklardan etkili bir şekilde yararlanılması için gerekli düzenlemeleri yapma ve tedbirleri alma hususunda üye devletlere pozitif yükümlülükler⁵⁶² getirmektedir.

8. maddenin koruma altına aldığı özel hayat, aile hayatı, haberleşme ve konut kavramlarının tanımı ne Sözleşme’de ne de Mahkeme içtihatlarında açık bir şekilde yapılmıştır. Ayrıca bu dört kavramı tanımlamak gibi birbirinden tamamen ayırmak da oldukça güçtür.⁵⁶³ Mahkeme bir tanım vermek yerine, her bir başvurunun kendine has özelliklerine göre ve özerk yorum yöntemiyle konunun bu madde kapsamına girip girmediğine karar vermektedir.⁵⁶⁴ Mahkemenin bu yaklaşımının hem olumlu hem de

⁵⁵⁹ HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 368.

⁵⁶⁰ COHEN-JONATHAN, s. 405; ARAI-TAKAHASHI, s. 60.

⁵⁶¹ COHEN-JONATHAN, s. 405; ARAI-TAKAHASHI, s. 60; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 368; ÖNCÜ, s. 52 vd; ÜZELTÜRK, s. 160 vd.

⁵⁶² **Mareckx/Belgium**, 13.06.1979, Başvuru No 6833/74, § 31; **Airey/Ireland**, 09.10.1979, Başvuru No 6289/73, § 32; **X and Y/The Netherlands**, 26.03.1985, Başvuru No 8978/80, § 23.

⁵⁶³ COHEN-JONATHAN, s. 405-406; ÖNCÜ, 2013, s. 301-302.

⁵⁶⁴ **Costello-Roberts/The United Kingdom**, 25.03.1993, Başvuru No 13134/87, § 36; **Niemietz/Germany**, 16.12.1992, Başvuru No 13710/88, § 29; SALİHPAŞAOĞLU, s. 235.

olumsuz sonuçları vardır. Olumlu tarafı 8. maddenin teknolojik ve sosyal gelişmelere uyarlanabilmesidir. Olumsuz yanı ise her bir başvuruda farklı kavramların gündeme gelerek, Mahkeme içtihatlarında öngörülebilirliğin sağlanamaması ve devletlerin takdir marjının tespitinin zorlaşmasıdır.⁵⁶⁵

Ancak Mahkeme bir tanım vermese de özel hayatın kapsamına ilişkin *Niemietz/Almanya*⁵⁶⁶ kararında yol gösterici bir şekilde, özel hayat kavramının kişinin istediği gibi yaşadığı yakın çevresi ile sınırlandırılarak, bunun dışındaki hayatını göz ardı etmenin bu hakkı çok daraltacağına altını çizmiştir. Bu nedenle belirli bir dereceye kadar bireyin diğer insanlarla ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirmesinin de özel hayatın kapsamı dâhilinde olduğuna karar vermiştir.⁵⁶⁷ Mahkemenin içtihatları incelendiğinde genel olarak özel hayata saygı hakkı kapsamına giren konular şunlardır: -fiziksel ve psikolojik bütünlük hakkı (tıbbi müdahaleyi ret,⁵⁶⁸ şiddetten korunma,⁵⁶⁹ sağlıklı bir

⁵⁶⁵ ÜZELTÜRK, s. 168.

⁵⁶⁶ *Niemietz/Germany*, 16.12.1992, Başvuru No 13710/88.

⁵⁶⁷ *Niemietz/Germany*, § 29. Mahkeme bu kararında iş yaşamındaki bazı kişisel ilişkilerin de özel hayat kapsamına gireceğine hükmetmiştir.

⁵⁶⁸ Alkol tespitine ilişkin kan ve nefes testi için bkz. *X/The Netherlands*, 04.12.1978, Başvuru No 8239/78; *Tirado Ortiz and Lozano Martin/Spain*, 15.06.1999, Başvuru No 43486/98; babalık testi için bkz. *X/Austria*, 13.12.1979, Başvuru No 8278/78; suç failinin tespitine ilişkin tükürük ve kan örneği alınması için bkz. *Schmidt/Germany*, 05.01.2006, Başvuru No 32352/02; jinekolojik muayene için bkz. *Y.F/Turkey*, 22.07.2003, Başvuru No 24209/94; Açlık grevindeki kişinin zorla beslenmesi için bkz. *Herczegfavy/Austria*, 24.09.1992, Başvuru No 10533/83; *Nevmerzhitsky/Ukraine*, 05.04.2005, Başvuru No 54825/00.

⁵⁶⁹ *Kontrova/Slovakia*, 31.05.2007, Başvuru No 7510/04; *Opuz/Turkey*, 09.06.2009, Başvuru No 33401/02; *Söderman/Sweden*, 12.11.2013, Başvuru No 5786/08.

çevrede yaşama⁵⁷⁰); - kişisel kimlik⁵⁷¹ (kişinin ismi,⁵⁷² cinsel kimlik,⁵⁷³ fiziksel görünüm,⁵⁷⁴ geçmişi hakkında bilgi sahibi olma,⁵⁷⁵ üreme,⁵⁷⁶ beden üzerinde tasarruf,⁵⁷⁷), -kişinin mahremiyeti⁵⁷⁸ ve kişisel verilerin toplanması ve kontrol hakkı⁵⁷⁹.

⁵⁷⁰ **Powell and Rayner/The United Kingdom**, 21.02.1990, Başvuru No 9310/81, § 40, 46; **Lopez Ostra/Spain**, 09.12.1994, Başvuru No 16798/90, § 51; **Fadeyeve/Russia**, 09.06.2005, Başvuru No 55723/00, § 68. Ancak bu konunun 8. madde kapsamına girebilmesi için şikâyet edilen çevresel sorunun kişinin özel ya da aile hayatına veya konuta saygı hakkı üzerinde doğrudan bir etkisi olması gerekir. Ayrıca çevresel meselenin ciddi boyutta ve başvuru açısından şiddet derecesine ulaşmış olması gerekir. **Fadeyeve/Russia**, § 68-69.

⁵⁷¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. MARSHALL, Part III, Personal Identity and the European Court of Human Rights , s. 89 vd.

⁵⁷² **Burghartz/Switzerland**, 22.02.1994, Başvuru No 16213/90, § 24; **Stjerna/Finland**, 25.11.1994, Başvuru No 18131/91, § 37; **Ünal Tekeli/Turkey**, 16.11.2004, Başvuru No 29865/96, § 42.

⁵⁷³ **Brüggemann and Scheuten/Germany**, 12.07.1977, Başvuru No 6959/75, § 55; **Dudgeon/The United Kingdom**, 22.10.1981, Başvuru No 7525/76, § 52.

⁵⁷⁴ Fiziksel görünümüne ilişkin başvurular genellikle belli bir kıyafet giyme zorunluluğu sorununa ilişkin yapılmıştır ve Mahkeme konuyu 8. madde kapsamında değerlendirmiştir. **Mcfeeley and Others/The United Kingdom**, 15.05.1980, Başvuru No 8317/78, § 83; **S.A.S/France**, 01.07.2014, Başvuru No 43835/11, § 106.

⁵⁷⁵ **Mikulic/Croatia**, 07.02.2002, Başvuru No 53176/99, § 64-66; **Odievre/France**, 13.02.2003, Başvuru No 42326/98, § 48-49; **Jaggi/Switzerland**, 13.07.2006, Başvuru No 58757/00, § 37.

⁵⁷⁶ **Evans/The United Kingdom**, 10.04.2007, Başvuru No 6339/05, § 38; **S.H. and Others/Austria**, 01.04.2010, Başvuru No 57813/00, § 60.

⁵⁷⁷ Yaşam hakkına ilişkin yukarıda incelediğimiz **Pretty/The United Kingdom** başvurusunda Mahkeme ötenazi konusunu 8. Madde kapsamında incelemiştir. Bkz. Yukarıda s. 70-71.

⁵⁷⁸ Özellikle kamuya mal olmuş kişiler hakkındaki haberler açısından bkz. **Von Hannover/Germany**, 24.06.2004, Başvuru No 59320/00, § 77.

⁵⁷⁹ Vergi yasası uyarınca kişilerin özel harcamalarının listesinin yapılması hakkında bkz. **X/The United Kingdom**, 06.10.1982, Başvuru No 9702/82; kişilerin sağlıkla ilgili kayıtları hakkında bkz. **Z/Finland**, 25.02.1997, Başvuru No 22009/93, § 71; Gözltına alınan kişinin parmak izinin alınması, fotoğrafının

8. maddedeki saygı gösterilmesi gereken menfaatlerden ikincisi ise aile hayatıdır. Mahkeme, aile hayatı kavramını da değişen günün koşullarına göre yorumlayarak esnek bir şekilde incelemektedir. Böylece aile hayatını resmi evliliğe dayanan ilişkiden daha geniş değerlendirmekte ve fiili birliktelikleri de aile hayatı olarak kabul etmektedir.⁵⁸⁰ Mahkemenin aile hayatı kapsamında değerlendirdiği belli başlı konular ise eşcinsellerin birlikteliği⁵⁸¹, transseksüellerin başka bir donörden alınan sperm ve yapay dölleme yoluyla baba olması,⁵⁸² velayet⁵⁸³ ve velayet verilmeyen anne ya da babanın çocukla kişisel ilişki kurması ve görüşme hakkıdır.⁵⁸⁴ Bununla birlikte aile hayatıyla, Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı yakından bağlantılıdır. Ancak 8. madde kişilerin evlenme hakkını kapsamamaktadır.⁵⁸⁵ Özellikle eşcinsellerin ya da transseksüellerin fiili birliktelikleri konusunda Mahkeme aile hayatının varlığını kabul ederken; bu kişilerin evlenme talepleri konusunu 8. maddenin koruması dışında tutmaktadır.⁵⁸⁶

8. maddenin düzenlediği bir diğer kategori ise konuta saygıdır. Konut kavramını Mahkeme özerk yorum yöntemiyle değerlendirmekte ve kavrama üye devletlerden bağımsız bir anlam yüklemektedir. Mahkeme konut tanımını şu şekilde yapmaktadır:

çekilmesi ve bu verilerin saklanması hakkında bkz. **McVeigh, O'Neil and Evans/The United Kingdom**, 18.03.1981, Başvuru No 8022/77, 8025/77, 8027/77.

⁵⁸⁰ **Johnston and Others/Ireland**, 18.12.1986, Başvuru No 9697/82, § 55; **K and T/Finland**, 12.07.2001, Başvuru No 25702/94, § 150; **Al'Nashif/Bulgaria**, 20.06.2002, Başvuru No 50963/99, § 112; **Marckx/Belgium**, § 31.

⁵⁸¹ **Schalk and Kopf/Austria**, 24.06.2010, Başvuru No 30141/04, § 94.

⁵⁸² **X, Y, and Z/The United Kingdom**, 20.03.1997, Başvuru No 21830/93, § 32, 42.

⁵⁸³ **Salgueiro da Silva Mouta/Portugal**, 21.12.1999, Başvuru No 33290/96, § 22.

⁵⁸⁴ **Glaser/The United Kingdom**, 19.09.2000, Başvuru No 32346/96, § 64-65.

⁵⁸⁵ KILKELLY, s. 26.

⁵⁸⁶ **Schalk and Kopf/Austria**, § 90-94.

“genellikle özel ve aile yaşamının geliştiği, maddi-fiziksel olarak belirlenmiş yerdir.”⁵⁸⁷

Bu bakımdan bir yerin 8. maddenin korumasından yararlanacak bir konut sayılabilmesi için o mekânla yeterli ve sürekli bir bağın bulunması şarttır. Ayrıca konut kişinin hâlihazırda yaşadığı yeri değil, kişinin yerleşme ve ev olarak kullanma niyetinde olduğu yeri de kapsamaktadır.⁵⁸⁸ Mahkeme konut kavramının ne olduğunu tespit ederken modern yaşamın koşullarını dikkate alarak, ev ve işyeri arasındaki farkın bulanıklaşmasından dolayı işyerini de konut olarak saymaktadır.⁵⁸⁹ Bir kişinin konutuna saygı gösterilmesini isteme hakkına ilişkin başvurular genellikle şu konularda yapılmaktadır: -konutta arama yapılması ve bazı eşyalara el konulması⁵⁹⁰ -konuta erişim ve konutun kullanılması⁵⁹¹, -konuttan tahliye edilme⁵⁹², -konutta huzurlu bir şekilde yaşamak (gürültü, çevre kirliliği vs. olumsuz etkilerden korunmak)⁵⁹³.

⁵⁸⁷ **Giacomelli/Italy**, 02.11.2006, Başvuru No 59909/00, § 76.

⁵⁸⁸ **Gillow/The United Kingdom**, 24.11.1986, Başvuru No, 9063/80, § 44-46; **Buckley/The United Kingdom**, 25.09.1996, Başvuru No 20348/92, § 54 (Mahkeme bu başvuruda karavana da konut olarak kabul etmiştir.).

⁵⁸⁹ **Niemietz/Germany**, 16.12.1992, Başvuru No 13710/88, § 30; **Chappell/The United Kingdom**, 30.03.1989, Başvuru No 10461/83, § 96.

⁵⁹⁰ **Ernst and Others/Belgium**, 15.07.2003; Başvuru No 33400/96; **Funke/France**, 25.02.1993, Başvuru No 10828/84; **Camenzind/Switzerland**, 16.12.1997, Başvuru No 21353/93.

⁵⁹¹ **Wiggins/The United Kingdom (Kabul edilemezlik kararı)**, 08.02.1978, Başvuru No 7456/76, Mahkeme bu konuyu genellikle 1 Nolu Protokolün 1. maddesindeki mülkiyet hakkıyla birlikte değerlendirmektedir, bkz. s. 46-47.

⁵⁹² **Cyprus/Turkey (Kabul edilemezlik kararı)**, 26.05.1975, Başvuru No 6780/74, 6950/75.

⁵⁹³ **Hatton/The United Kingdom**, 08.07.2003, Başvuru No 36022/97, § 96; **Powell and Rayner/The United Kingdom**, § 40; **Lopez Ostra/Spain**, § 51; Ayrıca taraf devletin verdiği maden ruhsatları da konuta saygı hakkına bir müdahale oluşturabilmektedir. Bkz. **Taşkın and Others/Turkey**, 10.11.2004, Başvuru No 46117/99, § 113, 126; **Öçkan and Others/Turkey**, 28.03.2006, Başvuru No 46771/99, § 39-40. Çevre kirliliği, gürültü gibi olumsuz müdahaleler devletten gelebileceği gibi toplumdaki diğer kişilerden de

8. maddenin son olarak koruma altına aldığı menfaat ise haberleşmeye saygıdır. Haberleşmeye saygı gösterilmesini isteme hakkı, kişilerin engellenmeden, kesintiye ve sansüre uğramadan diğer kişilerle iletişim kurmasını sağlamaktadır.⁵⁹⁴ Haberleşme geniş anlamıyla, “bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler ve gruplar arasında değiş tokuş edildiği süreçtir.”⁵⁹⁵ Sözleşme’de maddedeki diğer kavramlar gibi haberleşmenin de bir tanımı yapılmamıştır. Mahkemeye göre ise haberleşmenin içine mektup, telefon, fax ve teleks gibi araçlarla sağlanan iletişimin tamamı girmektedir.⁵⁹⁶ Ayrıca Mahkemenin, Sözleşme’nin değişen günün koşullarına cevap verebilmesi gerekliliğine uygun olarak, teknolojik gelişmeleri de dikkate alması bir zorunluluktur.⁵⁹⁷ Özellikle internet çağını yaşıyor olmamız haberleşmenin de kapsamını oldukça genişletmiştir. Bu açıdan e-mail, elektronik ortamdaki özel yazışmalar da haberleşme hakkı kapsamında değerlendirilecektir. Haberleşmeye saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahalelerden doğan uyuşmazlıklar genellikle haberleşmenin denetlenmesi (mektupların -özellikle hükümlü ve tutukluların mektupları⁵⁹⁸- ve

gelebilir. Bu durumda da üye devletin pozitif sorumluluğu gündeme gelmektedir. Gece kulübü ve barlardan gelen gürültüye ilişkin bkz. **Moreno Gomez/Spain**, 16.11.2004, Başvuru No 4143/02, § 55.

⁵⁹⁴ HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 387; KILKELLY, s. 34; ÖNCÜ, 2013, s. 320.

⁵⁹⁵ İçel KAYIHAN, Kitle Haberleşme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2001, s. 4; Handan Yokuş SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBB Dergisi**, Sayı 69, 2007, s. 97.

⁵⁹⁶ **Klass and Others/Germany**, 06.09.1978, Başvuru No 5029/71, § 41.

⁵⁹⁷ Adem SÖZÜER, “Turkey’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir CezaYargılama Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İÜHFİM**, C. 55, S. 3, 1997, s. 65-110; ÖNCÜ, 2011, s. 200; AİHM de benzer bir yaklaşım izlemektedir. Bkz. **Copland/The United Kingdom**, 03.04.2007, Başvuru No 62617/00, § 41.

⁵⁹⁸ **Campbell/The United Kingdom**, 25.03.1992, Başvuru No 13590/88, § 44-47.

elektronik postaların izlenmesi⁵⁹⁹ vb.) ve telefon görüşmelerinin gizli dinlenmesiyle⁶⁰⁰ ilgili olmaktadır.

Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma altına aldığı bu menfaatlerin hangi nedenlerle ve şartlarda sınırlanabileceği maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu sınırlama nedenleri 9, 10 ve 11. maddelerin 2. fıkrasında benzer bir şekilde yer almıştır. Buna göre bu hak ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın ve başkalarının haklarının korunması amacıyla hukuka uygun ve demokratik bir toplumda gerekli olmak koşuluyla sınırlanabilir. Sınırlanma nedenleri ve sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekliliğinin değerlendirilmesini ise öncelikle yapacak olan taraf devlettir. Bu değerlendirmede devlet belli bir takdir marjından yararlanacaktır. Ancak 8. maddenin koruduğu menfaatlere ilişkin uyuşmazlıklar konusunda tam anlamıyla oluşmuş bir Avrupa konsensüsü olmaması ve sınırlama nedenlerinin genel ve muğlak oluşu bu alanda takdir marjının sıklıkla uygulanmasına yol açmaktadır. Ayrıca bu madde çok sayıda menfaati ve çeşitli konuyu düzenlediği için Mahkemenin 8. maddeyle ilgili uyuşmazlıklarda takdir marjını nasıl uyguladığının tespiti de oldukça zorlaşmaktadır. Bu nedenle takdir marjının bu alandaki uygulamasının daha iyi anlaşılabilmesi için maddenin koruduğu menfaatlere göre bir ayırım izlenerek, yapılan müdahaleler ile sınırlama sebepleri birlikte incelenecektir.

⁵⁹⁹ **Copland/The United Kingdom**, § 41.

⁶⁰⁰ **Klass and Others/Germany**, § 41.

B. Özel Hayata Saygı Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulaması

1. İsim Hakkı

İsim hakkı kişisel kimliğin bir unsuru olarak özel hayat kapsamında Sözleşme'de koruma altındadır.⁶⁰¹ Her bireyin bir isme sahip olması bir insan hakkı olarak ilk kez Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 24. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.⁶⁰² Buna göre her çocuk, doğumundan hemen sonra nüfus kütüğüne kaydedilerek bir isme sahip olacaktır. Benzer bir hüküm AİHS'de mevcut olmamakla birlikte Mahkeme, içtihatlarıyla ismin kişinin özel ve aile hayatını ilgilendiren önemli bir hak olduğunu kabul etmiştir.⁶⁰³

İsim hakkına ilişkin uyuşmazlıklar genellikle ailelerin çocuklarına vermek istedikleri isimlerin kamu makamlarınca reddedilmesi, isim değişikliği talepleri ve evlenen çiftlerin soyadı seçiminde ortaya çıkmaktadır.

Anne babanın dünyaya gelen çocuklarına ilk ismini vermesi kişisel ve duygusal bir konu olarak özel hayatın bir parçasıdır. Ancak seçilen isimlerin alışılmadık veya garip olduğu durumlarda kamu makamlarınca sınırlamalar getirilebilmektedir. Söz konusu müdahalenin, 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırlama sebepleri açısından uygunluğu

⁶⁰¹ Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 685; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 390; ÜZELTÜRK, s. 174; ÖNCÜ, içinde ed. İNCEOĞLU, 2013, s. 308; KILKELLY, s. 71 vd;

⁶⁰² Bkz. Enver BOZKURT, **İnsan Hakları Temel Metinleri**, Asil Yayınları, Ankara, 2011, s. 55; Benzer düzenlemeler **Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin** 7. maddesinin 1. fıkrasında (bkz. BOZKURT, s. 153) ve **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin** 18. maddesinde bulunmaktadır.

⁶⁰³ **Burghartz/Switzerland**, § 24.

denetiminde ise AİHM taraf devletlerin takdir marjına başvurmaktadır.⁶⁰⁴ Bu tür başvurularda ulusal makamlar ismin garipliğinin ya da komikliğinin ileride çocuğun çıkarlarına zarar verebileceği gerekçesine dayanmaktadır. Ayrıca taraf devletlerin kendi resmi dilini koruma politikası gibi meşru bir amacı da bulunabilmektedir.⁶⁰⁵ Mahkeme bu gerekçeleri genellikle haklı bularak taraf devletlerin isim hakkına ilişkin konuda geniş bir takdir marjına sahip olduğunu yinelemektedir.⁶⁰⁶ Ancak isim verilmesi ve değişikliği veya soyadı konusunda Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında bir uzlaşma olmaması nedeniyle, taraf devletler her ne kadar oldukça geniş bir hareket serbestisi ve takdir marjından yararlınsalar da bu alan Mahkemenin denetimine tabidir. Şöyle ki Mahkeme *Guillot/Fransa Kararında* çocuğa verilmek istenen “*Fleur de Marie*” isminin garip bulunarak, çocuğun çıkarını korumak amacıyla ulusal makamlar tarafından reddedilmesini Sözleşme’ye uygun bulmuştur.⁶⁰⁷ Buna rağmen *Johansson/Finlandiya* kararında “*Axl*” isminin verilmesinin engellenmesini, bu konuda devletin takdir marjı olmasıyla birlikte, söz konusu ismin daha önce başkalarına verildiği ve nüfus kayıtlarında yer aldığı gerekçesiyle ihlal olduğuna karar vermiştir.⁶⁰⁸ Görüldüğü üzere bu konuya ilişkin başvurularda Mahkeme genellemeye gitmemekte ve her olayın kendi özelliklerine göre bir karar vermektedir.

İsim hakkına ilişkin bir diğer müdahale ise isim değiştirmek isteyenlere izin verilmemesidir. Mahkeme isim değiştirmeye yönelik sınırlamaları, nüfus kütüklerinin

⁶⁰⁴ KILKELLY, s. 71.

⁶⁰⁵ *Guillot/France*, 24.10.1996, Başvuru No 22500/93, § 25-26; *Johansson/Finland*, 06.09.2007, Başvuru No 10163/02, § 29-31.

⁶⁰⁶ *Bulgakov/Ukraine*, 11.09.2007, Başvuru No 59894/00, § 43; *Mentzen/Latvia (Kabuledilemezlik Kararı)*, 07.12.2004, Başvuru No 71074/01; *Johansson/Finland*, §31.

⁶⁰⁷ *Guillot/France*, § 25-26.

⁶⁰⁸ *Johansson/Finland*, § 38-39.

güvenilirliğini sağlamak, kişisel kimlik araçlarını ve aile bağlarını korumak gibi amaçlarla kamu yararına uygun bulabilmektedir.⁶⁰⁹ Bu gibi politikaların belirlenmesinde taraf devletler geniş bir şekilde takdir marjından yararlanmaktadır. Mahkemenin buradaki görevi politikaların uygunluğunu değil, takdir marjının Sözleşme'ye uygun kullanılıp kullanılmadığını denetlemektir.⁶¹⁰ Ayrıca üyelerin takdir marjı sınırsız değildir. Ulusal makamlar kişilerin haklı gerekçelere dayanan isim değişikliği talebini keyfi bir şekilde reddedemez. Mahkeme bu yönde bir kararı *Güzel Erdagöz/Türkiye*⁶¹¹ davasında vermiştir. Başvuruya konu olayda 1930 doğumlu bir kişinin ismi nüfus kaydına *Gözel* yerine *Güzel* olarak kaydedilmiştir. Başka yasal kayıtlarda ismin farklı olduğunu 1989 yılında farkedilen başvuru ismin düzeltilmesi için dava açmıştır. Ulusal mahkeme Türk Dil Kurumu Sözlüğünde bu ismin doğru şeklinin *Güzel* olduğunu ve *Gözel* isminin yöresel bir kullanım olduğundan bahisle davayı reddetmiştir. Bu karar temyiz mahkemesince de onanmıştır.⁶¹² Bu başvuruda AİHM, yerel mahkemenin davayı red gerekçesinin yasal bir sınırlamaya değil sadece bir sözlük kullanımına dayanması, başvuranın ileri sürdüğü çıkarlarla çatışan bir kamu yararının ortaya konmaması ve ulusal makamların kullandığı takdir marjının sınırlarının ve gerekçelerin açık bir şekilde belirtilmemesi yönünden 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.⁶¹³

⁶⁰⁹ **Daroczy/Hungary**, 01.07.2008, Başvuru No 44378/05, § 26.

⁶¹⁰ **Daroczy/Hungary**, § 27; **Stjerna/Finland**, 25.11.1994, Başvuru No 18131/91, § 39; **Güzel Erdagöz/Turkey**, 21.10.2008, Başvuru No 37483/02, § 47.

⁶¹¹ **Güzel Erdagöz/Turkey**, 21.10.2008, Başvuru No 37483/02.

⁶¹² **Güzel Erdagöz/Turkey**, § 4-14.

⁶¹³ **Güzel Erdagöz/Turkey**, § 52-57.

İsim hakkına dayalı olarak ortaya çıkan bir diğer uyumsuzluk ise evlilik nedeniyle eşlerden birinin soy ismini⁶¹⁴ kullanma zorunluluğu getirilmesidir. Mahkemeye göre soyisim mesleki yaşamın yanı sıra, insanlarla sosyal, kültürel ve diğer türden ilişkiler kurma ve geliştirme becerisi açısından özel ve aile yaşamlarında da kişiyi tanımlamaktadır.⁶¹⁵ Bu nedenle aile birliğinin ortak bir aile soyismiyle temsili amacıyla eşlerden birinin soyismine üstünlük tanınması 8. madde bağlamında ayrımcılık yasağının ihlaline yol açmaktadır. *Burghartz/İsviçre*⁶¹⁶ kararına konu olayda kadın yasa gereği aile soyimi olarak erkeğin soyisini aldıktan sonra kendi soyisini de kullanabilirken, erkek kendi soyisminden sonra eşlerin tercih ettiği aile soyismi olarak kadının soyisini kullanamamaktadır. Mahkeme bu davada Avrupa'daki cinsiyet eşitliği konusundaki hassasiyet ve kabul gören ilkeler ışığında farklı muamelenin meşru ve makul haklı bir sebebinin olmadığına karar vermiştir.⁶¹⁷ Bu olayın tam tersi bir düzenlemeye sahip olan Türkiye aleyhine yapılan *Ünal Tekeli/Türkiye*⁶¹⁸ başvurusunda ise erkek evlendikten sonra sadece kendi soyisini aile soyismi olarak kullanabilirken, kadının sadece evlenmeden önceki soyisini kullanamaması şikâyet konusu olmuştur. Mahkeme bu davada da aile birliğinin kocanın soyismiyle yansıtılması ve kadına evlilikte ikincil bir rol verilmesinin cinsiyete dayalı ayrımcılığa yol açtığını belirtmiş ve günümüzde eşlerin aile soyismi olarak tercih ettikleri bir ismi kullanabilecekleri gibi, bir aile soyismi kullanmadan da aile birliğinin sağlanabildiğine karar vermiştir.⁶¹⁹ İsim hakkına ilişkin

⁶¹⁴ Soyadı zorunluluğunun Türkiye'deki gelişimine ilişkin bkz. Ece GÖZTEPE, "Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 54/2, s. 101-131; ÖDEN-ESEN, s. 817 vd.

⁶¹⁵ *Ünal Tekeli/Turkey*, 16.11.2004, Başvuru No 29865/96, § 35; *Niemietz/Germany*, § 30.

⁶¹⁶ *Burghartz/Switzerland*, 22.02.1994, Başvuru No 16213/90.

⁶¹⁷ *Burghartz/Switzerland*, § 25-30.

⁶¹⁸ *Ünal Tekeli/Turkey*, 16.11.2004, Başvuru No 29865/96.

⁶¹⁹ *Ünal Tekeli/Turkey*, § 61-68.

olarak aile birliğini korumaya yönelik önlemlerin tespiti ve uygulanmasında taraf devletlerin geniş bir takdir marjından yararlanmasına rağmen, eşler arasındaki eşitliğin sağlanması ve cinsiyet ayrımcılığının engellenmesi noktasında Mahkeme takdir marjını uygulamamaktadır.⁶²⁰

2. Cinsel Kimlik ve Cinsel Hayat

Özel hayatın ve dolayısıyla kişisel kimliğin en mahrem⁶²¹ ve önemli alanını cinsel kimlik konusu oluşturmaktadır. Çünkü kişinin özel hayatına ilişkin karşılaştığı sınırlama ve müdahalelerin birçoğu cinsel yaşama dairdir. Bu açıdan kişinin cinsel yönelimi, ensest, homoseksüel ya da eşcinsel ilişkilerin yasaklanması ve transseksüelliğin tanınmaması cinsel kimliğe yönelik sorunlardır.

Kişilerin cinsel yönelim ve tercihleri konusuna dünyadaki bakış açısının değişimi Mahkemenin içtihatlarını da etkilemiştir.⁶²² Özellikle erken dönem kararlarında eşcinsel ilişkilerin genel bir yasak olması, taraf devletlerin genel sağlık ve ahlakı koruması temelinde Mahkemece tartışmasız bir şekilde haklı görülmüştür.⁶²³ Daha sonraki dönemde ise kişilerin cinsel tercihlerindeki farklılıklara gösterilen katı tepkilerin yumuşaması ile cinsel hayata getirilecek sınırlamalarda haklı gerekçelerin varlığı aranmaya başlanmıştır. Eşcinsel ilişkiden doğan uyuşmazlıklar genellikle taraf devletlerce bu fiillerin yasaklanarak suç sayılması ve eşcinsel kişilerin ordudan ihraç

⁶²⁰ Ünal Tekeli/Turkey, § 58.

⁶²¹ Laskey, Jaggard and Brown/The United Kingdom, 19.02.1997, Başvuru No 21627/93 21826/93 21974/93, § 36; Dudgeon/The United Kingdom, § 52.

⁶²² ARAI-TAKAHASHI, s. 69-71.

⁶²³ X/Federal Republic of Germany, Başvuru No 104/55, ECHR Yearbook I (1955-1957), p. 228-229; bkz. Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 678.

edilmesiyle gündeme gelmiştir. Reşit erkeklerin kendi rızaları ile özel alanlarında eşcinsel ilişkiye girmelerinin ahlaki nedenlerle yasaklanması ve suç olarak düzenlenmesi konusundaki içtihat değişikliği *Dudgeon/İngiltere*⁶²⁴ başvurusunda olmuştur. Mahkeme eşcinsel ilişkinin gençlikleri, bedensel ve zihinsel zayıflıkları, tecrübesizlikleri veya ekonomik bağımlılıkları nedeniyle korunmaya muhtaç kişiler açısından ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesinin demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini ifade etmiştir.⁶²⁵ Ancak eşcinsel ilişkinin her durumda yasaklanarak suç sayılmasının ise 8. maddenin 2. fıkrasındaki sebepler açısından bir temelinin olmadığına ve Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.⁶²⁶ Böylece Mahkeme ahlakın korunması konusunda taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanımalarına rağmen⁶²⁷, kişilerin kendi özel alanlarındaki eşcinsel ilişkilerinin sınırlandırılması yolunu kapatmıştır. Bu durumda AİHM'in, geçmişte uzlaşma olmayan konularda zamanla bir uzlaşma ortaya çıkması halinde, bu uzlaşmaya katılmayan devletler bakımından takdir marjını daralttığı söylenebilir.

Eşcinsellerin maruz kaldığı bir diğer müdahale ise eşcinsel olmaları nedeniyle işten çıkarılmalarıdır.⁶²⁸ Mahkemeye bu yönde yapılan başvurular ordudan ihraçla ilgilidir. *Lustig-Prean ve Beckett*⁶²⁹ kararında Mahkeme, her ülkenin silahlı kuvvetlerinin etkinliğini sağlamak için milli güvenlik ve askeri disiplini düzenlemek noktasında takdir

⁶²⁴ **Dudgeon/The United Kingdom**, 22.10.1981, Başvuru No 7525/76.

⁶²⁵ **Dudgeon/The United Kingdom**, § 49.

⁶²⁶ **Dudgeon/The United Kingdom**, § 50-54; Mahkeme bu içtihadını sonraki kararlarla birlikte yerleşik hale getirmiştir. **Norris/Ireland**, 26.10.1988, Başvuru No 10581/83; **Modinos/Cyprus**, 22.04.1993, Başvuru No 15070/89; **Laskey, Jaggard and Brown/The United Kingdom**, 19.02.1997, Başvuru No 21627/93 21826/93 21974/93; **A.D.T./The United Kingdom**, 31.07.2000, Başvuru No 35765/97.

⁶²⁷ **Handyside/The United Kingdom**, 07.12.1976, Başvuru No 5493/72, § 52; **Sunday Times/The United Kingdom**, 26.04.1979, Başvuru No 6538/74, § 56; **Dudgeon/The United Kingdom**, § 47.

⁶²⁸ MARSHALL, s. 116-118.

⁶²⁹ **Lustig-Prean and Beckett/The United Kingdom**, 27.09.1999, Başvuru No 31417/96 32377/96.

marjına sahip olduğunu belirtmiş, ancak silahlı kuvvetler mensuplarının özel hayatına yapılacak müdahalelerin de ciddi nedenlere dayanması gerektiğini vurgulamıştır.⁶³⁰ Davada üye devletin eşcinsellerin ordudaki heteroseksüel mensupları olumsuz etkilediği yönündeki gerekçeyi Mahkeme ordudan ihraç için haklı bir sınırlama sebebi olarak görmemiş ve 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.⁶³¹ Bu kararlardan çıkan sonuç ise, kişilerin cinsel tercihleri silahlı kuvvetlerin faaliyetlerinin etkinliğine gerçek bir tehdit teşkil ediyorsa ve bu durum taraf devlet tarafından somut bir şekilde ortaya konulabiliyorsa, bu durumda kişilerin özel hayatına sınırlama getirilebilecek ve bu müdahale Sözleşme’ye uygun kabul edilebilecektir.

Mahkemenin cinsel kimliğe ilişkin üzerinde fazlaca mesai harcadığı bir diğer konu da transseksüellerdir. Her insan doğduğunda bir cinsiyete sahip olarak doğar. Ancak ilerleyen yaşantısında bir erkek kendini kadın, bir kadın da kendini erkek gibi hissedebilir ve tıbbi olarak karşı cinsiyete geçmek isteyebilir. Bu durumda bu kişilerin 8. madde bağlamında özel hayatın bir parçası olarak cinsel kimliklerinin tanınması ve saygı gösterilmesini isteme hakkı gündeme gelmektedir. Transeksüellere bakış açısı tıpkı eşcinsellerde olduğu gibi geçmişten günümüze değişime uğramış ve daha hoşgörülü bir yaklaşıma dönüşmüştür. Ayrıca tıbbi ve bilimsel araştırmalar da devam etmektedir.⁶³² Mahkemenin içtihatlarında sıklıkla vurguladığı gibi “*Sözleşme’nin yaşayan bir metin*”

⁶³⁰ **Lustig-Prean and Beckett/The United Kingdom**, § 82; Mahkeme aynı tarihte aynı konuya ilişkin ve aynı cümlelerle **Smith and Grady** başvurusunu karara bağlamıştır. **Smith and Grady/The United Kingdom**, 27.09.1999, Başvuru No 33985/96 33986/96, § 89.

⁶³¹ **Lustig-Prean and Beckett/The United Kingdom**, § 89; **Smith and Grady/The United Kingdom**, § 96-97.

⁶³² Benzer görüş için bkz. SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s. 239-240; ÜZELTÜRK, s. 174-177; MARSHALL, s. 119 vd.

olması nedeniyle zaman içinde toplumsal ve bilimsel gelişmelere paralel olarak verilen kararların değişmesi de oldukça doğaldır.

Mahkemenin konuya ilişkin ilk kararları olan *Rees/İngiltere ve Cossey/İngiltere*⁶³³ davalarında, başvuruçular, devlet desteği ile cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmişler ancak doğum kayıtlarının düzeltilmesi talepleri ulusal makamlar tarafından reddedilmiştir. Mahkeme yapılan bu başvuruların her ikisinde de transseksüellerin yasal olarak tanınmasına ilişkin Sözleşmecî devletler arasında ortak bir uygulamanın olmadığını, bu nedenle bu alanda üyelerin oldukça geniş bir takdir marjından yararlandıklarını belirterek ihlalin olmadığını karar vermiştir.⁶³⁴

Bununla birlikte, eski kararlarında gayet çekingen bir yaklaşım sergileyen Mahkeme, transseksüellere olan bakış açısının değişimi ile daha cesur ve tatmin edici kararlar vermeye başlamıştır. Bu konudaki dönüm noktası olan karar ise *Christine Goodwin/İngiltere*⁶³⁵ kararıdır. Mahkeme bu kararda 1986'dan bu yana transseksüellerin ciddi sorunlarla karşılaştığına dair bilinçlenme belirtilerinin olduğunu ve bu kişilerin de uygun yasal araçlarla korunması gerektiğini ifade ederek, dinamik ve evrimsel yorum yöntemi ile Sözleşme'nin değişen günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.⁶³⁶ Mahkeme tıbbi alanda konuya ilişkin nihai bir çalışmanın yapılmamış olmasına rağmen, cinsel farklılığın beyinde doğum öncesi gerçekleştiği yönündeki uzlaşımın giderek arttığını ve bu “*cinsel kimlik düzensizliği*” olarak adlandırılan tıbbi

⁶³³ **Rees/The United Kingdom**, 17.10.1986, Başvuru No 9532/81; **Cossey/The United Kingdom**, 27.10.1990, Başvuru No 10843/84.

⁶³⁴ **Rees/The United Kingdom**, § 37; **Cossey/The United Kingdom**, § 40.

⁶³⁵ **Christine Goodwin/The United Kingdom**, 11.07.2002, Başvuru No 28957/95; **I/The United Kingdom**, 11.07.2002, Başvuru No 25680/94.

⁶³⁶ **Christine Goodwin/The United Kingdom**, § 74-75.

soruna yardımcı olunması için gerekli tedavinin yapılması gerekliliğine hükmetmiştir.⁶³⁷ Böylece uluslararası ortak bakış açısındaki değişimin de etkisiyle, transseksüellerin ameliyat sonrası yasal olarak da tanınma talebinin reddi konusundaki geniş takdir marjı uygulamasından vazgeçilerek, 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁶³⁸ Bu kararın diğer önemli bir yönü de, devletlerin özel hayata saygı kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı ve tedavi masraflarının devlet tarafından karşılanması gerekliliğini kabul etmesidir.

Transseksüellerin cerrahi müdahale masraflarının karşılanmasına ilişkin olarak *Christine Goodwin* kararından bir yıl sonra *Van Kück*⁶³⁹ davası neticelendirilmiştir. Davaya konu olayda erkek olarak doğan başvuru orduda görevli ve evlidir. Ancak evliliği devam ederken geçirdiği başarısız bir ameliyat sonucu çocuk sahibi olma yeteneğini kaybetmiş ve tıbbi yardım olmadan kadınlık hormonları almaya başlamıştır.⁶⁴⁰ Bu başvurudaki şikâyet konusu, başvuru bu soruna kendisinin sebep olması gerekçesiyle, cinsiyet değiştirme operasyonunun masraflarının sosyal güvenlik tarafından karşılanmamasıdır. Ulusal makamlar bunun sağlanması için kişiden geri dönüşü olmayan bu müdahalenin tıbbi zorunluluğunu kanıtlamasını istemiştir.⁶⁴¹ Mahkeme bu davada önceki kararlarından farklı olarak “*self-determination-kendi kaderini kendi belirleme ya da kişisel özerklik*” kavramını cinsel kimlik açısından 8. madde kapsamına dâhil etmiştir.⁶⁴² Ayrıca ulusal mahkemenin davacıdan ispatını istediği tıbbi gerekliliğin de hukuki bir konu olmadığını belirterek bu ispat yükünü Sözleşme’nin 6. maddesi

⁶³⁷ *Christine Goodwin/The United Kingdom*, § 81-82.

⁶³⁸ *Christine Goodwin/The United Kingdom*, § 93.

⁶³⁹ *Van Kück/Germany*, 12.09.2003, Başvuru No 35968/97.

⁶⁴⁰ *Van Kück/Germany*, § 25-27.

⁶⁴¹ *Van Kück/Germany*, § 41-45.

⁶⁴² *Van Kück/Germany*, § 69, 72-76; SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s. 239; ÜZELTÜRK, s. 177.

bakımından da orantısız bulmuştur.⁶⁴³ 8. madde açısından da her ne kadar taraf devlet bu konuda takdir marjına sahipse de, kişisel özerklik karşısında takdir marjının aşıldığına ve tedavi masraflarının sigorta tarafından karşılanmamasının Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.⁶⁴⁴

Transseksüellerin cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirebilmesi şartlarına ilişkin çok yakın tarihli *Y.Y.-Türkiye*⁶⁴⁵ kararı verilmiştir. Bu davada başvuru Türk Medeni Kanunu'nda⁶⁴⁶ cinsiyet değişikliği ameliyatı için üreme yeteneği olmaması gerekliliği koşulunun Sözleşme'ye aykırılığını ileri sürmüştür. Bu başvurunun transeksüellere ilişkin önceki başvurulardan farkı, kişilere operasyon geçirebilmeleri için üye devletler tarafından dayatılabilecek ön koşullara ilişkin olması ve başvuru henüz cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmemiş olmasıdır.⁶⁴⁷ Başvuru kanunda aranan üreme yeteneğinden yoksunluk şartının trans kişilerin çoğunluğu tarafından sağlanmadığını, bu nedenle ya yasadışı yoldan ya da yurt dışında bu ameliyatı olmak zorunda kaldıklarını ve dolayısıyla söz konusu hükmün ihtiyaca cevap vermediğini ifade etmiştir. Ayrıca kısırlaştırma ve hormon tedavisinden trans olmayan kişilerin kendi istekleri ile

⁶⁴³ *Van Kück/Germany*, § 54-55.

⁶⁴⁴ *Van Kück/Germany*, § 81-86.

⁶⁴⁵ *Y.Y./Turkey*, 10.03.2015, Başvuru No 14793/08, (Mahkeme final kararını 24.08.2016da vermiştir.)

⁶⁴⁶ **Türk Medeni Kanun'u 40. Maddesi: Cinsiyet Değişikliği** "*Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.*"

⁶⁴⁷ *Y.Y./Turkey*, § 62.

yararlanabilmelerine rağmen, bu tedavinin transseksüeller için yasak olmasına da itiraz etmiştir.⁶⁴⁸ Hükümetin savunması ise bu koşulun, cinsiyet değiştirmenin sıradanlaştırılmaması, farklı çevreler tarafından suiistimal edilmemesi, fuhuşun önlenmesi ve bu operasyonun geri dönüşü olmadığı için ilgililerin ve diğer kişilerin korunması açısından meşru bir amacının olduğu yönündedir.⁶⁴⁹ Bu amaca ulaşılabilmesi için de cinsiyet değişikliği konusunun düzenlemesi ve cinsiyet değiştirme ameliyatından önce yerine getirilmesi istenilen gerekliliklerin belirlenmesi için geniş bir takdir marjının tanınması gerektiği savını ileri sürmüştür.⁶⁵⁰ Mahkeme ise cinsel kimlik konusundaki pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve yapılacak sınırlamaların meşru bir amaca yönelik ve demokratik bir toplumda gerekliliği konusundaki değerlendirmenin öncelikle taraf devlete ait olduğunu ve bunu yaparken belli bir takdir marjından yararlandığını belirtmiştir. Bu takdir marjı ise olayın özelliklerine göre değişmekte ve kişisel özerkliğe ilişkin konularda oldukça daralmaktadır.⁶⁵¹ Mahkeme cinsiyet değişikliği ameliyatına ilişkin mevzuat hakkında diğer üye devletlerin düzenlemelerini de dikkate almış ve cinsiyet değiştirme ameliyatına ilişkin tedavi görmenin, birçok Avrupa ülkesinde mümkün olduğunu tespit etmiştir.⁶⁵² Dava devam ederken Türk ulusal mahkemesi de yıllardır izin vermediği cinsiyet değiştirme ameliyatına 2013 yılında izin vermiştir. Mahkeme üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk koşulunun en baştan, kişinin ameliyat olması ve hukuken tanınmasını engellediğine ve Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.⁶⁵³ Böylece bu alandaki takdir marjını kullanırken, taraf devletlerin kişilerin

⁶⁴⁸ **Y.Y./Turkey**, § 81-85.

⁶⁴⁹ **Y.Y./Turkey**, § 77.

⁶⁵⁰ **Y.Y./Turkey**, § 93.

⁶⁵¹ **Y.Y./Turkey**, § 101-103.

⁶⁵² **Y.Y./Turkey**, § 105.

⁶⁵³ **Y.Y./Turkey**, § 121-122.

özerkliği konusunda daha özenli davranması ve yasaklama niteliğinde düzenleme yapmamaları; sonuçta bu kişilerin cinsel tercihleri doğrultusunda yaşayabilmelerinin engellenmemesi gerekmektedir. Bu karar üzerine Türk ulusal makamlarının gerekli yasal değişikliği yapma zorunluluğu gündeme gelmiştir. Bu kapsamda AİHM'in kararından 1 yıl sonra Türk Medeni Kanunundaki söz konusu koşul ile ilgili Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yolu ile anayasaya aykırılık iddiasıyla başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi AİHM'in kararı doğrultusunda cinsiyet değişikliği ameliyatına izin verilmesi için "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma" şartını anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁶⁵⁴ Böylece ulusal hukuk düzenlemesi AİHS ile uyumlu hale gelmiştir.

Kişilerin cinsel yönelimleri konusunda karşılaştıkları bir diğer sınırlama ise ensest ilişkilerin yasaklanmasıdır. Ensestin yasaklanmasına ilişkin yakın tarihli bir başvuru karara bağlanmıştır. *Stübing/Almanya*⁶⁵⁵ başvurusuna konu olayda ortak anne babadan olan 1976 ve 1984 yılında doğmuş olan çocuklar ayrı ortamlarda büyümüş ancak 2000 yılında birbirlerini tanımışlar ve rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmişler ve 4 çocuk sahibi olmuşlardır. Ancak Alman Ceza Kanununda ensest ilişkinin suç olmasından dolayı erkek kardeş mahkûm olmuştur.⁶⁵⁶ Başvurucu *Dudgeon, Norris* kararlarını da emsal göstererek rızaya dayalı kendi mahrem alanlarındaki ilişkinin cezalandırılmasının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Ancak Mahkeme bu konuda Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında henüz bir uzlaşmanın olmadığını belirterek, ensestin iç hukukta suç olarak düzenlenip düzenlenmemesi hususunda taraf devletlerin oldukça geniş bir takdir

⁶⁵⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, 29.11.2017, E. 2017/130, K. 2017/165, 20.03.2018 tarih ve 30366 sayılı **Resmi Gazete**. Bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/541c15e5-cca0-4b1b-bee7-63fa0e24a29e?excludeGereke=False&wordsOnly=False>. Erişim tarihi 20.04.2018.

⁶⁵⁵ *Stübing/Germany*, 12.04.2012, Başvuru No 43547/08.

⁶⁵⁶ *Stübing/Germany*, § 5-12.

marjından yararlandığını ifade etmiştir.⁶⁵⁷ Yani günümüzde ensest konusunun çözümü tamamen taraf devletlerin takdir marjına bırakılmıştır ve ulusal yasama organlarınınca karara bağlanmaktadır.

3. Kişisel Verilerin Toplanması ve Kullanılması

Bireye ilişkin herhangi bir bilginin toplanması, saklanması, kullanılması, kendi rızası olmaksızın açıklanması, yayılması ve bu bilgiye başkalarının ulaşması durumunda, kişinin mahremiyet hakkına ve “*enformasyonel özerkli*”ğine dolayısıyla özel hayatına müdahale edilmektedir.⁶⁵⁸ Dolayısıyla gelişen teknoloji ile sanal dünyada kişilerin verilerine ulaşılması, toplanması ve kullanılması konusu günümüzde özel hayata saygı hakkı açısından en karmaşık ve sorunlu konulardan biri haline gelmiştir. Mahkemenin kişisel verilere ilişkin 8. madde kapsamında değerlendirdiği konular şunlardır: kamu makamları tarafından kişisel verilerin toplanarak arşivlenmesi⁶⁵⁹, toplanan kişisel verilerin amacı dışında kullanılması⁶⁶⁰, tıbbi verilerin gizliliği⁶⁶¹, -emniyet ve istihbarat güçleri tarafından bilgi toplanması, parmak izi ve fotoğraf alınması⁶⁶², kişisel verilere

⁶⁵⁷ **Stübing/Germany**, § 61, Mahkeme davayı incelediği tarihte 44 üye ülkenin 24ünün ensesti suç olarak düzenlediğini de vurgulamıştır.

⁶⁵⁸ ÖNCÜ, 2013, s. 311; Elif KÜZECİ, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 67-70; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 374-75; Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 666; ÜZELTÜRK, s. 188 vd; SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s. 244.

⁶⁵⁹ **Amann/Switzerland**, 16.02.2000, Başvuru No 27798/95.

⁶⁶⁰ **Leander/Sweden**, 26.03.1987, Başvuru No 9248/81.

⁶⁶¹ **Z/Finland**, 25.02.1997, Başvuru No 22009/93; **M.S/Sweden**, 27.08.1997, Başvuru No 20837/92.

⁶⁶² **Murray/The United Kingdom**, 28.10.1994, Başvuru No 14310/88; **Rotaru/Romania**, 04.05.2000, Başvuru No 28341/95.

erişim hakkı⁶⁶³, kişinin gizli izlenmesi ve dinlenmesi (telefonunun dinlenmesi, mektuplarının okunması veya elektronik postalarının ele geçirilmesi)⁶⁶⁴.

Mahkemenin bu alandaki yargılamasında genellikle Avrupa Konseyi'nin 1981 tarih ve 108 No'lu *Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme*'yi⁶⁶⁵ esas aldığı gözlenmektedir. Çünkü bu Sözleşme, halen kişisel verilerin korunması alanında bağlayıcı olan tek uluslararası metindir.⁶⁶⁶ Sözleşme'nin temel ilkeleri ise şunlardır : Verilerin belli bir nitelikte olması (madde 5)⁶⁶⁷, özel veri kategorileri (madde 6)⁶⁶⁸ veri güvenliği (madde 7)⁶⁶⁹, ilgili kişinin bilgi alma,

⁶⁶³ **Gaskin/The United Kingdom**, 07.07.1989, Başvuru No 10454/83.

⁶⁶⁴ **Malone/The United Kingdom**, 02.08.1984, Başvuru No 8691/79; **P.G. and J.H./The United Kingdom**, 25.09.2001, Başvuru No 44787/98.

⁶⁶⁵ Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, No. 108, 28/01/1981, Strasbourg, İngilizce metin için bkz.

(<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078b37>, erişim tarihi, 28.05.2018).

⁶⁶⁶ KÜZECİ, s. 130.

⁶⁶⁷ **Madde-5 Verilerin Niteliği:** *Otomatik işleme konu olan kişisel veriler: a.Adil biçimde ve yasal yoldan elde edilir ve işlenir; b.Belli ve meşru amaçlar için kaydedilir ve bu amaçlara aykırı şekilde kullanılmaz; c.Kaydedilme amaçlarına göre uygun ve yerinde olur ve aşırı olmaz; d.Doğru bilgileri yansıtır ve gerektiğinde güncellenir; e.Kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde ilgili kişilerin kimliklerini belirlemeye imkan veren bir biçimde saklanır.*

⁶⁶⁸ **Madde-6 Özel Veri Kategorileri:** *İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler, otomatik işleme tabi tutulmaz. Aynı şey ceza mahkûmiyetiyle ilgili kişisel veriler için de geçerlidir.*

⁶⁶⁹ **Madde-7 Verilerin Güvenliği:** *Otomatik dosyalara kaydedilen kişisel verileri korumak için, bunların kaza sonucu veya izinsiz olarak imhasına veya kaza sonucu kaybolmasına veya bunların izinsiz olarak elde edilmesine, değiştirilmesine veya dağıtılmasına karşı uygun güvenlik önlemleri alınır.*

verilere ulaşma ve düzeltme hakkı (madde 8).⁶⁷⁰ Mahkeme de kişisel verilerin korunmasına ilişkin başvurularda AIHS'in 8. maddesini yorumlarken 108 Nolu Sözleşme'yi esas almaktadır. Mahkemenin bu konudaki kararlarında genel yaklaşımı, kişisel verilerin toplanması ve kullanılmasına ilişkin özel hayata müdahalenin meşru bir amacının olması, ulusal makamların keyfilikliğini önleyici araçların öngörülmesi ve verileri toplayan ve kullanan birimlerin yargısal ve demokratik denetimini sağlayan mekanizmaların⁶⁷¹ oluşturulması kaydıyla müdahalenin Sözleşme'ye uygun olacağı yönündedir.

Kişisel verilerin toplanması ve kullanılması yoluyla özel hayata müdahalenin başlıca gerekçesi taraf devletlerce, ulusal güvenlik, kamu düzeninin sağlanması, organize suçlar ve terörle mücadele olarak ileri sürülmektedir. Günümüzdeki küresel ölçekte yaşanan güvenlik krizi nedeniyle içinde bulunduğumuz dönem "terör çağı"⁶⁷² olarak adlandırılmakta ve terörle mücadele karşısında özel hayatın gizliliğinin giderek eridiği

⁶⁷⁰ Madde-8 İlgili Kişi Hakkındaki Ek Güvenceler:

Herkes:

a. Otomatik kişisel veri dosyasının mevcudiyetini, temel amaçlarını, dosya yöneticisinin kimliğini ve mutlak ikamet yerini veya başlıca işyerini öğrenmek; b. Makul aralıklarla ve aşırı gecikmeye veya masrafa maruz kalmadan kendisi ile ilgili kişisel verilerin otomatik dosyada bulunup bulunmadığının teyidini almak ve bu bilgilerin kendisine anlaşılır bir biçim altında iletilmesini sağlamak; c. Gerekli olan durumlarda, bu verileri düzelttirmek veya bunların, işbu Sözleşme'de 5. ve 6. maddelerinde belirtilen temel ilkelere işlerlik sağlayan iç hukuk hükümlerinin ihlali suretiyle işlenmiş olması halinde, sözkonusu verileri sildirtmek; d. İşbu maddenin b ve c fıkralarında öngörülen teyit talebinin veya duruma göre bildirim, düzeltme veya silme talebinin yerine getirilmemesi halinde bir başvuru yolundan yararlanmak hakkına sahiptir.

⁶⁷¹ Bu demokratik denetim güvencelerine örnek olarak **Leander/Sweden** kararında, Parlamentonun, Adalet Bakanlığının, Parlamenter Ombudsmannın ve Meclis Adalet Komisyonunun denetleme yetkisi olarak belirtilmiştir. § 62.

⁶⁷² KÜZECİ, s. 80.

ifade edilmektedir.⁶⁷³ Dünyadaki bu genel eğilime paralel olarak Mahkeme de ulusal güvenliği koruma amacına ulaşmak için, seçilecek araçların belirlenmesi ve değerlendirilmesinde taraf devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmektedir.⁶⁷⁴ *S ve Marper/Birleşik Krallık* kararında da ifade ettiği gibi, *günümüzde Avrupa toplumları organize suçlar ve özellikle terörle mücadele konusunda büyük zorluklarla karşı karşıyadır.*⁶⁷⁵ Dolayısıyla öğretilerde de terörle mücadele gerekçesiyle yapılan özel hayata ilişkin müdahalelere Mahkemenin daha ılımlı ve esnek yaklaşabileceği ifade edilmektedir.⁶⁷⁶

4. Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük

Kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü özel hayatına dâhildir ve Sözleşme'nin 8. maddesinin koruması altındadır. Mahkeme kararlarında bazen “*maddi ve manevi bütünlük*”⁶⁷⁷ bazen de “*fiziksel ve psikolojik bütünlük*”⁶⁷⁸ kavramını kullanmakla birlikte, korunan menfaat esas olarak aynıdır. Fiziksel ve psikolojik bütünlüğü Sözleşme’de koruyan diğer bir madde 3. maddedir. Ancak 3. maddenin devreye girebilmesi için muamelenin belli bir şiddet derecesine ulaşmış olması gerekir. Bu açıdan söz konusu eşğin altında kalan müdahalelerde 8. madde uygulama alanı bulacağı için, 8. madde 3.

⁶⁷³ KÜZECİ, s. 79 vd.

⁶⁷⁴ *Leander/Sweden*, § 59; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, 2006, s. 667-668.

⁶⁷⁵ *S. and Marper/The United Kingdom*, 04.12.2008, Başvuru No 30562/04 30566/04, § 105.

⁶⁷⁶ ÜZELTÜRK, s. 193; ARAI-TAKAHASHI, s. 83; KÜZECİ, s. 143.

⁶⁷⁷ *Juhnke/Turkey*, 13.05.2008, Başvuru No 52515/99, § 71; *A/Croatia*, 14.10.2010, Başvuru No 55164/08, § 58.

⁶⁷⁸ *Avram and Others/Moldova*, 05.07.2011, Başvuru No 41588/05, § 37; *S. and Marper/The United Kingdom*, § 66.

maddenin ötesinde bir koruma sağlamaktadır.⁶⁷⁹ Buna karşın işkence yasağının mutlak bir yasak olması nedeniyle, 3. maddeyi ilgilendiren konularda takdir marjı uygulama alanı bulamayacaktır. Bu açıdan, her ne kadar 8. madde fiziksel ve psikolojik bütünlüğü daha geniş bir alanda korusa da takdir marjı devreye girebilecektir.

Özel hayata saygı kapsamında fiziksel ve psikolojik bütünlüğü ilgilendiren konular genellikle tıbbi müdahaleyi red, ölme hakkı⁶⁸⁰, kürtaj, bireylerin şiddetten korunması ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır. Bir insanın bedeni üzerindeki tasarruf hakkı, fiziksel bütünlüğünün temel alanını oluşturmaktadır. Bu açıdan kişinin tıbbi müdahaleyi (jinekolojik⁶⁸¹ ve psikiyatrik muayene⁶⁸², kan⁶⁸³, nefes, tükürük örneği testi vb.) ya da tedaviyi⁶⁸⁴ ve zorla beslenmeyi (açlık grevinde) reddetmesi⁶⁸⁵ Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Mahkeme kişinin bedenine yapılan söz konusu müdahalelerin Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğunu denetlerken 2. fıkradaki sınırlama nedenlerinden birinin varlığını aramaktadır. Bu açıdan müdahalenin yasal bir düzenlemeye dayanıp dayanmadığını, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığını, demokratik

⁶⁷⁹ SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s. 248; ÖNCÜ, 2013, s. 304.

⁶⁸⁰ Ölme hakkı ya da ötenazi konusu çalışmamızın yaşama hakkına ilişkin kısmında incelendiği için yeniden değerlendirilmeyecektir. Bkz. yukarıda s. 66-72.

⁶⁸¹ **Y.F./Turkey**, 22.07.2003, Başvuru No 24209/94; **Juhnke/Turkey**, 13.05.2008, Başvuru No 52515/99; **Devrim Turan/Turkey**, 02.03.2006, Başvuru No 879/02; **Özalp/Turkey**, 11.10.2007, Başvuru No 74300/01; **Sız/Turkey**, 26.05.2005, Başvuru No 895/02.

⁶⁸² **Matter/Slovakia**, 05.07.1999, Başvuru No 31534/96, § 64 vd; **Worwa/Poland**, 27.11.2003, Başvuru No 26624/95.

⁶⁸³ **X/Austria (Commission Admissibility)**, 13.12.1979, Başvuru No 8278/78,

⁶⁸⁴ **Glass/The United Kingdom**, 09.03.2004, Başvuru No 61827/00, § 70.

⁶⁸⁵ **Nevmerzhitsky/Ukraine**, 05.04.2005, Başvuru No 54825/00; **Herczegfalvy/Austria**, 24.09.1992, Başvuru No 10533/83.

bir toplumda gerekli olup olmadığını ve orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığını incelemektedir.⁶⁸⁶

Kişinin bedeni üzerindeki dokunulmazlığı konusunda, rıza dışı zorla jinekolojik muayeneye ilişkin *Juhnke/Türkiye*⁶⁸⁷ davasında hükümetin tek gerekçesi güvenlik güçlerini asılsız cinsel saldırı suçlamasından korumaktır. Oysa Mahkemeye göre başvuruçunun cinsel saldırı yönünde bir iddiası ve bunu kanıtlamak için jinekolojik muayene talebi olmamıştır. Bu açıdan güvenlik güçlerinin asılsız iddialardan korunma amacı kişinin fiziksel bütünlüğüne zorla yapılan böylesi bir ciddi müdahaleyi haklılaştırılmaz.⁶⁸⁸ Buna karşın zorla psikiyatrik muayeneye ilişkin *Matter/Slovakya*⁶⁸⁹ kararında Mahkeme, fiil ehliyetinin sınırlanması konusunda kişinin zorla psikiyatrik muayeneye tabi tutulmasının meşru bir amacının olduğuna ve bu gerekliliğin değerlendirilmesinde taraf devletin takdir marjının bulunduğu gerekçesiyle muayenenin Sözleşme'ye uygun olduğuna karar vermiştir.⁶⁹⁰ Görüldüğü üzere olayın özellikleri ve sınırlama sebeplerinin değerlendirilmesi konusunda Mahkeme üye devletlere takdir marjı tanımakla birlikte, her bir davanın özelliğine ve devletlerin tatmin edici gerekçeler sunup sunmamasına göre takdir marjını bazen uygularken bazen uygulamamaktadır.

Çalışmanın yaşama hakkına ilişkin kısmında takdir marjının uygulama alanlarından biri olarak incelenen kürtaj konusu aynı zamanda Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında, fiziksel ve psikolojik bütünlüğün bir yönü olması nedeniyle, özel hayata saygı hakkını

⁶⁸⁶ *Wainwright/The United Kingdom*, 26.09.2006, Başvuru No 12350/04, § 43; *Matter/Slovakis*, § 66; *Herczegfalvy/Austria*, § 88-89; *Y.F./Turkey*, § 44; *Juhnke/Turkey*, § 76.

⁶⁸⁷ *Juhnke/Turkey*, 13.05.2008, Başvuru No 52515/99.

⁶⁸⁸ *Juhnke/Turkey*, § 81-82.

⁶⁸⁹ *Matter/Slovakis*, 05.07.1999, Başvuru No 31534/96.

⁶⁹⁰ *Matter/Slovakis*, § 66-72.

da⁶⁹¹ ilgilendirmektedir. Bir kadının hamile olması durumunda o çocuğu doğurma kararı kişisel özerklik ve cinsel kimliğiyle yakından ilişkilidir.⁶⁹² Bununla birlikte Mahkeme, 8. maddenin, annenin özel hayatına saygı kapsamında hamileliği sonlandırma hakkı verdiği şeklinde yorumlanamayacağını özellikle vurgulamaktadır. Kürtaj konusunda yarışan iki menfaat vardır: annenin kişisel özerkliği ile doğmamış çocuğun yaşama hakkı.⁶⁹³ Mahkeme, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin büyük çoğunluğunda, kürtaja izin verilmesine ilişkin bir uzlaşmanın olduğunu⁶⁹⁴ ve Sözleşme'ye taraf devletlerin çoğunun mevzuatında cenin ile annenin hakları arasındaki çatışmayı daha çok kürtaja erişim lehine çözümlediklerini tespit etmiştir.⁶⁹⁵ Ancak fetüsün yaşama hakkının ne zaman başladığı konusunda ortak bir yaklaşım bulunmaması nedeniyle, bireysel haklar ve kamu yararı arasındaki adil denge değerlendirmesinde hukuki çözümlerin her olayda nasıl uygulanacağı konusu önemini sürdürmektedir.⁶⁹⁶ Şöyle ki, bir konuda Konsey üyesi devletler arasında ortak bir uzlaşma mevcut ise Mahkeme taraf devletlere tanıdığı takdir marjını oldukça daraltmakta ya da kaldırmaktadır. Kürtaj konusunda da böyle bir uzlaşma olması nedeniyle Mahkemenin bu alandaki takdir marjını oldukça dar tutması beklenirdi. Ancak fetüsün yaşama hakkı ve ahlaki değerler konusunda henüz bir uzlaşmanın olmaması nedeniyle Mahkeme takdir marjını belli ölçüde uygulamaya devam etmektedir.

⁶⁹¹ **Brüggemann and Scheuten/Federal Republic of Germany**, 19.05.1976, Başvuru No 6959/75, s. 103; **A, B and C/Ireland**, 16.12.2010, Başvuru No 25579/05, § 212.

⁶⁹² Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, s. 680 vd; ÖNCÜ, 2013, s. 307; MARSHALL, s. 185 vd.

⁶⁹³ **A, B and C/Ireland**, § 213; **P and S/Poland**, 30.10.2012, Başvuru No 57375/08, § 101.

⁶⁹⁴ Sözleşme'ye taraf ülkelerin çoğunluğunda kürtaja izin verilmektedir. Ireland da ise kürtaj yasaktır ancak sağlık ve esenlik gerekçeleri ile kürtaj olmak isteyen kadınların yurt dışında kürtaj olmak için bilgi edinmelerine ve yurt dışı seyahatlerine izin verilmektedir. Bkz. **A, B and C/Ireland**, § 235.

⁶⁹⁵ **A, B and C/Ireland**, § 235-237; **P and S/Poland**, § 97.

⁶⁹⁶ **P and S/Poland**, § 97.

*A, B ve C/İrlanda*⁶⁹⁷ kararında da sağlık ve esenlik nedeniyle kürtajın yasak olmasına rağmen, yurt dışında kürtaj konusunda bilgilendirme ve seyahat hakkının tanınması ve doğmamış çocuğun yaşama hakkının korunmasına ilişkin İrlanda halkının yerleşik ahlaki görüşlerini dikkate almış ve taraf devletin takdir marjını aşmadığına karar vermiştir.⁶⁹⁸

Fiziksel ve psikolojik bütünlük ile bağlantılı bir diğer konu, kişilerin şiddete karşı korunmasıdır. Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında taraf devletlerin kişileri kamu makamları dışında toplumdaki diğer kişilerin şiddetine karşı koruma yükümlülüğü vardır. Bu konu Mahkeme önüne genellikle aile içi şiddetten⁶⁹⁹ ve cinsel saldırı veya istismardan⁷⁰⁰ dolayı gelmektedir. Söz konusu başvurular üye devletlerin Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan koruma pozitif yükümlüğünü gereği gibi yerine getirmemesinden yapılmaktadır. Mahkeme kişilerin şiddetten ve cinsel saldırı ve istismardan korunması noktasında, alınacak tedbirlerin seçimini taraf devletlere bırakmıştır ve bu seçimde belli bir takdir marjı tanımaktadır.⁷⁰¹ Ancak Mahkeme her ne kadar bu koruma tedbirlerinin alınmasında ulusal makamların yerine geçme niyetinde değilse de alınan önlemlerin etkililiğini ve yeterliliğini denetlemektedir.

⁶⁹⁷ **A, B and C/Ireland**, 16.12.2010, Başvuru No 25579/05.

⁶⁹⁸ **A, B and C/Ireland**, § 241-242.

⁶⁹⁹ **Bevacqua and S/Bulgaria**, 12.06.2008, Başvuru No 71127/01; **A/Croatia**, 14.10.2010, Başvuru No 55164/08; **Hajduova/Slovakia**, 30.11.2010, Başvuru No 2660/03; **Kalucza/Hungary**, 24.04.2012, Başvuru No 57693/10.

⁷⁰⁰ **M. and C./Romania**, 27.11.2011, Başvuru No 29032/04; **M. and C./Bulgaria**, 04.12.2003, Başvuru No 39272/98; **X. and Y./The Netherlands**, 26.03.1985, Başvuru No 8978/80.

⁷⁰¹ **M. and C./Romania**, § 108; **X. and Y./The Netherlands**, § 23-24.

Mahkemenin fiziksel ve psikolojik bütünlükle ilgili olarak değerlendirdiği diğer bir konu ise sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır.⁷⁰² Sözleşme’de bu hak açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, Mahkeme içtihat yoluyla çevre ve gürültü kirliliğine ilişkin başvuruları 8. madde çerçevesinde değerlendirerek maddenin uygulama alanını daha da genişletmiştir. Ancak çevre kirliliği veya gürültü gibi bir sorunun 8. madde kapsamında incelenebilmesi için meselenin özel yaşama, aile yaşamına ya da konuta saygı haklarından biri veya birkaçı üzerinde doğrudan etkisi olmalıdır.⁷⁰³ Konutunun havalimanına yakın olması ve gece uçuşlarının yapılması nedeniyle gürültünün ciddi sorun olduğu ve başvurucunun uyuyamamasına yol açmasından kaynaklı İngiltere aleyhine yapılan farklı tarihli *Powell ve Rayner*⁷⁰⁴ ile *Hatton ve Diğerleri*⁷⁰⁵ davalarında Mahkeme benzer kararlar vermiştir. Mahkeme taraf devletlerin bölgesel ihtiyaçlar konusunda uluslararası yargıçtan daha iyi pozisyonda olduğunu⁷⁰⁶, sosyal ve ekonomik politikaların belirlenmesinde üye devletlerin geniş bir takdir marjından yararlandığını belirterek, kişilerin gürültüden kaynaklanan rahatsızlıkları açısından ulusal makamların

⁷⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. ARAI-TAKAHASHI, s. 80-81; ÜZELTÜRK, s. 184-187; SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s. 252-253; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 373; DOĞRU-NALBANT, II. Cilt, s. 55-58; ÖNCÜ, 2013, S. 305-306.

⁷⁰³ **Fadeyeva/Russia**, 09.06.2005, Başvuru No 55723/00, § 68-70; **Hatton and Others/The United Kingdom**, 08.07.2003, Başvuru No 36022/97, § 96; **Powell and Rayner/The United Kingdom**, 21.02.1990, Başvuru No 9310/81, § 40; **López Ostra/Spain**, 9.12.1994, Başvuru No 16798/90 , § 51; **Guerra and Others/Italy**, 19.02.1998, Başvuru No 14967/89, § 57; **Taşkın and Others/Turkey**, 10.11.2004, Başvuru No 46117/99, § 113.

⁷⁰⁴ **Powell and Rayner/The United Kingdom**, 21.02.1990, Başvuru No 9310/81.

⁷⁰⁵ **Hatton and Others/The United Kingdom**, 08.07.2003, Başvuru No 36022/97

⁷⁰⁶ **Hatton and Others/The United Kingdom**, § 97; **Powell and Rayner/The United Kingdom**, § 40; benzer karar için bkz. **Fadeyeva/Russia**, § 102.

gerekli tedbirleri alması nedeniyle ihlalin olmadığına karar vermiştir.⁷⁰⁷ *Lopez Ostra/İspanya*⁷⁰⁸, *Fadeyeva/Rusya*⁷⁰⁹ ve *Guerra ve Diğerleri/İtalya*⁷¹⁰ başvurularına konu olan fabrikadan yayılan atıkların neden olduğu çevre kirliliğine ilişkin başvurularda ise, taraf devletlerin yapılacak düzenleme ve alınacak önlemler konusunda takdir marjının olduğunu yinelemiş, ancak kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkı ile kirliliğe neden olan işletmenin çıkarı arasında dengenin olup olmadığını incelemiş ve 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.⁷¹¹

Türkiye aleyhine yapılan çevre hakkına ilişkin başvurular özellikle maden işletmeleriyle ilgili yapılmıştır. Siyanürle altın madeni işletilmesiyle ilgili *Taşkın ve Diğerleri/Türkiye*⁷¹² ile *Öçkan ve Diğerleri/Türkiye*⁷¹³ başvurularında Mahkeme neredeyse aynı cümlelerle benzer kararı vermiştir. Bu davalarda Mahkeme konuyu 8. madde kapsamında değerlendirmiştir. Başvuruya konu olayda Danıştay faaliyetin çevre halkı için tehdit oluşturduğu ve işletmecinin alacağı önlemlerin bu riski ortadan kaldırmadığı gerekçesiyle bu ocakların işletme iznini iptal etmiştir. Ancak ulusal idari makamlar yargı kararına rağmen madenlerin işletilmesini devam ettirmiştir. Mahkeme ise zaten Danıştay'ın gerekli inceleme ve denetlemeyi yaptığından ötürü bu başvurularda taraf devletin takdir marjının değerlendirmesine gerek olmadığına ve idarenin kendi ulusal yargı kararını yerine getirmeyerek sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını ihlal ettiğine

⁷⁰⁷ **Hatton and Others/The United Kingdom**, § 97-101, 122, 129; **Powell and Rayner/The United Kingdom**, § 44-46.

⁷⁰⁸ **López Ostra/Spain**, 9.12.1994, Başvuru No 16798/90.

⁷⁰⁹ **Fadeyeva/Russia**, 09.06.2005, Başvuru No 55723/00.

⁷¹⁰ **Guerra and Others/Italy**, 19.02.1998, Başvuru No 14967/89.

⁷¹¹ **Fadeyeva/Russia**, § 124, 134; **López Ostra/Spain**, § 51, 58; **Guerra and Others/Italy**, § 60; benzer yaklaşım için bkz. **Taşkın and Others/Turkey**, § 116.

⁷¹² **Taşkın and Others/Turkey**, 10.11.2004, Başvuru No 46117/99.

⁷¹³ **Öçkan and Others/Turkey**, 28.03.2006, Başvuru No 46771/99.

karar vermiştir.⁷¹⁴ Görüldüğü üzere ülkemiz açısından sorun, çevreye ilişkin konularda devletin kendisine bırakılan takdir marjını aşp aşmadığı, kamu yararı ile kişi çıkarını dengeleyip dengeleyemediği değil, bu denetimi yapan kendi ulusal yargı organlarımızın Sözleşme ve AİHM içtihatlarına uygun olarak verdikleri kararları yerine getirmemesidir.

C. Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Aile Hayatı ve Bununla Bağlantılı Olarak 12. Maddede Düzenlenen Evlenme Hakkı

Mahkemenin aile hayatını, sadece ulusal hukuk düzenlerinde öngörülmüş resmi evliliklerle sınırlı olarak algılamadığı, kişilerin fiilen birlikteliklerini de 8. maddenin korumasında kabul ettiği⁷¹⁵ belirtilmişti. Bununla birlikte Mahkemeye göre taraf devletlerin karşı cinsiyetten kişilerin ve eşcinsellerin fiili birlikteliklerine aile hayatı olarak saygı gösterme yükümlülüğü olması, devletleri bu kişilere resmi olarak evli kişilerle eşit bir statü sağlamaya ve eşcinseller için evlenme hakkı tanımaya zorlamamaktadır.⁷¹⁶ Buna örnek *Şerife Yiğit/Türkiye*⁷¹⁷ kararıdır. Mahkeme 1976

⁷¹⁴ **Taşkın and Others/Turkey**, § 112, 117; **Öçkan and Others/Turkey**, § 48, 50.

⁷¹⁵ **Marckx/Belgium**, 13.06.1979, Başvuru No 6833/74, § 31; **Keegan/Ireland**, 26.05.1994, Başvuru No 16969/90, § 44; **Kroon and Others/the The Netherlands**, 27.10.1994, Başvuru No 18535/91, § 30; **X, Y and Z/The United Kingdom**, 22.04.1997, Başvuru No 21830/93, § 36; **Emonet and Others/Switzerland**, 13.12.2007, Başvuru No 39051/03, § 34; **Van Der Heijden/The Netherlands**, 03.04.2012, Başvuru No 42857/05 42857/05, § 50.

⁷¹⁶ **Şerife Yiğit/Turkey**, 02.11.2010, Başvuru No 3976/05, § 97-98, 102; **Hokkanen /Finland**, 23.09.1994, Başvuru No 19823/92, § 55; **Keegan/Ireland**, § 49.

⁷¹⁷ **Şerife Yiğit/Turkey**, 02.11.2010, Başvuru No 3976/05.

yılından 2002 yılında kocanın ölümüne kadar imam nikâhlı olarak yaşayan çifti aile olarak kabul etmiştir. Ancak ölen kocanın mirasçısı olma, emekli maaşı ve sosyal güvencesinin kendisine bağlanması talebinin reddinin 8. maddeyi ihlal ettiği iddiasını ise kabul etmemiştir. Mahkemeye göre 8. maddenin temel amacı bireyin kamu otoritesinin keyfi müdahalesine karşı korunmasıdır ve ek olarak aile yaşamına etkin “saygı” gösterilmesi kapsamında pozitif yükümlülükler getirmektedir. Birey ve bir bütün olarak toplumun yarışan menfaatleri arasında sağlanması zorunlu olan adil dengenin dikkate alınması gereklidir. Her iki bağlamda da Devletin belirli bir takdir marjına sahip olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, Devletin planlamış olduğu ekonomik, mali veya sosyal politikalar alanındaki bunlara dair görüşler demokratik bir toplumda olağan olarak değişebilmektedir; bu takdir marjı kaçınılmaz olarak daha geniştir. Bu nedenlerle taraf devletin dini evliliği tanıma ve özel bir evli olmayanlar kategorisi oluşturma yükümlülüğü yoktur.⁷¹⁸

Aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddeyle yakından ilişkili Sözleşme'nin bir diğer maddesi de 12. maddedir. Evlenme hakkını düzenleyen bu maddeye göre evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir. Sözleşme metni evlenme hakkını yalnızca karşı cinsiyetteki kişilere tanımaktadır.⁷¹⁹ Bu açıdan transseksüeller ve eşcinsellerin evlenme hakkına sahip olup olmadığı tartışması gündeme gelmektedir. Transseksüellere ilişkin olarak Mahkeme 2002 yılına kadar evlenme hakkını biyolojik cinsiyete bağlamakta ve biyolojik cinsiyete bağlı olmadan evlenme hakkının tanınıp tanınmaması hususunu taraf devletin takdir marjına bırakmaktadır. Dolayısıyla kişilere

⁷¹⁸ Şerife Yiğit/Turkey, § 100, 102; Hokkanen /Finland, § 55.

⁷¹⁹ Rees/The United Kingdom, 17.10.1986, Başvuru No 9532/81, § 49; Schalk and Kopf/Austria, 24.06.2010, Başvuru No 30141/04, § 54, 63.

evlenme hakkı tanınmamış olmasını Sözleşme'ye aykırı bulmamakta idi.⁷²⁰ Ancak yukarıda değinilen *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*⁷²¹ kararı ile yerleşik içtihadını değiştirmiştir. Mahkeme tıbbi ve teknolojik açıdan günün değişen ve gelişen koşullarını dikkate alarak cinsiyetin artık sadece biyolojik ölçütlere göre belirlenmediğini ifade etmiştir. Bu nedenle cinsiyetini ameliyatla değiştiren bir kişinin yeni cinsiyetinin karşı cinsiyetindeki bir kişiyle evlenmesinin yasaklanması evlenme hakkının özünü zedelediği için 12. maddeyi ihlal etmektedir.⁷²² Görüldüğü üzere transseksüellere Avrupa toplumundaki bakış açısının değişmesiyle Mahkeme de yaklaşımını değiştirmiş ve bu konudaki taraf devletlerin takdir marjını sınırlamıştır. Ancak Mahkemenin evliliğin karşı cinsler arasında yapılabileceği görüşü devam etmektedir. Bu görüşünü *Schalk ve Kopf/Avusturya*⁷²³ kararında da yinelemiştir. Eşcinsellere evlenme hakkı tanınmaması nedeniyle yapılan başvuruda, Mahkeme davada 12. maddenin uygulanabilir olduğunu ancak, evlilik kurumunun bir toplumdan diğerine değişebilen derin sosyal ve kültürel çağrışımları bulunduğunu ve toplumsal ihtiyaçları değerlendirme ve karşılama konusunda ulusal makamların daha iyi konumda olduğunu ifade etmiştir.⁷²⁴ Bu nedenlerle 12. maddenin taraf devlete eşcinsellere evlenme yükümlülüğü yüklediğine karar vererek ve konuyu devletin takdir marjına bırakmıştır.

Ayrıca resmi evliliğin gerçekleşme biçimi taraf devletlerin hukukunda kabul edildiği şekilde olacaktır. Bu konuda taraf devletlere seçim hakkı verilerek geniş bir takdir marjı

⁷²⁰ **Rees/The United Kingdom**, § 49-51; **Cossey/The United Kingdom**, 27.09.1990, Başvuru No 10843/84, § 44-46; **Sheffield and Horsham/The United Kingdom**, 30.07.1998, Başvuru No 22985/93 23390/94, § 66-67.

⁷²¹ **Christine Goodwin/The United Kingdom**, 11.07.2002, Başvuru No 28957/95.

⁷²² **Christine Goodwin/The United Kingdom**, § 100-104.

⁷²³ **Schalk and Kopf/Austria**, 24.06.2010, Başvuru No 30141/04

⁷²⁴ **Schalk and Kopf/Austria**, § 61-62; benzer karar için bkz. **B. and L./The United Kingdom**, 13.09.2005, Başvuru No 36536/02, § 36

tanınmıştır.⁷²⁵ Evlenme hakkına ilişkin diğerk bir konu evlenme yaşının belirlenmesidir. Mahkeme evlenme yaşına ilişkin eski tarihli verdiği *Jhanis Khan/Birleşik Krallık* kararında bu konuyu incelemiştir.⁷²⁶ Bu karara konu olayda Müslüman ve İngiliz vatandaşı olan başvuru 14.5 yaşında olan Müslüman bir kız, kızın da rızası ile kaçırılmış ve İslami usullere göre evlenmişlerdir. İngiliz hukukuna göre bir kişi 16 yaşını doldurduğunda ailesinin onayıyla, 18 yaşını doldurduktan sonra ise kimsenin onayı gerekmeden kendi isteğiyle evlenebilir. Ayrıca İngiliz ceza hukuku 16 yaşından küçük bir kızla bu şekildeki evliliği cinsel istismar suçu olarak düzenlemiştir. Bu hüküm nedeniyle başvuru mahkûm edilmiş ve kız da ailesine teslim edilmiştir. Başvuru bu duruma ilişkin olarak, İslam hukukuna göre, 12 yaşını doldurmuş bir kızın ailesinin onayı olmadan kendi isteğiyle evlenebileceği için İngiliz hukukunun Sözleşme'ye aykırılığını ileri sürmüştür. Mahkeme bu başvuruyu 12. maddedeki evlenme hakkı açısından değerlendirmiş ve açıkça dayanaktan yoksun bularak kabuledilemez bulmuştur.⁷²⁷ Dolayısıyla bu karardan, AİHM'nin evlilik yaşının belirlenmesi konusunu taraf devletlerin takdir marjına bıraktığı sonucuna ulaşabiliriz.

2. Çocuğun Korunmasına İlişkin Tedbirler

Aile hayatı evli ya da fiilen birlikte yaşayan kişiler ve varsa çocuklar arasındaki ilişkileri kapsamaktadır. Ancak çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişiminin ya da kişisel güvenliğinin sağlanması, ihmal, istismar veya suçtan mağdur olmasının engellenmesi için 8. maddenin gereği olarak devletin pozitif koruma yükümlülüğü gündeme gelmekte ve alınan tedbirler aile hayatına müdahale

⁷²⁵ Şerife Yiğit/Turkey, § 41-44.

⁷²⁶ Janis Khan/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı), 07.07.1986, Başvuru No 11579/85.

⁷²⁷ Janis Khan/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı), s. 254-255.

oluşturabilmektedir. Söz konusu koruma tedbirleri, çocuğun anne babasından alınarak devletin bakım ve gözetimine bırakılması gibi, anne baba ayrı ise çocuğun velayetinin birine verilmesi ya da çocuğun evlatlık verilmesi şeklinde de olabilmektedir. Bu durumda ise anne babanın çocuğa erişim ve görüşme hakkı gündeme gelmekte çocuğun çıkarları ile anne babanın çıkarlarının dengelenmesi gerekmektedir.

Mahkeme, çocukların korunmasına ilişkin aile hayatına müdahalelerin Sözleşme’ye uygunluğunu denetlerken konunun hassasiyetini göz önüne almakta ve ulusal idari makam ve mahkemelerin oldukça zor bir görevle karşı karşıya olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca bu makamların gerekli koruma tedbirlerine başvururken ilgili kişilerle doğrudan temasa geçebildikleri için uluslararası yargıca göre daha avantajlı konumda bulunduğunu, bu nedenle somut olayda karar verirken belli bir takdir marjına sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla Mahkemenin görevi ulusal makamların yerine kendi görüşünü koymak değil, taraf devletlerin takdir marjını kullanarak aldıkları kararları Sözleşme ışığında denetlemektir.⁷²⁸ Bu alanda tanınacak takdir marjının genişliği ise başvuru konusunun doğasına ve korunmak istenen çıkarın ciddiyetine göre değişecektir. Burada bir yandan sağlığını ve gelişimini tehdit eden koşullardaki çocuğun korunmasının önemi, diğer yandan şartlar elverdiği ölçüde aileyi yeniden bütünleştirme amacı söz konudur. Bu nedenle çocuğun koruma altına alınmasında ulusal makamların geniş bir takdir marjı bulunmakla birlikte, anne babayla çocuğun görüşmesi ve ilişki kurması üzerindeki sınırlamalar üzerinde katı bir denetim olmalıdır.⁷²⁹

⁷²⁸ **Y.C./The United Kingdom**, 13.03.2012, Başvuru No 4547/10, § 136; **K and T./Finland**, 12.07.2001, Başvuru No 25702/94, § 154; **A.D. and O.D./The United Kingdom**, 16.03.2010, Başvuru No 28680/06, § 83; **Neulinger and Shuruk/Switzerland**, 06.07.2010, Başvuru No 41615/07, § 138; **R. and H./The United Kingdom**, 31.05.2011, Başvuru No 35348/06, § 81.

⁷²⁹ **Y.C./The United Kingdom**, § 137; **K and T./Finland**, § 155; **A.D. and O.D./The United Kingdom**, § 83; **R. and H./The United Kingdom**, § 81.

Çocuğun korunmasına ilişkin Mahkemenin önüne sınırlı sayıda gelen ve henüz yerleşik bir içtihat oluşmayan mesele eşcinsellerin evlat edinmesidir⁷³⁰. *Fretté/France*⁷³¹ kararına konu olayda başvuru ulusal makamlara tek olarak evlat edinme başvurusunda bulunmuş ancak bay *Fretté'nin* eşcinsel olması nedeniyle çocuğa istikrarlı bir anne rol modeli olamayacağı gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Oysa Fransız Hukukunda heteroseksüel kişiler tek başına evlat edinebilmektedir. Başvuru 8. maddeye bağlı olarak Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.⁷³² Mahkeme evlat edinmenin, bir aileye bir çocuk verilmesi değil, bir çocuğa bir aile verilmesinden ibaret olduğuna hükmetmiş ve Devletin evlat edinecek olarak seçilmiş insanların çocuğun her planda en çok lehine olan barındırma şartlarını sunacak insanlar olmalarına dikkat etmesi gerektiğini beyan etmiştir. Mahkeme, bir çocuğa bir eşcinsel ya da eşcinsel bir çift tarafından bakılmasının muhtemel sonuçları hususunda ulusal ve uluslararası kamuoyunda derin ayrılıklar olduğunu özellikle kaydettikten sonra, Devletlerin bu konuda geniş bir takdir marjına sahip olmaları gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme bir eşcinselin evlat edinmesine izin verilmesinin reddinin Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesine aykırı olmadığına, çünkü bu reddin meşru bir amaç (bu olayda çocuğun yüksek menfaatinin korunması) izlediğine ve kullanılacak araçlar ile izlenen amaç arasındaki orantılılık ilkesini ihlal etmediğine hükmetmiştir.⁷³³

⁷³⁰ **Fretté/France**, 26.02.2002, Başvuru No 36515/97; **X and Others/Austria**, 19.02.2013, Başvuru No 19010/07; **Gas et Dubois/France**, 15.03.2012, Başvuru No 25951/07.

⁷³¹ **Fretté/France**, 26.02.2002, Başvuru No 36515/97

⁷³² **Fretté/France**, § 10, 26.

⁷³³ **Fretté/France**, § 37-43; **X and Others/Austria**, § 20, 102.

Eşcinsellerin evlat edinmesine ilişkin yakın tarihli bir karar ise, eşcinsel eşlerden birinin çocuğunu diğer eşin evlat edinmesini konu alan *X ve Diğerleri/Avusturya*⁷³⁴ davasında verilmiştir. Bu kararın *Fretté* kararından farkı burada bir eşcinselin tek başına evlat edinmesi olmayıp, birlikte yaşayan eşcinsel bir çiftte eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmek istemesidir. Avusturya Hukuku evli olmayan heteroseksüel eşlerin birbirinin çocuklarını evlat edinmesine izin vermektedir. Ancak evli olmayan ve kayıtlı partnerlik yapan eşcinsel eşlerin birbirinin çocuklarını evlat edinmesini yasaklamaktadır. Bu nedenle başvuruçular 8. maddeye dayalı 14. maddenin ihlalini ileri sürmüştür.⁷³⁵ Mahkeme bu davadaki denetimini eşcinsel eşlerin birbirinin çocuğunu evlat edip edinemeyeceği noktasında yapmamıştır. Buradaki yargılama heteroseksüel evli olmayan bir çiftin birbirinin çocuğunu evlat edinmesine olanak tanınırken, eşcinsellere bu hak verilmemesinin farklı muamele olup olmadığı ve bu muamelenin meşru bir amacının varlığının araştırılmasıdır.⁷³⁶ Mahkeme cinsel yönelime dayalı olarak farklı muamelenin yapıldığını tespit ederek eşcinsellerin birbirinin çocuğunu evlat edinmesinin baştan yasaklanarak meşru amaç açısından ulusal makam ve yargı organlarının içerik denetimi yapamamasını ve çocuğun yararına olup olmadığının değerlendirilmediği için Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁷³⁷ Mahkeme bu kararında farklı bir gerekçeyle ihlal bulmasına karşın eşcinsellerin evlat edinmesi konusunda taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanımaya devam etmektedir. Mahkemenin 1 yıl önceki *Gas et Dubois/Fransa*⁷³⁸ kararına konu olayda başvuruçular ihlal iddialarını evli heteroseksüel kişilerin birbirinin çocuğunu

⁷³⁴ *X and Others/Austria*, 19.02.2013, Başvuru No 19010/07

⁷³⁵ *X and Others/Austria*, § 12, 17, 114-116.

⁷³⁶ *X and Others/Austria*, § 149.

⁷³⁷ *X and Others/Austria*, § 152.

⁷³⁸ *Gas et Dubois/France*, 15.03.2012, Başvuru No 25951/07

evlat edinebilmelerine karşın evli olmayan eşcinsellerin birbirinin çocuğunu evlat edinmemesinin farklı muamele oluşturduğu gerekçesine dayandırmıştır. Ancak ulusal mevzuat evli olmayan heteroseksüellerin de birbirinin çocuğunu evlat edinmesini yasakladığı için Mahkeme 8. maddeye dayalı 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷³⁹ Sözleşme'ye taraf Avrupa Konseyi üyesi devletlerde ahlaki olarak değerlendirilen bu konuda henüz bir ortak uzlaşma mevcut değildir. Bu nedenle Mahkeme de bu alanda çekimser tavrını sürdürmektedir.

3. Üreme Hakkı

Üreme ya da çocuk sahibi olma hakkı kişinin özel ve aile hayatına ilişkin önemli konulardan biridir. Bu açıdan insan embriyosunun oluşması çocuk sahibi olma sürecinin başlangıcıdır. Bu konunun biyolojik olduğu kadar ahlaki ve dini yönleri mevcuttur. Söz konusu çok yönlülük nedeniyle ceninin statüsü geçmişten günümüze her zaman tartışmalı olmuştur.⁷⁴⁰ Ayrıca çağımızda tıp alanındaki teknolojik gelişmelere paralel olarak üreme konusu da daha da karmaşıklaşmıştır. Bu durum ise beraberinde etik ve ahlaki sorunları getirmiş ve söz konusu sorunların çözümünde de henüz ortak bir Avrupa konsensüsü oluşmamıştır. Mahkeme bu konuda önüne gelen *Evans/Birleşik Krallık*⁷⁴¹ davasında durumu açıkça ortaya koymuştur. Başvuruya konu olayda, yumurtalık kanseri teşhisi konulan başvurucunun yumurtalıklarının alınmasından önce son bir üreme şansı olarak birlikte olduğu kişiyle tüp bebek tedavisine başlanılmış ve döllenmiş embriyolar iki yıl sonra rahme yerleştirilmek üzere saklanılmıştır. Ayrıca bu embriyoların rahme

⁷³⁹ *Gas et Dubois/France*, § 62, 68-69; *X and Others/Austria*, § 104.

⁷⁴⁰ İlyas DOĞAN, “İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyosunun Ahlaki Statüsüne İlişkin Bazı Düşünceler” *Kamu Hukuku Arşivi*, Sayı 2, 2005, s. 104-105.

⁷⁴¹ *Evans/The United Kingdom*, 10.04.2007, Başvuru No 6339/05.

yerleştirilmesinden önce her zaman rızalarını geri alabileceğine dair çifte belge imzalatılmıştır. Ancak bu süreçte çiftin ilişkisi sona ermiş ve erkek, embriyoların rahme yerleştirilmesine ilişkin rıza göstermediğini ve ortadan kaldırılmasını istediğini bildirmiştir. Artık yumurtalıkları olmayan kadın ise biyolojik anne olabilmesinin tek ihtimalinin engellendiğinden dolayı Sözleşme'nin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.⁷⁴² Mahkeme bu davada takdir marjı doktrinine ayrı bir başlık açarak davadaki sorunların çok hassas etik ve ahlaki konular olduğunu ve bu konuda ortak bir Avrupa görüşü bulunmadığını; bu nedenle bu alanda taraf devletin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirterek Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁴³ Mahkeme erkeğin çocuk sahibi olmama kararını kadının genetik anne olma hakkından üstün tutma konusundaki devletin takdir marjına saygı göstermiştir. Mahkeme bu davada embriyonun yaşam hakkının ve insan onurunun⁷⁴⁴ bulunup bulunmadığını dikkate almamış, kadın ve erkeğin çatışan menfaatlerinden hangisine üstünlük tanınması gerektiği tartışmasına odaklanmıştır.

Üreme konusunda farklı bir uyumsuzluk *S.H. v Diğerleri/Avusturya*⁷⁴⁵ davasına konu olmuştur. Burada iki çift vardır ve çiftlerden birinde kadın, diğerinde erkek kısırdır. Başvurucuların talebi tıbbi yardımla donörlerden sperm ve yumurta alınarak üremenin sağlanmasıdır. Ancak taraf devletin iç hukuku tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olmak için ancak çiftlerin kendi sperm ve yumurtasının alınmasına izin vermekte, donörden

⁷⁴² **Evans/The United Kingdom**, § 13-17.

⁷⁴³ **Evans/The United Kingdom**, 77-82. Benzer kararlar için bkz. **X, Y and Z/The United Kingdom**, 22.04.1997, Başvuru No 21830/93, § 44; **Fretté/France**, 26.02.2002, Başvuru No 36515/97, § 41; **Christine Goodwin/The United Kingdom**, § 85.

⁷⁴⁴ Embriyonun ya da ceninin bir canlı olarak meta olarak görülemeyeceği ve insan onurundan yararlanması gerektiği yönünde geniş bilgi için bkz. DOĞAN, “*İnsan Embriyosunun Ahlaki Statüsü*”, s. 106-107.

⁷⁴⁵ **S.H. and Others/Austria**, 03.11.2011, Başvuru No 57813/00.

alınmasını yasaklamaktadır.⁷⁴⁶ Mahkeme çiftlerin çocuk sahibi olmak için yapay dölleme talebinde bulunmasını özel ve aile hayatına saygı kapsamında değerlendirmiştir. Ancak yapay dölleme konusunun ahlaki değer yargıları ve toplumsal kabul ile ilgili kaygılar bakımından ciddiye alınması gerektiğini, buna karşın bu kaygılar nedeniyle yapay döllemenin tamamen yasaklanmasını haklılaştırmadığını ifade etmiştir. Bu açıdan Avusturya hukuku eşlerden yumurta ve sperm alınmasına izin verdiği için yapay döllemeyi tümüyle yasaklamamaktadır. Taraf devletlerin bu konuda geniş bir takdir marjından yararlanmakla birlikte kişilerin meşru çıkarlarını korumasının da gerektiğine karar vermiştir.⁷⁴⁷ Mahkeme mevcut başvuruda taraf devletin takdir marjını aşmış ve bu alanda henüz bir uzlaşma oluşmadığından müdahaleyi 8. maddeye uygun bulmuştur.

Mahkemenin bu kararlarının da gösterdiği üzere üreme ve gen teknolojisindeki teknolojik gelişmeler nedeniyle bu alanda henüz hukuki ve ahlaki orak bir anlayış bulunmamaktadır. Dolayısıyla AİHM bu konulara ilişkin başvurularda çekimser bir yaklaşım benimsemektedir.

D. Konuta Saygı Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

Konuta saygı kapsamında Mahkemeye yapılan başvurular genellikle bir suçla bağlantılı olarak delil elde edilmesi için yapılan konut aramalarıdır. Suçla mücadele ve suçun takibi açısından ulusal makamlar ev ve iş yerlerinde arama yapıp, bu arama sonucunda bir takım delil ve eşyalara el koyabilmektedir. Bu müdahaleyi

⁷⁴⁶ S.H. and Others/Austria, § 11-26.

⁷⁴⁷ S.H. and Others/Austria, § 93-94.

gerçekleştirirken sınırlandırmanın gerekliliğinin değerlendirmesi açısından taraf devletler belli bir takdir marjından yararlanacaktır. Ancak Mahkemeye göre bu marj müdahaleyi keyfiliğe ve kötüye kullanmaya açık hale getirecek derecede olamaz.⁷⁴⁸ Bu nedenle ulusal mevzuatların ev ve işyerlerinin aranması ve delillere el konulması tedbirine başvurulmasında istismarı önleyecek etkili ve yeterli güvenceler öngörmesi zorunludur. Bu koşulların sağlanması için de aramanın, makul bir şüpheye dayanarak verilen bir mahkeme kararıyla yapılmış olması gerekmektedir.⁷⁴⁹

Dolayısıyla Mahkemenin ev ve işyeri aramalarının Sözleşme'ye uygun olabilmesi için kabul ettiği bu ilkelere riayet edilmesi taraf devletler için bir zorunluluktur. Ulusal makamlar arama ve el koyma tedbirine başvururken, meşru amaç açısından müdahalenin gerekliliğine karar verirken takdir marjından yararlanmakla birlikte, bu tedbirlerin uygulanması noktasında takdir marjından söz edilemeyecektir. Ulusal makamların bu tür denetim ve uygulamalarının yasal usule uygun bir şekilde titizlikle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

E. Haberleşmeye Saygı Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

Haberleşmeye saygı kapsamında Mahkemenin karara bağladığı başvurular genellikle bir suçla bağlantılı haberleşmenin denetimi kapsamında telefon dinlemeleri, gizli takip ve veri toplama şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Mahkemeye göre ulusal güvenliğin

⁷⁴⁸ **Funke/France**, 25.02.1993, Başvuru No 10828/84, § 55; **Camenzind/Switzerland**, 16.12.1997, Başvuru No 21353/93, § 44-45.

⁷⁴⁹ **Funke/France**, § 56; **Camenzind/Switzerland**, § 37, 45; **Elçi and Others/Turkey**, 13.11.2003, Başvuru No 23145/93 25091/94, § 699; **Wieser And Bicos Beteiligungen Gmbh/Austria**, 16.10.2007, Başvuru No 74336/01, § 57.

korunması ve suçun önlenmesi için taraf devletlerin, kişilerin haberleşmeleri üzerinde uyguladıkları gizli izleme ve dinlemeler demokratik bir toplumda gerekli olduğu için meşru bir amaç taşımaktadır. Ancak bu amaçlara ulaşılmasında kullanılan araçların seçiminde ulusal makamlar belli bir takdir marjına sahip olsalar da bu marj sınırsız değildir.⁷⁵⁰ Özellikle gizli izleme ve dinlemeye ilişkin ulusal mevzuatların erişilebilir bir şekilde topluma açık ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Mahkeme bu konuda özellikle öngörülebilirliğe çok önem vermektedir. Çünkü bu tedbirlerin doğasında kötüye kullanma ve keyfilik riski bulunduğu ve bu alandaki teknoloji oldukça karmaşık bir hale geldiği için, yasalar yeterli açıklıkta olmalıdır. Bu kapsamda iç hukuk, kötüye kullanıma karşı yeterli güvenceler sunmalı, dinlemelerin süresi ve yenilenmesine ilişkin açık kurallar içermeli ve izleme tedbirlerinin sonlandırılmasına ilişkin hükümler keyfi müdahaleye karşı yeterli güvenceler getirmelidir.⁷⁵¹ Dolayısıyla Mahkemeye göre iç hukuk düzenlemelerinde asgari şu koşullar bulunmalıdır: hangi suçlar için bu tedbire başvurulacağı kesin belirliliği, bu yolla kimlerin izlenebileceği, izleme süresinin sınırı, elde edilen verilerin hangi usulde inceleneceği, kullanılacağı ve depolanacağı, ve elde edilen verilerin hangi koşullarda silinip ortadan kaldırılacağı.⁷⁵² Ayrıca bu yasal

⁷⁵⁰ **Klass and Others/Germany**, 06.09.1978, Başvuru No 5029/71, § 48-49; **Roman Zakharov/Russia**, 04.12.2015, Başvuru No 47143/06, § 231-232; **Malone/The United Kingdom**, § 68; **Leander/Sweden**, 20.03.1987, Başvuru No 9248/81, § 51; **Huvig/France**, 24.04.1990, Başvuru No 11105/84, § 29; **Weber and Saravia/Germany**, 29.06.2006, Başvuru No 54934/00, § 94.

⁷⁵¹ **Amann v. Switzerland**, 16.02.2000, Başvuru No 27798/95, § 56-58; **Roman Zakharov/Russia**, § 232; **Prado Bugallo/Spain**, 18.02.2003, Başvuru No 58496/00, § 30; **Klass and Others/Germany**, § 49, 50, 59.

⁷⁵² **Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev/Bulgaria**, 28.06.2007, Başvuru No 62540/00, § 76-77;

güvencelere ek olarak bu tedbire başvurulurken mahkeme izni de alınması gerekmektedir. Böylece idari makamlar rastgele ve gelişigüzel izleme ve dinleme yapamazlar.⁷⁵³

Mahkemenin bu alandaki yerleşik içtihadı göz önüne alındığında haberleşmeye saygı hakkına yapılacak müdahalelerde yerinde bir yaklaşım sergileyerek oldukça katı bir denetim uyguladığı görülmektedir. Çünkü kişinin haberleşmesi özel ve aile hayatını da doğrudan etkilemekte ve bütün mahreminin ortaya dökülmesine de yol açmaktadır. Bu nedenle taraf devletler sadece meşru amaç ileri sürerek Mahkemenin gereklilik testinden kurtulamazlar. Aksi durumda ulusal makamlar sınırsız bir takdir marjıyla tüm toplumu gizli takip edip fişleyebilir. Bu tür istismarların engellenmesi için ve korunan menfaatin önemiyle de paralel bir şekilde taraf devletler oldukça dar bir takdir marjından yararlanmaktadır.

⁷⁵³ **Klass and Others/Germany**, § 51; **Roman Zakharov/Russia**, § 259.

VIII. DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ (MADDE 9)

A. Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğünün Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi

AİHS'in 9. maddesi düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü güvence altına almıştır.⁷⁵⁴

Bu açıdan 9. madde kişilerin hem içsel (*forum internum*)⁷⁵⁵ hem de dışsal (*forum*

⁷⁵⁴ Düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin genel olarak yararlanılabilecek kaynaklar: Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, s. 751-771; Paul M. TAYLOR, **Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005; HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 435-453; Tolga ŞİRİN-Erkan DUYMAZ, Deniz YILDIZ, **Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 313, Ankara, 2016; Monica LUGATO, "The Margin of Appreciation and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity", **Journal of Catholic Legal Studies**, 2013, Vol. 52; 49, p. 49-70; Nilufar Shahpanahi, **Margin of Appreciation in Context of Freedom of Religion (Article 9 of the European Convention on Human Rights) in the Interpretation of the European Court of Human Rights**, Toronto University, Faculty of Law, LLM Programme Thesis, 2011; Şennur AĞIRBAŞLI, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", **TBB Dergisi**, 2012 (101), s. 83-102; Erkan DUYMAZ, "Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili", **Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi**, 64 (4) 2015: 1113-1160; Aaron R. PETTY, "Religion, Conscience and Belief in the European Court of Human Rights", **The Geo. Wash. International Law Review**, Vol. 48, 2015-2016, p. 807-851; Eugenia RELANO, "Educational Pluralism and Freedom of Religion: Recent Decisions of the European Court of Human Rights", **British Journal of Religion Education**, Vol. 32, No. 1, January 2010, p. 19-29; Malcolm N. SHAW, "Maddenin 'Freedom of Thought, Conscience and Religion'", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), **The European System for the Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, p. 445-464; Robert WİNTEMUTE, "Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and Refusals to Serve Others", **The Modern Law Review**, (2014) 77(2) MLR223-253; Esther Erlings, "The Government Did Not Refer to It': SAS v France And Ordre Public at the European Court of Human Rights", **Melbourne Journal of International Law**, 2015, Vol. 16, p. 1-23; Joseph ZAND, "New

externum) yönünü ilgilendirmektedir. İçsel yönüne ilişkin olarak maddenin 1. fıkrasında yer alan düşünce, din ve vicdan kişinin aklında ve kalbinde yer aldığı için dışa vurulmadığı sürece sınırlandırılmaz ve mutlak nitelikteki bir özgürlüktür.⁷⁵⁶ Bu dokunulmazlık kişinin dini inanç ve kanaatlerini açıklamama, din değiştirme, herhangi dine mensup ya da inanca sahip olmama özgürlüğünü de kapsamaktadır. Böylece kişiler herhangi bir tarzda ibadet etmeye, dini uygulamaya ve ayine katılmaya da zorlanamazlar. Bu nedenle 9. maddenin 1. fıkrası takdir marjının uygulamasına konu olamaz. Taraf devletler düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü koşulsuz bir şekilde herkese sağlamakla yükümlüdür. Forum externum olarak nitelenen dışsal yönü ise, kişilerin tek başına ya da topluca, kapalı veya aleni olarak dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğüdür. Bu özgürlük ibadet etme, öğretme, kabul edilen dini uygulama ve ritüelleri yerine getirme şeklinde kullanılmaktadır.⁷⁵⁷ Bu eylemler din veya inancı açıklama olarak dışa yansıdığı için, 1. fıkradaki mutlak korumadan yararlanmazlar ve 2. fıkradaki düzenlemeye göre kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya ahlak ya da başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma gerekçeleriyle demokratik toplumda zorunlu olan tedbirlerle ve kanunla sınırlandırılabilirler. Bu noktada ise Avrupa'daki kültürel görecelilik ve dinsel farklılıklar, söz konusu alanda bir uzlaşmanın olmayışı ve Sözleşme sisteminin ikincilliği ilkesi gereğince Mahkemenin 9. maddeye ilişkin yargılamalarında takdir marjı önemli bir

Religious Movements and Freedom of Thought, Conscience and Religion in the European Convention on Human Rights' Jurisprudence", **Ankara Bar Review**, 2013/2, p. 84-109;

⁷⁵⁵ **Vereniging Recht Swinkels Utrecht/The The Netherlands (Kabuledilemezlik Kararı)**, 13.03.1986, Başvuru No 11308/84.

⁷⁵⁶ Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s. 752; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 438 vd; ARAI-TAKAHASHI, s. 93.

⁷⁵⁷ **Cha'are Shalom and Tsedek/France**, 27.06.2000, Başvuru No 27417/95, § 73; **Kalaç/Turkey**, 01.07.1997, Başvuru No 20704/92, § 27.

rol oynamaktadır.⁷⁵⁸ Sözleşme'nin 9. maddesine ilişkin olarak Mahkemenin takdir marjını uyguladığı konular ise, devlet ile din ilişkisi, memurların -özellikle askeri personelin- ibadet özgürlüğü, dini sembollerin kullanılması, Sözleşme'ye ek 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde yer alan anne babaların çocuklarına kendi dini ve felsefi inançlarına göre eğitim öğretim verilmesini isteme hakkıdır. Aşağıda takdir marjının 9. madde bağlamında uygulanma alanı bulunduğu bu üç durum ele alınacaktır.

B. Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Devlet ile Din İlişkisi

Avrupa Konseyi üyesi olan Sözleşmeciler devletlerin çoğunda bir devlet kilisesi⁷⁵⁹ vardır ya da dinî bir sistem kabul edilmiştir. Sözleşme, devlet tarafından bu şekilde bir yapılanmayı yasaklamaz. Hatta zorunlu katılma istenmemesi veya isteyerek ayrılmanın yasaklanmaması koşuluyla bir “devlet dininin” varlığı 9. maddeye aykırılık oluşturmayacaktır.⁷⁶⁰ Ayrıca söz konusu dinî devlet sisteminin koşul ve gerekliliklerine karar verme konusunda devletlerin belli bir takdir marjı vardır.⁷⁶¹ Bu açıdan Sözleşme

⁷⁵⁸ PETTY, s. 809, 834.

⁷⁵⁹ Din ve ilişkisi açısından, kiliselerin kaybettiği etkiyi yeniden elde edebilmek amacıyla devletle nasıl bir işbirliği içine girdiğinin tarihi gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İlyas DOĞAN, “Devlet ve Din: Egemenlik İddiasında Bulunan Güçler Arası Modeller”. **Kamu Hukuku Arşivi**, S. 1, 2007, s. 41-43.

⁷⁶⁰ **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, 26.04.2016, Başvuru No 62649/10, § 163; **Darby/Sweden**, 23.10.1990, Başvuru No 11581/85, § 45.

⁷⁶¹ ARAI-TAKAHASHI, s. 95.

sisteminin ve Mahkemenin yargılamasının ikincil rolü ön plana çıkmaktadır. Mahkeme'nin pek çok kez belirttiği üzere, ulusal makamlar yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirme konusunda uluslararası bir mahkemeye göre daha iyi konumdadır. Demokratik bir toplum içerisindeki görüşlerin büyük oranda farklılık gösterebildiği, genel siyaset ile ilgili konularda, yerel politika belirleyicilerin görevlerine özel bir dikkat gösterilmelidir. Bu durum, özellikle, Devlet ve dinler arasındaki ilişki hakkındaki sorunların söz konusu olduğu hallerde geçerlidir.⁷⁶² Bu nedenle Sözleşmeciler Devletlere çeşitli dini topluluklarla işbirliği biçimlerini seçme konusunda takdir marjı tanınması gerekmektedir.⁷⁶³ Ancak Devletlere tanınan takdir marjının ölçüsü Devletlerin dini mezhep kavramını, bir dinin geleneksel olmayan ve bir azınlık biçimini yasal korumadan yoksun kılacak derecede kısıtlı bir şekilde yorumlamasına izin verdiği takdirde, Sözleşme'nin 9. maddesinde yer verilen hak oldukça teorik ve yanıltıcı olacaktır. Bu tür sınırlı tanımların din özgürlüğü hakkının kullanımı üzerinde doğrudan etkisi bulunmaktadır ve bir inancın dini mahiyetinin inkâr edilmesi suretiyle söz konusu hakkın kullanımını kısıtlaması muhtemeldir.⁷⁶⁴ Mahkemeye göre çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokratik bir toplumun en önemli göstergeleridir. Çoğulculuk ayrıca, kültürel geleneklerin, etnik ve kültürel kimliklerin, dini inançların, sanatsal, edebi, sosyo-ekonomik fikir ve kavramların çeşitliliğinin ve dinamiklerinin samimi bir şekilde tanınmasına ve bunlara saygı gösterilmesine dayanmaktadır. Bu açıdan azınlık

⁷⁶² **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, § 112; **Fernandez Martinez/Spain**, 12.06.2014, Başvuru No 56030/07, § 130; **Sindicatul "Păstorul cel Bun"/Romania**, 09.07.2013, Başvuru No 2330/09, § 138.

⁷⁶³ **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, § 112; **Magyar Keresztény Mennonita Egyház ve Others/Hungary**, 08.04.2014, Başvuru No 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 ve 56581/12, § 108.

⁷⁶⁴ **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, § 113-114, 133; **Kimlya and Others/Russia**, 01.10.2009, Başvuru No 76836/01 32782/03, § 86.

mensuplarına adil ve düzgün muamelede bulunulmasını sağlamak ve hakim bir pozisyonun kötüye kullanılmasını önlemek⁷⁶⁵ devletin görevidir.

Din ve devlet ilişkisi açısından Sözleşme'nin 9. maddesi bağlamında Mahkemeye yapılan başvuruların konusu genellikle din ve inançların devlet tarafından tanınması, kilise vergileri, ibadethanelerin statüsü ve 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde düzenlenen zorunlu din dersleridir.

Mahkemenin yerleşik içtihadına göre bir düşünce, inanç ya da kanaatin 9. madde kapsamında kabul edilebilmesi için, belirli bir düzeyde inandırıcılığa, ciddiyete, tutarlılığa ve öneme ulaşmış olması gerekir. Bu koşul sağlandıktan sonra ise din karşısında tarafsızlık görevi gereği, devletlerin dini inançları ve bu inançların ifade edilme biçimlerinin meşruiyetini değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır.⁷⁶⁶ Bu açıdan din ve inançları tanıma konusunda devletler takdir marjına sahip değildir.

Devlet kiliselerine toplanan vergiler açısından ise, vergi ödeme yükümlülüğü isteğe bağlı olarak kilise üyeliğinden ayrılmakla son bulunduğu takdirde, bu yükümlülüğün varlığı Sözleşme'ye uygundur⁷⁶⁷ ve vergi yükümlüsünün vergi gelirinin nerede harcanacağı

⁷⁶⁵ **Young, James ve Webster/The United Kingdom**, Başvuru No 7806/77, 7601/76 13.08.1981, § 63, Seri A. No 44; **Valsamis/Greece**, Başvuru No 21787/93 18.12.1996, § 27, **Folgerø and Others /Norway**, 29.06.2007, Başvuru No 15472/02, § 84; **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, § 109.

⁷⁶⁶ **S.A.S./France**, 01.07.2014, Başvuru No 43835/11, § 55; **Eweida and Others/The United Kingdom**, 15.01.2013, Başvuru No 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, § 81; **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, § 68; **Manoussakis and Others/Greece**, 26.09.1996, Başvuru No 18748/91, § 43.

⁷⁶⁷ **Klein and Others/Germany**, 06.04.2017, Başvuru No 10138/11, § 113; **G. R./Austria**, 14.05.1984, Başvuru No 9781/82, Decision Report 37, s. 42; **Gottesman/Switzerland**, 04.12.1984, Başvuru No 10616/83, Decision Report 40, s. 289.

konusunda karar verme yetkisi yoktur.⁷⁶⁸ Bu açıdan devletler geniş bir takdir marjından yararlanır.⁷⁶⁹

Din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin problemleri konulardan birisi de ibadethanelerin statüsüdür. İbadethanelerle ilgili olarak ibadet yeri seçimi ve imar hukuku açısından devletler takdir marjına sahiptir. Ancak takdir marjına dayanılarak yapılan sınırlamalar meşru bir nedene dayanmalı ve orantılı olmalıdır.⁷⁷⁰ Yukarıda bahsedildiği üzere dini topluluklarla ilişki ve işbirliği biçimlerini seçerken devletler belli bir takdir marjından yararlanmakla birlikte, bu seçim dini topluluğun ibadet ve eylemlerini ortadan kaldırma ya da inancın dini mahiyetini inkar şeklinde olamaz. Böyle bir uygulama taraf devletinin takdir marjını aşması anlamına gelmektedir. Çok yakın tarihli *İzzettin Doğan ve Diğerleri/Türkiye*⁷⁷¹ başvurusuna konu olayda Alevilik inancının bir din olarak kabul edilerek devlet tarafından kamu hizmeti olarak sunulması ve cemevlerinin ibadethane olarak kabul edilmesi talep edilmiştir. Türk makamları ise, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa, yasalar ve diğer mevzuat uyarınca yürüttüğü hizmetleri İslam dinine mensup olan herkese yönelik, mezhepler üstü ve umumi olduğu için bu din hizmetlerinden herkesin eşit ölçüde yararlanma hakkının bulunduğundan, ayrıca ulusal mevzuat nedeniyle cemevlerine ibadethane statüsü verilemeyeceğinden bu talepleri reddetmiştir.⁷⁷² Bu konuda Türk makamları Aleviliği ayrı bir din olarak değil, İslam dini

⁷⁶⁸ **C/The United Kingdom**, 15.12.1983, Başvuru No 10358/83, Decision Report 37, s. 153.

⁷⁶⁹ **Klein and Others/Germany**, § 87; **Gottesman/Switzerland**, s. 289; **Wasmuth/Germany**, 17.02.2011, Başvuru No 12884/03, § 63; **Manoussakis and Others/Greece**, § 44; **Cha'are Shalom and Tsedek/France**, § 84; **Miroļubovs and Others/Latvia**, 15.09.2009, Başvuru No 798/05, § 80.

⁷⁷⁰ **Manoussakis and Others/Greece**, § 43-44.

⁷⁷¹ **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, 26.04.2016, Başvuru No 62649/10

⁷⁷² **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, § 11.

içerisinde yer alan bir tarikat olarak değerlendirmiş ve 677 sayılı Kanun⁷⁷³ kapsamındaki dini gruplar kategorisinde incelemiştir. Mahkeme, Aleviliğin kendine özgü niteliklerini göz ardı ederek taraf devletin Alevi topluluğuna, dini uygulamalarına ve mabedlerine yönelik tutumunun, Devletin tarafsızlık göreviyle ve dini toplulukların özerk olarak var olma hakkıyla bağdaşmadığına hükmetmiştir.⁷⁷⁴ Çünkü üye devletler dinlerle olan ilişkilerinde takdir marjını bir dini yok sayacak şekilde kullanamaz. Bu şekildeki bir uygulama ile Türkiye kendisine tanınan takdir marjını aşmıştır.⁷⁷⁵

Din ve vicdan özgürlüğü alanında devlet ve din ilişkisindeki sorunlu konulardan biri de zorunlu din kültürü dersidir. Sözleşme'nin 1 Nolu Ek Protokolü'nün 2. maddesinde yer alan, ebeveynlerin çocuklarının eğitim ve öğretiminin kendi dinî ve felsefî inançlarına göre yapılmasını talep etme hakkı doğrudan 9. madde ile bağlantılıdır.⁷⁷⁶ Mahkemeye göre eğitim sisteminin ve ders müfredatlarının düzenlenmesi ve planlanması konusunda devletlere takdir marjı bırakılmıştır.⁷⁷⁷ Ebeveynlerin bu hakkı, devletlerin, devlet okullarında verilen öğretim aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak dini veya felsefî türde objektif bilgi vermesini engellemez. Ebeveynlerin zorunlu din dersinin müfredat içeriğine itiraz etme hakkı yoktur.⁷⁷⁸ Ancak üye devletlere tanınan bu takdir marjı sınırsız değildir. Bu sınır ise, Devletin ebeveynlerin dini ve felsefî kanaatlerine saygı gösterilmemesi olarak değerlendirilebilecek tek yönlü koşullandırma (*indoctrination*) hedefi gütmemesinin yasaklanmış ve dersten muafiyet hakkının tanınmış olmasıdır.⁷⁷⁹

⁷⁷³ 30.11.1925 tarihli ve 677 sayılı "Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar İle Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun", 13.12.1925 tarihli Resmi Gazete, Sayı 243.

⁷⁷⁴ **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, § 123-124.

⁷⁷⁵ **İzzettin Doğan and Others/Turkey**, § 132-133.

⁷⁷⁶ **Hasan and Eylem Zengin/Turkey**, 09.10.2007, Başvuru 1448/04, § 48.

⁷⁷⁷ **Folgerø and Others v. Norway**, 29.0.2007, Başvuru No 15472/02, § 89.

⁷⁷⁸ **Hasan and Eylem Zengin/Turkey**, § 51.

⁷⁷⁹ **Folgerø and Others v. Norway**, § 84/h; **Hasan and Eylem Zengin/Turkey**, § 52-53.

Avrupa'daki okullarda verilen din eğitiminde farklı yaklaşımlar ve sistemler benimsenmekle birlikte, üye devletlerin neredeyse tamamı öğrencilere muafiyet sistemi veya söz konusu dersin yerine geçebilecek bir derse girmelerini sağlayarak ya da din derslerine katılmalarını tamamen isteğe bağlı hale getirerek, din derslerine katılmamayı tercih edebilecekleri bir yol sunmaktadır.⁷⁸⁰

Örneğin zorunlu din dersi içeriğine ilişkin Türkiye aleyhine yapılan başvuruların ortak yakınma konusu iki noktada toplanmaktadır. Birincisi ders içeriğinin, dinler hakkında genel bir bilgi sağlamakla sınırlı kalmadığı, aynı zamanda Müslüman inancının temel ilkeleri ile Müslümanlığın şahadet, beş vakit namaz, ramazan, hac, melek ve diğer gözle görülmeyen varlıklar kavramı, öteki dünya inancı vs. gibi kültürel ritüelleri hakkında genel bilgi sağlayan metinlere yer vermesidir. İkincisi ise muafiyet hakkına ilişkin olarak, Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu'nun 09.07.1990 tarihli kararı uyarınca bu dersten muaf tutulabilmek için "*T.C. uyruklu Hıristiyanlık ve Musevilik dinlerine mensup*" öğrencilerin "bu dinlerden birine mensup olduklarını beyan etmeleri zorunlu tutulmasıdır.

Mahkeme ders içeriğine ilişkin olarak, ders kitaplarında İslam bilgisine diğer din ve felsefelerle göre daha geniş bir yer verildiğini kabul etmekle birlikte, İslamiyetin Türkiye'de çoğunluk dini olmasını dikkate alarak, bunun tek başına çoğulculuk ve nesnellik ilkelerinden, tek yönlü koşullandırmaya yol açan bir sapma olarak görülemeyeceğine hükmetmiştir.⁷⁸¹ Ancak Türk makamları tarafından İslam dininin bir dalı olarak görülen Alevilik için ders içeriği yeterli değildir ve bu nedenle Sözleşme'ye aykırılık söz konusudur.⁷⁸²

⁷⁸⁰ Hasan and Eylem Zengin/Turkey, § 71.

⁷⁸¹ Hasan and Eylem Zengin/Turkey, § 63.

⁷⁸² Hasan and Eylem Zengin/Turkey, § 67-70.

Muafiyet hakkı konusunda ise bu hak sadece iki dine mensup olanlara ve ancak dini inançlarını açıklamak koşuluyla tanınmaktadır. Mahkemeye göre bu şekilde bir muafiyet sistemi din ve inancın açıklanmaya zorlanması olduğu için 9. maddeyi ihlal etmektedir.⁷⁸³ Ayrıca muafiyet hakkının yalnızca söz konusu iki din için tanınmış olması da ayrı bir problemdir. Özellikle Türkiye’de belli bir çoğunluğa ulaşmış Alevi vatandaşlara muafiyet imkânının tanınmamasını 1 Nolu ek Protokol’ün 2. maddesine aykırı bulmuştur. Görüldüğü üzere din eğitimi konusunda taraf devletlerin takdir marjı vardır. Ancak bu marjı kullanırken devlet toplumun her kesimini dikkate alarak alternatif tercih imkânı sunabilmelidir. Sonuçta burada da Mahkeme takdir marjını tanımış; ama bunu denetleme yetkisini kendisinde görerek ihlal tespit etmiştir.

2. Dini Semboller

Kişiler dinsel inançlarına bağlı olarak dinsel kıyafet giyebilir, başlık ya da örtü takabilir ve dini semboller taşıyabilir. Bu tür dini semboller din ve inançların dışı vurulmasında kullanılan birer araçtır. Mahkeme bu tür eylemleri ibadet ya da dini uygulama olarak değil, dini kaynaklı davranış olarak nitelendirmektedir.⁷⁸⁴ Ayrıca 9. maddenin din ve inançtan kaynaklanan her türlü davranışı güvence altına almadığı

⁷⁸³ **Grzelak v. Polanya**, 22.11.2010, Başvuru No 7710/02, § 87; **Alexandridis/Greece**, 21.02.2008, Başvuru No 19516/06, § 38; **Hasan and Eylem Zengin/Turkey**, § 76.

⁷⁸⁴ **Kalaç/Turkey**, § 29.

görüştüğüdür.⁷⁸⁵ Bu nedenle kişilerin örtünmesi ya da dini sembol taşıması konusunda devletlere oldukça geniş bir takdir marjı bırakılmıştır.⁷⁸⁶

Dini bir sembol olarak kullanılan başlık ve örtüler İslami başörtü, çarşaf, peçe ve burka iken Sih inancında⁷⁸⁷ erkeklerin türbandır. Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde son dönemde bu tür dini sembollerin yasaklanması, türban ve başörtüsü takanların okullara alınmaması, kimlik belgelerinde bu şekilde çekilmiş fotoğrafların kabul edilmemesi ve çalışanların görünür bir şekilde haç vb. takmasının yasaklanması⁷⁸⁸ uygulamalarına karşı AİHM'e başvurular neticesinde, bu konuda hatırı sayılır bir içtihat oluşmuştur.

İslami başörtüsü yasağına ilişkin *Leyla Şahin/Türkiye*⁷⁸⁹ kararında Mahkeme başörtüsünün dinsel bir emirden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tartışmasına girmemiş, Türk üniversitelerinde, ibadet etmek isteyen Müslüman öğrencilerin Müslümanlık inancının alışılmış ibadet şekilleri ile uyumlu olarak dini vecibelerini yerine getirmekte serbest olduklarını⁷⁹⁰ ifade etmiştir. Mahkeme bu kararda temel olarak başlıca üç tespitte bulunmuştur. Bunlardan ilki demokratik toplum ilkesinin bir uzlaşma rejimi olması nedeniyle kişilerin haklarını kullanırken, başkalarının haklarının korunması amacıyla fedakârlıkta bulunmasının⁷⁹¹ gerekebileceğidir. İkincisi din ve devlet ilişkisinde

⁷⁸⁵ *Leyla Şahin/Turkey*, 10.11.2005, Başvuru No 44774/98, § 105; *S.A.S/France*, 01.07.2014, Başvuru No 43835/11, § 125.

⁷⁸⁶ *Leyla Şahin/Turkey*, § 101, 154; *Dahlab/Switzerland*, 15.02.2001, Başvuru No 42393/98, Kabuledilemezlik kararı.

⁷⁸⁷ *Phull/France*, 11.01.2005, Başvuru No 35753/03, Kabuledilemezlik Kararı.

⁷⁸⁸ *Eweida and Others/The United Kingdom*.

⁷⁸⁹ *Leyla Şahin/Turkey*, 10.11.2005, Başvuru No 44774/98

⁷⁹⁰ *Leyla Şahin/Turkey*, § 118.

⁷⁹¹ *Leyla Şahin/Turkey*, § 111; benzer kararlar için bkz. *S.A.S/France*, § 129; *Karaduman/Turkey*, 03.05.1993, Başvuru No 16278/90, Kabuledilemezlik Kararı; *Dahlab/Switzerland*, Kabuledilemezlik Kararı; *Doğru/France*, 04.12.2008, Başvuru No 27058/05, § 72, 75,77; *Kervancı/France*, 04.12.2008,

kamu düzeninin sağlanması açısından ulusal makamların geniş bir takdir marjından yararlandığıdır.⁷⁹² Üçüncüsü ise bu konuda getirilen kısıtlamaların laiklik ilkesinin korunması amacıyla yapılmasının⁷⁹³ Sözleşme değerleriyle uyum içinde olduğudur. Mahkeme bu konuda geniş bir şekilde tanıdığı takdir marjını, Avrupa’da ortak bir din anlayışı belirlemenin mümkün olmayışına ve bir dini inancın toplumdaki ifadesi veya etkisinin zaman ve duruma göre değişkenlik göstereceğine dayandırmıştır. Ülkeden ülkeye farklılık gösteren bu alanda üyelere bir dereceye kadar takdir marjı bırakılmasını kaçınılmaz olarak görmüştür.⁷⁹⁴

Fransa’da kamuya açık alanlarda “burka” giyilmesinin yasaklanmasına ilişkin yapılan başvuruda, Mahkeme yerleşik içtihadını yakın tarihli *S.A.S/Fransa*⁷⁹⁵ kararıyla yinelemiştir. Fransız Hükümeti sözkonusu yasağı kamu güvenliğinin sağlanması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerekçelerine dayandırmıştır. Kamu güvenliği açısından kişilerin ve mülkün güvenliğine karşı tehlikenin önlenmesi amacıyla bireylerin teşhis edilmesi ve kimlik sahtekârlığıyla mücadele etmek amacıyla böyle bir yasağa başvurulduğunu ifade etmiştir.⁷⁹⁶ Mahkeme bu gerekçelerden kamu güvenliğine karşı tehlikenin önlenmesi konusunda, böyle bir yasağın tüm kamusal alanlarda getirilebilmesi için genel bir tehdidin varlığının gerektiğine ve ancak bu durumda orantılı kabul edilebileceğine, mevcut durumda ise böyle bir tehdidin olmaması nedeniyle kamu güvenliğinin sağlanması için bu yasağa gerek olmadığına karar vermiştir.⁷⁹⁷ Ancak

Başvuru No 31645/04, § 71-77; **Köse and 93 Others /Turkey**, 24.01.2006, Başvuru No 26625/02, Kabuledilemezlik Kararı.

⁷⁹² **Leyla Şahin/Turkey**, § 109-110.

⁷⁹³ **Leyla Şahin/Turkey**, § 113.

⁷⁹⁴ **Leyla Şahin/Turkey**, § 109.

⁷⁹⁵ **S.A.S/France**, 01.07.2014, Başvuru No 43835/11.

⁷⁹⁶ **S.A.S/France**, § 81.

⁷⁹⁷ **S.A.S/France**, § 139.

Mahkeme ikinci gerekçe olan başkalarının haklarının korunması bağlamında, Fransa'da yüzü tamamen kapatan giysilerin giyilmesinin birlikte yaşamak için sorunlu olduğuna, bu konuda üyelere tanınan geniş takdir marjı da göz önüne alındığında bu yasağın 9. maddeyi ihlal etmediğine hükmetmiştir.⁷⁹⁸

İncelenen Mahkeme kararları göz önüne alındığında, Mahkemenin dini sembollere ilişkin getirilen sınırlamalarda konunun esasına ilişkin tartışmaya girmekten kaçınan daha pasif bir tutum takındığı ve devletlere geniş bir takdir marjı tanıyarak yapılan müdahalelere izin verdiği görülmektedir.

3. Kamu Görevlilerinin Din ve Vicdan Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar

Herkesin din ve inancını dilediği gibi yaşayabilmesinin demokratik ve çoğulcu bir toplumun vazgeçilmez özelliği olduğu daha önce ifade edilmişti. Ancak Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrası bu özgürlüğe demokratik devletin gereklilikleri amacıyla sınır getirilebileceğini düzenlemiştir. İşte bu sınırlamalar kamu görevlilerinin din ve vicdan özgürlüğü alanında daha da artabilmektedir. Şöyle ki kamu görevlileri bu statüye girmeyi talep ettiklerinde devletle aralarında özel bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Söz konusu statü ve ilişki nedeniyle bu kişilerden daha çok fedakârlıkta bulunmaları istenebilmektedir. Bu bağlamda kişinin görev yaptığı statüye göre sınırlamalar ve devletlerin takdir marjı genişlemektedir.

Bir ilkokul öğretmenin başörtüsü ile derse girmesinin yasaklanmasına ilişkin *Dahlab/İsviçre*⁷⁹⁹ kararında Mahkeme, bu dini sembolün ilkokul öğrencileri üzerinde baskı oluşturacağı düşüncesinden hareketle getirilen sınırlamayı orantılı bularak devletin

⁷⁹⁸ S.A.S/France, § 155-159.

⁷⁹⁹ Dahlab/Switzerland, 15.02.2001, Başvuru No 42393/98.

takdir marjı içerisinde kaldığına hükmetmiştir. Benzer şekilde *Kurtulmuş/Türkiye*⁸⁰⁰ kararına konu olayda öğretim üyesinin başörtüsü takmakta ısrar etmesi üzerine görevinden istifa etmiş sayılmıştır. Mahkeme bu yaptırımını kamu hizmetinin tarafsızlığı ile memurluk statüsünü dikkate alarak 9. maddeye aykırı görmemiş ve devletin takdir marjının bulunduğuna karar vermiştir. Devletin takdir marjı askeri disiplin konusunda da oldukça genişlemektedir. *Kalaç/Türkiye*⁸⁰¹ başvurusunda da “kökten-dinci” faaliyetleri nedeniyle, başvuruçunun askeri hâkimlik görevinden resen emekli edilmesini, Mahkeme Sözleşme’ye aykırı bulmamıştır. Mahkeme kişilerin askeri kariyer seçmelerinin, askeri disiplini de kabul ettikleri anlamına geleceğini ve askeri disiplinin, doğası gereği sivillerden farklı ve geniş bir sınırlamaya olanak tanıdığını ifade etmiştir.⁸⁰²

IX. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ (MADDE 10)

A. İfade Özgürlüğünün Genel Olarak AİHS’deki Düzenlemesi

Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenlenen “*ifade özgürlüğü*”⁸⁰³ demokratik toplumun temel değerlerinden biri olması nedeniyle, bu özgürlüğe hem Sözleşme’nin

⁸⁰⁰ *Kurtulmuş/Turkey*, 24.01.2006, Başvuru No 65500/01, Kabuledilemezlik Kararı.

⁸⁰¹ *Kalaç/Turkey*, 01.07.1997, Başvuru No 20704/92.

⁸⁰² *Kalaç/Turkey*, § 27-28.

⁸⁰³ İfade Özgürlüğüne ilişkin genel olarak yararlanılabilecek kaynaklar için bkz.: Van DIJK- Van HOOFF- Van RIJN- ZWAAK, s.773-816; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s.455-530; Antony LESTER, “Freedom of Expression”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 465-492; **Freedom of Expression-Essays in Honour of Nicolas Bratza (President of the European Court of Human Rights)**, ed. Josep CASADEVALL/Egbert MYJER/Michael O’BOYLE, Wolf Legal Publishers, 2012; Monica MACOVEI, **İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları**

Sözleşmesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz), İnsan Hakları El Kitapları, No. 2., Adalet Bakanlığı Yayınları, 2012; İlyas DOĞAN-Balkan DEMİRDAL, “*İfade Özgürlüğü*”, içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s.629-656; Oktay UYGUN, “Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırları”, **Kamu Hukuku İncelemeleri**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 127-197; Bülent ALGAN, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye’deki Görünümü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015; Bülent ALGAN, “*The Brand New Version of article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey*”, **German Law Journal**, Vol. 9, No 12, 2008, s. 2237-2252; Zühtü ARSLAN, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003; **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 186, Haziran 2010, Ankara; **Türkiye’de İfade Özgürlüğü**, Türkiye Barolar Birliği Sempozyumu, TBB Yayınları: 293, 13 Aralık 2014; Dilara Yüzer, **1982 Anayasası’nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013; Erhan TANJU, **AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012; Ömer KORKMAZ, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014; Serkan GÜLFİDAN, **İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Haları Sözleşmesi’de Kötüye Kullanma Yasağı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013; Hilal ERKEŞ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre İfade Hürriyeti**, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011; Özcan ÖZBEY, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **TBB Dergisi**, Sayı 106, 2013, s. 41-92; Mehmet Emin AKGÜL, “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, **AÜHFĐ**, Sayı 61(1), 2012, s. 1-42; Oskar HOLMER, **Decoding the Margin of Appreciation Doctrine in Its Use by the European Court of Human Rights**, Stockholms Universitet, 2013; Wolfgang BENEDEK/Mattias C. KETTEMAN, **Freedom of Expression and the Internet**, Council of Europe, Strasbourg, 2013; Hasan Tahsin FENDOĞLU, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **TAAD**, Yıl: 7, Sayı: 25, Şubat 2016, s. 1-19; **Freedom of Expression in Europe: Case-Law Concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Human rights Files, No. 18; Dominika BYCHAWSKA-SINIARSKA, **Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, July 2017; Erkan DUYMAZ, “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

hazırlığı aşamasında hem de Mahkeme içtihatlarında ayrı bir önem atfedilmiştir. Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırlarıyla kısıtlanmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve görüşleri alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*” Bu düzenleme bir yandan mutlak ve dokunulamaz olan düşünce özgürlüğünü düzenlerken, diğer yandan da bu düşünce ve görüşlerin dışa yansımını⁸⁰⁴ yani ifade özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Ancak ifade özgürlüğü düşünce özgürlüğü gibi mutlak bir hak olmayıp bir takım sınırlamalara tabi tutulabilmektedir.

Maddenin 2. fıkrasında 8 ve 9. maddelerde olduğu gibi sınırlanma nedenleri düzenlenmiştir. Buna göre görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

Dergisi, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, s. 1367-1404; **Düşüncüyü İfade Özgürlüğü Konferansı**, Ankara Barosu 76. Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri, 14.07.1999; İhsan DAĞI-Metin TOPRAK, **Türkiye’de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003; Frederick SCHAUER, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çeviren: M. Bahattin SEÇİLMİŞOĞLU, Cambridge Üniversitesi Matbaası, Birinci Baskı, 1982; Pelin BAŞARAN-Ulaş KARAN, **Sanatsal İfade Özgürlüğü**, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2016; Abdülkadir KARAARSLAN, “İfade Özgürlüğü Bağlamında Terör Propagandasının Yasaklanması Sorunu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 4, s. 311-349.

⁸⁰⁴ ALGAN, “*Muhalefet Hakkı*”, s. 61.

İfade özgürlüğü açısından Sözleşme’de sağlanan koruma yalnızca bilgi ve belgelerin içeriğini kapsayacak şekilde değil, aynı zamanda bunların dile getirildiği, iletildiği ve bunlara ulaşılmayı sağlayan farklı biçim ve araçları da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.⁸⁰⁵ Ayrıca ifade özgürlüğü lehte kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen bilgi ve düşüncelerin yanında devlet ve toplumun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşüncelerin ifadesi için de geçerlidir. Çünkü bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir.⁸⁰⁶ Bu bağlamda siyasi, dini, ahlaki, sanatsal, bilimsel ya da akademik ve ticari ifadeler 10. maddenin koruma kapsamı içinde görülmektedir.

İfade özgürlüğünün içerik ve kategorik yönden kapsamının geniş bir şekilde kabul edilmesinin yanında, bazı ifadeler Sözleşme’nin 17. maddesi bağlamında hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmekte ve ifade özgürlüğü korumasının dışında kalmaktadır. Bu ifadeler ise genel görüşe göre faşizm, ırkçılık, ayrımcılık, savaş ve terör propagandası, şiddete tahrik ve nefret söylemi⁸⁰⁷ şeklindeki ifadelerdir.

⁸⁰⁵ **Nilsen and Johnsen/Norway**, 25.11.1999, Başvuru No 23118/93, § 43; **Sokolowski/Poland**, 29.03.2005, Başvuru No 75955/01, § 44; UYGUN, s. 131; Düşüncenin açıklanma araçları bu bağlamda oldukça çeşitlidir. Sözlü ifade olabileceği gibi, ses dalgaları, elektro-manyetik dalgalar yani plaklar, audio kasetler, telefon yoluyla aktarımlar da 10. Maddenin koruma alanındadır. Bunun yanında yazılı belgeler, kitaplar, dergiler, mektuplar, el ilanları, pankartlar, resimler de düşünceyi açıklama araçlarıdır. Ayrıca teleteks, kablo yoluyla aktarılan metinler ve internette yayınlanan metinler de ifade özgürlüğü kapsamındadır. Bkz. Osman CAN, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Sayı:24, Güz 2001, s. 95-96; BENEDEK/KETTEMAN, p. 41 vd.

⁸⁰⁶ **Handyside/The United Kingdom**, 07.12.1976, Başvuru No 5493/72, § 49; **Zana/Turkey**, 25.11.1997, Başvuru No 18954/91, § 51; **Ekin Association/France**, 17.07.2001, Başvuru No 39288/98, § 56; **Von Hannover/Germany**, 07.02.2012, Başvuru No 40660/08 60641/08, § 101.

⁸⁰⁷ **Jesild/Denmark**, 23.09.1994, Başvuru No 15890/89, Mahkeme ilk kez bu kararda nefret söylemi hakkında değerlendirme fırsatı bulmuştur. bkz. GÜLFİDAN, s. 31 vd.; **Norwood/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı)**, 16.11.2004, Başvuru No23131/03, ; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK,

Sözleşme'ye taraf devletlerin ifade özgürlüğünün korunması açısından negatif yükümlülüğü yanında pozitif yükümlülüğü de söz konusudur. Devletin bir yandan kişilerin ifade özgürlüğüne müdahale etmemesi gerekirken, diğer yandan da kişilerin kendi aralarında iletişim ve ifade özgürlüğü hakkını kullanabilmelerini güvence altına alması gerekmektedir.⁸⁰⁸

Mahkeme kararlarında, ifade özgürlüğüne yapılacak bir müdahalenin ancak “kaçınılmaz bir zorunluluk hali” ile haklılaştırılabileceğini ve bu hakka getirilecek sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğini⁸⁰⁹ istikrarlı bir şekilde vurgulamaktadır. Bu nedenle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamada, müdahalenin gerekliliği ikna edici bir şekilde açıklanmalıdır. Müdahale sosyal ihtiyaç baskısına bağlı meşru bir amaçla ve orantılı bir şekilde yapılmışsa, ulusal makamların göstereceği gerekçeler yerinde ve yeterli görerek, Mahkeme bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna kanaat getirecektir.⁸¹⁰ Mahkeme bu gereklilik testini uygularken taraf devletlerin

s.461-462; Ulaş KARAN, “İfade Özgürlüğü Hakkı” içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s.358 vd; UYGUN, s. 150 vd.; DOĞAN-DEMİRDAL, s. 639; Elif KÜZECİ, “*AIHS’in 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 71, 2007, s. 180-181; DOĞRU-NALBANT, Cilt II, s185 vd; KARAARSLAN, s. 329.

⁸⁰⁸ **Özgür Gündem/Turkey**, 16.03.2000, Başvuru No 23144/93, § 43; **Fuentes Bobo/Spain**, 29.02.2000, Başvuru No 39293/98, § 38.

⁸⁰⁹ **Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi/Austria**, 19.12.1994, Başvuru No 15153/89, § 37; **Sunday Times/The United Kingdom**, § 65.

⁸¹⁰ **Sunday Times/The United Kingdom**, 26.04.1979, Başvuru No 6538/74, § 62; **Müslüm Gündüz/Turkey**, 04.12.2003, Başvuru No 35071/97, § 38; **Nada/Switzerland**, 12.09.2012, Başvuru No 10593/08, § 181; **Coster/The United Kingdom**, 18.01.2001, Başvuru No 24876/94, § 104; **S and Marper/The United Kingdom**, 04.12.2008, Başvuru No 30562/04 30566/04, § 101; **Ekin**

yararlandığı takdir marjını da dikkate almaktadır. Burada ise marjın genişliği önem kazanmakla birlikte söz konusu takdir marjı Mahkemenin denetimine tabidir.⁸¹¹

10. maddeye ilişkin başvurularda uygulanacak takdir marjı özellikle ifadenin konusu, ifade sahibi özne ve ifadenin yöneldiği kişi ya da kuruma göre farklılaşmaktadır.⁸¹² İfadenin konusuna göre takdir marjının en geniş olduğu alan dini ve ahlaki değerlere ilişkin ifadeler iken⁸¹³; siyasal ve kamusal konulara ilişkin ifadelere getirilecek sınırlamalarda ulusal makamların sahip olduğu takdir marjı oldukça daralmaktadır.⁸¹⁴ İfade sahibi özne açısından Mahkeme politikacılar ve basın⁸¹⁵ mensuplarının kamuyu aydınlatma rolü gereğince takdir marjını daha dar tutmakta,⁸¹⁶ ancak kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünde bu marjı genişletmektedir. İfadenin yöneldiği kişi ve kurumlar açısından ise bu kişi ve kurumların korunma derecesinin artmasına bağlı olarak taraf

Association/France, § 56; **Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland**, 13.07.2012, Başvuru No 16354/06, § 48, 59.

⁸¹¹ **Ekin Association/France**, § 56.

⁸¹² UYGUN, s. 147; ŞİRİN, “Takdir Marjı”, s. 375; DOĞAN-DEMİRDAL, s. 635.

⁸¹³ **Bayev and Others/Russia**, 20.06.2017, Başvuru No 67667/09 44092/12 56717/12, § 66.

⁸¹⁴ **Ceylan/Turkey**, 08.07.1999, Başvuru No 23556/94, § 34; **Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland**, § 61.

⁸¹⁵ AİHS’de basın özgürlüğü ayrıca düzenlenmemiş olmakla birlikte, bu özgürlük ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabuledilmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. YÜZER, s. 177 vd; DOĞAN-DEMİRDAL, s. 640-645.

⁸¹⁶ Özellikle ifadenin yöneldiği özne açısından takdir marjının bir derecelendirmesi yapılacak olursa en geniş olandan en dar olana göre şu şekilde sıralanabilir: yargı organlarına yönelik ifade ve eleştiriler, sıradan kişilere yönelik ifade ve eleştiriler, politikacılar ve üst düzey bürokratlara yönelik ifade ve eleştiriler, hükümet ve devlete yönelik eleştiriler. Basın tarafından bu öznelere yöneltilen eleştirilerde, yargı organının eleştirilmesinin sınırlanmasında taraf devlet en geniş takdir marjına sahipken, hükümetin ve siyasetçilere yönelik eleştirilerin sınırlanmasında takdir marjı oldukça daralmaktadır. Bkz. UYGUN, s. 147 vd; YÜZER, s. 181.

devletlerin ifadelerine getireceği sınırlamalardaki takdir marjı da o oranda genişlemektedir. Yargı organlarının tarafsız ve bağımsızlığının korunması, dış müdahale ve etkilerden uzak tutulması amacıyla bu kurumlara yönelik eleştirilere getirilecek sınırlamalarda ulusal makamlar daha geniş bir takdir marjından yararlanmaktadır. Kamu görevlilerine ve politikacılara karşı eleştirilerde ise bu marj görece daralmakta ve devlete, hükümete ve yargısal görevi olmayan diğer kurumlara yönelik eleştirilerde ifade özgürlüğü en geniş şekilde sağlanmaktadır.

B. İfade Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Dinî ve Ahlaki Konulara İlişkin İfade Özgürlüğü

10. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen sınırlama nedenlerinden biri, ahlakın korunmasıdır. Taraf devletler kendi toplumsal yapısına göre din ve ahlaka yönelik ifadelerine sınırlamalar getirebilir. Kültürel göreceliliğin en belirgin olduğu alanların başında, ahlaki konuların gelmesi nedeniyle ortak bir Avrupa ahlakından söz edilememektedir. Bu nedenle, bu konudaki ifadelerine yapılacak müdahalelerde takdir marjı da oldukça genişler.⁸¹⁷ Mahkeme *Handyside/Birleşik Krallık* kararında durumu açıkça dile getirmiştir: *“Taraf devletlerin iç hukukunda tek bir Avrupa ahlaki kavramı bulmak mümkün değildir. Bu konudaki görüşlerin hızla evrim geçirdiği günümüzde, ahlaki gerekliliklere ilişkin yaklaşım zamana ve mekana göre değişmektedir. Ulusal makamlar, ülkede yaşananlarla doğrudan ve sürekli ilişki içinde olduklarından, ahlaki gereklere getirilecek sınırlama ve cezalar hakkında görüş bildirirken uluslararası*

⁸¹⁷ KABOĞLU, s.87.

yargıçtan daha iyi konumdadır.”⁸¹⁸ Bu alandaki sorunlu konular müstehcenlik-pornografi ve kutsal sayılan değerlere küfür ya da hakaret olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin bu konudaki ilk kararlarından olan *Handyside* davasına konu olay, *Küçük Kırmızı Ders Kitabı* isimli 12 ilâ 18 yaş arası çocuklar için hazırlanmış kitabın müstehcen ifadeler içermesi, cinsellik, pornografi ve uyuşturucu kullanımını özendirme nedeniyle toplatılmasıdır. Mahkeme kararında özellikle kitabın hedeflediği okuyucu kitlesinin yaş aralığına vurgu yaparak, söz konusu kitabın büyüme çağındaki çocuk ve gençlerin üzerinde zararlı etkilerinin olacağına ve bu kişilerin ahlakının korunması amacıyla getirilen sınırlamanın taraf devletin takdir marjı içerisinde yer aldığına hükmetmiştir.⁸¹⁹ *Handyside* davasından sonra müstehcenlikle ilgili *Müller ve Diğerleri/İsviçre*⁸²⁰ kararı verilmiştir. Karara konu olayda bir resim sergisinde insanlarla hayvanların cinsel ilişkide bulunduğu tablolar yer almıştır. Bu tablolara ulusal mevzuattaki müstehcen yayınlara ilişkin yasak nedeniyle güvenlik güçleri tarafından el konulmuştur.⁸²¹ Bunun üzerine yapılan başvuruda Mahkeme serginin tüm yaş gruplarına açık olmasının sakıncalı bir durum yarattığına dikkat çekmiş ve *Handyside* kararındaki ifadelerini yineleyerek ahlakı koruma amaçlı getirilen sınırlamada, ulusal makamların takdir marjını aşmadığına ve 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁸²² Buna karşılık Avrupa edebiyat mirasında yer alan yazar *Guillaume Apollinaire*'in *Les Onze Mille Verges* isimli erotik romanın *On Bir Bin Kurbaç* başlıklı Türkçe çevirisine el konulmasına ilişkin *Akdaş/Türkiye*⁸²³ başvurusunda Mahkeme romanın klasik bir edebiyat eseri olmasından ve ilk basımının

⁸¹⁸ *Handyside/The United Kingdom*, § 48; *Akdaş/Turkey*, 16.02.2010, Başvuru No 41056/04, § 24

⁸¹⁹ *Handyside/The United Kingdom*, § 52-55.

⁸²⁰ *Müller and Others/Switzerland*, 24.05.1988, Başvuru No 10737/84.

⁸²¹ *Müller and Others/Switzerland*, § 10-13.

⁸²² *Müller and Others/Switzerland*, § 36.

⁸²³ *Akdaş/Turkey*, 16.02.2010, Başvuru No 41056/04.

üzerinden bir asırdan fazla süre geçmesinden dolayı, söz konusu müdahalede ahlaki konu olsa da taraf devletin takdir marjını aştığına ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸²⁴ Görüldüğü üzere müstehcenlikle ilgili ahlaki konularda taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanınsa da, bu marjın genişliği her olayın koşulları çerçevesinde belirlenmektedir.

Bu alandaki sorunlu bir diğer konu ise kutsal sayılan değerlere küfür ya da hakarettir. Burada din ve inanç özgürlüğü kapsamında toplumun bir kesiminin haklarının korunması amacı vardır. Hristiyanlığın kutsal değerleri olan Tanrı, İsa ve Meryem'i aşağılayıcı ve küçük düşürücü ifadeler ve sahneler içeren bir filme el konulması ve toplatılmasına ilişkin *Otto-Preminger-Institut* kararında Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğunu yinelemiş, ancak halkın bir bölümünün inandığı dine karşı böyle bir saldırının önlenmesi için yapılan müdahalenin meşru bir amaç taşıdığına ve ulusal makamların takdir marjını aşmadığına hükmetmiştir.⁸²⁵ Benzer şekilde *Rahibe Teresa*'nın müstehcen sahnelerinin yer aldığı *Ekstazinin Vizyonu* isimli filmin yasaklanmasına ilişkin *Wingrove/Birleşik Krallık*⁸²⁶ ve İslamiyet'in kutsal değerlerine karşı hareket ifadeleri içeren *Yasak Tümceler* isimli romana el konulmasıyla ilgili *İ.A./Türkiye*⁸²⁷ kararlarında da Mahkeme aynı içtihadını sürdürmüş ve taraf devletlerin takdir marjı içerisinde kaldığından hareketle 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Mahkeme müstehcen ve dine karşı hakaret içeren ifadeler açısından pasif bir rol üstlenmekte ve ulusal makamların bu konuda yapacağı sınırlamaları Sözleşme'ye uygun kabul etmektedir. Bu konudaki kararlarını da takdir marjına dayanarak gerekçelendirmektedir.

⁸²⁴ **Akdaş/Turkey**, § 25-29.

⁸²⁵ **Otto-Preminger-Institut/Austria**, 20.09.1994, Başvuru No 13470/87, § 52-57.

⁸²⁶ **Wingrove/The United Kingdom**, 25.11.1996, Başvuru No 17419/90, § 61, 64.

⁸²⁷ **İ. A./Turkey**, 13.09.2005, Başvuru No 42571/98, § 30-31.

2. Siyasal Söylemlerde İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temel değerlerinin başında gelmektedir ve Mahkeme bunu içtihatlarında sıklıkla dile getirmektedir. Demokrasinin çoğulcu bir şekilde ve sağlıklı işleyebilmesi demokratik denetim kurumlarının mevcut olmasının yanında siyasal eleştiri özgürlüğünün⁸²⁸ de geniş olarak tanınması ile mümkündür. Siyasal muhalefet hakkı açısından yasama organı üyelerine, yasama ve soruşturma dokunulmazlığı getirilerek bu sağlanmaktadır.⁸²⁹ Ancak halk, sivil toplum ve medya kuruluşları bakımından böyle bir dokunulmazlık olmadığından bunların siyasal ifade özgürlüğü yöneticilerin, bu eleştirilere açık ve hoşgörü ile yaklaşması ile mümkün olabilir. Mahkeme de siyasal ifade özgürlüğüne bu yönde yaklaşmakta ve dini-ahlaki konulardaki ifadelerin sınırlandırılmasında ulusal makamlara geniş bir şekilde tanıdığı takdir marjını siyasal ifadelerde oldukça daraltmaktadır.⁸³⁰

Siyasal eleştiri özgürlüğü kişilerin yöneticileri, hükümeti ve devlet kurumlarını eleştirebildiği sürece anlam kazanacaktır. Bu nedenle yönetici ve siyasetçiler hem görevleri hem de özel hayatları açısından normalden daha sert eleştirilere maruz kalabilir.⁸³¹ Çünkü siyasetçiler siyasete atılarak diğer kişilerden farklı bir şekilde, kamuoyunun yakın takibi ve gözü önünde olmayı kendileri tercih etmektedir.⁸³² Bunun

⁸²⁸ ALGAN, “*Muhalefet Hakkı*”, s. 16 vd. ALGAN, siyasal eleştiri özgürlüğünü muhalefet hakkı olarak isimlendirmektedir. Bu kapsamda demokratik çoğulculuğun, özellikle de siyasal çoğulculuğun sağlanabilmesinin en temel aracı muhalefet hakkıdır. Bkz. s. 20 vd.

⁸²⁹ **Cordova/Italy**, 30.01.2003, Başvuru No 45649/99, § 55; **Karhuvaara and Italehti/Finland**, 16.11.2004, Başvuru No 53678/00, § 50; **Szanyi/Hungary**, 08.11.2016, Başvuru No 35493/13, § 33.

⁸³⁰ **Ceylan/Turkey**, 08.07.1999, Başvuru No 23556/94, § 34; **Wingrove/The United Kingdom**, § 58.

⁸³¹ **Dabrowski/Poland**, 19.12.2006, Başvuru No 18235/02, § 35.

⁸³² **Lingens/Austria**, 08.07.1986, Başvuru No 9815/82, § 42; **Lombardo and Others/Malta**, 24.04.2007, Başvuru No 7333/06, § 54.

sonucu olarak basın ve halkın bu kişilere yönelik ifade ve eleştirilerine getirilen sınırlamalarda uygulanan takdir marjı oldukça daralacaktır. Mahkeme siyasal ifadelere ilişkin başvurularda ifade özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılabilmesi için sıkı bir denetim uygulamakta ve sınırlamaları oldukça dar yorumlayarak ifade özgürlüğünü genişletici bir tutum sergilemektedir.⁸³³ Bu açıdan yöneticileri ve siyasetçileri basın ve halkın rahatsız edici ifadelerinden korumak için özel ya da daha ağır cezaların getirilmesi 10. maddeye aykırılık teşkil edecektir.⁸³⁴ *Castells/İspanya* kararında yer alan mutabakat görüşünde de benzer noktaya vurgu yapılarak, kurumların bireylere, hükümetin muhalefete göre daha iyi bir korumadan yararlandırılmasının hiç bir gerekçesinin olmadığı dile getirilmiştir.⁸³⁵ Bu açıdan hükümete karşı eleştirilerdeki ifade özgürlüğü kişilere hatta politikacılara yönelik olandan daha geniştir. Çünkü hükümetin baskın rolü dikkate alındığında, basın ya da düşmanların haksız saldırı ve eleştirilerine, başka yollarla cevap vermesinin mümkün olduğu hallerde, ceza davası başlatma konusunda çekimser davranması gerekir.⁸³⁶

Çoğulculuğun sağlanabilmesi⁸³⁷ için siyasal ifade özgürlüğü geniş bir şekilde tanınmakla birlikte, siyasal ifadeler nefret, aşağılama, hoşgörüsüzlük, şiddet çağrısı ve terör propagandası gibi söylemler içeriyorsa Sözleşme'nin korumasından yararlanamaz. Mahkeme bu tür ifadelerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda kabul edilemezlik kararı

⁸³³ **Lombardo and Others/Malta**, § 61.

⁸³⁴ MACOVEI, *İfade Özgürlüğü*, s. 101; ALGAN, “*Brand of New Version of Articl 301..*”, s. 2248.

⁸³⁵ **Castells/Spain**, 23.04.1992, Başvuru No 11798/85, **Concurring Opinion of Judge de Meyer**.

⁸³⁶ **Castells/Spain**, § 46; **Ceylan/Turkey**, § 34.

⁸³⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ALGAN, “*Muhalefet Hakkı*”, s. 20. vd.

vermekte ya da müdahaleyi Sözleşme'ye aykırı bulmamaktadır.⁸³⁸ Söz konusu ifadelerin sınırlanmasında taraf devletlerin takdir marjı da doğal olarak genişlemektedir.

3. Ticari Söylemlerde İfade Özgürlüğü

Kişi ya da kuruluşların ekonomik bir menfaat ya da kazanç elde etmek amacıyla ticari veya reklam niteliğindeki ifadeleri Mahkeme içtihatlarında 10. maddenin koruma kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir.⁸³⁹ Buna göre ifadenin ticari kâr amacı taşıması farklı bir uygulamayı gerektirmemektedir. Ancak ticari ifadelerin sınırlandırılmasında Mahkeme siyasal ifadeler açısından yaptığı katı gereklilik testi ve denetimi uygulamamaktadır. Bu açıdan ticari ifadelere getirilecek sınırlamalarda taraf devletlerin takdir marjını genişletmekte ve esnek bir denetim yapmaktadır.⁸⁴⁰ Ticari ifadelerin sınırlandırılmasındaki gerekçeler genellikle haksız rekabetin önlenmesi, başkalarının (rakip kişi ya da firmalar ve tüketiciler) haklarının veya şöhretinin korunması ve yalan ya da yanıltıcı reklamların önlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mahkeme ticari ifadelere ilişkin daha esnek bir denetim uygulamasına rağmen, *Barthold/Almanya*⁸⁴¹ kararında orantılılık testi uygulamıştır. Bir veterinerin adının,

⁸³⁸ **Sürek/Turkey (No 1)**, 08.07.1999, Başvuru No 26682/95, § 62; **Jersild/Denmark**, 23.09.1994, Başvuru No 15890/89, § 35; **Gündüz/Turkey**, 04.12.2003, Başvuru No 35071/97, § 40-41; **Le Pen/France (Kabuledilemezlik Kararı)**, 20.04.2010, Başvuru No 18788/09; **Zana/Turkey**, 25.11.1997, Başvuru No 18954/91, § 59-62.

⁸³⁹ **Casado Coca/Spain**, 24.02.1994, Başvuru No 15450/89, § 35; **the Autronic AG/Switzerland**, 22.05.1990, Başvuru No 12726/87, § 47; **Barthold/Germany**, 25.03.1985, Başvuru No 8734/79, § 42.

⁸⁴⁰ **Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland**, 13.07.2012, Başvuru No 16354/06, § 61; **Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann/Germany**, 20.11.1989, Başvuru No 10572/83, § 33, **Casado Coca/Spain**, § 50.

⁸⁴¹ **Barthold/Germany**, 25.03.1985, Başvuru No 8734/79.

fotoğrafının yer aldığı ve yöneticisi olduğunu belirterek kliniğinin 24 saat hizmet verdiğiine ilişkin röportajının gazetede yayınlandığı için mesleki faaliyetinin yasaklanmasına ilişkin bu başvuruda Mahkeme ifade özgürlüğü açısından getirilen sınırlamanın gerekliliğinin ikna edici şekilde ortaya konulmasını gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁴² Gereklilik testinde müdahalenin meşru bir amacının olup olmadığını incelemiştir. Davanın kendi koşulları içinde başvuru söz konusu röportajı bir hayvan sahibinin gece yarısı açık veteriner araması olayından hareketle vermiştir ve röportajın öncelikli amacı reklam değildir. Bu nedenle şikâyet konusu kısıtlayıcı tedbir kararı izlenen amaçla orantılı olmadığı için 10. maddeye aykırıdır.⁸⁴³ Mahkeme serbest mesleğin icrası kapsamında reklama ilişkin bir diğer kararını *Casado Coca/İspanya*⁸⁴⁴ başvurusunda vermiştir. Avukatlık yaptığına ilişkin gazetelere ilan veren *Casado Coca* 'ya kayıtlı olduğu baro tarafından mesleki reklam yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle disiplin cezası verilmiştir.⁸⁴⁵ Mahkeme bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini değerlendirirken haksız rekabet ve reklam konularının karmaşık bir alan ve bu alanda taraf devletlerin takdir marjının önemli olduğunu belirtmiştir. Bu açıdan ulusal düzeyde alınan önlemlerin gerekli ve orantılı olup olmadığının denetimi ise Mahkemenin görevidir. Başkalarının haklarının korunması amacıyla haksız rekabet ve yalan ya da gerçek dışı ifadeler içeren reklamlara sınırlama getirilebilir.⁸⁴⁶ Mahkemeye göre mesleki yönetim kuralları ve özellikle reklam yasağı düzenlemeleri ülkeden ülkeye göre değişmektedir. Bu durumda ulusal makamlar avukatlık mesleğinin saygınlığı, hukuki yardım alma hakkı ve avukatların deneyimlerinin reklamını yapması arasındaki adil bir

⁸⁴² **Barthold/Germany**, § 58.

⁸⁴³ **Barthold/Germany**, § 58.

⁸⁴⁴ **Casado Coca/Spain**, 24.02.1994, Başvuru No 15450/89.

⁸⁴⁵ **Casado Coca/Spain**, § 6-8.

⁸⁴⁶ **Casado Coca/Spain**, § 50-51.

dengein sağlanmasını değerlendirmede uluslararası mahkemeden daha iyi bir konumdadır. Bu dengein sağlanmasında, ulaşılmak istenen amaçla getirilen sınırlama arasında orantısızlık yoktur. Sonuç olarak Mahkeme mevcut davada Sözleşme'nin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁸⁴⁷

Mesleki reklam yasağına ilişkin iki kararda dikkat çeken husus Mahkemenin ifadenin amacına göre bir değerlendirme yapmış olmasıdır. İfadenin amacı salt reklam içeriyorsa haksız rekabet nedeniyle sınırlama taraf devletın takdir marjı içerisinde algılanmakta ve başkalarının haklarının korunması için orantılı bulunmaktadır. Ancak ifadenin asıl amacı kamu yararı ise reklam içeren unsurlar barındırsa da 10. madde bağlamında ifade özgürlüğü olarak kabul edilmekte ve getirilecek sınırlamalar Sözleşme'ye aykırılık oluşturmaktadır.

Mahkeme bir derneğin ticari nitelikli afiş asma kampanyasına izin verilmemesine ilişkin *Mouvement Raëlien Suisse/İsviçre*⁸⁴⁸ kararında takdir marjına ayrı bir başlık açarak⁸⁴⁹ doktrini ayrıntılı bir şekilde değerlendirmiştir. Raelyen hareket olarak isimlendirilen akım, bilimsel ve teknik gelişmeler, klonlama ve bilinç devrinin ölümsüzlüğü sağlayacağını savunmaktadır. Kampanya konusu afişin üst kısmında “*uzaylıların verdiği mesaj*” başlığı ve bu başlığın altında da “*bilim nihayet dinin yerini almaktadır.*” ifadesi ile derneğin internet sitesi ve telefon numarası yer almaktadır.⁸⁵⁰ Mahkeme afişin içeriğinin siyasal bir ifade içermediğini tespit ederek, reklam benzeri olduğu için daha geniş bir takdir marjından yararlanılacağını dile getirmiştir.⁸⁵¹ Ardından taraf devletın getirdiği sınırlamanın takdir marjını aşp aşmadığını denetleyerek, afişin

⁸⁴⁷ **Casado Coca/Spain**, § 54-57.

⁸⁴⁸ **Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland**, 13.07.2012, Başvuru No 16354/06.

⁸⁴⁹ **Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland**, § 59-66.

⁸⁵⁰ **Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland**, § 11, 14.

⁸⁵¹ **Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland**, § 62.

içeriğinden hareketle kamusal alanda afiş asma kampanyasının yasaklanmasının, derneğin diğer haklarını kullanmasını engellemediğine ve bu nedenle müdahalenin takdir marjı içerisinde olduğuna karar vermiştir.⁸⁵²

Görüldüğü üzere Mahkeme ticari ifadelere ilişkin sınırlamalarda Sözleşme sisteminin ikincil yapısına daha da önem vermekte ve ulusal makamların değerlendirmesinin yerine geçmemek için takdir marjını oldukça geniş bir şekilde yorumlamaktadır.

4. Ulusal Güvenliğe İlişkin Konularda İfade Özgürlüğü

Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin 2. fıkrasında sınırlama nedeni olarak diğerlerinin yanında, ulusal güvenliğin korunması gerekçesine de yer verilmiştir. Bu sınırlama nedeni, ifade özgürlüğü açısından diğer maddelere nazaran daha da önem kazanmaktadır. Gerçekten de devletler askeri, diplomatik ve istihbarat konularında ifade özgürlüğünü sınırlandırma ihtiyacı duyabilir.⁸⁵³ Şöyle ki; devlet sırrı niteliğindeki gizli bilgilerin ifşasının önlenmesi ve terörle mücadele konusunda ulusal güvenlik ifade özgürlüğüne müdahalede en güçlü gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada silahlı kuvvetler personelinin görev ve yükümlülüklerinin değerlendirilmesi, terörle mücadele ve gizli bilgilerin açıklanmasına ilişkin konularda devletler kendine geniş bir takdir marjı tanınması gerekliliğini savunmaktadır.⁸⁵⁴ Çünkü ulusal güvenlik, devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlandırırken adil dengeleme aracı olarak açıkça ileri sürebileceği en sağlam gerekçelerden biridir.⁸⁵⁵

⁸⁵² *Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland*, § 75.

⁸⁵³ JANIS- KAY- BRADLEY, s. 278.

⁸⁵⁴ ARAI-TAKAHASHI, s. 105.

⁸⁵⁵ HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 488.

Ancak ulusal güvenlik kavramının hukuken tanımlanmasındaki güçlük nedeniyle, kavramın içeriği devletlere, devletlerin içinde buldukları dönem ve koşullara göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle devletlerin ulusal güvenliğe yükledikleri anlam da farklılık göstermektedir.⁸⁵⁶

Ulusal güvenliğe ilişkin yerleşmiş bir Avrupa konsensüsü olmaması ve konunun taraf devletler açısından hassasiyeti nedeniyle AİHM de ulusal güvenlik gerekçesiyle ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda geniş bir takdir marjını uygulamaktadır. *Leander/İsveç*⁸⁵⁷ kararında da belirtildiği gibi, ulusal güvenliği koruma meşru amacına ulaşılması için, araçların seçimi ve toplumsal ihtiyaçların gerekliliğinin değerlendirilmesinde devletler geniş bir takdir marjından yararlanmaktadır. Ulusal güvenlik korunurken müdahalenin ağırlığı ile kişilerin hakları arasında denge olmalıdır.⁸⁵⁸ Mahkeme de taraf devletler lehine tanınan bu marjı denetlerken devletlerin makul, dikkatli ve iyiniyetli davranıp davranmadığını değerlendirmektedir.⁸⁵⁹ Bununla birlikte kavramın muğlaklığı ve sübjektifliğinden dolayı Mahkemenin ulusal güvenlikle ilgili başvurularda dikkatli bir denetim yapması gerekmektedir. Çünkü devletler için ulusal güvenlik önemli bir meşrulaştırma aracı olduğundan, bu gerekçe ileri sürülerek ifade özgürlüğü keyfi şekilde sınırlanabilir.

Ulusal güvenlik sorunlarından biri olan devlet sırlarının ifşasının engellenmesi konusunda ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda Mahkeme, taraf devletlerin geniş bir takdir marjının olduğunu kabul etmektedir. Ancak gizli bilgiler ortaya çıktıktan sonra, gizliliğin korunması amacı ortadan kalktığından müdahalenin ifade özgürlüğünün

⁸⁵⁶ AKGÜL, s. 26.

⁸⁵⁷ *Leander/Sweden*, 20.03.1987, Başvuru No 9248/81.

⁸⁵⁸ *Leander/Sweden*, § 59.

⁸⁵⁹ *Observer and Guardian/The United Kingdom*, 2.11.1991, Başvuru No 13585/88; § 59 (d).

ihlaline yol açacağına karar vermektedir. *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*⁸⁶⁰ başvurusuna ilişkin olayda da benzer durum yaşanmıştır. İngiliz İstihbarat Servisi'nden emekli bir ajanın anılarının yer aldığı *Spycatcher (Casus Avcısı)* isimli kitabında istihbarat servisinin uygulama ve işlemlerine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Bu kitabın bazı bölümlerinin *Observer ve Guardian* gazetelerinde makaleler şeklinde yayınlanması üzerine⁸⁶¹ ulusal mahkeme tarafından gazete yayınlarının geçici olarak durdurulmasına karar verilmiştir.⁸⁶² Ancak durdurulan yayınlardan önce söz konusu kitapta yer alan bilgiler başka kitaplarda ve televizyon programlarında yayınlanmıştır. Ayrıca bu kitap Avusturya ve Amerika'da da basılmıştır.⁸⁶³ Mahkeme davada İngiliz Mahkemeleri tarafından karar verilen geçici yayın durdurma tedbirinin ulusal güvenliği sağlamak için meşru bir amacının olduğunu ve bu konuda takdir marjının bulunduğunu kabul etmiştir.⁸⁶⁴ Ancak yayını durdurulan kitabın, tedbir uygulandığı sırada Amerika'da yayınlanmasının, tedbirin amacını ortadan kaldırdığı için ulusal güvenlik nedeniyle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamayı demokratik toplum için gerekli olmadığından Sözleşme'ye aykırı bulmuştur.⁸⁶⁵

Mahkemenin bu kararından birkaç yıl sonra Hollanda'da aynı sorun ortaya çıkmıştır. *Vereniging Weehblad Bluf!/Hollanda*⁸⁶⁶ kararına konu olayda ulusal güvenlik servisine ait raporların haftalık yayınlanan bir dergide yayınlanacağı ilan edilmiş, Hollanda mahkemelerince derginin raporun yayınlandığı sayısına el konulmuştur. Ancak derginin

⁸⁶⁰ *Observer and Guardian/The United Kingdom*, 2.11.1991, Başvuru No 13585/88.

⁸⁶¹ *Observer and Guardian/The United Kingdom*, § 9-11.

⁸⁶² *Observer and Guardian/The United Kingdom*, § 40.

⁸⁶³ *Observer and Guardian/The United Kingdom*, § 11-13.

⁸⁶⁴ *Observer and Guardian/The United Kingdom*, § 63.

⁸⁶⁵ *Observer and Guardian/The United Kingdom*, § 66-71.

⁸⁶⁶ *Vereniging Weekblad Bluf!/The The Netherlands*, 09.02.1995, Başvuru No 16616/90.

çalışanları dergiyi ele geçirerek yeniden basmayı başarmış ve ertesi gün derginin bu sayısının 2500'e yakın kopyasını Amsterdam sokaklarında elden dağıtmışlardır.⁸⁶⁷ Bluf! dergisinin ifade özgürlüğünün ihlali iddiasına dayanan başvuruda hükümet ulusal güvenliği korumak amacıyla alınacak tedbirler konusunda daha iyi pozisyonda olduğunu ve bunun takdir marjına dayandığını ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme *Observer* ve *Guardian* kararındaki değerlendirmesine benzer şekilde, güvenlik gerekçesiyle açıklanması engellenen bilgilerin zaten kamuya açıldığı için devlet sırrı niteliğinin ortadan kalkması nedeniyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru amaca ulaşmada gerekli olmadığına ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Daha yakın tarihli *Stoll/İsviçre*⁸⁶⁸ kararına konu olay ise İsviçre Hükümeti ile İsviçre Amerikan Büyükelçisi arasındaki diplomasiye ilişkin gizli bir raporun gazetede yayınlanması nedeniyle gazetecinin para cezasına mahkûm edilmesidir.⁸⁶⁹ Gazetecinin yaptığı başvuruda Mahkeme kararında kamunun aydınlatılması ile ulusal güvenliğin korunması arasındaki menfaat dengesinin olduğunu, ancak gazetede bilgilerin sunum şeklinin sadece kamunun aydınlatılması amacıyla olmayıp, Amerikan Büyükelçisi'nin raporunu skandal konusu yapmayı amaçladığını ifade etmiştir.⁸⁷⁰ Bu değerlendirmelere dayanarak taraf devletin takdir marjı içerisinde kaldığına ve ihlalin olmadığına hükmetmiştir.⁸⁷¹

*Hadjianastassiou/Yunanistan*⁸⁷² başvurusu da yine gizli bilgilerin açıklanmasına ilişkindir. Başvurucu *Yunan Hava Kuvvetleri*'nde kaptan olarak çalışan ve güdümlü füzelerin tasarımı ve üretimine ilişkin bir projeden sorumlu mühendistir. 1982 yılında

⁸⁶⁷ *Vereniging Weekblad Bluf!/The The Netherlands*, § 7-11.

⁸⁶⁸ *Stoll/Switzerland*, 10.12.2007, Başvuru No 69698/01.

⁸⁶⁹ *Stoll/Switzerland*, § 14-18.

⁸⁷⁰ *Stoll/Switzerland*, § 145-149.

⁸⁷¹ *Stoll/Switzerland*, § 162.

⁸⁷² *Hadjianastassiou/Greece*, 16.12.1992, Başvuru No 12945/87.

Hava Kuvvetleri Teknoloji Araştırma Merkezi tarafından güdümlü füzelere ilişkin bir rapor başvurucuya gönderilmiştir. 1983 yılında başvurucu bu raporda yer alan güdümlü füzelere ilişkin teorik ve teknik bilgileri ELFON isimli özel bir şirkete para karşılığında satmış ve Yunan mahkemelerince 2 yıl 6 ay hapse mahkûm edilmiştir.⁸⁷³ Başvurucu bunun üzerine, ifade özgürlüğünün ihlali gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme ifade özgürlüğü açısından yaptığı incelemede, taraf devletin söz konusu bilgilerin askeri sır niteliğinde olduğuna ve bu bilgilerin açıklanmasının ulusal güvenliği tehdit ettiğine ilişkin değerlendirmesini aynen kabul etmiştir. Ayrıca askeri yaşam ile askeri görev ve sorumlulukların özel koşullarının da dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu gerekçelere dayanarak meşru bir amaca ulaşmak için yapılan müdahalenin orantılı olduğuna ve takdir marjını aşmadığına karar vermiştir.⁸⁷⁴ Bu karara ilişkin olarak, askeri alanda Mahkemenin daha pasif bir rol üstlendiği, neyin ulusal güvenliği tehdit eden bir devlet sırrı olduğunun belirlenmesinde taraf devletlerin geniş bir takdir marjının olduğu, askeri personelin özel görev ve sorumluluk ilişkisi içinde olması nedeniyle görevine ilişkin ifade özgürlüğünün gayet sınırlı olduğu söylenebilir.

Ulusal güvenlik nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırlandırma durumlarından bir diğeri de terör propagandasıdır⁸⁷⁵. Ülkemiz aleyhine yapılan başvurularda genellikle terörle mücadeleden kaynaklanan ifade özgürlüğü sınırlamaları Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Terör propagandası ve şiddet kullanımına çağrı niteliğinde olan ifadelerin sınırlandırılmasında Mahkeme müdahalenin yasal bir dayanağının olup olmadığını, ulusal güvenliğe karşı bir tehdidin ve bunu önlemek açısından meşru bir amacın varlığı ile sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekliliğini incelemektedir. Ayrıca söz konusu

⁸⁷³ **Hadjianastassiou/Greece**, § 6-7.

⁸⁷⁴ **Hadjianastassiou/Greece**, § 44-47.

⁸⁷⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ALGAN, “*Muhalefet Hakkı*”, s. 121-123; Bkz. KARAARSLAN, s. 329 vd.

ifadenin kim tarafından, hangi bağlamda ve araçla dile getirildiğini değerlendirmektedir.⁸⁷⁶ Petrol-İş Sendikası başkanının haftalık bir gazetede yazdığı “*Söz İşçinin, Yarın Çok Geç Olacak*” adlı makalesinin halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği gerekçesiyle suçlanması ve ceza almasına ilişkin *Ceylan/Türkiye*⁸⁷⁷ kararında da bu ölçütleri değerlendirmiştir. Söz konusu makalede başvuru Türkiye’nin Güneydoğu bölgesindeki devletin faaliyetlerini “devlet terörü”, “katliam” gibi ifadeler kullanarak sert ve keskin bir dille eleştirmiştir. Mahkeme bu ifadeleri başvuranın sendika başkanı olmasını da dikkate alarak siyasi söylem olarak nitelendirmiş ve siyasi konulardaki kısıtlamanın daralacağını hatırlatmıştır.⁸⁷⁸ Başvuranın bu makaledeki sert üslubuna rağmen şiddeti, silahlı direnişi ya da isyanı teşvik etmediği için, demokratik bir toplumda gerekli olmadığına ve 10. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.⁸⁷⁹ Mahkeme ifade sahibinin sendika başkanı olması, ifadelerin siyasi amaçlı olması ve şiddet çağrısı içermemesi nedeniyle aynı tarihte ihlal kararı verdiği bu davanın aksine *Sürek/Türkiye (No 1 ve 3)*⁸⁸⁰ başvurularında sınırlamanın Sözleşme’ye uygun olduğuna hükmetmiştir. Şöyle ki “*Haber de Yorum da Gerçek*” isimli haftalık yayımlanan bir dergide yer alan 2 okuyucu mektubu⁸⁸¹ (No 1) ve yazıda ki (No 3)⁸⁸² ifadeler nedeniyle dergiyi yayınlayan hakkında cezai işlem uygulanmıştır. İlk okuyucu mektubunda “*Kürdistan’da yükselmekte olan ulusal bağımsızlık savaşı, faşist Türkiye’nin ordusu ve Kürt halkının kaybedecek bir*

⁸⁷⁶ **Faruk Temel/Turkey**, 01.02.2011, Başvuru No 16853/05, § 61.

⁸⁷⁷ **Ceylan/Turkey**, 08.07.1999, Başvuru No 23556/94, § 8-11.

⁸⁷⁸ **Ceylan/Turkey**, § 33-34; **Belge/Turkey**, 06.12.2016, Başvuru No 50171/09, § 31.

⁸⁷⁹ **Ceylan/Turkey**, § 36, 38.

⁸⁸⁰ **Sürek/Turkey (No 1)**, 08.07.1999, Başvuru No 26682/95; **Sürek/Turkey (No 3)**, 08.07.1999, Başvuru No 24735/94.

⁸⁸¹ 1. Mektubun başlığı “*Silahlar Özgürlüğü Engellemez*”, 2. sinin ise “*Suç Bizim*” dir.

⁸⁸² Yazının başlığı “*Botan’ da fakir köylüler toprak ağalarını istimlak ediyor.*” dur.

şeyi yoktur” gibi ifadeler yer almaktadır.⁸⁸³ İkinci mektupta ise “*Cinayet çetesi TC, insanlar olanlar karşısında uyanıp, bilinçlenip, haklarını savunmayı öğrendikçe ve “verilmemesi halinde zorla alacağımız” fikri halkın aklında filizlenip, gün geçtikçe büyüdüğü sürece cinayetler de sürecektir.*”⁸⁸⁴ şeklinde söylemler kaleme alınmıştır. Mahkeme Türkiye’nin Güneydoğu Bölgesi’nde güvenlik konusundaki hassas durumu ve yetkililerin şiddeti alevlendirenlere karşı tetikte olma gerekliliğini dikkate alarak, uygulanan tedbirlerin ulusal güvenliği sağlama meşru amacına yönelik olduğunu belirtmiştir.⁸⁸⁵ Bununla birlikte müdahalenin bu meşru amaçla orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin incelemesinde ise zorunlu toplumsal ihtiyacın gerekliliği konusunda taraf devletin daha geniş bir takdir marjından yararlandığını ifade etmiştir. Şiddet çağrısı ve bölücü ifadelerle ilişkin mevcut başvuruda da taraf devlet takdir marjı içerisinde kalarak yapılan müdahaleler Sözleşme’ye aykırı değildir.⁸⁸⁶ 3 Nolu *Sürek/Türkiye* başvurusundaki mahkûmiyete neden olan “*mücadelemiz Türkiye Cumhuriyeti kuvvetlerine karşı harici bir savaş şeklindedir. Topyekûn bir özgürlük mücadelesi başlatmak niyetindeyiz.*” biçimindeki ifadelerle ilişkin olarak da Mahkeme 1 Nolu başvurudaki ile neredeyse aynı değerlendirmelerde bulunmuş ve söz konusu söylemlerin silahlı mücadeleye çağrı niteliğinde ve bu tür ifadelerin sınırlandırılmasının demokratik bir toplumda ulusal güvenliği korumak için gerekli olduğuna karar vermiştir.

⁸⁸³ *Sürek/Turkey (No 1)*, § 10.

⁸⁸⁴ *Sürek/Turkey (No 1)*, § 11.

⁸⁸⁵ *Sürek/Turkey (No 1)*, § 52; Aynı değerlendirmeler için bkz. *Gerger/Turkey*, 08.07.1999, Başvuru No 24919/94, § 42; *Yavuz and Yaylalı/Turkey*, 17.12.2013, Başvuru No 12606/11, § 48.

⁸⁸⁶ *Sürek/Turkey (No 1)*, § 58, 59, 65; *Yavuz and Yaylalı/Turkey*, § 43-44; *Zana/Turkey*, 25.11.1997, Başvuru No 18954/91, § 51.

Sonuç olarak ise devletin müdahalesinin amaçla orantılı olduğuna ve takdir marjını aşmadığına karar vermiştir.⁸⁸⁷

Görüldüğü gibi Mahkemenin şiddet çağrısı konusundaki kararları istikrarlı değildir. Mahkeme her olayı kendi koşulları içerisinde değerlendirdiği için ifadenin şiddet çağrısı olup olmadığı, eğer şiddet çağrısı ise şiddet çağrısının kim tarafından hangi araçla yapıldığı önem taşımaktadır. Mahkeme bu kapsamda “*kürt lideri*”, “*gerilla*”, “*Sayın Öcalan*” gibi ifadelerin tek başına şiddete, başkaldırıya ve silahlı direnişe teşvik etmediğine karar vermiştir.⁸⁸⁸ Ayrıca şiddet çağrısı içermesine rağmen “*Dersim - Bir İsyanın Türküsü*” başlıklı bir şiir antolojisinde geçen ifadelerle ilişkin *Karataş/Türkiye*⁸⁸⁹ başvurusunda Mahkeme 10. maddenin ihlaline karar vermiştir. Şiirde yer alan ifadeler genellikle okuyucuları Kürdistan için fedakârlığa davet, Türk makamlarına karşı kin, nefret ve şiddete teşvik eder niteliktedir. Ancak yazar bu görüşlerini ifadede daha az kitleye ulaşacak şiiri seçmiştir. Mahkeme bu açıdan seçilen ifade aracının da dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca şiirin içeriği siyasi ifade niteliğindedir ve siyasi konularda taraf devletlerin takdir marjı daha dardır.⁸⁹⁰ Mahkeme hem bu açıdan hem de verilen hapis cezasının ağırlığı nedeniyle müdahaleyi Sözleşme’ye aykırı bulmuştur.⁸⁹¹

Mahkeme terör propagandası ve şiddet çağrısı karşısında ulusal güvenliğin korunması gerekçesiyle yapılan müdahalelerde taraf devletin takdir marjını olayın

⁸⁸⁷ *Sürek/Turkey (No 3)*, § 40-43.

⁸⁸⁸ *Faruk Temel/Turkey*, § 62; *Öner and Türk/Turkey*, 31.03.2015, Başvuru No 51962/12, § 24; *Savgın/Turkey*, 02.02.2010, Başvuru No 13304/03, § 45; *Gerger/Turkey*, § 50; *Bahçeci and Turan/Turkey*, 16.06.2009, Başvuru No 33340/03, § 30; *Erdoğan and İnce/Turkey*, 08.07.1999, Başvuru No 25067/94, 25068/94, § 52; *Belge/Turkey*, § 34.

⁸⁸⁹ *Karataş/Turkey*, 08.07.1999, Başvuru No 23168/94.

⁸⁹⁰ *Karataş/Turkey*, § 49-50.

⁸⁹¹ *Karataş/Turkey*, § 53-54.

koşulları, toplumsal ihtiyaç zorunluluğu, ifadenin sahibi, içeriği ve seçilen araca göre genişletmekte ya da daraltmaktadır.⁸⁹²

5. Yargı Organlarının Otorite ve Tarafsızlığının Korunması Amacıyla İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

AİHS sistemi demokratik toplum ilkesi üzerine kurulmuştur. Demokrasinin sağlanabilmesinde ise kuvvetler ayrılığı hayati öneme sahiptir. Yasama ve yürütme organlarının siyasal özelliği ve iç içe geçmişliğinden dolayı da kuvvetler ayrılığını esas ayakta tutan, yargı organının bağımsızlığı ve tarafsızlığının korunmasıdır. Demokratik bir toplumda çoğulculuğun hayata geçirilmesinde ifade özgürlüğü ne kadar önemliyse, diğer yandan yargının otorite ve tarafsızlığının sağlanması da o kadar önemlidir. Bu açıdan ifade özgürlüğü ile yargının otoritesinin korunmasında menfaatlerin dengelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin 8, 9 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında yer alan sınırlama sebepleri arasında sayılmayan yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması, ifade özgürlüğünün sınırlama sebebi olarak 10. maddede düzenlenmiştir. Mahkeme de, bu sınırlandırma sebebinin Sözleşme'deki anlamıyla anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁹³ Yani “*yargı organının otorite ve tarafsızlığı*” Sözleşme sistemindeki özerk bir kavramdır. Buna göre “*yargı*” kelimesi taraf devletlerin adalet mekanizmasına ya da yargı organı içerisinde görev alan yargıçlara karşılık

⁸⁹² **Leroy/France**, 02.10.2008, Başvuru No 36109/03, § 37; **Yavuz and Yaylalı/Turkey**, § 48; **Karataş/Turkey**, § 51; **Zana/Turkey**, § 55; **Yalım Küçük/Turkey**, 05.12.2002, Başvuru No 28493/95, § 39; **İbrahim Aksoy/Turkey**, 10.10.2000, Başvuru No 28635/95, § 60.

⁸⁹³ **Sunday Times/The United Kingdom (No 1)**, 26.04.1979, Başvuru No 6538/74, § 55; **König/Germany**, 28.06.1978, Başvuru No 6232/73, § 88.

gelmektedir.⁸⁹⁴ Ayrıca bu sınırlandırma sebebi incelenirken, 10. maddeyle birlikte 6. madde de göz önünde bulundurulmalıdır.⁸⁹⁵ Mahkemenin ifade özgürlüğünün bu nedenle sınırlandırılmasına ilişkin kararlarında 10. maddeyle birlikte 6. maddeyi de değerlendirdiği görülmektedir. “Yargı organının otoritesi” kavramı ise yargı organının görevlerini yerine getirirken toplum nazarında yargıya saygı ve güven duyulması ile bireylerin verilen kararlarda vicdanen tatmin olmasıdır. Bu nedenle Mahkeme yargı organının otoritesinin ve tarafsızlığının korunmasına oldukça önem vermektedir. Yargı organına ilişkin eleştiriler basın tarafından yapılabileceği gibi kişilerce de yapılabilmektedir. Mahkeme, *Prager ve Oberschlick/Avusturya*⁸⁹⁶ kararında basının, devletin hukukun üstünlüğüne dayalı bir şekilde yönetilmesinde seçkin bir rolünün ve siyasal ya da kamuyu ilgilendiren konularda bilgi aktarımını sağlayan en temel araç olduğunu ifade etmiştir.⁸⁹⁷ Hatta basının bu rolünün önemini vurgularken “*kamu bekçisi-public watchdog*” terimini kullanmaktadır.⁸⁹⁸ Buna karşılık yargının toplumdaki özel rolü dikkate alınmalıdır. Çünkü yargının güvenilirliği hukuk devletinin temel değeridir. Bu

⁸⁹⁴ **Sunday Times/The United Kingdom (No 1)**, § 55.

⁸⁹⁵ **Sunday Times/The United Kingdom (No 1)**, § 55; **Golder/The United Kingdom**, 21.02.1975, Başvuru No 4451/70, § 34.

⁸⁹⁶ **Prager and Oberschlick/Austria**, 26.04.1995, Başvuru No 15974/90.

⁸⁹⁷ **Prager and Oberschlick/Austria**, § 34; **De Haes and Gijssels/Belgium**, 24.02.1997, Başvuru No 19983/92, § 37; **Kyprianou/Cyprus**, 15.12.2005, Başvuru No 73797/01, § 172; **Saday/Turkey**, 30.03.2006, Başvuru No 32458/96, § 35; Basın toplumda üstlendiği bu önemli görev nedeniyle günümüzde siyasal sistem içerisinde yasama, yürütme ve yargı organının yanında “*dördüncü kuvvet*” olarak görülmeye başlamıştır. Bkz. ALGAN, “*Muhalefet Hakkı*”, s. 68-69.; DOĞAN-DEMİRDAL, s. 640-641.

⁸⁹⁸ **Rothe/Austria**, 04.12.2012, Başvuru No 6490/07, § 45; **Axel Springer AG./Germany**, 07.02.2012, Başvuru No 39954/08, § 79; **Animal Defenders International/The United Kingdom**, 22.04.2013, Başvuru No 48876/08, § 102-103.

nedenle yargıcın, görevine ilişkin konularda kamu önünde konuşmama sorumluluğu olduğundan, kendisine yöneltilen eleştirileri yanıtlayamadığı göz önünde bulundurularak, yargının ciddi temeli olmayan yıkıcı saldırılara karşı korunması gerekmektedir.⁸⁹⁹

Mahkeme önüne gelen davalarda bir yandan yargının demokratik toplumdaki öneminden dolayı koruma sağlarken, diğer yandan kamunun aydınlatılması ve demokratik denetimin sağlanması açısından basın ya da diğer kişilerin ifade özgürlüğüne de gereken hassasiyeti göstermektedir. Böylece iki menfaati dengelemeye çalışmaktadır.⁹⁰⁰ Bu açıdan yargıya karşı yapılan eleştiri ya da haberlere getirilen sınırlamalarda taraf devletlere belli bir takdir marjı tanımakla birlikte, uygulanan tedbirlerin demokratik bir toplumda gerekliliğini, toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ve amaçla orantılı olup olmadığını sıkı bir şekilde denetlemektedir.⁹⁰¹ Mahkeme bu denetimi yaparken her başvurunun kendine özgü koşul ve niteliklerine göre bir değerlendirme yapmaktadır. Bu nedenle Mahkemenin hem uyguladığı takdir marjının genişliği hem de kararları farklılık arz etmektedir.

Mahkeme duruşmanın canlı yayınına izin verilmemesi işlemine ilişkin *P4 Radyo Helge Norge Asa/Norveç*⁹⁰² başvurusunda, duruşmaların canlı yayını konusunda taraf devletlerin ulusal sistemlerinde ortak bir düzenleme bulunmadığını ve canlı yayının yargılamanın gidişatını etkileyebileceğini belirtmiştir. Ayrıca duruşmanın canlı yayınlanmasının duruşmaya katılanlar üzerinde baskı oluşturabileceği için bu kişilerin davranışlarını değiştirmesine yol açabileceğini ve bu durumun da yargının adil işlemesine gölge düşürebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme bu gerekçelerin ışığında, duruşmanın

⁸⁹⁹ **Prager and Oberschlick/Austria**, § 34; **De Haes and Gijssels/Belgium**, § 37; **Kyprianou/Cyprus**, § 172; **Saday/Turkey**, § 35.

⁹⁰⁰ **Schöpfer/Switzerland**, 20.05.1998, Başvuru No 25405/94, § 33.

⁹⁰¹ **Lesnik/Slovakia**, 11.03.2003, Başvuru No 35640/97, § 51, 55-56.

⁹⁰² **P4 Radio Hele Norge Asa/Norway (Kabuledilemezlik Kararı)**, 23.10.2001, Başvuru No 76682/01.

canlı yayınlanması konusunda taraf devletlerin geniş bir takdir marjı bulunduğunu vurgulamış ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁹⁰³ Mahkeme bu başvuruda yargılamaya etkide bulunulmasının önlenmesi amacıyla basın sınırlanmasını makul bulmuştur. Buna karşılık *Sunday Times/Birleşik Krallık*⁹⁰⁴ başvurusunda ise bir ilaç şirketinin sattığı ilaçlar nedeniyle çocukları engelli doğan aileler ile şirket arasındaki yargılaması devam eden tazminat davasında, şirketin daha fazla tazminat ödemesi gerektiğine ilişkin bir yazıya mahkemeye saygısızlık oluşturacağı ve yargının baskıdan korunması için yayın yasağı getirilmiştir.⁹⁰⁵ Bu yayın yasağının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle yapılan başvuruda Mahkeme takdir marjına ilişkin kapsamlı bir değerlendirmede bulunmuştur. Buna göre temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından sorumluluk öncelikle taraf devletlere aittir ve devletler bu sorumluluğu yerine getirirken belli bir takdir marjından yararlanır. Ancak bu marj sınırsız olmadığı gibi Mahkemenin denetimine tabidir. Devletler takdir marjını makul, iyiniyetli ve özenli bir şekilde kullanmış olsa dahi yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğu denetlenmektedir. Ayrıca takdir marjının genişliği ya da darlığı her sınırlandırma sebebi açısından aynı değildir. Örneğin ahlaki korunması açısından yerleşik bir Avrupa uzlaşısı bulunmadığı için marj genişlerken, yargı organının tarafsızlığı ve bağımsızlığının korunması konusunda sözleşmeciler devletler arasında esaslı bir ortak temel bulunması nedeniyle Mahkemenin denetimi artmakta ve takdir marjı daralmaktadır.⁹⁰⁶ Mahkeme takdir marjına ilişkin genel değerlendirmenin ardından başvuruya özgü koşulları incelemiştir. Söz konusu yayın yasağı satılan ilaç nedeniyle yaşanan engelli çocukların doğumları felaketine ilişkin yargılaması devam eden davaya ilişkindir ve kamuyu

⁹⁰³ **P4 Radio Hele Norge Asa/Norway (Kabuledilemezlik Kararı)**, s. 6-7.

⁹⁰⁴ **Sunday Times/The United Kingdom (No 1)**, 26.04.1979, Başvuru No 6538/74.

⁹⁰⁵ **Sunday Times/The United Kingdom (No 1)**, § 8-11.

⁹⁰⁶ **Sunday Times/The United Kingdom (No 1)**, § 59.

ilgilendirmektedir. Mahkeme bu olayı bir trajedi olarak nitelemiş ve her ne kadar yargılama devam etse de mağdur ailelerin davayla ilgili bilgi alma haklarının bulunduğunu ve müdahalenin kamu yararına üstün gelecek bir toplumsal ihtiyaç baskısından kaynaklanmadığını belirterek 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁰⁷

Kamu yararının ağır basması nedeniyle basın özgürlüğüne üstünlük tanınan *Sunday Times (No 1)* kararının aksine Mahkeme başka kararlarında yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması gerekliliğinden dolayı ifade özgürlüğünün sınırlanmasını Sözleşme'ye uygun bulmuştur.⁹⁰⁸ İfade özgürlüğünün korunmasında cesurca davranıp takdir marjını oldukça daralttığı *Sunday Times* başvurusundaki içtihadından ayrılarak *Worm/Avusturya*⁹⁰⁹ kararında takdir marjını ön plana çıkarmıştır. Başvuruya konu olayda eski bir başbakan yardımcısı ve maliye bakanı hakkında vergi kaçakçılığı suçlamasıyla devam eden ceza yargılamasına ilişkin yazdığı makale nedeniyle başvuru yargılamayı etkilemek suçundan mahkûm olmuştur. Mahkeme bu kararında şaşırtıcı ve eleştiriye açık bir şekilde yargı organının otorite ve tarafsızlığı kavramı konusunda Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ortak bir temele sahip olduğunu, ancak bunun mutlak bir yeknesaklık anlamına gelmediğini ve taraf devletlerin uygun gördükleri önlemleri seçerken özgür olduklarını ifade etmiştir.⁹¹⁰ Taraf devletlerin bu alanda takdir marjının bulunduğu ve

⁹⁰⁷ **Sunday Times/The United Kingdom (No 1)**, § 66-67.

⁹⁰⁸ **Worm/Austria**, 29.08.1997, Başvuru No 22714/93, § 50; **C Ltd/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı)**, 13.04.1989, Başvuru No 14132/88; **Hodgson, D. Woolf Productions Ltd. and National Union of Journalists/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı)**, 09.03.1987, Başvuru No 1553/85; **Channel Four Television Co. Ltd./The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı)**, 09.03.1987, Başvuru No 11658/85; **Associated Newspapers Limited Stewart Steven and Clive Wolman/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı)**, 30.11.1994, Başvuru No 24770/94.

⁹⁰⁹ **Worm/Austria**, 29.08.1997, Başvuru No 22714/93.

⁹¹⁰ **Worm/Austria**, § 49.

sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olduğu için 10. maddeye aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.⁹¹¹ Mahkeme bu kararında yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunmasına öncelik vermekle birlikte, ifadelerin yöneldiği kişinin politikacı olmasını göz ardı ederek, politikacılara yönelik söylemlerde ifade özgürlüğünün daha geniş bir korumadan yararlanması yönündeki içtihadından da ayrılmış görünmektedir. Ancak Mahkeme daha sonra verdiği kararlarında yine basın ve ifade özgürlüğü ile yargının otorite ve tarafsızlığının korunması arasında adil dengenin bulunması için gerekli titizlikte denetimini sürdürmüştür ve sınırlamalardaki takdir marjını daraltarak ifade özgürlüğüne daha geniş bir koruma sağlamıştır.⁹¹²

Yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla yapılan sınırlamalardan bir kısmı da yargılama faaliyetinde görev alan avukatların ifadelerine ilişkindir. Mahkemenin özellikle avukatlara ilişkin içtihatlarında benimsediği yaklaşım avukatların oynadığı role ilişkindir. Buna göre avukatlar yargının işleyişinde mahkeme ile yargılanan kişiler arasında aracı oldukları için büyük bir öneme sahiptir. Bu nedenle avukatlar adaletin iyi işlemesi ve kamuya güven verilmesine katkıda bulunmalıdırlar.⁹¹³ Ancak bu avukatların yargılamaya ilişkin ifade özgürlüğünün bulunmadığı anlamına gelmez. Avukatların bağlı olduğu barolar üyelerine bir takım davranış kuralları getirebilir.⁹¹⁴ Bununla birlikte avukatlar yargılama faaliyetine ilişkin düşüncelerini yıkıcı ve yıpratıcı olmadan dile getirebilir.⁹¹⁵ Bu ifadelerin sınırlanmasında Mahkeme menfaat

⁹¹¹ **Worm/Austria**, § 54, 58-59.

⁹¹² **News Verlags GmbH&Co KG/Austria**, 11.01.2000, Başvuru No 31457/96, § 52-60; **July And Sarl Liberation/France**, 14.02.2008, Başvuru No 20893/03, § 66.

⁹¹³ **Kyprianou/Cyprus**, 15.12.2005, Başvuru No 73797/01, § 173; **Nikula/Finland**, 21.03.2002, Başvuru No 31611/96, § 45.

⁹¹⁴ **Kyprianou/Cyprus**, § 173; **Nikula/Finland**, § 45.

⁹¹⁵ **A./Finland (Kabuledilemezlik Kararı)**, 08.01.2004, Başvuru No 44998/98.

dengesi, demokratik toplum gerekliliği ve toplumsal ihtiyaç baskısı gibi gerekçeleri inceleyecektir ve denetiminde ulusal makamların takdir marjını aşıp aşmadığına karar verecektir.⁹¹⁶

6. Kamu Görevlilerinin ve Bunlara Karşı Söylemlerin Sınırlanmasında Takdir Marjı

Kamu görevlileri devletin başlıca görevi olan kamu hizmetini yerine getiren kişilerdir. Kamu hizmetinin sunulmasında ise süreklilik ve tarafsızlık ilkesi önem taşır. Bunun sağlanması için kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü kullanırken bir takım ödev ve sorumlulukları vardır. Mahkeme de kamu görevlilerine ilişkin başvurularda 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan “*ödev ve sorumluluklar*” ibaresine başvurmaktadır.⁹¹⁷ Buna karşılık kamu görevlilerinin de yıpratıcı söylemlere karşı korunması gerekmektedir. Çünkü kamu görevlilerinin yerine getirdikleri hizmete ilişkin kendilerini savunma ve ifade etme şansları bulunmamaktadır. Kamu görevlilerinin kendilerine karşı olan ifadelerden korunmasında, en geniş korumadan yararlananlar yargıçlardır. Bunun nedeni bir önceki başlıkta da incelendiği gibi yargı organının demokrasilerdeki özel konumudur. Adaletin garantörü ve kamu güveninin sağlayıcısı olarak, yargıçların eleştirilmesi ya da hakarete maruz kalmaları durumunda, kişilerin ifade özgürlüğüne diğer kamu görevlilerine nazaran daha geniş sınırlamalar getirilebilir.⁹¹⁸

⁹¹⁶ **Nikula/Finland**, § 46.

⁹¹⁷ **Wille/Liechtenstein**, 28.10.1999, Başvuru No 28396/95, § 64; **Kayasu/Turkey**, 13.11.2008, Başvuru No 64119/00, 76292/01, § 100.

⁹¹⁸ **AİHM Kararı, Prager and Oberschlick/Austria**, 26.04.1995, Başvuru No 15974/90, § 34; **ARAI-TAKAHASHI**, s. 116.

7. Radyo, Televizyon ve Sinema İşletmelerinin İzin Rejimine Tabi Tutulması Konusunda Takdir Marjı

Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında düşünce ve ifade özgürlüğü güvence altına alındıktan sonra bu fıkranın 3. cümlesinde “*bu madde devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme ifade özgürlüğünün kullanılmasında demokratik çoğulculuk açısından hayati öneme sahip olan medyanın izin yoluyla kontrolüne ilişkindir. Ayrıca bu cümlenin ifade tarzı, 10. maddenin ilk fıkrasındaki 1 ve 2. cümleler ile 2. fıkradaki sınırlama ölçütlerinden bağımsız uygulamaya sahip bir hüküm izlenimi uyandırmaktadır. Mahkeme de erken dönem içtihatlarında bu yaklaşımı benimseyerek, devletlerin medya kuruluşları üzerinde uyguladığı izin ve düzenlemeleri 2. fıkrada yer alan, sınırlamanın taşınması gereken ölçütler açısından herhangi bir denetime tabi tutmamış ve bu hükmü bağımsız bir şekilde uygulamıştır.⁹¹⁹ Mahkeme bu dönemdeki kararlarında 1. fıkranın 3. cümlesini başlı başına neredeyse sınırsız takdir marjının gerekçesi olarak yorumlamıştır.

Mahkeme eleştiriye açık bir şekilde denetimsiz bıraktığı bu alana ilişkin içtihadını 90'lı yılların sonuna doğru değiştirme yoluna giderek medya düzenlemeleri konusunda dinamik yaklaşımı benimseye başlamıştır.⁹²⁰ Böylece Mahkeme ifade özgürlüğüne ilişkin olarak 10. maddeyi bütünsel bir şekilde uygulayarak, medya kuruluşlarının izin rejimiyle

⁹¹⁹ **X. S.A./The Netherlands (Kabuledilemezlik Kararı)**, 11.01.1994, Başvuru No 21472/93; **Hins and Hugenholtz/The Netherlands (Kabuledilemezlik Kararı)**, 07.03.1996, Başvuru No 25987/94; **Radio X., S., W. & A./Switzerland (Kabuledilemezlik Kararı)**, 17.05.1984, Başvuru No 10799/84; **X. Association/Sweden (Kabuledilemezlik Kararı)**, 01.03.1982, Başvuru No 9297/81.

⁹²⁰ ARAI-TAKAHASHI, s. 111.

ilgili sınırlamaların da 2. fıkradaki koşullara uygun olması gerektiği yönünde yargısal bir denetimi yerleşik içtihat haline getirmiştir.⁹²¹ Dolayısıyla Mahkeme medya kuruluşlarının izin ve denetim sistemine ilişkin sınırlamalarda da, taraf devletlere tanıdığı takdir marjını, 10. maddeye ilişkin diğer konulardaki başvurularda olduğu gibi yasallık, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik koşullarına uygunluk açısından denetime tabi tutacaktır.

X. TOPLANMA VE ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ (MADDE 11)

A. Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğünün Genel Olarak AIHS'deki Düzenlemesi

Sözleşme'nin 11. maddesinde birbiriyle içiçe geçmiş olan iki özgürlük birlikte düzenlenmiştir. Bu maddede kişilerin hem barışçıl bir şekilde toplantı yapması hem de örgütlenmesi özgürlükleri⁹²² yer almaktadır. Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü bireysel

⁹²¹ **Groppera Radio AG and Others/Switzerland**, 28.03.1990, Başvuru No 10890/84, § 64; **Informationsverein Lentia and Others /Austria**, 24.11.1993, Başvuru No 13914/88 15041/89 15717/89 15779/89 17207/90, § 32; **Özgür Radyo televizyon Yayın Yapımve Tanıtım AŞ/Turkey (No 1)**, 30.03.2006, Başvuru No 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, § 71 vd.

⁹²² Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğüne ilişkin genel olarak yararlanılabilecek kaynaklar için bkz.: Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, s. 817-840 ; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 531-566; Christian TOMUSCHAT, "Freedom of Association", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER-H.PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 493-514; DUTERTRE, s. 386-403; JANIS- KAY- BRADLEY, s. 314-323; Feyyaz GÖLCÜKLÜ, "Dernek, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakları ve Kamu Görevlileri", **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu**, TODAİE, Ankara 1992, s. 41-47; Mesut GÜLMEZ,

“Sendika Hakkı ve Kamu Görevlileri”, **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu**, TODAİE, Ankara 1992, s. 57-76; DOĞRU-NALBANT, Cilt 2, 2013, s. 429-537; ARAI-TAKAHASHI, s.138-148; Bülent ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007; Bülent ALGAN, “*Sosyal Devlet Düşerken: Bazı Yanılgılar ve Göz Ardı Edilen Gerçekler*”, **Küreselleşen Dünya Anayasal Demokrasi**, Kamu Hukukçuları Platformu, 19-20 Mayıs 2011, Lefkoşa, s. 261-279; Tolga ŞİRİN, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013; Paul JOHNSON, “*Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Alekseyev v Russia*”, **Human Rights Law Review**, 11/3(2011), p. 578-593; Hüseyin İNCE, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Altında Barışçıl Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 5, 2015, s. 517-553; Engin FIRAT, “*Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS’in 3. Maddesi kapsamında Değerlendirilmesi*”, **TAAD**, Y. 5, S. 19, 2014, s. 745-795; Yüksel METİN-Gamze ASLAN, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü*”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 12, S. 3, s. 271-298; Tijen Dünder SEZER, “*Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci, Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 10, S. 1, 2008, s. 1-58; Kerem ALTIPARMAK, “*Gezi Karşıtlığının Vücut Bulduğu Dava: İzmir’in Tweetleri*”, **Mülkiye Dergisi**, 38(4), 2014, s. 87-120; Mehmet ARICAN, “*Güvenlik Güçlerinin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü: Uluslararası Hukuk ve Ülkemizdeki Uygulama*” **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. 5, S. 19, 2009, s. 39-69; Jean MORANGE, “*Örgütlenme Özgürlüğü ve Demokrasi*”, çev. Mahmut GÖÇER, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 19-20, 1997-1998, s.103-109; Berke ÖZENÇ, “*Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları*”, **İÜHFMD**, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 87-134; Osman DOĞRU, “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü*”, **TBB Dergisi**, S. 64, 2006, s. 39-69; Gökçen ALPKAYA, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 56-3, s. 1-18; Tolga ŞİRİN, “*Anayasa Mahkemesi’nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme*”, **Anayasa Yargısı**, S. 32, 2015, s. 79-135; Ümit KILINÇ, “*Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve devletin Yükümlülükleri*”, **TBB Dergisi**, 2014(110), s. 281-304; Ziya Çağa TANYAR, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı*”, **AÜHFD**, 60(3), 2011, s. 593-634.

bir hak olmasının yanında, kişilerin bir araya gelerek kullandıkları için aynı zamanda kolektif bir nitelik taşır. Mahkeme de 11. maddenin uygulama alanını belirlerken bu kolektif özelliğini esas almaktadır. Bu özellik bir eylemin 1. madde kapsamına girip girmediği konusunda da belirleyicidir. Örneğin, bir kişinin tek başına gerçekleştirdiği protesto, gösteri ya da bildiri dağıtma eylemi 11. maddenin değil 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğünün koruma alanına girmektedir.⁹²³ Ayrıca toplantı ve gösteriler çok değişik şekillerde yapılabilmektedir. Mahkemeye göre oturma eylemi⁹²⁴, toplu yürüyüş⁹²⁵, mezarlıkta yapılan bir seremoni⁹²⁶ gibi faaliyetlerin yanında, 2 ay süreyle *Paris*'teki *Saint-Bernard Kilisesi'nin*⁹²⁷ ya da bir meydanın bir hafta boyunca işgali⁹²⁸ de 11. maddenin kapsamında değerlendirilmiştir.

Toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün temel amacı kişilerin düşünce ve görüşlerinin daha duyulabilir ve dikkat çekebilir olmasını sağlamaktır. Dolayısıyla toplanma ve örgütlenme özgürlüğü Sözleşme'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü ile de çok sıkı bağ içindedir. Bu nedenle 11. maddeye ilişkin başvurular 10. madde ile birlikte de incelenebilmektedir. Mahkeme bu bağlamda toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü, genel olan ifade özgürlüğünün özel bir şekli olarak değerlendirmektedir ve ifade

⁹²³ **Arrowsmith/The United Kingdom(Kabuledilebilirlik Kararı)**, 16.05.1977, Başvuru No 7050/75, s. 130-131; **E/Switzerland(Kabuledilemezlik Kararı)**, 07.05.1984, Başvuru No 10279/83; **G/Norway(Kabuledilemezlik Kararı)**, 03.10.1983, Başvuru No 9278/81; **Appleby/the United Kingdom**, 06.05.2003, Başvuru No 44306/98, § 52.

⁹²⁴ **G/Germany(Kabuledilebilirlik Kararı)**, 06.03.1989, Başvuru No 13079/87.

⁹²⁵ **Plattform "Arzte für das Leben"/Austria**, § 39.

⁹²⁶ **Öllinger/Austria**, § 32-33.

⁹²⁷ **Cisse/France**, 09.04.2002, Başvuru No 51346/99, § 39-40.

⁹²⁸ **Friedl/Austria (Dostane Çözüm)**, 30.01.1995, Başvuru No 15225/89, § 13.

özgürlüğüne ilişkin kabul edilen ilkeleri 11. madde için de geçerli saymaktadır.⁹²⁹ Ancak bu durum 11. maddenin özerk bir uygulama alanı olmadığı anlamına gelmez.⁹³⁰ Yani toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin başvurular kural olarak 11. maddedeki düzenlemeler ışığında incelenmekte; belli durumlarda ise 10. madde ile birlikte değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Sözleşme’de, örgütlenmenin özel bir türü olan sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı ayrıca ifade edilmiştir. Çünkü Sözleşme’nin hazırlık aşamasında sendika hakkına özel bir önem atfedilmiştir.⁹³¹

Sözleşme’nin 11. maddesindeki korumadan yararlanılabilmesi için, gerçekleştirilen toplantı ve gösterilerin barışçıl olması zorunludur. Buradaki barışçıl olmasından kasıt, toplantı ve gösteride dile getirilen görüşlerin savaş yanlısı olmaması ve ulusal ya da uluslararası barışa karşı çıkmamasıdır.⁹³² Ancak barışçıl olmasına karşın tıpkı ifade özgürlüğünde olduğu gibi, yapılan toplantı ya da gösteri toplumdaki bazı birey ve grupları rahatsız, şok edecek ya da tepkisini çekecek görüşleri savunma amacıyla yapılabilir.⁹³³ Nasıl ki ifade özgürlüğü demokratik bir devlette vazgeçilmez temel değerlerden biri ise, ifade özgürlüğü ile iç içe geçmiş olan toplanma ve örgütlenme özgürlüğü de çoğulcu demokrasilerde çok önemlidir. Bu açıdan devletlerin barışçıl bir şekilde gerçekleştirilen toplantı ve gösteriler ile örgütlenmelere çoğulculuğun sağlanması için hoşgörü ile

⁹²⁹ **Ezelin/France**, 26.04.1991, Başvuru No 11800/85, § 35; **United Communist Party of Turkey/Turkey**, 30.01.1998, Başvuru No 133/1996/752/951, § 42; **Rassemblement Jurassien and Unité Jurassien/Switzerland (Kabuledilemezlik Kararı)**, 10.10.1979, Başvuru No 8191/78, s. 118.

⁹³⁰ **Öllinger/Austria**, 29.06.2006, Başvuru No 76900/01, § 38; **Ezelin/France**, § 37; **Young, James and Webster/The United Kingdom**, 13.08.1981, Başvuru No 7601/76 7806/77 , § 57.

⁹³¹ TOMUSCHAT, s. 494.

⁹³² Albert BLECKMANN, **Staatsrecht II-Die Grundrechte**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1997, s. 917; nakleden ŞİRİN, 30 Soruda Toplantı Gösteri Yürüyüşü Hakkı, s. 39.

⁹³³ **Plattform “Arzte für das Leben”/Austria**, 21.06.1988, Başvuru No 10126/82, § 32.

yaklaşması esastır. Böylece kişiler toplu bir şekilde savundukları görüşlerini dile getirip kamuoyu oluşturabilecek ve siyasal katılımı hayata geçirebilecektir.

Mahkeme de toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü ifade özgürlüğüne ilişkin ilkelerle birlikte yorumlayarak genişletme eğilimindedir.⁹³⁴ Şöyle ki ulusal mevzuatlarda toplantı ve gösteriler için önceden izin alma ya da bildirimde bulunma zorunluluğu getirilebilir. Mahkeme kamu düzeninin korunması amacıyla ulusal hukuk sistemlerinde öngörülen bu tür koşulları, 11. maddeye aykırı bulmamaktadır.⁹³⁵ Böyle bir yasal koşul düzenlemesi taraf devletlerin takdir marjı içerisindeydir. Ancak bu şart yerine getirilmeden yapılan toplantı gösteri yürüyüşleri ile ilgili olarak da Mahkeme toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını genişletici yönde karar vermektedir. Özellikle bazı toplantı ve gösterilerin yapılması konu itibariyle aciliyet gösterebilir. Mahkeme'ye göre, politik bir olaya derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel koşullarda ve bunun da barışçıl bir eylem yoluyla yapılmış olması durumunda, bu eylemin, sadece ön bildirim ya da izin yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması gerekçesiyle dağıtılması ile barışçıl toplantı hakkına orantısız bir kısıtlama getirilmiş olmaktadır.⁹³⁶ Bu durumda Mahkeme barışçıl olması koşuluyla toplantı ve gösterinin sınırlanmaması gerektiğine karar vermektedir.

Belirtmek gerekir ki, Mahkeme daha önceki kararlarında izin ya da bildirim koşulunun yerine getirilmemesinde aciliyet aramakta iken, daha yeni kararlarında özgürlük lehine daha da genişletici bir yorumda bulunmaktadır. Yani aciliyeti olmayan

⁹³⁴ **Friedl/Austria**, 30.11.1992, **Öllinger/Austria**, § 38.

⁹³⁵ **Bukta and Others/Hungary**, 17.07.2007, Başvuru No 25691/04, § 35; **Rassemblement Jurassien and Unité Jurassien/Switzerland (Kabuledilemezlik Kararı)**; **Ziliberg/Moldova**, 05.04.2004, Başvuru No 61821/00.

⁹³⁶ **Bukta and Others/Hungary**, § 36-37; **Oya Ataman/Turkey**, 05.12.2006, Başvuru No 74552/01, § 41-42;

durumlarda da, eğer toplantı ve gösteri yürüyüşü barışçıl nitelikte olup, kamu düzenini de bozmuyor ise ulusal makamların hoşgörülü yaklaşması gerektiğine hükmetmektedir.⁹³⁷

11. maddenin koruma altına aldığı ikinci hak, örgütlenme özgürlüğüdür. Örgütlenme özgürlüğü “*bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum meydana getirerek bir araya gelmesidir.*”⁹³⁸ Mahkemeye göre ise “*örgüt*” kavramı ulusal hukuktan ayrı özerk bir anlama sahiptir.⁹³⁹ Bu açıdan Sözleşme’de sendikalardan⁹⁴⁰ ayrıca bahsedilmesine rağmen, Mahkeme açıkça düzenlenmeyen siyasi partileri de⁹⁴¹ 11. madde anlamında örgüt olarak kabul etmektedir. Ayrıca Mahkeme kültürel veya dini mirasın korunması, sosyo-ekonomik amaçların izlenmesi, dinin açığa vurulması ve öğretilmesi ile etnik kimlik mücadelesi ve azınlık bilincinin savunulması gibi çeşitli amaçlarla kurulmuş örgütlenmeleri de 11. maddenin kapsamında değerlendirmektedir.⁹⁴²

Toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne yapılacak müdahaleler açısından 11. madde metninin de Sözleşme’nin 8.-10. maddelerindeki düzenlemeye paralel bir yapıda olduğu görülür. Tıpkı sayılan maddelerde olduğu gibi bu maddenin birinci fıkrasında koruma altına alınan hak düzenlenmiş; ikinci fıkrada da sınırlanma sebepleri tıpkı 8.-10. maddelerdeki gibi sayılmıştır. Ancak 11. maddede, diğer maddelerdeki sınırlama

⁹³⁷ **Oya Ataman/Turkey**, § 37-41; **Skiba/Poland (Kabuledilemezlik Kararı)**, 07.07.2009, Başvuru No 10659/03; **Balçık and Others/Turkey**, 29.10.2007, Başvuru No 25/02, § 49. **Samüt Karabulut/Turkey**, 27.01.2009, Başvuru No 16999/04, § 35.

⁹³⁸ HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 542; TOMUSCHAT, s. 493.

⁹³⁹ **Sigurjonsson/Iceland**, 30.06.1993, Başvuru No 16130/90, § 30-31.

⁹⁴⁰ **Sigurjonsson/Iceland**, § 32; **Young, James and Webster/The United Kingdom**, § 167.

⁹⁴¹ **Communist Party (KPD)/Germany(Kabuledilemezlik Kararı)**, 20.07.1957, Başvuru No 250/57, s. 3; **Refah Partisi and Others/Turkey**, 13.02.2003, Başvuru No 41340/98 41342/98 41343/98, § 49; **The United Komunist Party of Turkey and Others/Turkey**, 30.01.1998, Başvuru No 19392/92, § 33.

⁹⁴² **Gorzelik and Others/Poland**, 17.02.2004, Başvuru No 44158/98, § 92.

nedenerine ilave olarak silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet memurlarına sınırlamalar getirilebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca taraf devletlerin toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne müdahale etmeme yükümlülüğünün yanında, kişilerin bu hakkını toplumdaki diğer kişi ve grupların engeli olmaksızın kullanabilmesi için uygun koşulları sağlama ve gerekli tedbirleri alma şeklinde pozitif yükümlülüğü de söz konusudur.⁹⁴³ Çünkü toplantı ve gösterilerde, karşıt grupların saldırı ihtimaline karşı gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Bu tür sorunlarla genellikle karşıt grupların eş zamanlı ve mekânlı olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmayı talep etmeleri halinde karşılaşılmakta ve karşıt grupların şiddete başvurma ihtimali gündeme gelmektedir. Burada taraf devletin her iki grubun da 11. maddedeki özgürlükten yararlanmalarını sağlaması ve karşılıklı gerçekleşebilecek saldırıları önlemekte istekli olması gerekir. Eğer Mahkeme ulusal makamların söz konusu olayları engellemekte isteksiz olduğu ve yetersiz kaldığına kanaat getirirse, pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin ihlaline karar vermektedir.⁹⁴⁴

Toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda taraf devletler, yasayla öngörülme, meşru amaç ve demokratik toplum için gereklilik ölçütüyle bağlı olmakla birlikte belli bir takdir marjından yararlanacaktır. Takdir marjının gündeme geldiği konular ise genellikle ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin korunması için alınacak önlemlerin seçimi, siyasi parti kapatma, sendikal faaliyetlere yönelik sınırlamalar ile ordu, emniyet ve devlet idaresi mensuplarına getirilecek kısıtlamalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁹⁴³ **Plattform "Arzte für das Leben"/Austria**, § 32; **United Macedonian Organisation Ilinden and Ivanov/Bulgaria**, 20.10.2005, Başvuru No 44079/98, § 115; **Barankevich/Russia**, 26.07.2007, Başvuru No 10519/03, § 27; **Wilson, National Union of Journalists and Others/The United Kingdom**, 02.07.2002, Başvuru No 30668/96, 30671/96 ve 30678/96, § 41

⁹⁴⁴ **United Macedonian Organisation Ilinden and Ivanov/Bulgaria**, § 115.

B. Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Kamu Güvenliğinin Sağlanması ve Düzensizliğin Önlenmesi

Toplantı ve gösteri yürüyüşü doğası gereği kamuya açık alanlarda ve topluluk halinde gerçekleştirileceği için, bu özgürlüğün kullanılmasının kamu güvenliği ve düzeni üzerinde etkilerinin olması mümkündür. Bu nedenle ulusal makamların bir takım önlemler alması zorunlu hale gelir. Söz konusu önlemler alınırken toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların gerekliliğinin değerlendirilmesi noktasında ise taraf devletler belli bir takdir marjından yararlanmaktadır.⁹⁴⁵

Mahkeme eski tarihli kararlarında bu marjı oldukça geniş tutarken, takdir marjına ilişkin yaklaşımını sonraki tarihli kararlarında özgürlüğün genişletilmesi yönünde değiştirmiştir. Toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün 10. madde ile sıkı bağ içinde olması ve demokratik toplumdaki öneminden⁹⁴⁶ dolayı da 11. maddenin geniş yorumlanması gerektiğine hükmetmektedir.⁹⁴⁷ Eski tarihli *Rassemblement Jurassien*⁹⁴⁸ kararında Mahkeme kısa süreli sınırlamalarda karşılaşılabilecek tehlikenin değerlendirmesinde taraf devletin önemli bir takdir marjının olduğunu açıkça ifade etmiş

⁹⁴⁵ **Schwabe and M.G./Germany**, 01ç12.2011, Başvuru No 8080/08 8577/08, § 113; **Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria**, 02.10.2001, Başvuru No 29221/95, 29225/95, § 87.

⁹⁴⁶ TOMUSCHAT, s. 493.

⁹⁴⁷ HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 538.

⁹⁴⁸ **Rassemblement Jurassien and Unité Jurassien/Switzerland (Kabuledilemezlik Kararı)**, 10.10.1979, Başvuru No 8191/78.

ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁹⁴⁹ Ancak daha yakın tarihli kararlarında bu içtihadını yerinde bir yaklaşımla değiştirmiştir. *Makedon* azınlıklar için önemli tarihi olayların anılması için yapılacak toplantıların yasaklanmasına ilişkin *Stankov ve United Macedonian Organization Ilinden*⁹⁵⁰ başvurusunda Mahkeme, taraf devletin azınlık ve çoğunluk gruplar arasında yaşanabilecek çatışma ihtimali ile ulusal sembol ve kimliklerin hassasiyeti gerekçesini takdir marjının genişletilmesinde bir dayanak olarak kabul etmemiştir.⁹⁵¹ Bu davanın konusu birbirine karşı iki grubun kutsal saydıkları aynı yerde eş zamanlı bir toplantı yapma talebini içermektedir. Mahkeme böyle bir durumun somut bir şiddet tehlikesi olmadığı sürece otomatik olarak yasaklanmayı gerektirmeyeceğini ve yasaklamanın takdir marjını aşacağını ifade etmiştir.⁹⁵² Mahkemenin yerleşik içtihadından çıkan sonuca göre, taraf devletlerin toplantı ve gösterilerin güvenli şekilde yapılabilmesi için gerekli önlemlerin alınması ve sınırlamaların yapılmasında takdir marjı vardır. Ancak bu marjın, 11. maddenin demokratik bir devletteki öneminden dolayı iyiniyetli kullanılması esastır. Taraf devletlerin 2. fıkradaki sınırlama nedenlerini, hakkı ortadan kaldırma aracı olarak kullanmasına izin verilmemektedir. Bu nedenle Mahkeme her olayın kendi koşulları içerisinde taraf devletin yaklaşımını önemsemekte ve takdir marjının içerisinde hareket edip etmediğine buna göre karar vermektedir. Yani taraf

⁹⁴⁹ **Rassemblement Jurassien and Unité Jurassien/Switzerland (Kabuledilemezlik Kararı)**, s. 93, 120; benzer yöndeki bir diğer karar: **Christian Against Racism and Fascism/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı)**, 16.07.1980, Başvuru No 8440/78, s. 149; **Plattform “Arzte für das Leben”/Austria**, § 34.

⁹⁵⁰ **Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria**, 02.10.2001, Başvuru No 29221/95, 29225/95.

⁹⁵¹ **Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria**, § 107; **Barankevich/Russia**, 26.07.2007, Başvuru No 10519/03, § 32.

⁹⁵² **Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria**, § 97, 112; **Alekseyev/Russia**, 21.10.2010, Başvuru No 4916/07, 25924/08, 14599/09, § 77.

devletin kişilerin düşüncelerini dile getirebilmesi için elinden gelen bütün önlemleri alıp almadığını ve elinden geleni yapmış olduğu hallerde de sınırlamanın yine de kaçınılmaz olup olmadığını değerlendirmektedir. Dolayısıyla Mahkeme bu konuda katı bir gereklilik testi uygulamakta ve devletlerin sınırlamaları meşru ve gerekli gösterecek “göstermelik” gerekçelerini⁹⁵³ dikkate almamaktadır.

2. Siyasi Partiler

Yukarıda belirtildiği gibi AİHS’de siyasi partilere ilişkin ayrı bir düzenleme yoktur. Mahkeme siyasi partileri 11. madde kapsamında bir örgüt olarak değerlendirmektedir.⁹⁵⁴ Ayrıca Sözleşme’ye Ek 1 Nolu Protokol’ün 3. maddesinde düzenlenen serbest seçim hakkı da doğrudan siyasi partileri kapsamaktadır.⁹⁵⁵ Çağımızda demokrasi genel olarak temsili şekilde mümkün olabilmekte ve bu da siyasi partiler aracılığıyla hayata geçirilmektedir. Bu açıdan siyasi partiler 1982 Anayasasının da ifade ettiği gibi demokrasinin vazgeçilmez unsurudur.⁹⁵⁶ AİHS sistemi de demokrasi ilkesi üzerine inşa edilmiştir ve siyasi partilerin çoğulcu demokrasilerdeki özel konumu da Mahkeme

⁹⁵³ **Bukta and Others/Hungary**, § 37; **Oya Ataman/Turkey**, § 42.

⁹⁵⁴ **Communist Party (KPD)/Germany(Kabuledilemezlik Kararı)**, 20.07.1957, Başvuru No 250/57; **United Communist Party of Turkey and Others/Turkey**, 30.01.1998, Başvuru No 19392/92, 24-25; **Refah Partisi and Others/Turkey**, 13.02.2003, Başvuru No 41340/98 41342/98 41343/98, § 87, 99; **Socialist Party of Turkey and Others/Turkey**, 12.11.2003, Başvuru No 26482/95, § 28-29.

⁹⁵⁵ ARAI-TAKAHASHI, s. 143; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 527; ALGAN, “*Muhalefet Hakkı*”, s. 102-103.

⁹⁵⁶ Oktay UYGUN, “*Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi*” **Anayasa Yargısı**, Sayı 17, Ankara 2000, s. 256; Mehmet TURHAN, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı 57-3, s. 131.

kararlarında sıklıkla dile getirilmektedir.⁹⁵⁷ Siyasi partilerin önemi dolayısıyla, siyasi partilere getirilecek sınırlamalarda daha güvenceli bir sistemi gerektirmektedir. Bu kapsamda *Avrupa Konseyi* bünyesinde oluşturulan *Venedik Komisyonu* “*Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Kapatılması ile Alınacak Diğer Önlemler Rehberi*”⁹⁵⁸ adında bir rapor hazırlamıştır. Bu raporda siyasi partilerin yasaklanması ve kapatılmasına ilişkin yedi temel ilke kabul edilmiştir. Bu ilkeler özetle siyasi parti özgürlüğünün gelişmiş ve güvence altına alınması, anayasal düzeni ortadan kaldırmak amacıyla şiddetin savunulması ve bir araç olarak kullanılması durumunda siyasi partilerin kapatılmasının uygun olacağı ve siyasi partilerin ancak diğer önlemlerin yetersiz kalması halinde istisnai bir uygulama olarak kapatılabileceğini öngörmektedir.⁹⁵⁹ Mahkeme de genel olarak siyasi partilerle ilgili başvurularda bu ilkeleri esas almaktadır.

Turhan'ın da vurguladığı gibi AİHM'in parti kapatma konusundaki içtihadının gelişimi Türkiye'deki siyasi parti kapatma davalarına dayanmaktadır.⁹⁶⁰ Parti kapatma kararlarına karşı yapılan başvurularda Mahkeme partinin barışçıl ya da şiddet taraftarı olup olmadığını dikkate almakta ve eğer barışçıl ise siyasi partilerin varlığının devam

⁹⁵⁷ **United Communist Party of Turkey and Others/Turkey**, § 45; **Refah Partisi and Others/Turkey**, § 86.

⁹⁵⁸ **Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures**, adopted by the Venice Commission at its 41st plenary session, (Venice, 10 – 11 December, 1999), Bu rapora internet adresinden ulaşabilirsiniz. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2000\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2000)001-e).

⁹⁵⁹ UYGUN, “*Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi*”, s. 258; TURHAN, s. 132. Bülent ALGAN, “*Dissolution of Political Parties by The Constitutional Court in Turkey: an Everlasting Conflict Between The Court and The Parliament?*” **AÜHFD**, 60 (4), 2011, s. 828.

⁹⁶⁰ TURHAN, s. 129; ALGAN, “*Dissolution of Political Parties*”, s. 810-811; Anayasa Mahkemesi'nin özellikle laiklik ekseninde siyasi parti kapatma kararları, hakkında geniş bilgi için bkz. Ersoy KONTACI, **Kırılğan Demokratilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 265-276.

etmesi yönünde bir yaklaşım sergilemektedir. Bu bağlamda, siyasi partinin programı, tüzüğü ya da eylemleri mevcut düzeni değiştirme yönünde rahatsız edici olabilir. Ancak siyasi parti bu amaçlara ulaşmak için şiddeti bir araç olarak kullanmıyor ve demokratik çoğulculuktan yararlanıyorsa barışçıl kabul edilmelidir ve kapatılmaması gerekir.⁹⁶¹ Buna karşılık siyasi parti şiddeti temel alıyorsa, eylem ve ifadeleri ile terör örgütlerine yardım ediyorsa 11. maddenin koruması dışında kalacaktır. Ancak bu durumda da Mahkeme sıkı bir denetim uygulamakta, kapatma gerekçesi olarak sunulan şiddet içeren ifade ve faaliyetlerin ciddiliği ve gerçekliğini araştırmaktadır.⁹⁶² Mahkemenin siyasi parti kapatmalarına ilişkin kararları incelendiğinde bu konuda sınırlı bir takdir marjı tanımayı yerleşik içtihadı haline getirdiği görülmektedir. Buna göre Mahkeme siyasi partilere ilişkin 11. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen sınırlama nedenlerinin dar yorumlanması gerektiğine ve bu sınırlandırma nedenlerinin gerekliliği konusunda taraf devletlere tanınan takdir marjının da çok sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca sınırlı bir şekilde yararlanılan takdir marjının da sıkı bir Avrupa denetimine tabi olduğunu vurgulamaktadır.⁹⁶³

3. Sendika Özgürlüğü

AİHS iki istisna dışında birinci kuşak hakları ya da başka bir sınıflandırmaya göre negatif statü haklarını koruma altına alan uluslararası bir belgedir. Bu iki istisna ise 11.

⁹⁶¹ **United Communist Party of Turkey and Others/Turkey**, § 57, 61; **Socialist Party of Turkey and Others/Turkey**, § 46-47.

⁹⁶² **Herri Batasuna and Batasuna/Spain**, 30.06.2009, Başvuru No 25803/04 25817/04, § 79.

⁹⁶³ **United Communist Party of Turkey and Others/Turkey**, § 46; **Herri Batasuna and Batasuna/Spain**, § 22, 77; **Sidiropoulos and Others/Greece**, 10.07.1998, Başvuru No 26695/95, § 40; **Socialist Party of Turkey and Others/Turkey**, § 44.

maddede düzenlenen sendika özgürlüğü ile 1 Nolu Ek Protokol'ün 2. maddesinde yer alan eğitim hakkıdır. Sendika özgürlüğü ise sosyal ve ekonomik haklardan birisi olarak ikinci kuşak bir haktır.⁹⁶⁴ Aynı zamanda Mahkemenin de kararlarında belirttiği gibi, örgütlenme özgürlüğünün özel bir türü olarak⁹⁶⁵ kolektif bir haktır. Sözleşme'de diğer örgütlenme türlerinden farklı olarak, açıkça ifade edilen sendika hakkı kişinin sosyal ve ekonomik haklarının en önemlilerinden biri olarak ulusal anayasalarda da düzenlenmektedir. Sosyal adaletin sağlanma araçlarının⁹⁶⁶ başlıcalarından birisi olan sendikalar⁹⁶⁷ bu açıdan devletlerin sosyo-ekonomik politikasıyla doğrudan ilişkilidir ve her devletin bu konuda kendine özgü tercih ettiği bir mali programı vardır.

Sözleşme sisteminin ikincilliği de dikkate alındığında Mahkemenin sendika özgürlüğüne ilişkin başvurularda çekimser kalması muhtemeldir. Bu perspektifle sendika özgürlüğü konusundaki içtihatlar incelendiğinde, 1970'li yıllardaki kararlarında Mahkemenin sendika hakkını pozivist bir bakışla oldukça dar yorumladığı ve taraf

⁹⁶⁴ Nizamettin AKTAY, **Sendika Hakkı**, Kamu-İş Sendikası Yayını, Ankara, 1993, s. 33 vd; Mesut GÜLMEZ, “*Sendikal Hakların Bölünmezliği: Toplu Sözleşmesiz ve Grevsiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur*”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/3, s. 19; Olgun AKBULUT, “*Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri*”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 416; İkinci kuşak haklarla ilgili geniş bilgi için bkz. ALGAN, “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar*”, s. 49 vd.

⁹⁶⁵ **National Union of Belgian Police/Belgium**, 27.10.1975, Başvuru No 4464/70, § 38; **Svenska Lokmannaförbundet/Sweden**, 27.05.1974, Başvuru No 5614/72, § 64; **Swedish Engine Drivers' Union/Sweden**, 06.02.1976, Başvuru No 5614/72, § 39; **Demir and Baykara/Turkey**, 12.10.2008, Başvuru No 34503/97, § 109.

⁹⁶⁶ Sosyal adaletin sağlanmasında sosyal devlet ve sosyal hakların önemine ilişkin bkz. ALGAN, “*Sosyal Devlet Düşerken*”, s. 265 vd.

⁹⁶⁷ **Sindicatul “Pastorul Cel Bun”/Romania**, 09.07.2013, Başvuru No 2330/09, § 130.

devletlere geniş bir takdir marjı tanıdığı görülmektedir.⁹⁶⁸ Ancak Mahkeme bu çekingen yaklaşımını 2000’li yıllarda terketmiş ve diğer uluslararası belgeleri de dikkate alarak⁹⁶⁹ sendika özgürlüğünün kapsamını genişletici cesur adımlar atmaya başlamıştır. Sendika özgürlüğüne ilişkin Mahkemenin kararlarında tartışılan ve takdir marjı uygulanan konular genellikle şu başlıklar altında toplanmaktadır: sendikaların ulusal makamlar tarafından dinlenilme hakkına getirilen sınırlamalar, sendika özgürlüğünün toplu sözleşme ve grev hakkını da kapsayıp kapsamadığı ile 11. maddenin 2. fıkrasında ayrıca ifade edilen belirli devlet memurluklarına getirilen sınırlamadır. Mahkemenin bu konulardaki yerleşik içtihadı da 2000li yıllardan sonra değişime uğramıştır.

11. maddede düzenlendiği şekliyle sendika özgürlüğü “*üyelerinin çıkarlarını koruma amacıyla sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı*” sendikalara dinlenilme hakkı vermektedir. Bu bağlamda işçilerin haklarına ilişkin hükümet ile yapılacak görüşmelere dâhil edilmediği için dinlenilme ve katılma hakkından yararlandırılmayan *Belçika Ulusal Polis Sendikası’nın*⁹⁷⁰ Sözleşme’nin 11. maddesinin ihaline ilişkin başvurusunda Mahkeme, “*Sözleşme’nin 11. maddesinin sendika üyelerine menfaatlerinin korunması amacıyla sendikalarının dinlenilmesi hakkını vereceğini; fakat Devletin*

⁹⁶⁸ Mesut GÜLMEZ, *Sendikal Hakların Bölünmezliği*, s. 9; AKBULUT, s. 416; Evra ÇETİN, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 504; Berna ÖZTÜRK, “*Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev (Toplu Eylem) Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı*”, **Çalışma ve Toplum**, 2016/4, s. 1803-1804.

⁹⁶⁹ AIHM Sözleşme’de 11. Maddesinde yer alan sendika özgürlüğünü, Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri (-1948 tarihli Örgütlenme Özgürlüğü Sözleşmesi (ILO 87 sayılı Sözleşme), - 1949 tarihli Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi (ILO 98 sayılı Sözleşme)) ve Avrupa Sosyal Şartı Hükümleri ile birlikte yorumluyarak uygulamaktadır. Özellikle **Demir and Baykara/Turkey** kararında uluslararası hukuk başlığı altında bu normları değerlendirmiştir. § 37-52.

⁹⁷⁰ **National Union of Belgian Police/Belgium**, 27.10.1975, Başvuru No 4464/70

bunlara belli şekilde davranmasını güvence altına almadığını” ifade etmiş ve ihlal olmadığına karar vermiştir.⁹⁷¹ 1975 yılında verdiği bu kararda Mahkeme, sendikaların üyeleri adına görüşmelere katılma ve görüşlerini dile getirme hakkından yararlanırken bunun hangi usulle ve araçlarla yapılacağı konusunda⁹⁷² açıkça takdir marjı kavramını kullanmamakla birlikte taraf devletlere oldukça geniş bir takdir marjı tanımıştır. Bununla birlikte sendikaların dinlenme hakkına ilişkin bu yaklaşımını da devam ettirmektedir. Mahkeme, çok yakın tarihli *Sindicatul “Pastorul Cel Bun”/Romanya*⁹⁷³ kararında açıkça takdir marjı kavramını da kullanarak *“işgücü ve idarenin ayrı ayrı menfaatleri arasında uygun bir dengenin sağlanmasında mevcut olan sosyal ve siyasi konuların hassas özelliğinden dolayı ve iç hukuk sistemlerinde bu alanda var olan büyük farklılıklar dikkate alındığında, Sözleşmeciler taraflar sendika özgürlüğünün ve sendika üyelerinin mesleki çıkarlarının korunmasının nasıl sağlanacağı bakımından geniş bir takdir marjından yararlanırlar.”*⁹⁷⁴ şeklinde karar vererek yerleşik içtihadını sürdürmüştür. Mahkeme taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanımmasının gerekçesi olarak sendika özgürlüğünün doğrudan sosyal ve siyasi konuları etkilemesini ve ulusal hukuk düzenlerindeki farklılıkları öne sürmüştür.⁹⁷⁵ Mahkemenin sendika özgürlüğünün dinlenilme hakkını tanıdığını kabul edip, bunun işlerlik kazanması için gerekli araçları

⁹⁷¹ **National Union of Belgian Police/Belgium**, § 39-40; **Swedish Engine Drivers’ Union/Sweden**, § 39-40; **Sindicatul “Pastorul Cel Bun”/Romania**, § 134.

⁹⁷² ÇETİN, s. 504.

⁹⁷³ **Sindicatul “Pastorul Cel Bun”/Romania**, 09.07.2013, Başvuru No 2330/09.

⁹⁷⁴ **Sindicatul “Pastorul Cel Bun”/Romania**, § 133: HUDOC’un resmi Türkçe çevirisinden alıntı yapılmıştır.; **Sørensen and Rasmussen/Denmark**, 11.01.2006, Başvuru No 52562/99 ve 52620/99, § 58.

⁹⁷⁵ Benzer yöndeki kararlar için bakınız. **Wilson, National Union of Journalists and Others/The United Kingdom**, 02.07.2002, Başvuru No 30668/96, 30671/96, 30678/96, § 42, 44; **Schettini and Others/Italy(Kabuledilemezlik Kararı)**, 09.10.2000, Başvuru No 29529/95; **Gustafsson/Sweden**, 25.04.1996, Başvuru No 15573/89, § 45.

11. maddenin koruması dışına çıkarması ve bu konuda taraflara alabildiğince geniş bir takdir marjı tanınması eleştiriye oldukça açıktır.

Mahkeme eski tarihli kararlarında dinlenilme hakkının 11. maddenin koruması altında olduğunu kabul etmekle birlikte, toplu pazarlık ve görüşme hakkının sendika özgürlüğünün kapsamında olmadığına karar vermiştir.⁹⁷⁶ Mahkemeye bu konuda yapılan başvurularda sendikaların toplu pazarlık sürecine dahil edilmemesi ve taraf devletlerin sendikalara farklı muamelede bulunduğu şikayet konusu olmuştur. Ulusal makamların bu konudaki savunmaları “*sendika anarşisi*⁹⁷⁷, *müzakere ortaklarının sayısındaki artışın engellenmesi*⁹⁷⁸ ile *pazarlığın uygulanabilirliği ve etkililiği*⁹⁷⁹” gerekçelerine dayandırılmıştır. Mahkeme ise bu sınırlandırma gerekçelerini uygun bulmuştur.⁹⁸⁰ Şöyle ki, genellikle toplu pazarlık ve toplu sözleşme sürecine, çalışanları temsil kabiliyeti daha yüksek olduğu varsayılan merkezi sendikalar katılmaktadır.⁹⁸¹ Daha küçük ölçekteki sendikalar ise bu sürecin dışında kalmaktadır. Mahkeme ise bu uygulamaya karşı yapılan başvurularda pasif kalarak, taraf devletlerin takdir marjının olduğunu ileri sürmekte idi. Mahkeme *İsveç Makinistleri Sendikası*⁹⁸² kararında da bu yaklaşımını açıkça dile getirmiştir. Buna göre toplu pazarlık ve sözleşme hakkının 11. maddenin korumasında olmadığına ve ulusal hukukun sendika hakkının etkili şekilde kullanılması için toplu

⁹⁷⁶ **Swedish Engine Drivers’ Union/Sweden**, § 40; **Wilson, National Union of Journalists and Others/The United Kingdom**, § 42, 44; **Schettini and Others/Italy(Kabuledilemezlik Kararı)**; **Gustafsson/Sweden**, § 45.

⁹⁷⁷**National Union of Belgian Police/Belgium**, § 48.

⁹⁷⁸ **Swedish Engine Drivers’ Union/Sweden**, § 46.

⁹⁷⁹ **Schettini and Others/Italy(Kabuledilemezlik Kararı)**.

⁹⁸⁰ ÇETİN, s. 579.

⁹⁸¹ ÇETİN, s. 582.

⁹⁸² **Swedish Engine Drivers’ Union/Sweden**, 06.02.1976, Başvuru No 5614/72.

pazarlık ve görüşme hakkını tanımak zorunda olmadığına karar vermiştir.⁹⁸³ Mahkeme 2002 yılında verdiği *Wilson, National Union of Journalists/İngiltere*⁹⁸⁴ kararında da toplu pazarlık hakkının, sendika üyelerinin çıkarlarını savunmada başvuracakları yollardan biri olduğunu, ancak sendika özgürlüğünün etkililiği için vazgeçilmez olmadığını yinelemiştir.⁹⁸⁵

Sendika özgürlüğünün yorumlanmasında uluslararası çalışma hukukundaki gelişmelerin dikkate alınması gerektiği sıklıkla dile getirilmektedir. Mahkeme bu gelişmeleri, ancak 2008 yılında verdiği *Demir ve Baykara/Türkiye*⁹⁸⁶ kararında dikkate alabilmiş ve toplu pazarlık ve sözleşme hakkının sendika özgürlüğü kapsamında 11. maddenin koruması altında olduğunu kabul ederek, yaklaşık 30 yıllık yerleşik içtihadında büyük bir değişikliğe gitmiştir. Mahkemenin bu içtihat değişikliği insan haklarının gelişiminde çok umut verici bir gelişmedir. *Gülmez'e* göre Mahkeme bu kararıyla sendikal haklar arasındaki *bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı* karara bağlamıştır.⁹⁸⁷ Bu karara konu olayda, belediyede çalışan memurların kurduğu sendika ile belediye arasında imzalanan, çalışanların mali haklarına ilişkin toplu sözleşmenin, işveren belediye tarafından uygulanmaması üzerine açılan dava ulusal mahkemelerce reddedilmiş ve çalışanlara yapılan ek ödemeler geri alınmıştır.⁹⁸⁸ Bunun üzerine 11. maddenin ihlali iddiasıyla başvuruda bulunulmuştur. Mahkeme kararında öncelikle eski kararlarında genellikle görmezden geldiği diğer uluslararası belgelere ayrıca başlık açmış ve bu

⁹⁸³ **Swedish Engine Drivers' Union/Sweden**, § 38-39.

⁹⁸⁴ **Wilson, National Union of Journalists and Others/The United Kingdom**, 02.07.2002, Başvuru No 30668/96, 30671/96 ve 30678/96.

⁹⁸⁵ **Wilson, National Union of Journalists and Others/The United Kingdom**, § 44.

⁹⁸⁶ **Demir and Baykara/Turkey**, 12.11.2008, Başvuru No 34503/97.

⁹⁸⁷ Mesut GÜLMEZ, *Sendikal Hakların Bölünmezliği*, s. 24.

⁹⁸⁸ **Demir and Baykara/Turkey**, § 14-33.

belgeleri referans almıştır.⁹⁸⁹ Ardından eski içtihadını içeren kararlarına atıf yapmış ve evrimsel yorum metodunu benimsediğini ifade etmiştir.⁹⁹⁰ Buna dayanarak Mahkeme taraf devletlerin bu alandaki uygulamalarını ve ulusal ve uluslararası iş hukukundaki gelişmeleri dikkate alarak, toplu pazarlık hakkının sendika özgürlüğünün temel unsurlarından biri ve 11. maddenin koruması altında olduğuna karar vermiştir.⁹⁹¹ Bu karar ile birlikte daha önceden tanınması taraf devletlerin takdir marjına bırakılan toplu pazarlık ve sözleşme hakkı artık 11. maddenin koruma kapsamına alındığı için, taraf devletler sınırlamalarda bu kadar rahat davranamayacaktır. Sınırlamalarını 11. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlandırma gerekçelerine uygun olarak ve orantılı bir şekilde yapmak zorunda olacaklardır. *Demir ve Baykara* kararı sonrasında, Mahkeme doğrudan sendika özgürlüğünü kullanma araçlarını taraf devletlerin belirleyeceği gerekçesiyle karara varamayacak, yapılan müdahalelerin 2. fıkraya uygunluğunu denetleyerek, takdir marjını başvuruya konu olayın özelliklerine göre uygulayacaktır denilebilir.

Mahkemenin grev hakkı konusundaki yaklaşımı da toplu görüşme ve sözleşme hakkı ile benzer bir evrim geçirmiştir. Ancak Mahkeme grev hakkını açıkça 11. madde kapsamında sendika özgürlüğünün parçası olarak kabul etmemiştir. Bununla birlikte 2008 yılında verdiği *Urcan ve Diğerleri/Türkiye*⁹⁹² kararıyla birlikte grev hakkının genişletilmesi yönünde olumlu bir gelişme göstermiştir. Eski tarihli *Schmidt ve Dahlström/İsveç*⁹⁹³ davasında grev hakkının sendika özgürlüğünü sağlama araçlarından önemli bir tanesi olduğunu, ancak 11. maddede açıkça ifade edilmemesi ışığında ulusal

⁹⁸⁹ **Demir and Baykara/Turkey**, § 37-52.

⁹⁹⁰ **Demir and Baykara/Turkey**, § 140-146.

⁹⁹¹ **Demir and Baykara/Turkey**, § 154.

⁹⁹² **Urcan and Others/Turkey**, 17.07.2008, Başvuru No 23018/04, 23034/04, 23042/04, 23071/04, 23073/04 23081/04 23086/04 23091/04 23094/04 23444/04 23676/04.

⁹⁹³ **Schmidt and Dahlström/Sweden**, 06.02.1976, Başvuru No 5589/72.

hukukun belli durumlarda çeşitli sınırlamalar öngörebileceğini ifade etmiştir.⁹⁹⁴ Greve katılacak işçilerin isimlerinin bildirilmesi zorunluluğu getiren ve aslında greve katılmamak için caydırıcı etkisi olan düzenlemenin Sözleşme'ye aykırılığını ileri süren bir başka başvuruda da⁹⁹⁵ Mahkeme bunun 11. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme 2002 yılında yine kabul edilemez bulduğu *UNISON/İngiltere*⁹⁹⁶ başvurusunda grev yapan işçilerle işverenin hakları arasındaki dengenin sağlanmasında taraf devletin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. 2008 yılında verdiği *Urcan ve Diğerleri* kararında ise devletlerin grev hakkını koruma yükümlülüğünün olduğunu ifade etmiş ve 1 günlük ulusal grev yapmaları nedeniyle haklarında yasal işlem başlatılıp mahkûm edilen memurların, barışçıl bir şekilde toplantı özgürlüğünden yararlandıklarını ve müdahalenin 11. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir.⁹⁹⁷ Bu karar ve bu kararı takip eden benzer kararlar ışığında Mahkemenin grev hakkı konusundaki çekimser tutumundan sıyrıldığını ve olumlu bir evrilmeye geçtiği söylenebilir. Böylece Mahkeme grev hakkına ilişkin başvurularda da takdir marjını oldukça daraltmaya gitmiştir.

⁹⁹⁴ **Schmidt and Dahlström/Sweden**, § 36; benzer yönde **S/Federal Republic of Germany(Kabuledilemezlik Kararı)**, 05.07.1984, Başvuru No 10365/83.

⁹⁹⁵ **National Association of Teachers in Further and High Education/The United Kingdom(Kabuledilemezlik Kararı)**, 16.04.1998, Başvuru No 28910/95.

⁹⁹⁶ **UNISON/The United Kingdom(Kabuledilemezlik Kararı)**, 10.01.2002, Başvuru No 53574/99; benzer karar **Federation of Offshore Workers' Trade Unions and Others/Norway(Kabuledilemezlik Kararı)**, 27.06.2002, Başvuru No 38190/97.

⁹⁹⁷ **Urcan and Others/Turkey**, Kararın HUDOC'ta yer alan Fransızca'dan yapılan özet çevirisinden yararlanılmıştır.; benzer yöndeki kararlar için bakınız: **Karaçay/Turkey**, 27.03.2007, Başvuru No 6615/03; **Kaya and Seyhan/Turkey**, 15.09.2009, Başvuru No 30946/04; **Danilenkov and Others/Russia**, 10.12.2009, Başvuru No 67336/01; **Kaya and Gül/Turkey**, 24.10.2017, Başvuru No 47988/09 47989/09, § 15.

4. Belli Kamu Görevlilerinin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğünün Sınırlandırılması

11. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırma nedenlerine ek olarak “*silahlı kuvvetler, polis ve devlet idaresi mensuplarına meşru sınırlamalar getirilebileceği*” düzenlenmiştir. Sözleşme sisteminin ikincilliği ilkesi ışığında taraf devletlerin kamu personeli rejimini ve özellikle belirli hassas ve özel görev alanlarını düzenlemede daha özerk olduğu düşünülebilir. Bu anlamda ulusal makamlar belli kamu görevini üstlenen kamu personelinin toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne sınırlamalar getirirken daha geniş bir takdir marjından yararlanabileceklerdir. Ancak bu takdir marjı taraf devletlere, sayılan kamu görevlilerinin toplanma ve örgütlenme özgürlüklerini hiçbir koşula bağlı olmaksızın serbestçe sınırlama ya da yasaklama yetkisi vermemektedir.⁹⁹⁸ Mahkeme de bu konudaki sınırlı sayıdaki kararında bu hükmün keyfiliğe yol açacak bir şekilde yorumlanamayacağını ve sınırlamanın öngörülebilir ve yasal olması gerektiğinin altını çizmiştir.⁹⁹⁹

Sözleşme’de sayma usulüyle belirtilen kamu görevlilerinden askeri personel ile polis açısından bir sorun olmamakla birlikte, “*devlet idaresinde görevli*” memurlar açısından bir belirsizlik söz konusudur. Bu kavramdan tüm memurların mı yoksa devlet yönetiminde görev alan yönetici kadronun mu anlaşılması gerektiği hususu tartışmalıdır.

⁹⁹⁸ Literatürde bu yönde yani mutlak yasaklama şeklinde bir yetkinin kabulüne ilişkin görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. J.E.S. Fawckte, **The Application of the Europeaen Convention on Human Rights**, Oxford, 1987, s.284. nakl. GÖLCÜKLÜ, “Dernek, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakları ve Kamu Görevlileri”, s. 45. GÖLCÜKLÜ haklı olarak eleştirdiği bu görüşe katılmamaktadır. s. 46-47; benzer görüş için bkz. GÜLMEZ, “*Sendika Hakkı ve Kamu Görevlileri*”, s. 72; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN-ZWAAK, s. 839-840.

⁹⁹⁹ **Rekvenyi/Hungary**, 20.05.1999, Başvuru No 25390/94, § 59-62.

AİHM bu kategoriye tüm memurları dâhil etmemekte ve bu ifadenin dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁰⁰ Dolayısıyla “*devlet idaresinde görevli olma*” ifadesinin sadece yönetim görevi üstlenen memurlar olarak anlaşılması daha uygundur. Mahkemenin bu yöndeki tercihi karşısında, üye devletler tarafından toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne bütün memurları kapsayacak şekilde toptan bir sınırlama getirilmesi Sözleşme’ye aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda devlet idaresinde görev almayan ve yöneticilik görevi üstlenmeyen memurların toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar da sivil vatandaşlara yapılan müdahalelerle paralel olmalıdır.

Bu konuda Mahkemenin önüne gelen sınırlı sayıdaki başvurular memurların siyasi parti üyeliğinin ve sendikal özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkindir. Bir öğretmenin siyasi parti üyeliği nedeniyle memuriyetten çıkarılmasına ilişkin yapılan *Vogt/Almanya*¹⁰⁰¹ başvurusunda Mahkeme devlet idaresinde görevli olma kavramını dar yorumlayarak öğretmenliğin bu kapsama girmediğine hükmetmiştir. Dolayısıyla 11. maddenin 2. fıkrasının son cümlesindeki istisnai düzenlemenin bu konuda uygulanamayacağına karar vererek, yapılan sınırlamayı demokratik toplumda gereklilik, orantılılık ve meşru amaç açısından denetleyerek 11. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁰⁰² Mahkeme bu başvuruda yerinde bir yaklaşımla takdir marjına başvurmayarak ifade özgürlüğü ışığında kamu görevlilerinin siyasi örgütlenme özgürlüğünün keyfi bir şekilde sınırlanamayacağını teyit etmiştir.

¹⁰⁰⁰ *Vogt/Germany*, 26.09.1995, Başvuru No 17851/91, § 67; *Demir and Baykara/Turkey*, 12.11.2008, Başvuru No 34503/97§ 97; *Tüm Haber Sen and Çınar /Turkey*, 21.02.2006, Başvuru No 28602/95, § 29.

¹⁰⁰¹ *Vogt/Germany*, 26.09.1995, Başvuru No 17851/91.

¹⁰⁰² *Vogt/Germany*, § 66-68.

Silahlı kuvvetler personeli ile polislerin siyasi parti üyeliklerinin yasaklanmasına ilişkin *Rekvenyi/Macaristan*¹⁰⁰³ başvurusunda ise Mahkeme 10 ve 11. maddeleri birlikte değerlendirerek, ülkenin tarihi geçmişini ve toplumsal ihtiyaç baskısını dikkate almış ve 10. madde açısından bu alanda taraf devletin takdir marjının bulunduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁰⁴ 11. madde açısından ise 2. fıkranın son cümlesi gereğince taraf devletçe yasaklamanın dayandırıldığı sebebin meşru olduğunu ifade etmiş ve müdahaleyi 11. maddeye uygun bulmuştur.¹⁰⁰⁵ Burada dikkat çeken husus Mahkemenin ifade özgürlüğü açısından sınırlamayı gerekçelendirirken takdir marjına başvurduğu halde, 11. madde açısından buna gerek dahi görmemesidir. Mahkeme burada 11. maddenin 2. fıkrasının son cümlesine uygunluğu neredeyse değerlendirmemiş, bu hükmün bizzat kendisini dayanak olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla Mahkemenin bu yaklaşımı 2. fıkranın son cümlesini otomatik bir yasak hükmüne dönüştürme eğilimine oldukça müsaittir.

Başka bir başvuru ise bir polisin siyasi parti üyeliği nedeniyle terfi ettirilmemesine ilişkin *Otto/Almanya*¹⁰⁰⁶ davasıdır. Bu başvuruda da Mahkeme pasif tutumunu devam ettirmiş ve 2. fıkranın son cümlesine dayanarak başvuruyu 11. madde açısından kabuledilemez bulmuştur. Bu içtihatlar açısından, Mahkemenin siyasi parti üyeliği konusunda bu hükümlerle ilgili takdir marjını genişletmekten ziyade, bu hükmün uygulanmasını neredeyse tamamen taraf devletlerin takdirine bıraktığı ifade edilebilir. Mahkemenin bu tavrının nedeni, ülkenin güvenliğini sağlama gibi özel ve hassas nitelikli görevleri dolayısıyla asker ve polisin siyasal tarafsızlıklarının sağlanmasıdır. Ancak bu gerekçeyle dahi olsa örgütlenme özgürlüğünün bu şekilde tamamen yasaklanması Sözleşme'nin kurucu değerlerinden biri olan demokratik toplum gerekleriyle çelişecektir.

¹⁰⁰³ **Rekvenyi/Hungary**, 20.05.1999, Başvuru No 25390/94.

¹⁰⁰⁴ **Rekvenyi/Hungary**, § 48.

¹⁰⁰⁵ **Rekvenyi/Hungary**, § 59-62.

¹⁰⁰⁶ **Otto/Germany (Kabuledilemezlik Kararı)**, 24.11.2005, Başvuru No 27574/02.

Asker, polis ve devlet idaresinde görevli olanların siyasal faaliyetlerinin sınırlandırılmasına ilişkin pasif bir tutum sergileyen Mahkeme, sendikal haklar açısından daha aktif ve korumacı bir rol üstlenmektedir. Dolayısıyla bu alanda 2. fıkranın son cümlesinin uygulamasında taraf devletlerin takdir marjını nispeten daraltmaktadır. Bir polis sendikası tarafından yapılan mitinge işçileri bakanının yaptığı bir açıklama ile müdahalede bulunulmasına ilişkin kararında Mahkeme doğrudan 2. fıkranın son cümlesine başvurmamış ve müdahalenin 2. fıkradaki ölçütlere uygunluğunu denetlemiştir.¹⁰⁰⁷ En azından Mahkemenin sendikal haklara ilişkin bu içtihadı ilerisi için ümit vericidir.

XI. MÜLKİYET HAKKI (1 NOLU PROTOKOL 1. MADDE)

A. Mülkiyet Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi

Sözleşme'nin hazırlık aşamasında taraf devletler arasındaki siyasi ve sosyal farklılıklar nedeniyle "*mülkiyet hakkı*"¹⁰⁰⁸ Sözleşme'nin ana metninde yer alamamış, bu

¹⁰⁰⁷ **Trade Union of The Police in The Slovak Republic and Others/Slovakia**, 25.09.2012, Başvuru No 11828/08, §

¹⁰⁰⁸ Mülkiyet hakkıyla ilgili genel olarak yararlanılabilecek kaynaklar için bkz. Burak GEMALMAZ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009; Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, s. 1027-1051; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 597-635; Jochen Abr. FOREWEIN, "*The Protection of Property*", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 515-531; DUTERTRE, s.437-455; JANIS- KAY- BRADLEY, s. 519-568; Monica CARSS-FRISK, **Mülkiyet Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü'nün 1. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz)**, İnsan Hakları El kitapları No: 4, Türkiye barolar Birliği

hakkın düzenlenmesi ancak 1 Nolu Ek Protokol ile mümkün olabilmiştir.¹⁰⁰⁹ Ancak bu düzenleme Sözleşme'nin diğer maddeleriyle kıyaslandığında, mülkiyet hakkına daha gevşek bir koruma¹⁰¹⁰ getiren ve taraf devletlerin müdahalesine alabildiğince geniş bir tolerans gösteren nitelikte bir hüküm içermektedir. Bunun nedeni ise, Mahkemenin de kararlarında sıklıkla dile getirdiği gibi "mülkiyet hukuku"nun, demokratik devletlerde

Yayımları: 90, 2001; Aida GRGIĆ-Zvonimir MATAGA-Matija LONGAR-Ana VILFAN, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No: 10, 2007; Helene Ruiz FABRI, "The Approach Taken by The European Court of Human Rights to The Assessment of Compensation For "Regulatory Expropriations" of The Property of Foreign Investors", **N.Y.U. Environmental Law Journal**, Vol. 11, 2002, s. 148-173; Stefan KIRCHNER, Katarzyna GELER-NOCH, "Compensation Under The European Convention on Human Rights for Expropriations Enforced Prior to The Applicability of The Convention", **Jurisprudence**, 2012, 19/1, s. 21-29; Oya BOYAR, "Mülkiyet Hakkı", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 495-532; Burak GEMALMAZ, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. LXIX, ss.347-371, 2011; Abdullah UZ, "Türkiye'de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 42, Sayı 3, Eylül 2008, s. 99-124; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı**, Ankara Barosu İnsan Hakları Kurulu, Yayına Hazırlayan: Onur TATAR, Ankara Barosu Yayını, 2003; Suat ŞİMŞEK, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı ve Devletlerin Takdir Hakkı", **Adalet Dergisi**, Sayı 42, 2012, s. 177-201; Suat ŞİMŞEK, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I", **TBB Dergisi**, 2010/91, s. 181-228; Suat ŞİMŞEK, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz - II", **TBB Dergisi**, 2011/92, s. 312-349.2

¹⁰⁰⁹ Bu konudaki tartışmalarla ilgili bkz. HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 676; ARAI-TAKAHASHI, s. 149-150; CARSS-FRISK, s. 5; FOREWEIN, s. 515; BOYAR, "Mülkiyet Hakkı", s. 495-496.

¹⁰¹⁰ BOYAR, "Mülkiyet Hakkı", s. 495.

siyasi, sosyal ve ekonomik görüş ayrılıklarını da beraberinde getirmesidir.¹⁰¹¹ Böylece taraf devletler, ancak bu şekilde bir düzenleme üzerinde uzlaşma sağlayabilmiştir.

1 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesine göre mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: *“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

*Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”*¹⁰¹²

¹⁰¹¹ **James and Others/The United Kingdom**, 21.02.1986, Başvuru No 8793/79, § 46. Sözleşme’de ve 1 Nolu Ek Protokol’ün hazırlık sürecinde devlet sistemlerindeki kapitalist ve sosyalist olma noktasındaki ayrışma çok belirgindir. İki sistemin mülkiyet hakkına yaklaşımdaki fark nedeniyle o dönemde mülkiyet hakkının hukuki düzenlemesi üzerinde bir uzlaşmaya varılamaması da kaçınılmaz olmuştur. Benzer görüş için bkz. Burak GEMALMAZ, 2009, s. 1; Mülkiyet hakkının bu görüş ayrılıklarından nasıl etkilendiğine ilişkin geniş bilgi için bkz. Rona AYBAY, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 122; Adnan GÜRİZ, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 253, Ankara, 1969, s. 244-252 Kapitalist mülkiyet görüşü, s. 279-302 Marxist mülkiyet görüşü.

¹⁰¹² Sözleşme metninin çevirisi için Bülent ALGAN/Salim IŞIK **Ulusal İnsan Hakları Mekanizmaları Mevzuatı**’ndan yararlanılmıştır. Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 134. Şöyle ki Ek Protokol’ün Fransızca (*bien, propriété, usage des biens*) ve İngilizce (*possession, use of property*) metninde kullanılan terimlerin anlamı birbirini tam karşılamadığı gibi, Türkçe eserlerdeki çeviriler de farklılık arz etmektedir. Örneğin Burak GEMALMAZ, 2009, s. 8 ‘de “...mülkiyetini kullanma hakkı...” şeklinde çevirmişken, BOYAR, Mülkiyet Hakkı, s. 495’de “...mülkiyete saygı gösterilmesini isteme hakkı...” olarak kullanmıştır.

Madde metninde düzenlemeye “*her gerçek ve tüzel kişi*” şeklinde başlanmış ve öncelikle mülkiyet hakkının öznesinin¹⁰¹³ kimler olabileceği belirlenmiştir. Gerçek kişilerin yanında tüzel kişiler de Protokol’ün 1. maddesi kapsamındadır. Ancak bu tüzel kişiler özel hukuk tüzel kişileridir. Kamu tüzel kişilerinin devlet bir parçası olması nedeniyle başvuru hakkının bulunmadığı yerleşik bir içtihatır¹⁰¹⁴. Örneğin şirketler¹⁰¹⁵, dernekler¹⁰¹⁶, vakıflar¹⁰¹⁷, hükümet dışı örgütler¹⁰¹⁸ ile kilise¹⁰¹⁹ ve manastırlar¹⁰²⁰ Sözleşme’nin korumasından yararlanırlar.

Belirtmek gerekir ki, mülkiyet hakkının öznesi konusunda, vatandaş ve yabancı olma durumuna göre Mahkemenin erken dönem içtihatlarında oldukça kafa karıştıran hususlar bulunmaktadır. Şöyle ki madde metninde mülkiyet hakkından yoksun bırakmanın

¹⁰¹³ Mülkiyet hakkının öznesine ilişkin geniş bilgi için bkz. Burak GEMALMAZ, 2009, s. 25-122.

¹⁰¹⁴ **Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Turkey**, 13.12.2007, Başvuru No 40998/98, § 70, 81; **Radio France and Others/France**, 23.09.2003, Başvuru No 53984/00, 2003-X; **Ayuntamiento de M./Spain**, 07.01.1991, Başvuru No 15090/89; **Sixteen Austrian Communes and Some of Their Councillors/Austria**, 31.05.197, Başvuru No 5767/72, 5922/72, 5929-5931/72, 5953-5957/72, 5984-5988/73 and 6011/73.

¹⁰¹⁵ **Agrotexim and Others/Greece**, 24.10.1995, Başvuru No 14807/89, § 59; **Credit and Industrial Bank/The Czech Republic**, 21.10.2003, Başvuru No 29010/95, § 50-52.

¹⁰¹⁶ **University of Illinois Foundation/The Netherlands (Kabuledilemezlik Kararı)**, 02.05.1988, Başvuru No 12048/86.

¹⁰¹⁷ **Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Turkey**, 09.01.2007, Başvuru No 34478/97; **Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı/Turkey**, 03.03.2009, Başvuru No 37639/03 37655/03 26736/04 42670/04.

¹⁰¹⁸ **Autronic AG/Sweden**, 22.05.1990, Başvuru No 12726/87, § 47.

¹⁰¹⁹ **Canea Catholic Church/Greece**, 16.12.1997, Başvuru No 25528/94; **Synod College of the Evangelical Reformed Church of Lithuania/Lithuania (Kabuledilemezlik Kararı)**, 05.12.2002, Başvuru No 44548/98.

¹⁰²⁰ **The Holy Monasteries/Greece**, 09.12.1994, Başvuru No 13092/87 13984/88, § 49;

koşullarından biri “uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluk”tur. Mahkeme bu şartı mülkiyet hakkı korumasından sadece “yabancıların” yararlanabilmesinin mümkün olması şeklinde anlamış ve vatandaşları bu korumanın dışında tutmuştur. Mahkeme bu yöndeki ilk kararını *Gudmundsson/İzlanda*¹⁰²¹ başvurusunda vermiştir. Mahkemenin söz konusu yaklaşımındaki başlıca argümanı devletle vatandaşları arasındaki ilişkinin uluslararası hukukun konusu olmadığı ve bu nedenle madde metinde yer alan uluslararası hukukun genel ilkelerinin bu kişiler üzerinde uygulama kabiliyeti bulunmadığı için ancak yabancılar hakkında uygulanabileceğidir. Ayrıca yabancıların başka ülkelerde zayıf konumda olması ve kamu hizmetinin asıl olarak vatandaşlara sunulması nedeniyle, sosyal ve ekonomik politikalar kapsamında mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalarda da sadece yabancılar tazminat ödenmesinin gerektiği bir diğer gerekçesidir.¹⁰²² Neyse ki Mahkeme mülkiyet hakkının korumasını bu denli zayıflatan ve doktrinde de oldukça eleştirilen bu içtihadını zamanla değiştirmiş ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde vatandaşlara da tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁰²³

Sınırlama nedenlerine ilişkin olarak bu madde metnine bakıldığında; Sözleşme’deki diğer haklarla, özellikle de 8-11. maddelerdeki düzenlemelerle kıyaslandığında 1 Nolu Ek Protokol’ün 1. maddesinin farklılık gösterdiği görülür. Mülkiyet hakkına ilişkin

¹⁰²¹ **Gudmundsson/Iceland(Kabuledilemezlik Kararı)**, 20.12.1960, Başvuru No 511/93; Bu kararın tam metnine HUDOC’un sitesinden ulaşılammıştır. Ancak Bu karara atıf yapan başka kararlarından yararlanılmıştır. **A.B. and Company a.s./Germany(Kabuledilemezlik Kararı)**, 04.07.1978, Başvuru No 7742/76; **WASA Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse, a Group of Approximately 15000 Individuals/Sweden (Kabuledilemezlik Kararı)**, 14.12.1988, Başvuru No 13013/87; ayrıca bu kararın değerlendirmesi için bkz. FOREWEIN, s. 521; Burak GEMALMAZ, 2009, s. 35.

¹⁰²² **Lithgow and Others/The United Kingdom**, 08.07.1986, Başvuru No 9006/80 9262/81 9263/81, § 113-116; **James and Others/The United Kingdom**, § 66

¹⁰²³ **Handyside/The United Kingdom**, § 63.

düzenlemede 8-11. maddelerin 2. fıkralarındaki gibi sınırlama nedenleri ve sınırlamanın dayanacağı ölçütleri açıkça sayılmamıştır.¹⁰²⁴ Bunun yerine hakkın *kamu yararı* ve *genel yarar* amacıyla *ulusal yasaya* ve *uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun* olarak sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra 2. fıkra taraf devletlerin takdir marjını neredeyse mutlaklaştırma¹⁰²⁵ anlamına gelecek şekilde; bu sınırlama ölçütlerinin de devletlerin mülkiyet hakkının kullanımını ve vergi gibi ödemeler öngörmesini engellemediğini hüküm altına almıştır. Dolayısıyla mülkiyet hakkının korunması bu açıdan daha da zayıflatılmıştır. Ayrıca bu maddenin nasıl anlaşılıp yorumlanması gerektiğine ilişkin Mahkemenin kabul ettiği “*üç kural*”¹⁰²⁶ tekniği de oldukça önemlidir. Mahkeme bu tekniğin genel çerçevesini *Sporrong ve Lönnroth*¹⁰²⁷ kararıyla çizmiş ve *James ve Diğerleri Kararı*¹⁰²⁸ ile de bu üç kural arasındaki ilişkiyi açıklamıştır. Buna göre 1 Nolu Ek Protokol’lün 1. maddesinde birinci kural olarak “mülkiyet hakkına saygı gösterilmesini isteme hakkı, ikinci kural olarak mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları ve üçüncü kural olarak ise mülkiyetin kullanımını düzenleme yetkisi

¹⁰²⁴ Burak GEMALMAZ, 2011, s. 652.

¹⁰²⁵ Burak GEMALMAZ, çok yerinde bir tespitle mülkiyet hakkının sınırlanması için ileri sürülen kamu yararının belirlenmesinde devletlerin “*mutlak takdir marjı*”nın olduğunu savunmaktadır. Bkz. 2009, s. 481 vd.

¹⁰²⁶ Üç kural tekniği ile ilgili geniş bilgi için bkz. Burak GEMALMAZ, 2009, s. 18-23; BOYAR, Mülkiyet Hakkı, s. 508-524; CARSS-FRISK, s. 7-9; Cavid ABDULLAHZADE, “*Emval-i Metruke Kapsamındaki Mülkiyet Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Süreci Açısından Değerlendirilmesi*” **AÜHFED**, Cilt 62, Sayı 2, 2013, s. 322-323.

¹⁰²⁷ **Sporrong and Lönnroth/Sweden**, 23.09.1982, Başvuru No 7151/75 7152/75, Mahkemenin mülkiyet hakkına ilişkin ilk kez ihlal kararı verdiği başvurudur.

¹⁰²⁸ **James and Others/The United Kingdom**, 21.02.1986, Başvuru No 8793/79, § 46. (Bu karar ilk kez mülkiyetten yoksun bırakmanın unsurları ile kişi menfaati ve kamu yararı arasında adil denge kurulabilmesi için tazminat ödemenin gerekliliğine karar verilen başvurudur.) Ayrıntılı bilgi için bkz. HARRIS-O'BOYLE&WARBRICK, s. 687 vd.; BOYAR, Mülkiyet Hakkı, s. 497.

düzenlenmiştir.¹⁰²⁹ Mahkeme ikinci ve üçüncü kuralı mülkiyet hakkının özel sınırlandırma biçimleri olarak değerlendirmekte ve bu kuralları birinci kuralın ışığında yorumlamaktadır.¹⁰³⁰ Mülkiyet hakkına ilişkin bir başvuru yapıldığında Mahkeme öncelikle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin niteliğini tespit etmekte ve buna göre bu üç kuraldan hangisinin uygulanacağına karar vermektedir. Bu bağlamda, ihlale neden olduğu ileri sürülen müdahale ile mülkiyetten kesin ve tamamen bir mahrumiyet mi (yani mülkiyet ve buna bağlı yetkilerin tamamının devri mi) söz konusu; yoksa geçici bir durum mu bulunmakta bunu ayırt etmektedir. Eğer mülkiyetten tamamen yoksun bırakma durumu varsa ikinci kural uygulanacak, geçici bir mahrumiyet söz konusu ise birinci ya da üçüncü kural uygulanacaktır. İkinci kuralın uygulandığı durumlar genellikle kamulaştırma, devletleştirme, el koyma, müsadere ve el atmadır. İmar ve yapı yasakları, idari irtifaklar, geçici işgal, emlak ya da gelir vergisi gibi vergiler, katılma payları, kira bedellerinin denetimi gibi işlemler ise üçüncü kural yani mülkiyet hakkının düzenlenmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu iki kuralın kapsamı dışında bir müdahale var ise bu durumda birinci kural devreye girmektedir.¹⁰³¹

Mahkeme bu inceleme tekniği ile yaklaştığı mülkiyet hakkını, Sözleşme sistemindeki otonom kavramlardan biri olarak kabul etmektedir.¹⁰³² Yani mülkiyet hakkına ulusal hukuk sistemlerinin yüklediği anlamdan daha farklı bir anlam yüklemektedir. Ulusal hukukta mülkiyet hakkına konu olmayan bir çıkar Mahkemeye göre mülkiyet hakkına

¹⁰²⁹ **Sporrong and Lönnroth/Sweden**, § 61.

¹⁰³⁰ **James and Others/The United Kingdom**, § 37; **Lithgow and Others/The United Kingdom**, 08.07.1986, Başvuru No 9006/80 9262/81 9263/81, § 106; **Vukušić/Croatia**, 31.05.2016, Başvuru No 69735/11, § 49.

¹⁰³¹ **Sporrong and Lönnroth/Sweden**, § 61.

¹⁰³² **Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/The The Netherlands**, 23.02.1995, Başvuru No 15375/89, § 53; **Iatridis/Greece**, 25.03.1999, Başvuru No 31107/96, § 53; **Wittek/Germany**, 12.12.2002, Başvuru No 37290/97, § 42.

ilişkin düzenlemenin korumasından yararlanabilir. Ancak mülkiyet hakkının bu şekilde geniş kapsamda ve otonom bir kavram halini alması zamanla gerçekleşebilmiştir. Mahkemenin erken dönem içtihatlarında daha çekimser kaldığı ve kendini ulusal hukuktaki düzenlemelerle sınırladığı görülmektedir.¹⁰³³ Ancak zamanla mülkiyet hukukundaki gelişmelerin de etkisiyle Mahkeme bu yaklaşımından uzaklaşarak mülkiyet hakkını ulusal hukuk sistemlerinden farklı değerlendirmeye başlamıştır.¹⁰³⁴ Bu kapsamda mülkiyet hakkının konusu oldukça geniştir. Ekonomik değeri olan taşınır ve taşınmazların¹⁰³⁵ dışında, fikri mülkiyet hakları (telif¹⁰³⁶, patent¹⁰³⁷, marka¹⁰³⁸ vb.), şirket hisse senedi¹⁰³⁹, intifa hakkı¹⁰⁴⁰, alacak hakkı¹⁰⁴¹, ticari itibar ve müşteri çevresi

¹⁰³³ **Marckx/Belgium**, 13.06.1979, Başvuru No 6833/74 6833/74, § 50; **Inze/Austria**, 28.10.1987, Başvuru No 8695/79, § 38; **Mazurek/France**, 01.02.2000, Başvuru No 34406/97, § 42.

¹⁰³⁴ **Van Marle and Others/The Netherlands**, 26.06.1986, Başvuru No 8543/79 8674/79 8675/79, 41-42; **Tre Traktörer Aktiebolag/Sweden**, 07.07.1989, Başvuru No 10873/84, § 53; Burak GEMALMAZ, 2009, s. 124-125; ABDULLAHZADE, s. 320-321.

¹⁰³⁵ **Wiggins/The United Kingdom**, 08.02.1978, Başvuru No 7456/76.

¹⁰³⁶ **A.D./The Netherlands (Kabuledilemezlik Kararı)**, 11.01.1994, Başvuru No 21962/93; **Oguz ARAL, Galip TEKİN and İnci ARAL/Turkey (Kabuledilemezlik Kararı)**, 14.01.1998, Başvuru No 24563/94.

¹⁰³⁷ **Smith Kline and French Laboratories/The Netherlands**, 04.10.1990, Başvuru No 12633/87; **British-American Tobacco Company Ltd/The Netherlands**, 20.11.1995, Başvuru No 19589/92, § 90-91; **Lenzing Ag/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı)**, 09.09.1998, Başvuru No 38817/97.

¹⁰³⁸ **Anheuser-Busch Inc/Portugal**, 11.01.2007, Başvuru No 73049/01, § 75.

¹⁰³⁹ **Bramelid and Malmström/Sweden**, 12.10.1982, Başvuru No 8588/79 and 8589/79, § 64; **Sovtransavto Holding/Ukraine**, 25.07.2002, Başvuru No 48553/99, § 91; **Trippel/Germany**, 04.12.2003, Başvuru No 68103/01, § 18; **Freitag/Germany**, 19.07.2007, Başvuru No 71440/01, § 51; **Marini/Albania**, 18.12.2007, Başvuru No 3738/02, § 164.

¹⁰⁴⁰ **Wittek/Germany**, 12.12.2002, Başvuru No 37290/97, § 42-43.

¹⁰⁴¹ **A, B and Societe A.S. /Federal Republic Germany**, 04.07.1978, Başvuru No 7742/76.

(goodwill)¹⁰⁴², ticari sır¹⁰⁴³ ve sosyal güvenlik gelirleri¹⁰⁴⁴ de mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaktadır. Mahkemeye göre bir menfaatin mülkiyet sayılıp bu hakkın korumasından yararlanabilmesi için “*ekonomik bir değerinin*” ve bunun “*elde edilmiş*” olması gerekmektedir. Yani ekonomik değere sahip varlığın, kişinin malvarlığına girmiş olması zorunludur.¹⁰⁴⁵ Bu açıdan Mahkemeye göre 1 Nolu Protokol’ün 1. maddesi *Gemalmaz*’ın da ifade ettiği gibi “*mülkiyet edinme hakkını (right to property)*” değil “*mülkiyet hakkını (right of property)*” korumaktadır.¹⁰⁴⁶

1 Nolu Protokol’ün 1. maddesine ilişkin bu genel açıklamaların ardından bu çalışmanın konusu açısından mülkiyet hakkına odaklanıldığında ise, karşımıza mülkiyet hakkının sınırlanmasında taraf devletlerin alabildiğince geniş bir takdir marjından yararlandığı gerçeği çıkar. Söz konusu takdir marjının ölçüsünün tespiti için de, mülkiyet hakkının sınırlanma rejiminin dikkatli bir şekilde tahlil edilmesi gerekmektedir. Sınırlama rejiminde öne çıkan nokta ise sınırlamaların *kamu yararı* amacı ile yapılmış olması gerekliliğidir. Öğretide de dikkat çekildiği üzere¹⁰⁴⁷ mülkiyet hakkına ilişkin takdir marjı, Sözleşme’deki diğer haklarda uygulandığından farklı bir niteliğe sahiptir. Buradaki takdir marjı hem sınırlamanın dayandığı amacın belirlenmesinde hem de bu amaca ulaşmak için

¹⁰⁴² **Van Marle and Others/The Netherlands**, § 41; **Iatridis/Greece**, § 54; **Olbertz/Germany (Kabuledilemezlik Kararı)**, 25.05.1999, Başvuru No 37592/97.

¹⁰⁴³ **F.S./Germany (Kabuledilemezlik Kararı)**, 27.11.1996, Başvuru No 30128/96.

¹⁰⁴⁴ **Christian Müller/Austria (Kabuledilemezlik Kararı)**, 16.12.1974, Başvuru No 5849/72; **Azinas/Cyprus**, 20.06.2002, Başvuru No 56679/00, § 34; **Cornwell/The United Kingdom**, 25.04.2000, Başvuru No 36578/97; **Claes/Belgium (Kabuledilemezlik Kararı)**, 07.12.1987, Başvuru No 11285/84; **Gaygusuz/Austria**, 06.09.1996, Başvuru No 17371/90, § 41.

¹⁰⁴⁵ **Marckx/Belgium**, § 50; **Van der Musselle/Belgium**, § 49.

¹⁰⁴⁶ Burak GEMALMAZ, 2009, s. 136; benzer görüş için bkz.; CARSS-FRISK, s. 6; GRGIĆ-MATAGA-Matija LONGAR-VILFAN, s. 6.

¹⁰⁴⁷ ARAI-TAKAHASHI, s. 154-156; Burak GEMALMAZ, 2009, s. 481.

kullanılacak araçların seçiminde rol oynamaktadır. Bu yaklaşımla Mahkemenin içtihatları incelendiğinde taraf devletlerin “*kamu yararının*” ne olacağını tespit ederken ve mülkiyet hakkını “*düzenlerken*” geniş bir takdir marjından yararlandığı görülmektedir. Bununla birlikte her ne kadar madde metninde açıkça zikredilmese de, Mahkemenin içtihadı olarak sınırlamaların Sözleşme’ye uygunluğu açısından kabul ettiği “*adil denge ve tazminat ödenmesi*” ölçütü takdir marjının bu denli genişliğini daraltmıştır. Ayrıca Orta ve Doğu Avrupa’da komünist rejimin yıkılmasının ardından ortaya çıkan mülkiyet uyuşmazlıklarında da Mahkemenin olabildiğince pasif bir rol üstlendiği görülmektedir.

B. Mülkiyet Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Kamu Yararının Tespitinde Takdir Marjı

Mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde başvuru temel meşrulaştırma sebebi “*kamu yararı*”dır.¹⁰⁴⁸ Ulusal makamlar mülkiyete yönelik işlem ve eylemlerini, kamu yararı¹⁰⁴⁹ amacıyla yapmışlarsa, bu işlem ve eylemlerin Sözleşme’ye uygun oldukları kabul edilecektir. Bu noktada ise kamu yararının ne olduğunun tespiti sorunu önem

¹⁰⁴⁸ Kamu yararı kavramı günümüzde toplumun tüm üyelerinin çıkarını ifade etmektedir. Bkz. Oktay UYGUN, *Demokrasi- Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutları*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 378.

¹⁰⁴⁹ 1 Nolu Ek Protokol’ün 1. fıkrasında mülkiyet hakkından yoksun bırakmanın kamu yararı amacıyla yapılabileceği düzenlenirken, 2. fıkrada devletlerin toplumun genel yararına uygun olarak mülkiyet hakkının kullanımını düzenleyebileceği öngörülmüştür. Bu açıdan karşımıza kamu yararı ve genel yarar şeklinde iki ayrı kavram çıkmaktadır. Ancak Mahkeme bu iki kavramı genelde aynı kapsamda değerlendirmektedir. Bkz. **James and Others/The United Kingdom**, § 43; **Gashi/Croatia**, 13.12.2007, Başvuru No 32457/05, § 28. Bu nedenle bu konu çalışmamızda kamu yararı kavramı olarak ele alınacaktır.

kazanmaktadır. Bir başka anlatımla, mülkiyet hakkı sınırlamalarında ulaşılması hedeflenen amacın kamu yararı olup olmadığının nasıl belirleneceği sorusunun cevaplanması gerekir. Mahkeme kararlarında kamu yararını bugüne kadar tanımlamamakla birlikte, kamu yararının *geniş kapsamlı bir kavram* olduğunu dile getirmiştir. Daha da önemlisi Mahkeme bu konunun devletlerin ekonomik ve sosyal politikalarının uygulanmasına ilişkin olması nedeniyle bu alanda geniş bir takdir marjının bulunmasını doğal karşılamaktadır. Dolayısıyla da müdahalenin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı sürece ulusal makamların kamu yararına ilişkin kararına saygı gösterilmesi gerektiğini yerleşik bir içtihat haline getirmiştir.¹⁰⁵⁰ Bu içtihadını da *James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*¹⁰⁵¹ kararından günümüze kadar “*ulusal makamların toplumlarına ve toplumlarının ihtiyaçlarına ilişkin doğrudan bilgiye sahip olmaları nedeniyle, neyin kamu yararı olduğunun tespitinde uluslararası yargıca göre daha iyi konumda olduğu*”¹⁰⁵² gerekçesine dayandırmıştır. Mahkemenin kamu yararının belirlenmesi yetkisini devletlere bırakırken kullandığı ifadeler, takdir marjı doktrinini gerekçelendirirken kullandığı ifadelerle neredeyse bire bir aynıdır. Bu açıdan mülkiyet hakkı sınırlamasında takdir marjı ile kamu yararı tümüyle örtüşmekte ve adeta iki ayrı kavram olmaktan çıkıp, tek bir bütün olmaktadır. *Gemalmaz* bu durumu “mutlak takdir marjı” olarak nitelendirmektedir.¹⁰⁵³ Kamu yararı ile takdir marjının bu denli iç içe

¹⁰⁵⁰ Mahkeme erken dönemde verdiği kararlarındaki bu yaklaşımını aynı ifadelerle çok yakın tarihli kararlarında da devam ettirmektedir. Örneğin 2016 yılında verdiği karar için bkz. **Vukušić/Croatia**, § 57; **James and Others/The United Kingdom**, § 46.

¹⁰⁵¹ **James and Others/The United Kingdom**, 21.02.1986, Başvuru No 8793/79.

¹⁰⁵² **James and Others/The United Kingdom**, § 46; **Gashi/Croatia**, § 30; **Vukušić/Croatia**, § 56.

¹⁰⁵³ Burak GEMALMAZ, 2009, s. 481 vd. Ayrıca Gemalmaz kamu yararının tespitinde kapsamlı bir sınıflandırma yapmıştır. Çalışmamızda bu sınıflandırmadan yararlanılmıştır. Mülkiyet hakkının sınırlanmasındaki kamu yararının tespitinde taraf devletlerin takdir marjının mutlak olduğuna ilişkin benzer görüş için bkz. ABDULLAHZADE, s. 325.

geçmesi nedeniyle, Mahkemenin ileri sürülen amacı kamu yararı kabul etmeyip ihlal bulduğu dava sayısı yok denecek kadar azdır.¹⁰⁵⁴

Mahkemenin kamu yararına yaklaşımının yanında, mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde, taraf devletlerce kamu yararı olarak ileri sürülen konuların çok çeşitli olduğu görülmektedir. Bunların başında ekonomik ve sosyal politikaların gerçekleştirilmesi amacı gelmektedir. Bu kapsamda toplumların konut politikası¹⁰⁵⁵, sosyal güvenlik düzenlemeleri¹⁰⁵⁶, bütçe giderlerinin sağlanması için vergi politikası¹⁰⁵⁷, kiracıların korunması¹⁰⁵⁸, içki tüketiminin azaltılmasına¹⁰⁵⁹ yönelik önlemler ile kültür varlıklarının korunması¹⁰⁶⁰ amacıyla yapılan sınırlamalarda Mahkeme bu gerekçeleri kamu yararı olarak kabul etmiştir. Mülkiyet hakkı sınırlamalarında kamu yararı olarak kabul edilen diğer önemli bir konu da şehir planlamasıdır. Bu kapsamda Mahkeme ulusal

¹⁰⁵⁴ **S.A. Dangeville/France**, 16.04.2002, Başvuru No 36677/97, § 55-58; **Aon Conseil et Courtage S.A. and Christian de Clarens S.A./France**, 25.01.2007, Başvuru No 70160/01, § 46.

¹⁰⁵⁵ **James and Others/The United Kingdom**, § 47.

¹⁰⁵⁶ **Kjartan Asmundsson/Iceland**, 12.10.2004, Başvuru No 60669/00, § 42-45, **Klein/Austria**, 03.03.2011, Başvuru No 57028/00, § 45; **Bélané Nagy/Hungary**, 13.12.2016, Başvuru No 53080/13, § 80; **Čakarević/Croatia**, 26.04.2018, Başvuru No 48921/13, § 77-79.

¹⁰⁵⁷ **S.A. Dangeville/France**, § 55; **Aon Conseil et Courtage S.A. and Christian de Clarens S.A./France**, § 46.

¹⁰⁵⁸ Mahkeme kiracıların korunması için kira sözleşmelerinde kira bedellerinin düşürülmesinin kamu yararına olduğuna ve mülkiyet hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. **Z. and E./Austria (Kabuledilemezlik Kararı)**, 13.10.1986, Başvuru No 10153/82; **Mellacher and Others/Austria**, 19.12.1989, Başvuru No 10522/83, 11011/84, 11070/84, § 45-47; **Scollo/Italy**, 28.09.1995, Başvuru No 19133/91, § 31; **Hutten-Czapska/Poland**, 19.06.2006, Başvuru No 35014/97, § 160.

¹⁰⁵⁹ **Tre Traktörer Aktiebolag/Sweden**, 07.07.1989, Başvuru No 10873/84, § 62.

¹⁰⁶⁰ **Beyeler/Italy**, 05.01.2000, Başvuru No 33202/96, § 112-113; **Kocacioğlu/Turkey**, 19.02.2009, Başvuru No 2334/03, § 52-54.

makamların imar planı düzenlemeleri¹⁰⁶¹ ve kamulaştırma¹⁰⁶² alanlarında dayandıkları kamu yararının belirlenmesinde taraf devletleri oldukça geniş bir takdir marjından yararlandırmaktadır. Ayrıca bir diğer konu olan çevrenin korunması amacıyla yapılacak mülkiyet hakkı sınırlamalarında ileri sürülen kamu yararı gerekçesinin tespitinde de aynı yaklaşımın izlendiği görülmektedir. Bu kapsamda ormanların¹⁰⁶³, kıyıların¹⁰⁶⁴ ve doğal alanların korunması¹⁰⁶⁵, tarım arazilerinin verimliliğinin sürdürülmesi¹⁰⁶⁶ ile toprak reformuna¹⁰⁶⁷ ilişkin düzenlemelerde toplumsal ihtiyaçlara yerel organların daha iyi vakıf olması nedeniyle yine geniş bir takdir marjı tanınmaktadır.

¹⁰⁶¹ **Sporrong and Lönnroth/Sweden**, § 69.

¹⁰⁶² **Platakou/Greece**, 11.01.2001, Başvuru No 38460/97, § 55; **Broniowski/Poland**, 22.06.2004, Başvuru No 31443/96, § 149; **James and Others/The United Kingdom**, § 46; **The Former King of Greece and Others/Greece**, 23.11.2000, Başvuru No 25701/94, § 87.

¹⁰⁶³ **Kayacı and Others Turkey**, 04.10.2011, Başvuru No 41485/05, § 18-19; **Papastavrou and Others/Greece**, 10.04.2003, Başvuru No 46372/99, § 36-37; **Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others/Greece**, 13.07.2006, Başvuru No 35859/02, § 37-39; **Lazaridi/Greece**, 13.07.2006, Başvuru No 31282/04, § 34; **Ansay/Turkey**(Kabuledilemezlik Kararı),02.03.2006, Başvuru No 49908/99. Türkiye aleyhine yapılan başvurular genellikle özel mülkiyetteki taşınmazların, ormanların korunması amacıyla tapuda orman arazisi olarak kayıt edilmesinden kaynaklanmıştır. Mahkeme burada ormanların korunması amacının kamu yararına olduğunu kabul etmekle birlikte, mülkiyet sahiplerine herhangi bir tazminat ödenmemesini orantısız bulduğu için mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir.

¹⁰⁶⁴ **N.A. and Others/Turkey**, 11.10.2005, Başvuru No 37451/97, § 40; **Depalle/France**, 29.03.2010, Başvuru No 34044/02, § 81-84; **Brosset-Triboulet and Others/France**, 29.03.2010, Başvuru No 34078/02, § 83-86; **Matczyński/Poland**, 15.12.2015, Başvuru No 32794/07, § 101-102.

¹⁰⁶⁵ **Matos e Silva, LDA., and Others/Portugal**, 16.09.1996, Başvuru No 15777/89, § 88.

¹⁰⁶⁶ **Håkansson and Stureson/Sweden**, 21.02.1990, Başvuru No 11855/85, § 48-50.

¹⁰⁶⁷ **Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao and Others/Portugal**, 11.01.2000, Başvuru No 29813/96 30229/96, § 53.

Mahkeme bu belirtilen amaçlarla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalara ilişkin başvurularda müdahalenin kamu yararıyla yapıldığını istisnasız kabul etmektedir. Bu durumda da kamu yararının tespitinde taraf devletlere mutlak bir takdir marjı tanımaktadır. Dolayısıyla Mahkeme kararlarında sınırlamanın kamu yararına olduğunu tespit ettikten sonra, kullanılan araçların amaçla orantılı olup olmadığı yönünde bir inceleme yapmaktadır. Eğer ulusal makamlar kamu yararı ile bireysel menfaatler arasında denge unsurunu gözetmiş ve keyfi bir uygulama yapmamışlarsa, kendilerine tanınan takdir marjını aşmadıklarına ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermektedir. Sonuç olarak kamu yararının tespitiyle özdeşleşen takdir marjı, sınırlamanın orantılı ve açıkça dayanaktan yoksun olup olmadığının değerlendirmesinde daralmaktadır.

2. Mülkiyet Hakkındaki Geniş Takdir Marjını Sınırlayan Adil Denge Ölçütü ve Tazminat Ödeme Yükümlülüğü

Yukarıda da açıklandığı gibi, 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinde mülkiyet hakkının korunması oldukça zayıf bir şekilde düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 8.-11. maddelerinin sınırlama rejiminde daha önce de belirtildiği üzere, müdahaleler ancak bu maddelerin 2. fıkrasında öngörülen amaçlara dayanılarak, orantılı bir şekilde ve demokratik toplumun gerekliliklerine uygun bir şekilde yapılabilir. Mülkiyet hakkının sınırlanmasında ise müdahalelerde aranan ölçüt yalnızca kamu yararına uygun olma koşuludur. Bu açıdan mülkiyet hakkı ile diğer sözleşmesel hakların korunması arasında bir hiyerarşinin yaratıldığı¹⁰⁶⁸ açıkça görülmektedir. Mahkeme erken dönem içtihatlarında bu yaklaşımı sergilemiş ve mülkiyet hakkı sınırlamalarında taraf devletlerin takdir marjına saygı göstererek etkisiz bir rol üstlenmiştir. Bununla birlikte her ne kadar pozitif düzenlemede

¹⁰⁶⁸ Benzer görüş için bkz. Burak GEMALMAZ, 2009, s. 618.

yer almasa da, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için Mahkeme *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*¹⁰⁶⁹ kararında içtihadi olarak, amaçlanan kamu yararı ile kişilere yüklenen külfet arasında “*adil bir dengenin*” bulunması gerektiğine hükmetmeye başlamıştır. Mahkemenin de ifade ettiği gibi “*Sözleşme'nin bütününe içkin olan denge arayışı 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesine de yansımaktadır.*”¹⁰⁷⁰ Aslında adil denge kavramıyla ifade edilmek istenen Sözleşme'nin yorumunda kullanılan temel ilkelerden biri olan “*orantılılık*”tır. Mahkeme mülkiyet hakkına ilişkin kararlarında “*orantılılık*” yerine, genellikle “*adil denge*” kavramını kullanmaktadır. Ayrıca bu kullanım farkının yanında, mülkiyet hakkına ilişkin başvurularda yapılan orantılılık denetiminin yapısı da farklılık göstermektedir. Şöyle ki, diğer Sözleşmesel haklara nazaran daha esnek bir orantılılık denetimi yapıldığı görülmektedir. Normal koşullardaki orantılılık denetiminde hakkın sınırlanmasında tercih edilen yöntemin zorunlu olması yani aynı amaca ulaşmayı sağlayacak daha hafif sonuçlar doğuracak alternatif bir yolun olmaması gerekir. Ancak bu durumda orantılılık testinden başarı ile çıkılabilir. Fakat mülkiyet hakkı ile ilgili sınırlamalarda ise Mahkeme seçilen aracın hedeflenen amaca ulaşmak için en uygun yol olup olmadığının değerlendirmesini yapmamakta; bu değerlendirmeyi taraf devletlerin takdir marjına bırakmaktadır.¹⁰⁷¹ Yani diğer alternatif çözümlerin bulunması tek başına müdahaleyi Sözleşme'ye aykırı kılmamaktadır. Mahkeme ayrıca kullanılan aracın ya da sınırlamanın açıkça dayanaktan yoksun ve keyfi

¹⁰⁶⁹ *Sporrong and Lönnroth/Sweden*, § 69; *James and Others/The United Kingdom*, § 50.

¹⁰⁷⁰ *Sporrong and Lönnroth/Sweden*, § 69; benzer yödeki karar için bkz. *AGOSI/The United Kingdom*, 24.10.1986, Başvuru No 9118/80, § 52; *Scordino/Italy*, 29.03.2006, Başvuru No 36813/97, § 93.

¹⁰⁷¹ *James and Others/The United Kingdom*, § 51; *AGOSI/The United Kingdom*, § 52; *Tre Traktörer Aktiebolag/Sweden*, § 62; *Bäck/Finland*, 20.07.2004, Başvuru No 37598/97, § 54

olup olmadığını denetlemektedir.¹⁰⁷² Ancak bu durumda taraf devletler kendilerine tanınan takdir marjını aşmış ve mülkiyet hakkını ihlal etmiş olacaktır. *Arai-Takahashi* buradaki devletlerin takdir marjını, “*hem sınırlama aracının seçiminde hem de sınırlamanın etkilerinin değerlendirilmesinde rol oynadığı*”¹⁰⁷³ şeklinde ifade etmektedir.

Her ne kadar katı bir orantılılık denetimi niteliğinde olmasa da, en azından mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın sadece kamu yararına uygunluğu yeterli görülmemekte, adil dengenin de gözetilmiş olması gerekmektedir. Bu durumda ise kamu yararının tespitinde taraf devletlere mutlak şekilde tanınan takdir marjına bir sınır getirilmiş olmaktadır. Çünkü kamu yararı amacıyla yapılmış olsa bile sınırlama adil denge koşulunu sağlamıyorsa ihlal kararı verilecektir.

Adil dengenin sağlanması açısından yapılan denetimde müdahalede kullanılan araçların keyfiliği ile açıkça dayanaktan yoksunluğun değerlendirmesinin yanı sıra kişilere yüklenen külfetlerin karşılığında makul bir tazminat ödenip ödenmediği de incelenmektedir. Tıpkı adil denge ölçütü gibi tazminat ödeme koşulu¹⁰⁷⁴ da Sözleşme’de açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Mahkeme mülkiyet hakkına yapılan müdahalede istisnai

¹⁰⁷² **Mellacher and Others/Austria**, § 45, 47; **Smits, Kleyn, Mettler Toledo B.V. ET AL., Raymakers, Vereniging Landelijk Overleg Betuweroute and Van Helden/The Netherlands (Kabuledilemezlik Kararı)**, 03.05.2001, Başvuru No 39032/97 39343/98 39651/98 43147/98 46664/99 61707/00; **King of Greece and Others/Greece**, 23.11.2000, Başvuru No 25701/94, § 87.

¹⁰⁷³ ARAI-TAKAHASHI, s. 156-157; benzer görüş için bkz. Burak GEMALMAZ, 2009, s. 525

¹⁰⁷⁴ Tazminat koşulunun 1 Nolu Protokol’de düzenlenmemiş olmasına rağmen, öğretide mülkiyet hakkı korumasının anlamlı hale gelebilmesi için en azından ilkesel olarak olsa da tazminat isteme hakkını bünyesinde barındırdığı haklı olarak ifade edilmiştir. FROWEIN, s. 523-524; Burak GEMALMAZ, 2009, s. 534-535; ABDULLAHZADE, s. 326.

durumlar dışında¹⁰⁷⁵ taraf devletlerin tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunduğunu *James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*¹⁰⁷⁶ ile *Lithgow/Birleşik Krallık*¹⁰⁷⁷ kararıyla yerleşik içtihat haline getirmiştir. Mülkiyet hakkının parasal bir karşılığının olması nedeniyle yapılan sınırlamaların tazminatla dengelenmesi diğer Sözleşmesel haklara nazaran daha kolaydır. Burada ise ödenen tazminatın miktarının ne olacağı sorunu gündeme gelmektedir. Normalde tazminat miktarının mülkiyete konu malın piyasa değeri olması beklenen bir durumdur. Ancak 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca yapılacak sınırlamalar kamu yararı ve genelde toplumsal sosyal ve ekonomik adaletin sağlanması amacıyla yapıldığı için verilecek tazminat da malın piyasa değerinin altında olabilecektir. Yani bu hüküm her zaman tam tazminat hakkını garanti altına almamaktadır.¹⁰⁷⁸ Dolayısıyla tazminat miktarının belirlenmesinde ulusal makamların takdir marjı genişlemektedir. Mahkeme de bu konudaki başvurularda ulusal makamlarca yapılan kıymet takdirini esas almakta ve piyasa değerinden daha az bir tazminat ödenmesini devletin takdir marjı kapsamında değerlendirmektedir.¹⁰⁷⁹ Mahkemenin takdir edilen tazminatın düşük olması nedeniyle ihlale hükmettiği kararlarında aradığı koşullar, taraf

¹⁰⁷⁵ Mahkeme kararlarında bu istisnai durumları devletlerin monarşiden demokratik bir rejime geçmesi, ekonomik ve hukuki sistemlerinde reforma gidilmesi olarak örneklemiştir. Bu durumlarda istisnaen mülkiyet karşılığında tazminat ödenmemesi ya da ödenen tazminatın makul olmamasının da anlaşılabilir olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **King of Greece and Others/Greece**, § 87; **Scordino/Italy**, § 97-98; **Broniowski/Poland**, 22.06.2004, Başvuru No 31443/96, § 183.

¹⁰⁷⁶ **James and Others/The United Kingdom**, § 54.

¹⁰⁷⁷ **Lithgow/The United Kingdom**, § 121.

¹⁰⁷⁸ **James and Others/The United Kingdom**, § 54; **Lithgow/The United Kingdom**, § 121; **Scordino/Italy**, § 95; **Broniowski/Poland**, § 182.

¹⁰⁷⁹ **Airi Aarniosalo and Others/Finland(Kabuledilemezlik Kararı)**, 05.07.2005, Başvuru No 39737/98; **Kukkola/Finland(Kısmi Kabuledilemezlik)**, 30.11.2004, Başvuru No 26890/95; **Mintoff and Others/Malta(Kabuledilemezlik Kararı)**, 26.06.2007, Başvuru No 4566/07.

devletin keyfi bir uygulaması ve tazminat miktarı ile piyasa değeri arasında fahiş bir farkın olmasıdır¹⁰⁸⁰. Çünkü bu durumda mülkiyet sahibine aşırı bir külfet yüklenmiş olmakta ve adil denge bozulmaktadır.

Adil dengenin sağlanması açısından sınırlama araçlarının seçiminde aranan keyfilik ve açıkça dayanaktan yoksunluk ile tazminat ödenmesinde piyasa değerinin altında değer tespitinin Sözleşme'ye aykırı olabilmesi için yine keyfilik ve aşırı değer farkının bulunma gerekliliği taraf devletlerin takdir marjını oldukça genişletmektedir. Bu değerlendirmeleri yaparken taraf devletin neredeyse dilediği gibi hareket edebilmesi mümkün olmakta ve Mahkeme de buna saygı göstermekle yetinmektedir. Mülkiyet hakkının sınırlanmasında dayanılan kamu yararının tespitinde mutlak takdir marjından yararlanan ulusal makamlar, müdahale araçlarının tercihi ve tazminat ödemede de mutlak olmasa da oldukça kuvvetli ve geniş bir takdir marjına sahip olmaktadır.

3. Devletlerin Mülkiyet Hakkının Kullanımını Kontrol Yetkisinde Takdir Marjı

1 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinin 2. fıkrasına göre “1. fıkra hükmü devletlerin genel yarara uygun olarak mülkiyet hakkını düzenlemesine ya da vergilerin, diğer katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama hakkına engel değildir.” Bu düzenleme iki tür müdahaleyi içermektedir. İlki genel olarak mülkiyet hakkının düzenlenmesi ki; Mahkeme genellikle bunu kişilere “yapma ya da yapmama edimi” getiren¹⁰⁸¹ sınırlamalar olarak değerlendirmektedir. Bu

¹⁰⁸⁰ **Platakou/Greece**, 11.01.2001, Başvuru No 38460/97, § 55-57; **Scordino/Italy**, § 99-100; **Lallement/France**, 11.04.2002, Başvuru No 46044/99, § 24.

¹⁰⁸¹ BOYAR, “Mülkiyet Hakkı”, s. 524.

sınırlamalara, imar planlarındaki yapı yasağı¹⁰⁸², müsadere ve el koyma¹⁰⁸³, idari irtifak, şerefiye ve değerlenme resmi, ithalat/ihracat yasakları¹⁰⁸⁴, kira bedellerinin denetimi¹⁰⁸⁵, işyeri ruhsatları¹⁰⁸⁶ ile avlanma izni¹⁰⁸⁷ örnek olarak gösterilebilir. İkinci müdahale türü ise devletlerin vergi politikalarına ve para cezalarına ilişkin olarak getirdiği yükümlülüklerdir.

Madde metni lafzî olarak yorumlandığında, ulusal makamların mülkiyet hakkının kullanımını düzenleme veya vergi ve benzeri yükümlülükler getirme konusunda genel yarara uygun olma koşulu dışında herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı anlaşılabilir. Bu durumda ise kamu yararının tespiti bahsinde belirtildiği üzere kamu yararı veya genel yararın ne olması gerektiği hususunda Mahkemenin yerleşik içtihadına göre devletlerin mutlak bir takdir marjı bulunmaktadır. Bu açıdan 2. fıkra hükmü lafzî olarak mülkiyet hakkının düzenlenmesinde taraf devletlere 1. fıkradan daha da geniş hatta mutlak bir takdir marjı tanımaktadır. Ancak Mahkeme içtihatları incelendiğinde 2. fıkranın mülkiyet hakkının genel ilkeleri ışığında yorumlanması gerektiğine hükmettiği görülmektedir. Bu durumda mülkiyet hakkının kullanımının düzenlenmesinde hedeflenen amaçla kullanılan müdahale araçları arasında adil dengenin bulunması gerekmektedir.¹⁰⁸⁸ Yani 2. fıkra

¹⁰⁸² **Allan Jacobsson/Sweden (No. 1)**, 25.10.1989, Başvuru No 10842/84, § 56-58.

¹⁰⁸³ **Handyside/The United Kingdom**, § 62; **Yıldırım/Italy(Kabuledilemezlik Kararı)**, 10.04.2003, Başvuru No 38602/02; **AGOSI/The United Kingdom**, § 52.

¹⁰⁸⁴ **AGOSI/The United Kingdom**, § 52.

¹⁰⁸⁵ **Mellacher and Others/Austria**, § 45-47; **Hutten-Czapska/Poland**, § 160-161.

¹⁰⁸⁶ **Tre Traktörer Aktiebolag/Sweden**, § 56-58; **Megadat.com Srl/Moldova**, 08.04.2008, Başvuru No 21151/04, § 65.

¹⁰⁸⁷ **Posti and Rahko/Finland**, 24.09.2002, Başvuru No 27824/95, § 72; **Herrmann/Germany**, 26.06.2012, Başvuru No 9300/07, § 73; **Chassagnou and Others/France**, § 74.

¹⁰⁸⁸ **AGOSI/The United Kingdom**, § 52; **Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/The The Netherlands**, § 62.

açısından da Mahkeme adil denge denetimi yapmaktadır. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi Mahkeme araçların seçiminde ve etkilerinin değerlendirilmesinde katı bir orantılılık testi uygulamamakta ve bu konuları taraf devletlerin takdir marjına bırakmaktadır. Ayrıca adil denge denetiminin bir diğer unsuru olan tazminat ödeme yükümlülüğü açısından da 2. fıkrada daha esnek davranmaktadır. Önceki başlıkta da ifade edildiği üzere, mülkiyetten yoksun bırakma durumunda, istisnalar dışında belli bir miktarda tazminat ödenmesini zorunlu görmektedir. Ancak 2. fıkra açısından bir tazminat ödenmesi zorunluluğunu her zaman aramamaktadır.¹⁰⁸⁹ 2. fıkra kapsamında takdir marjının aşılmış olduğuna ve mülkiyet hakkının ihlaline karar verilebilmesi için müdahalenin açıkça dayanaktan yoksun ve keyfi olması ile kişiye aşırı külfet yüklemesi gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkının korumasındaki zayıflık sorunu burada daha da belirgin hissedilmektedir.

2. fıkranın bir diğer özelliği de vergi ve para cezalarına ilişkin sınırlamalarla ilgili olmasıdır. Vergi ödeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler, başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklere getirilen müdahalelerdir.¹⁰⁹⁰ Devletlerin verdilendirme yetkisinin dayanağı ise sahip olduğu egemenlik gücüdür.¹⁰⁹¹ Ayrıca devletin vergi koymasının bir diğer gerekçesi de devletin sunmakla yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin

¹⁰⁸⁹ Burak GEMALMAZ, “Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ’nin Macaristan ’a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 88, Sayı: 2, 2014, s. 134.

¹⁰⁹⁰ Funda Başaran YAVAŞLAR, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, içinde **Hukuk Güvenliği**, Haz. Ece GÖZTEPE, Kamu Hukukçuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 227, 8-9 Kasım 2013, Ankara, s. 200.

¹⁰⁹¹ Nami ÇAĞAN, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s. 3-4; Burak GEMALMAZ, 2014, s. 129.

finanse edilmesidir.¹⁰⁹² Vergilendirmenin doğrudan egemenliğin bir yansıması olması Mahkemenin bu konudaki denetimini de oldukça etkilemiştir. Mahkeme özellikle egemenliğe ilişkin konularda ikincil rolünü ön plana çıkarmakta ve vergilendirme konusunda asıl yetki sahibi olarak devleti görmektedir¹⁰⁹³. Bu açıdan Mahkemenin vergi konusunda yapılan başvurularda yakın tarihlere kadar pasif bir rol üstlendiği gözlemlenmektedir.¹⁰⁹⁴

Mahkeme vergi uyuşmazlıklarına ilişkin başvurulardaki denetiminde de meşru amaç açısından taraf devletlerin dayandığı kamu yararı veya genel yararın tespiti konusunda genellikle sorgulamaya gitmemekte ve mutlak derecede bir takdir marjı tanımaktadır.¹⁰⁹⁵ Dolayısıyla incelemesini adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı noktasında yoğunlaştırmaktadır. Bu kapsamda ise amaca ulaşmak için kullanılan araçlar ile kişilere yüklenen külfet arasında makul bir dengenin olması gerekmektedir. Devletlerin vergi ödenmesini güvence altına almak için kullanacağı araçların tercihi konusunda geniş bir

¹⁰⁹² ÇAĞAN, s. 4; Salih TURAN, **Vergi Teorisi**, Elektronik Ofset, İstanbul, 1979, s. 18-19; Burak GEMALMAZ, 2009, s. 503.

¹⁰⁹³ **WASA Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse, a group of approximately 15000 individuals/Sweden (Kabuledilemezlik Kararı)**, 14.12.1988, Başvuru No 13013/8; **Svenska Managementgruppen AB/Sweden(Kabuledilemezlik Kararı)**, 01.12.1985, Başvuru No 11036/84, s. 222.

¹⁰⁹⁴ **Lindsay/The United Kingdom(Kabuledilemezlik Kararı)**, 11.11.1986, Başvuru No 11089/84.

¹⁰⁹⁵ **Svenska Managementgruppen AB/Sweden(Kabuledilemezlik Kararı)**, s. 222; **A., B., C. And D./The United Kingdom(Kabuledilemezlik Kararı)**, 10.03.1981, Başvuru No 8531/79, s. 209; **Travers and Others/Italy (Kısmi Kabuledilemezlik Kararı)**, 16.01.1995, Başvuru No 15117/89, s. 11; **WASA Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse, a group of approximately 15000 individuals/Sweden (Kabuledilemezlik Kararı); Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH/The The Netherlands, § 60.**

takdir marjı bulunmaktadır.¹⁰⁹⁶ Mülkiyet hakkının diğer sınırlama türlerinde olduğu gibi vergilendirme konusunda da orantılılık testi esnek bir şekilde uygulanmaktadır. Adil dengenin bozulduğuna karar verilebilmesi için vergi yükümlülüğünün kişiye aşırı bir yük getirmesi ve kişinin mali durumunu çok kötü etkilemesi gerekliliği aranmaktadır.¹⁰⁹⁷ Dolayısıyla vergi düzenlemeleri ve uygulamalarında taraf devletlerin takdir marjı son derece genişlemekte ve kişiler vergilendirmeler karşısında ancak çok zayıf bir korumadan yararlanabilmektedir.

Bununla birlikte günümüzde yaşanan devlet yönetim anlayışındaki değişimin de etkisiyle¹⁰⁹⁸ Mahkeme vergi uyuşmazlıklarındaki yaklaşımını değiştirmeye ve bu konuda taraf devletlere tanıdığı oldukça geniş takdir marjını daraltmaya başlamıştır. Yakın bir tarihte verdiği *N.K.M./Macaristan*¹⁰⁹⁹ kararı vergilendirme konusunda neredeyse münhasır bir şekilde devletin yetkili olması anlayışındaki değişimi açıkça göstermiştir ve mülkiyet hakkının korunması açısından da umut vericidir. Karara konu olayda, memur olarak çalışan başvuru işten çıkartılmış ve ulusal mevzuat uyarınca hak kazandığı kıdem tazminatına % 98 oranında vergi uygulanmıştır.¹¹⁰⁰ Mahkeme önüne gelen

¹⁰⁹⁶ **Kiraly/Austria (Kabuledilemezlik Kararı)**, 09.12.1991, Başvuru No 15306/89; **Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH/The The Netherlands**, § 65-67; Bu kararlarda vergi borcu nedeniyle mülkiyete el koyma tedbirine başvurulmuştur. Mahkeme vergi borçlularının yükümlülüklerinin yerine getirmesini sağlamak için başvuru yolun orantısız olmadığına karar vermiştir. Vergilendirme konusunda benzer kararlar için bkz. **M.A. and 34 Others v. Finland (Kabuledilemezlik Kararı)**, 10.06.2003, Başvuru No 27793/95; **Imbert de Trémiolles v. France(Kabuledilemezlik Kararı)**, 04.01.2008, Başvuru No 25834/05 and 27815/05;

¹⁰⁹⁷ **Svenska Managementgruppen AB/Sweden(Kabuledilemezlik Kararı)**, s. 223; **Travers and Others/Italy (Kısmi Kabuledilemezlik Kararı)**, s.13.

¹⁰⁹⁸ Benzer görüş için bkz. Burak GEMALMAZ, 2014, s. 130.

¹⁰⁹⁹ **N.K.M./Hungary**, 14.05.2013, Başvuru No 66529/11.

¹¹⁰⁰ **N.K.M./Hungary**, § 5-7.

başvuruda kıdem tazminatını mülkiyet kapsamında değerlendirmiş ve çalışanlar açısından önemli bir mali değer olduğunu vurgulamıştır.¹¹⁰¹ Kamu yararının tespiti konusundaki yerleşik içtihatını bu davada da sürdüren Mahkeme, kamu yararının geniş bir kavram olduğunu ve toplumsal ihtiyaçlar konusunda ulusal makamların doğrudan bilgi sahibi olması ve uluslararası yargıçlardan daha iyi bir konumda bulunmaları nedeniyle kamu yararının belirlenmesinde devletlerin geniş bir takdir marjının olduğunu yinelemiştir.¹¹⁰² Ardından orantılılık testi denetimine geçen Mahkeme vergi hukuku alanında sınırlama araçlarının seçimi ve sınırlamanın sonuçlarının değerlendirmesi konusunda devletlerin çok geniş bir takdir marjına sahip olduğunu ifade etmiş ve başvuru özelinde bu durumu değerlendirmiştir. Adil denge açısından yaptığı incelemede Mahkeme taraf devletlerin vergi alanındaki takdir marjı dikkate alındığında, vergi oranının yüksek olmasının adil denge açısından tek başına belirleyici olmadığını ifade etmiştir.¹¹⁰³ Buna karşın mevcut başvuruda kıdem tazminatına bu kadar yüksek bir oranda vergi uygulanmasını, bu verginin toplumun tamamından alınmamasını ve bu düzenlemenin yürürlüğe konulmasında bir geçiş dönemi öngörülmemesini orantısız bulmuş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁰⁴ Mahkemenin bu kararında dikkat çeken bir diğer husus da adil denge denetiminde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na atıfta bulunarak karşılaştırmalı bir analize girişmiş olmasıdır.¹¹⁰⁵ Bu

¹¹⁰¹ **N.K.M./Hungary**, § 37-39.

¹¹⁰² **N.K.M./Hungary**, § 55.

¹¹⁰³ **N.K.M./Hungary**, § 67.

¹¹⁰⁴ **N.K.M./Hungary**, § 68-76.

¹¹⁰⁵ **N.K.M./Hungary**, § 70. Mahkeme Avrupa Birliği hukuku ile karşılaştırmalı değerlendirmeyi **Dangeville/France** kararında da yapmıştı. Ancak bu yerleşik içtihadını değiştirmemiş ve bu kararlar benzer konuda olan **EEG-Slachthuis Verbist/Belgium** pasif yaklaşımını devam ettirmiştir. **Dangeville/France**, 16.04.2002, Başvuru No 36667/97, § 55-58; **EEG-Slachthuis Verbist/Belgium(Kabuledilemezlik Kararı)**, 10.11.2005, Başvuru No 60559/00.

durumda Avrupa devletleri arasında uygulama birliği oluşması halinde yerleşik bir Avrupa konsensusundan bahsedilebilecek ve taraf devletlerin vergilendirme konusundaki geniş takdir marjı adil denge denetimi açısından daralacaktır. Bu başvuruyla aynı yıl içinde verdiği *Gall/Macaristan*¹¹⁰⁶ ve *R.Sz./Macaristan*¹¹⁰⁷ kararlarında da orantılılık denetiminde Avrupa Birliği ve diğer devlet hukuklarıyla karşılatırmalı bir inceleme yapmıştır.¹¹⁰⁸ Bu açıdan Mahkemenin vergilendirme alanında adil denge denetiminde aşırı mali külfet yüklenmesi durumunda mülkiyet hakkının ihlaline karar vereceği ve pasif rolünden sıyrılarak daha aktif bir yargılama yapacağı sonucu çıkarılabilir. Böylece taraf devletler vergi düzenlemelerinde takdir marjına güvenerek aşırlıklara gidemeyecektir.

4. Orta ve Doğu Avrupa'daki zel Durumlarda Mülkiyet Hakkına İlişkin Takdir Marjı

Mülkiyet hakkının sınırlanmasında ayrıca ele alınması gereken bir diğer konu radikal bir şekilde siyasal ve ekonomik rejim değişikliği yaşayan devletlerde ortaya çıkan mülkiyet uyuşmazlıklarıdır. Orta ve Doğu Avrupa'daki¹¹⁰⁹ sosyalist devletler özel mülkiyeti büyük lde sınırlandırmış ve geniş çaplı kamulaştırmalar yapmıştır. Bu devletlerin rejim değişikliği sonrasında eski malikler tarafından Mahkemeye mülkiyet

¹¹⁰⁶ *Gall/Hungary*, 25.06.2013, Başvuru No 49570/11.

¹¹⁰⁷ *R.Sz./Hungary*, 02.07.2013, Başvuru No 41838/11.

¹¹⁰⁸ *Gall/Hungary*, ř 64; *R.Sz./Hungary*, ř 54. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Burak GEMALMAZ, 2014, s. 142.

¹¹⁰⁹ Bu konuda bkz. KIRCHNER-GELER NOCH, s. 23-27; GRGIĆ-MATAGA-LONGAR-VILFAN, s. 33-37; BOYAR, "Mülkiyet Hakkı", 512-513; Burak GEMALMAZ, 2009, s. 488;

hakkı ihlali iddiasıyla çok sayıda başvuru yapılmıştır.¹¹¹⁰ Ayrıca Almanya'nın birleşmesinin ardından da Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin mülkiyet hakkına ilişkin uygulamaları da dava konusu edilmiştir.¹¹¹¹

Mahkeme bu tür köklü rejim değişikliklerinde mülkiyet hakkıyla ilgili taraf devletlerin yaptığı düzenleme ve uygulamalar açısından taraf devletlerin zaten geniş olan takdir marjını daha da genişletmektedir. Mahkeme kararlarında bu durumların istisnai olduğunu ifade etmekte ve mülkiyet hakkı sınırlamalarında da bu yönde istisnalar kabul etmektedir.¹¹¹² Olağan dönemlerde mülkiyete yapılan müdahalelerdeki kamu yararının belirlenmesinde taraf devletlerin mutlak takdir marjından yararlandığı daha önce belirtilmişti. Bu açıdan radikal rejim değişikliği durumunda kamu yararının belirlenmesinde de bu mutlaklığın olması şaşırtıcı değildir. Mahkeme takdir marjının en geniş haliyle sistem değişikliğinde uygulanacağını belirtmiştir.¹¹¹³ Çünkü demokratik bir rejimin tesis edilmesinde devletlerin bir takım önlemler alması kaçınılmazdır. Bu açıdan devletler Sözleşme ve Ek Protokollerini onaylamadan önce mülkiyetten yoksun bırakılan eski maliklerin mülkiyet haklarının tazminini belli şartlara bağlayabilir. Bu koşulların

¹¹¹⁰ **Pincova and Pinc/ The Czech Republic**, 05.11.2002, Başvuru No 36548/97; **Zvolsky and Zvolska/The Czech Republic**, 12.11.2002, Başvuru No 46129/99; **Kopecky/Slovakia**, 28.09.2004, Başvuru No 44912/98; **Jantner/Slovakia**, 04.03.2003, Başvuru No 39050/97; **Broniowski/Poland**, 22.06.2004, Başvuru No 31443/96; **Gratzinger and Gratzingerova/The Czech Republic (Kabuledilemezlik Kararı)**, 10.07.2002, Başvuru No 39794/98.

¹¹¹¹ **Teuschler v. Germany (Kabuledilemezlik Kararı)**, 04.10.2001, Başvuru No 47636/99; **Wittek/Germany**, 12.12.2002, Başvuru No 37290/97; **Jahn and Others/Germany**, 30.06.2005, Başvuru No 46720/99 72203/01 72552/01; **Forrer-Niedenthal/Germany**, 20.02.2003, Başvuru No 47316/99.

¹¹¹² **Zvolsky and Zvolska/The Czech Republic**, § 70, 72; **Wittek/Germany**, § 61; **Jahn and Others/Germany**, § 94; **Broniowski/Poland**, § 162, 176.

¹¹¹³ **Zvolsky and Zvolska/The Czech Republic**, § 67; **The Former King of Greece and Others/Greece**, § 87.

belirlenmesinde ise devletler herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir.¹¹¹⁴ Ayrıca devletler sistem değişikliği sonrasında talepte bulunacak eski malikler açısından sınıflandırmaya gidip bunların bir kısmını dışarda bırakabilmektedir.¹¹¹⁵ Mahkeme bu tür davalarda da asıl denetimi orantılılık ve adil dengenin sağlanması açısından yapmaktadır. Bu noktada ise mülkiyet hakkından yoksun bırakma halinde ödenmesi gereken tazminat açısından rejim değişikliği nedeniyle, tazminat ödeme yükümlülüğü katı bir şekilde uygulanmamaktadır. İstisnai durumlarda tazminat ödenmemesi 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesini ihlal etmemektedir.¹¹¹⁶ Dolayısıyla Mahkeme adil denge denetimindeki esas unsurlardan biri olan tazminat açısından da taraf devletlerin geniş takdir marjına saygı göstermektedir.

¹¹¹⁴ **Jantner/Slovakia**, § 34.

¹¹¹⁵ **Gratzinger and Gratzingerova/The Czech Republic(Kabuledilemezlik Kararı)**, § 72. Bu başvuruya konu düzenlemede vatandaş olmayan eski malikler tazminat istenme hakkı açısından kapsam dışı bırakılmıştır.

¹¹¹⁶ **The Holy Monasteries/Greece**, 09.12.1994, Başvuru No 13092/87 13984/88; § 71; **Jahn and Others/Germany**, § 94; **The former King of Greece and Others/Greece**, § 89; **Zvolsky and Zvolska/The Czech Republic**, § 70.

XII. SERBEST SEÇİM HAKKI (1 NOLU PROTOKOL 3. MADDE)

A. Serbest Seçim Hakkının Genel Olarak AİHS'deki Düzenlemesi

“Serbest seçim hakkı”¹¹¹⁷ AİHS’in temel hedeflerinden biri olan demokratik toplum düzeninin sağlanmasının öncelikli koşullarındandır. Demokrasinin vazgeçilmezliği Sözleşme’nin başlangıç kısmından itibaren ifade edilmiş ve Sözleşme’nin tamamına nüfuz etmiştir. *Bowring’in* de ifade ettiği gibi Avrupa Konseyi’nin üzerine inşa edildiği

¹¹¹⁷ Serbest seçim hakkına ilişkin bilgi için yararlanılabilecek kaynaklar bkz. Tolga ŞİRİN, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 17, S. 1-2, 2011, S. 284-348 (bundan sonraki atıflarda “Serbest Seçim Hakkı” olarak kullanılacaktır); Mustafa KOÇAK, “Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 23, 2006, s. 116-132; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 735-759; Olgun AKBULUT, “Serbest Seçim Hakkı”, Olgun AKBULUT, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 543-555; Sevtap YOKUŞ, “Türkiye’de %10 Seçim Barajına İlişkin Hukuksal ve Siyasal Tartışmalar”, **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, S. 11, 2007; Yusuf Şevki HAKYEMEZ, “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Açısından Seçim Barajı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı”, **EÜHFD**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 17-37; Murat SEVİNÇ “Seçim Barajı Tartışması ve Olası Seçenekler”, **Mülkiye Dergisi**, 38 (4), 2014, s. 159-166; Yavuz SABUNCU, “Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları”, **Anayasa Yargısı**, C. 23, 2006, s. 191-197; Sergey GOLUBOK, “Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection?”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 27/3, 2009, s. 361–390; Hans-Martien ten NAPEL, “The European Court of Human Rights and Political Rights: The Need for More Guidance”, **European Constitutional Law Review**, Vol. 5, 2009, s. 464-480; Ricardo ZIMBRON, “The Unappreciated Margin: Turkish Electoral Politics Before the European Court of Human Rights”, **Harvard International Law Journal Online**, Vol. 49, 2007, s. 10-20; Bill BOWRING, “Negating Pluralist Democracy: The European Court Of Human Rights Forgets the Rights of the Electors”, **Kurdish Human Right Project Legal Review**, Vol. 11, 2007, s. 67-96.

üç sütundan biri çoğulcu demokrasidir.¹¹¹⁸ Mahkeme kararlarında da demokrasinin Sözleşme sistemi ve Avrupa kamu düzeninin kurucu unsuru olduğunu, temel hak ve özgürlüklerin en iyi şekilde ancak etkili siyasal demokrasi ile sağlanacağını açıkça ve defalarca dile getirilmiştir.¹¹¹⁹

Demokrasinin ve onun hayata geçirilmesinde olmazsa olmaz unsur olan serbest seçim hakkının Konsey ve Sözleşme sistemindeki bu denli önemine karşın, pozitif düzenleme açısından taraf devletler Sözleşme'nin hazırlık aşamasında¹¹²⁰ serbest seçim hakkına ilişkin düzenleme üzerinde ortak bir anlaşmaya varamamışlardır. Bu nedenle serbest seçim hakkı tıpkı mülkiyet hakkı gibi 1 Nolu Ek Protokol'de yer alabilmiştir. Ek Protokol'ün 3. maddesindeki düzenleme ise şu şekildedir:

“Yüksek Sözleşmeci Taraflar yasama organının seçimi için, halkın kendi görüşlerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda, makul aralıklarla ve gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt eder.”

Bu metinde ilk dikkat çeken husus hakkın düzenlenme şeklidir. Her ne kadar madde başlığında “*hak*” kelimesi kullanılmışsa da, diğer maddelerde yer alan haklarla karşılaştırıldığında, Sözleşme'nin genel yapısındaki ifade diline hakim olan “*herkes ...hakka sahiptir*” ya da “*hiç kimse...tabii tutulamaz*” ifadeleri yerine taraf devletleri muhatap olarak “*taahhüt eder*” ibaresi kullanılmıştır. Bu çelişkili görünüme rağmen 1 Nolu Ek Protokol'ün 3. maddesindeki düzenlemenin bir hak içerdiği tartışmasızdır.

¹¹¹⁸ Diğerleri ise insan haklarının korunması ve hukukun üstünlüğüdür. Bkz. BOWRING, s. 67-68.

¹¹¹⁹ **Oberschlick/Austria**,23.05.1991, Başvuru No 11662/85, § 58; **Zdanoka/Latvia**, 16.03.2006, Başvuru No 58278/00, § 98; **United Communist Party of Turkey and Others/Turkey**, 30.01.1998, Başvuru No 19392/92, § 45; **Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey**, 13.02.2003, Başvuru No 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 86; **Gorzelik and Others v. Poland**, 17.02.2004, Başvuru No 44158/98, § 89.

¹¹²⁰ Sözleşme'de hazırlık aşamasındaki serbest seçim hakkına ilişkin tartışmalarla ilgili geniş bilgi için bkz. ŞİRİN, “*Serbest Seçim Hakkı*”, s. 289-291.

Mahkeme de kararlarında bunu teyit etmiştir.¹¹²¹ Bu düzenleme şekli, seçimlerin makul aralıklarla yapılmasının devletlerin pozitif yükümlülüğünde olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca taraf devletlerin 1 Nolu ek Prototokolü imzalayarak taahhüt ettikleri serbest seçim hakkının aktif ve pasif olmak üzere iki farklı boyutu bulunmaktadır. Seçme hakkı bu hakkın aktif, seçilme hakkı ise pasif yönünü ifade eder.¹¹²²

3. maddenin farklı bir diğer yönü ise herhangi bir sınırlama ölçütü getirmemiş olmasıdır. Ancak Mahkemenin de belirttiği üzere sınırlama ölçütüne yer verilmemesi, bu hakkın mutlaklığından değil, aksine bu hakkın sınırlanmasında devletlerin çok geniş bir takdir marjının olmasındandır.¹¹²³ Bu takdir marjının aşılmamasının denetimi ise Mahkemenin yetkisindedir. Mahkeme bu incelemesini sınırlamanın amacının meşruluğu ve amaçla kullanılan araçların orantınlılığı noktasında yapmaktadır.

Sınırlamanın amacının meşruluğu yönünden serbest seçim hakkına ilişkin sınırlamaların denetimi, sınırlama amaçlarının açıkça sayıldığı Sözleşme'nin 8.-11. maddelerinden farklılık arz etmektedir. Mahkeme, 1 Nolu Protokol'ün 3. maddesinde sınırlama amaçları düzenlenmediği için, hukukun üstünlüğü ve Sözleşme'nin genel ilkeleri ile bağdaşması koşuluyla, taraf devletlerin sınırlandırma amacının tespitinde

¹¹²¹ **Mathieu-Mohin and Clerfayt/Belgium**, 02.03.1987, Başvuru No 9267/8, § 48-51; **Zdanoka/Latvia**, § 102.

¹¹²² ŞİRİN, “*Serbest Seçim Hakkı*”, s. 313; AKBULUT, “*Serbest Seçim Hakkı*”, s. 547. Seçme hakkının öznesinin sadece gerçek kişiler olması mümkünken, seçilme hakkını gerçek kişiler yanında siyasi partiler de kullanmaktadır.

¹¹²³ **Mathieu-Mohin and Clerfayt/Belgium**, § 52; **Matthews/The United Kingdom**, 18.02.1999, Başvuru No 24833/94, § 63; **Labita/Italy**, 06.04.2000, Başvuru No 26772/95, § 201; and **Podkolzina v. Latvia**, 09.04.2002, Başvuru No 46726/99, § 33; **Hirst The United Kingdom (No. 2)**, 06.10.2005, Başvuru No 74025/01, § 60.

serbest olduğuna hükmetmiştir.¹¹²⁴ Serbest seçim hakkının sınırlanma amacının belirlenmesinde taraf devletlerin yararlandığı takdir marjının genişliği mülkiyet hakkına yapılacak sınırlamalardaki kamu yararının tespitindeki takdir marjı ile oldukça benzer bir nitelik arz etmektedir. Bu durumda ise açıkça dayanaktan yoksun ve keyfi olmamak kaydıyla taraf devletler ileri sürdükleri amaçla serbest seçim hakkına sınırlama getirebilecektir. Bu açıdan serbest seçim hakkının sınırlanma amacının belirlenmesinde taraf devletlerin mutlak bir takdir marjının bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Sınırlama amacı yönünden uygulanan bu esnek denetim, orantılılık incelemesinde de benzer şekilde uygulanmaktadır. Örneğin demokrasi ve dolayısıyla serbest seçim hakkıyla doğrudan ilişkili olan ifade özgürlüğü ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğünde sınırlamanın hedeflenen amaçla orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde katı bir orantılılık testi uygulanmakta ve bu alanlarda taraf devletlerin takdir marjı daralmakta idi. Oysa serbest seçim hakkının sınırlanması açısından bu haklarla ilgili başvurularda aranan gereklilik ve zorlayıcı toplum baskısı gibi ölçütler kullanılmamakta ve daha esnek bir orantılılık testi uygulanmaktadır. Böylece bu hakkın sınırlanmasında taraf devletler oldukça geniş bir takdir marjına sahip olmaktadır.¹¹²⁵ Demokratik bir toplumun sağlanabilmesi açısından birbirine bu denli bağlı haklar arasında böyle bir denetim farkı çelişkileri ve soru işaretlerini beraberinde getirmektedir.

Mahkemenin bu pasif tutumunun altında yatan nedenlerin başında ise serbest seçim hakkının taraf devletlerin hassas siyasi konularıyla ilgili olması gelmektedir. Mahkeme bir yandan temel hakları koruma görevini yerine getirmeye özen göstermekte; diğer yandan da devletlerin siyasi tercihlerine saygı göstererek bir denge¹¹²⁶ sağlamaya çalışmaktadır. *Şirin'in* de ifade ettiği gibi çoğulcu demokrasinin hayata geçirilmesinin

¹¹²⁴ *Zdanoka/Latvia*, § 115/b; *Yumak and Sadak/Turkey*, 08.07.2008, Başvuru No 10226/03, § 109/iii.

¹¹²⁵ *Zdanoka/Latvia*, § 115/c; *Yumak and Sadak/Turkey*, § 109/iii.

¹¹²⁶ Benzer görüş için bkz. HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 735

vazgeçilmez unsuru olarak serbest seçim hakkı, her ne kadar evrensel olsa da, bu hakkın kullanımını ulusal düzeyde mümkün olabilmektedir.¹¹²⁷ Bu durum ise devletlerin söz konusu hak açısından, siyasi tercihlerini belirlemesinde takdir marjının genişlemesine yol açmaktadır. Ayrıca nasıl ki serbest seçim hakkının Sözleşme'nin ilk metninde yer alması açısından taraf devletler bir uzlaşmaya varamamışsa, hakkın uygulaması yönünden taraf devletler arasındaki uygulama farklılıkları da Mahkemenin pasif bir rol üstlenmesine yol açmakta ve taraf devletlerin takdir marjının genişlemesini meşrulaştırmaktadır.

B. Serbest Seçim Hakkına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

Serbest seçim hakkının sınırlanma rejimine ilişkin açıklamada ifade edildiği gibi, taraf devletler bu hakka müdahale ederken belirli amaçlarla sınırlı değildir. Bu nedenle serbet seçim hakkının kullanılmasına yönelik taraf devletlerin getirdiği sınırlamalar oldukça çeşitlidir. Mahkemenin önüne gelen sınırlama nedenleri, vatandaşlık¹¹²⁸, yaş¹¹²⁹,

¹¹²⁷ ŞİRİN, “*Serbest Seçim Hakkı*”, s. 324.

¹¹²⁸ **Aziz/Cyprus**, 22.06.2004, Başvuru No 69949/01, § 29-30, 38; **Sejdić and Finci/Bosnia and Herzegovina**, 22.12.2009, Başvuru No 27996/06 34836/06, § 43, 49-50; Bu başvurulara konu olaylarda serbest seçim hakkı vatandaşlıktan ziyade etnik köken ve ırk nedeniyle sınırlanmıştır. Mahkeme vatandaşlık koşulunu subjektif olarak görmekte ve ırk ayrımcılığı şeklindeki biyolojik nitelikteki koşulları Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır.

¹¹²⁹ **Hirst The United Kingdom (No. 2)**, § 62; **Melnichenko/Ukraine**, 19.10.2004, Başvuru No 17707/02, § 56.

mahkûmiyet¹¹³⁰, kısıtlılık¹¹³¹, yerleşim yeri¹¹³², seçim barajı¹¹³³, adaylık ücreti¹¹³⁴, kamu personeli olmama¹¹³⁵, resmi dil bilme¹¹³⁶ ve benzeri başlıklar¹¹³⁷ altında toplanabilir. Sözleşme'ye taraf ülkeler serbest seçim hakkının kullanılmasında bu koşullar açısından farklı düzenlemeler öngörebilmektedir. Bu nedenlerle yapılan başvurularda Mahkemenin getirilen sınırlamanın keyfi ya da açıkça dayanaktan yoksun olmaması ve makul bir orantılılığın bulunması durumunda konuyu taraf devletlerin takdir marjı içerisinde değerlendirerek Sözleşme'ye uygun bulduğu gözlemlenmektedir.

Serbest seçim hakkının sınırlanmasında takdir marjını bu denli geniş uygulamakla birlikte, Mahkemenin sıklıkla dile getirdiği temel ilke, yapılan sınırlamaların ülke nüfusunun bir parçasını oluşturan bir grup ya da bir kategoriyi dışlamak şeklinde seçim

¹¹³⁰ **Hirst The United Kingdom (No. 2)**, § 62;

¹¹³¹ **Alajos Kiss/Hungary**, 20.05.2010, Başvuru No 38832/06, § 41-42

¹¹³² **Hilbe/Liechtenstein(Kabuledilemezlik Kararı)**, 07.09.1999, Başvuru No 31981/96; **Melnichenko/Ukraine**, § 56; **Matthews/The United Kingdom**, § 63-64.

¹¹³³ **Etienne Tete/France (Kabuledilemezlik Kararı)**, 09.12.1987, Başvuru No 11123/84; **Polacco ve Garofalo/Italy**, 15.09.1997, Başvuru No 23450/97; **Silvius Magnago ve Südtiroler Volkspartei/Italy (Kabuledilemezlik Kararı)**, 15.04.1996, Başvuru No 1504/1996; **Federacion Nacionalista Canaria/Spain (Kabuledilemezlik Kararı)**, 07.06.2001, Başvuru No 56618/00; **Yumak and Sadak/Turkey**, § 113-115. Mahkeme seçim barajlarına ilişkin başvurularda bu konunun düzenlenmesinin ulusal makamların takdir marjı yetkisinde olduğundan bahisle Sözleşme'ye bulmaktadır.

¹¹³⁴ **X./Austria**, 12.07.1976, Başvuru No 7008/75, § 121; **Desmeules/France**, 03.12.1990, Başvuru No 12897/87, § 166; **Sukhovetsky/Ukrain**, 28.03.2004, Başvuru No 13716/02, § 57-58.

¹¹³⁵ **Rekvenyi/Hungary**, 20.05.1999, Başvuru No 25390/94, § 42-43; **Gitonas and Others/Greece**, 01.07.1997, Başvuru No 18747/91 19376/92 19379/92 28208/95 27755/95, § 39-40.

¹¹³⁶ **Mathieu-Mohin and Clerfayt/Belgium**, § 55-57; **Association "Andecha Astur"/Spain (Kabuledilemezlik Kararı)**, 07.07.1997, Başvuru No 34184/96.

¹¹³⁷ AKBULUT, "Serbest Seçim Hakkı", s. 544.

hakkından mahrum bırakmaya neden olmaması gerektirir.¹¹³⁸ Dolayısıyla taraf devletler serbest seçim hakkına bir sınırlama getirirken bu ilkeye uygun davranmalıdır. Çünkü Mahkeme taraf devletlerce öngörülen koşulların takdir marjını aşp aşmadığını bu temel ilke ışığında denetlemektedir.

Ayrıca seçme ve seçilme hakkına getirilen sınırlamalardan *mahkûm olmama* koşulu açısından da Mahkemenin içtihat değişikliğine¹¹³⁹ giderek takdir marjını oldukça daralttığı görülmektedir. Mahkeme özellikle *Hirst/Birleşik Krallık*¹¹⁴⁰ davasında bu konuyu ayrıntılı şekilde değerlendirmiştir. Başvuruya konu olay, insan öldürme suçu nedeniyle ömür boyu hapis cezasına çarptırılan kişiye, mahkûmiyeti nedeniyle seçme hakkı tanınmamasıyla ilgilidir.¹¹⁴¹ Mahkeme yerinde bir yaklaşımla mahkûmiyetin nedenine bakılmazsınız, her tür suçtan¹¹⁴² mahkûm olmuş kişilerin otomatik olarak seçme hakkından yoksun bırakılmasını 1 Nolu Protokol'ün 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, mahkûmiyetin 5. maddedeki kişi özgürlüğünü etkilediğinin, Sözleşme'nin diğer maddelerinde yer alan hakların kullanımını engellemediğinin de altını

¹¹³⁸ **Zdanoka/Latvia**, § 105; **Aziz/Cyprus**, § 28-30; **Matthews/The United Kingdom**, § 63-65.

¹¹³⁹ Mahkeme eski tarihli kararlarında, mahkum olan kişilerin oy kullanma hakkının sınırlanmasını taraf devletlerin takdir marjı içerisinde değerlendirerek Sözleşme'ye uygun bulmakta idi. Bu yönde kararlar için bkz. **Patrick Holland/Ireland (Kabuledilemezlik Kararı)**, 14.04.1998, Başvuru No 24827/94; **X/The Netherlands (Kabuledilemezlik Kararı)**, 19.12.1974, Başvuru No 6573/74; **H./The Netherlands (Kabuledilemezlik Kararı)**, 04.07.1983, Başvuru No 9914/82.

¹¹⁴⁰ **Hirst The United Kingdom (No. 2)**, 06.10.2005, Başvuru No 74025/01; **Frodl/Austria**, 08.04.2010, Başvuru No 20201/04. Mahkeme aynı içtihadını bu kararında da devam ettirmiştir.

¹¹⁴¹ **Hirst The United Kingdom (No. 2)**, § 11-20.

¹¹⁴² Bazı suç türleri için seçme hakkından yoksun bırakılmak makul görülmektedir. Bu suçlar genellikle devletin güvenliğine karşı olan terör suçları ve devlet maliyesini zarara sokan yüz kızartıcı suçlardır. Benzer yöndeki kararlar için bkz. **M.D.U./Italy**, 28.01.2003, Başvuru No 58540/00; **H./The Netherlands**, 04.07.1983, Başvuru No 9914/82; **Van Wambeke/Belgium**, 12.04.1991, Başvuru No 16692/90; **Glimmerveen ve Hagenbeek/The Netherlands**, 11.10.1979, Başvuru No 8348/78.

çizmiştir. Örneğin mahkûm olmuş kişiye işkence yapılamaz, bu kişiler ifade özgürlüğünden yararlanır ve aile hayatına saygı gösterilmesi gerekir.¹¹⁴³ Her ne kadar yapılan sınırlamanın suçun önlenmesi amacıyla getirildiği belirtilse de, bu sınırlamanın bütün mahkûmlar ve suç tipleri için öngörülmesi orantılı olarak değerlendirilmemektedir.

Bu durumda taraf devletler mahkûmiyete ilişkin bir sınırlandırma getirirken geniş bir takdir marjından yararlanamayacaklardır. Seçme hakkını sınırlandırırken suçun türü ve mahkûmun özelliklerini dikkate almaları gerekecektir.

Serbest seçim hakkına getirilen sınırlamalardan biri olan seçim barajı konusu ülkemiz açısından ayrıca önem taşımaktadır. Seçim barajı “*bir partinin parlamentoda sandalye kazanabilmesi veya bir seçim çevresinden milletvekili çıkarabilmesi için o seçim çevresinde kullanılan toplam geçerli oylardan, elde etmesi gerekli olan en az oy oranı ya da oy miktarıdır.*”¹¹⁴⁴ Ülkemizde uygulanan % 10luk seçim barajı Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında öngörülen en yüksek seçim barajı oranıdır. Bu nedenle seçim sistemimize ilişkin tartışmalarda seçim barajının kaldırılması gerektiği sıklıkla dile getirilmektedir.¹¹⁴⁵

Seçim barajlarının serbest seçim hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvurular daha önce diğer üye devletlerle ilgili olarak da yapılmıştır.¹¹⁴⁶ Mahkeme kabuledilemezlik kararı

¹¹⁴³ **Hirst The United Kingdom (No. 2)**, § 69-70.

¹¹⁴⁴ Hikmet Sami TÜRK, “*Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih*”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 23, 2006, s. 97-98; Ersoy KONTACI, **Kırılgan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 213.

¹¹⁴⁵ Ahmet MUMCU, *Seçim Barajına İlişkin Röportaj*, **Ankara Barosu Hukuk Gündemi**, Sayı 1, 2015, s. 29-30. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2015-1/10.pdf>, Erişim Tarihi 30.04.2018.

¹¹⁴⁶ **Tete/France (Kabuledilemezlik Kararı)**, 09.12.1987, Başvuru No 11123/84; **Polacco ve Garofalo/Italy (Kabuledilemezlik Kararı)**, 15.09.1997, Başvuru No 23450/97; **Silvius Magnago ve**

verdiği bu başvurularda serbest seçim hakkının mutlak bir hak olmadığını ve taraf devletlerin seçim sistemlerini belirleme konusunda geniş bir takdir marjından yararlandığını ifade etmiştir. Dolayısıyla taraf devletler seçim koşullarını ve seçim barajlarını tespit ederken geniş bir takdir marjına sahiptir.

Mahkemenin bu kararlarının ardından seçim barajının yüksek olmasına ilişkin iki başvuru Türkiye aleyhine yapılmıştır. Bunlardan ilki olan *Yumak ve Sadak/Türkiye*¹¹⁴⁷ davasında başvurucular seçime katıldıkları ilde kullanılan geçerli oyların % 45.95'ini almış olmalarına rağmen %10'luk seçim barajı nedeniyle parlamentoya girememişlerdir.¹¹⁴⁸ Mahkeme bu başvuruyu diğerlerinden farklı olarak kabul edilebilir bulmuştur. Bununla birlikte Mahkeme bu konudaki önceki kararlarına atıfta bulunarak, serbest seçim hakkının mutlak bir hak olmadığını ve bu hakka getirilecek sınırlamalarda taraf devletlerin hatırı sayılır bir takdir marjından yararlandığının altını çizmiştir.¹¹⁴⁹ Bu doğrultuda her ne kadar söz konusu baraj oranı yüksek olsa da, parlamentoda siyasi istikrarın sağlanması amacıyla öngörülen bu düzenlemenin takdir marjını aşmadığına karar vermiştir.¹¹⁵⁰ Mahkeme bu kararda da seçim barajı konusunda taraf devletler lehine pasif yaklaşımını sürdürmekle birlikte, bu oranın yüksekliğini ve ülke içinde bu hususun tartışıldığını açıkça ifade etmiştir.¹¹⁵¹ Mahkeme yakın tarihli ikinci kararını *Oran/Türkiye*¹¹⁵² başvurusunda vermiştir. Bu başvuruda da %10'luk seçim barajının serbest seçim hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Ancak Mahkeme *Yumak ve Sadak*

Südtiroler Volkspartei/Italy (Kabuledilemezlik Kararı) 15.04.1996, Başvuru No 25035/94; **Federacion Nacionalista Canaria/Spain, (Kabuledilemezlik Kararı)**, 07.06.2001, Başvuru No 56618/00.

¹¹⁴⁷ *Yumak and Sadak/Turkey*, 08.07.2008, Başvuru No 10226/03.

¹¹⁴⁸ *Yumak and Sadak/Turkey*, § 16.

¹¹⁴⁹ *Yumak and Sadak/Turkey*, § 109/ii, 113.

¹¹⁵⁰ *Yumak and Sadak/Turkey*, § 147-148.

¹¹⁵¹ *Yumak and Sadak/Turkey*, § 147-148; KONTACI, 2016, s. 215.

¹¹⁵² *Oran/Turkey*, 15.04.2014, Başvuru No 28881/07 37920/07.

kararındaki tespitlerini yineleyerek bu oranın yüksek olmasına rağmen Sözleşme’yi ihlal etmediğine karar vermiştir.¹¹⁵³ Bu kararlarla birlikte ülkemizdeki seçim barajı tartışmaları siyasilerin tercihi doğrultusunda sürüp gidecek gibi görünmektedir.

XIII. AYRIMCILIK YASAĞI (MADDE 14)

A. Ayrımcılık Yasağının Genel Olarak AİHS’deki Düzenlemesi

Avrupa İnsan Hakları sisteminde ayrımcılık yasağı ve eşitlik hakkı Sözleşme’nin 14. maddesi ile Sözleşme’ye Ek 12 Nolu Protokol’de güvence altına alınmıştır. Sözleşme’nin 14. maddesinde ayrımcılık yasağı¹¹⁵⁴, “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden*

¹¹⁵³ **Oran/Turkey**, § 58, 66.

¹¹⁵⁴ Ayrımcılık yasağına ilişkin genel olarak yararlanılabilecek kaynaklar için bkz: Van DIJK- Van HOOF- Van RIJN- ZWAAK, s. 1027-1051; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 597-635; Karl Josef PARTSCH, “*Discrimination*”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), **The European System for the Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 571-592; DUTERTRE, s. 412-423; JANIS- KAY- BRADLEY, s. 457-516; Oddný Mjöll ARNARDÓTTIR, **Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Newyork, 2003; Oddný Mjöll ARNARDÓTTIR, “*The Differences That Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 ECHR*”, **Human Rights Law Review**, 2014/14, s. 647-670; Christia TOBLER, “*Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law-A Comparison Focusing on Discrimination Against LGBTI Persons*”, **ZaöRV**, 74 (2014), s. 521-561; Samantha BESSON, “*Evolutions in Non-Discrimination Law within the ECHR and the ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe*”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 60, 2012, s. 147-180; Rory O’CONNELL, “*Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR*” **Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars**, 29/2, 2009, s. 211-229;

Janneke GERARDS, “*The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*”, **Human Rights Law Review**, Vol. 13/1, 2013, s. 99-124; DOĞRU-NALBANT, 2. Cilt, s. 603-650; İlyas DOĞAN, “*Ayrımcılık Yasağı*”, içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. Merih ÖDEN, (2003) **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003; Ulaş KARAN, “*Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 459-494; İdil Işıl GÜL-Ulaş KARAN, **Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, editörler: Burcu YEŞİLADALI-Gökçeçiçek AYATA, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 351, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları 13, 1. Baskı, İstanbul, 2011; Ulaş KARAN, “*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 32, 2015, s. 235-306; Mesut GÜLMEZ, “*İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, s.217-266; Kübra Doğan YENİSEY, “*İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s. 63-82; Devrim ULUCAN, “*Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s.369-383; **Avrupa Ayrımcılık Yasağı El Kitabı**, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı-Avrupa Konseyi, 2010; Lukasz BOJARSKI, Isabelle CHOPIN, Barbara COHEN, Uyen DO, Lilla FARKAS ve Romanița IORDACHE, **Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Konularında Sivil Toplum Kuruluşlarına Yönelik Bilinç Artırma Seminerleri** (Avrupa Birliği İstihdam ve Sosyal Dayanışma Programı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2012, Jülide Gül ERDEM, “*Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği*”, **Akademik Hassasiyetler Dergisi**, 2017, s. 19-44; Ertuğrul YUVALI, “*Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Irk Ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı*”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 24 Sayı: 3-4-5 Ağustos - Kasım 2012 / Şubat 2013, s. 71-83; Emin ZEYTİNOĞLU, “*İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği Ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, “**10. Yıl’a Armağan**”, Yıl:11, Sayı: 22 Güz 2012/2, s. 177-202; Murat KANDEMİR-Didem YARDIMCIOĞLU, “*İş Hukukunda Eşitlik İlkesi*”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s. 1-44; Murat ERDOĞAN, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gaygusuz Kararı: Mülkiyet Hakkının Geniş Yorumu ve Ayrımcılık Yasağı*”, **EÜHFD**, C. XVIII, S. 1-2 (2014), s. 159-189; Bülent SERİM, “*Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3, Eylül 1994, s. 13-25.

yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya başka köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır.” şeklinde düzenlenmiştir. Buradan çıkan anlam ise AİHS, ayrımcılık yasağı güvencesini sadece Sözleşme’de yer alan haklara özgülemiş ve uygulanacağı alanı bu haklar açısından sınırlandırmıştır.¹¹⁵⁵ Bunun yanında hangi yönlerden farklı muamele yapılmaması gerektiğine ilişkin olarak ise ucu açık bir şekilde “...*gibi herhangi bir temelde*” diyerek bu bakımdan maddenin uygulama alanını¹¹⁵⁶ genişletmiştir. 14. maddenin korumasının Sözleşme’de yer alan haklarla sınırlı olması konusundaki bu eksikliğin ise 12 Nolu Protokol ile giderilebileceği ileri sürülmektedir.¹¹⁵⁷ Ancak 14. maddenin düzenleme biçimi ve Mahkemenin bu maddeye yaklaşımı etkili bir koruma sağlamadığı yönünde eleştirilmektedir.¹¹⁵⁸ Şöyleki 14. madde metninde “...*Sözleşme’de yer alan hakların kullanımı açısından...*” ibaresi nedeniyle 14. madde genellikle tek başına uygulanabilen bir madde olmayıp, bir maddi hak ile birlikte değerlendirilmektedir. Bu açıdan ayrımcılık yasağı yardımcı ve

¹¹⁵⁵ İlyas DOĞAN, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s. 691.

¹¹⁵⁶ Mahkeme cinsel yönelim, medeni hal, evlilik dışı doğum, sendikalı olma, askerlik durumu, vicdani ret, mahkûmiyet gibi statüleri de ayrımcılık yapılmaması gereken alanlar olarak görmektedir. Bkz. HARRIS-O’BOYLE&WARBRICK, s. 604.

¹¹⁵⁷ HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 597; KARAN, *Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 464; 4 Kasım 2000’de imzaya açılan 12 Nolu Protokolün 1. maddesinde **Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması** başlığı altında “*hukuken tanınmış tüm haklardan yararlanma.... hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.*” şeklinde düzenlendiği için koruma alanını Sözleşme’de sayılan haklara hasretmemiştir. Bu bakımdan 12 Nolu Protokol olumlu bir gelişmedir. Ancak bütün üye devletler tarafından onaylanmamıştır. Bu nedenle ayrımcılık yasağıyla ilgili esas uygulanacak hüküm 14. maddedir.

¹¹⁵⁸ HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 597-598; ARAI-TAKAHASHI, s. 165-166.

tamamlayıcı bir nitelik göstermektedir.¹¹⁵⁹ Dahası ayrımcılık yasağına ilişkin başvurularda, eğer farklı muamelenin haksızlığı iddiası başvurunun ağırlık merkezinde¹¹⁶⁰ değilse, Mahkeme genellikle maddi hakka ilişkin bir ihlal tespit ettiğinde 14. maddenin incelenmesine yer olmadığına hükmederek başvuruyu neticelendirmektedir.¹¹⁶¹ Bu olumsuz görünüme rağmen ayrımcılık yasağı son yıllarda oldukça önem kazanmıştır ve Mahkeme isteksiz tutumundan sıyrılarak bu konuda daha titiz bir denetim uygulamaya başlamıştır.

Ayrımcılık yasağı temel olarak kişilere, var olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil bir imkân sağlamayı amaçlamaktadır.¹¹⁶² Mahkemeye göre ayrımcılık “*benzer durumda olan kişilere nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamelede bulunulması*”¹¹⁶³ olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca ayrımcılık bu tanımda olduğu gibi “*doğrudan ayrımcılık*” şeklinde olabileceği gibi; farklı durumdaki kişilere aynı muamelede

¹¹⁵⁹ **Abdulaziz, Cabales and Balkandali/The United Kingdom**, 28.05.1985, Başvuru No 9214/80 9473/81 9474/81, § 71. Benzer görüş için bkz. ARAI-TAKAHASHI, s. 165.

¹¹⁶⁰ **Plaand Puncernau/Ardorra**, 13.07.2004, Başvuru No 69498/01, § 63-64. Bu başvuruda Mahkeme farklı bir yaklaşımla, öncelikle 14. maddenin incelemesini yapmış ve 8. maddeye ilişkin bir farklı muamele olmasına karşın 8. maddenin incelenmesine gerek görmemiştir. Bunun yanında Mahkeme maddi hakka ilişkin ihlali tespit ettikten sonra nadiren de olsa 14. maddeye ilişkin inceleme yapabilmektedir. Bkz. **Aziz/Cyprus**, 22.06.2004, Başvuru No 69949/01, § 31-38; **Chassagnou and Others/France**, 29.04.1999, Başvuru No 25088/94 28331/95 28443/95, § 86-95.

¹¹⁶¹ Mahkemenin bu yaklaşımına ilişkin HUDOC’ta çok sayıda örnek bulunabilir. **Airey/Ireland**, 09.10.1979, Başvuru No 6289/73, § 14; **Dudgeon/The United Kingdom**, 22.10.1981, Başvuru No 7525/76, § 35.

¹¹⁶² Avrupa Ayrımcılık Yasağı El Kitabı, s. 21.

¹¹⁶³ **Zarb Adami/Malta**, 20.06.2006, Başvuru No 17209/02, § 71; **Willis/The United Kingdom**, 11.06.2002, Başvuru No 36042/97, § 48; **Okpizs/Germany**, 25.10.2005, Başvuru No 59140/00, § 33; **Burden/The United Kingdom**, 29.04.2008, Başvuru No 13378/05, § 60.

bulunulması halinde de “*dolaylı ayrımcılık*” ortaya çıkmaktadır. Mahkeme iki tür ayrımcılığı da yasak kapsamında görmektedir.¹¹⁶⁴

Ayrımcılık yasağı taraf devletlerin negatif yükümlülüğünü gündeme getirdiği gibi, üyelere pozitif bir sorumluluk da yüklemektedir. Bu alandaki devletin pozitif yükümlülüğü ise, Sözleşme’nin yatay etkisi olarak da isimlendirilen¹¹⁶⁵ ve toplumdaki kişilerin birbirlerine uygulayabilecekleri¹¹⁶⁶ ayrımcılığı önlemeyi sağlayacak gerekli tedbirleri almaktır. Ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin başvurularda uygulanacak takdir marjı konusunda ise Mahkeme ikili bir yaklaşım¹¹⁶⁷ sergilemektedir. Mahkeme ırk-etnik köken, vatandaşlık, cinsiyet, cinsel yönelim gibi bazı özellikler temelinde yapılan ayrımcılığı katı bir şekilde yorumlamakta ve bu alanda takdir marjını daraltmaktadır. Bunların dışındaki diğer konularda yapılan farklı muameleleri ise daha hoşgörülü karşılamakta ve taraf devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşme’ye uygun bulmaktadır.

¹¹⁶⁴ **D.H. and Others/The Czech Republic**, 13.11.2007, Başvuru No 57325/00, § 175; **Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium/Belgium (Belgian Linguistic Case)**, § 10; **Thlimmenos/Greece**, 06.04.2000, Başvuru No 34369/97, § 44, **Stec and Others/The United Kingdom**, 12.04.2006, Başvuru No 65731/01, § 51.

¹¹⁶⁵ KARAN, *Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 465.

¹¹⁶⁶ Örneğin işverenin, sendikalı olmasından dolayı, çalışanlara uyguladığı farklı muamelelerin önlenilmesi gereği.

¹¹⁶⁷ ARAI-TAKAHASHI, s. 169; HARRIS- O’BOYLE&WARBRICK, s. 610.

B. Ayrımcılık Yasağına İlişkin Davalarda Takdir Marjı Doktrininin Uygulanması

1. Şüpheli Kategoriler Olarak Nitelendirilen Durumlarda Takdir Marjı Uygulanması

Farklı muamelenin gerekçesi olarak gösterilen belli durumlar insan hakları alanında “şüpheli kategori” olarak değerlendirilmektedir.¹¹⁶⁸ “Şüpheli kategori” ifadesi “belirli temellerde ortaya çıkan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturma ihtimalinin yüksek olduğuna dair bir şüphenin varlığına işaret etmektedir.”¹¹⁶⁹ Bu nedenlerle bir ayrımcılık söz konusu ise yapılacak yargısal denetim daha yoğun olacaktır. Çünkü bu özellikler kişilerin kendi tercihleri sonucunda oluşmamıştır. Dolayısıyla da daha çok korumaya değer görülmektedir. Mahkeme de şüpheli kategori olarak isimlendirmemekle birlikte,

¹¹⁶⁸ ARNARDÓTTIR, 2014, s. 649; ARAI-TAKAHASHI, s. 169; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 610; KARAN, *Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 467.

¹¹⁶⁹ KARAN, *Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 467.

ırk veya etnik köken¹¹⁷⁰, vatandaşlık¹¹⁷¹, cinsiyet¹¹⁷², evlilik dışı doğum¹¹⁷³, din¹¹⁷⁴, cinsel yönelim¹¹⁷⁵ ve engellilik¹¹⁷⁶ temelinde farklı muamele yapılması halinde, çok sıkı bir denetim uygulamakta ve söz konusu ayrımcılığın Sözleşme'ye uygun olabilmesi için çok ciddi gerekçelerin bulunması gerektiğine hükmetmektedir.¹¹⁷⁷ Böylece taraf devletler olağan gerekçelerle Sözleşme'nin ihlalden kurtulamamaktadır. Irk, etnik köken, cinsiyet ve din bağlamında farklı muamele söz konusu olduğunda kişiler daha güçlü bir korumadan yararlanmaktadır. Bu konularda yerleşik bir Avrupa uzlaşısı mevcuttur. Bununla birlikte şüpheli kategorilerin kapsamı zamanla değişmekte ve genişlemektedir. Örneğin evlilik dışı doğan çocuklar hakkında Sözleşme'nin hazırlandığı tarihteki ile günümüzdeki yaklaşım arasında çok büyük fark vardır. Bu temelde ayrımcılık yapılmaması gerektiği yönünde bir Avrupa uzlaşısı zamanla oluşmuştur. Cinsel yönelim

¹¹⁷⁰ **Abdulaziz, Cabales and Balkandali/The United Kingdom**, § 84, 91; **Biao/Denmark**, § 138.

¹¹⁷¹ **Gaygusuz/Austria**, 16.09.1996, Başvuru No 17371/90, § 42; **Andrejeva/Latvia**, 18.02.2009, Başvuru No 55707/00, § 87; **Koua Poirrez/France**, 30.09.2003, Başvuru No 40892/98, § 46; **Luczak/Poland**, 21.11.2007, Başvuru No 77782/01, § 48.

¹¹⁷² **Ünal Tekeli/Turkey**, 16.11.2004, Başvuru No 29865/96, 61; **Abdulaziz, Cabales and Balkandali/The United Kingdom**, § 78; **Stec and Others/The United Kingdom**, § 52.

¹¹⁷³ **Inze/Austria**, 28.10.1987, Başvuru No 8695/79, § 41; **Şahin/Germany**, 08.07.2003, Başvuru No 30943/96, § 94; **Sommerfeld/Germany**, 08.07.2003, Başvuru No 31871/96, § 93; **Mazurek/France**, 01.02.2000, Başvuru No 30943/96, § 49.

¹¹⁷⁴ **Hoffman/Austria**, 23.06.1993, Başvuru No 12875/87, § 36; **Canea Catholic Church/Greece**, 16.12.1997, Başvuru No 25528/94, 47;

¹¹⁷⁵ **E.B./France**, 22.01.2008, Başvuru No 43546/02, § 96; **Salgueiro Da Silva Mouta/Portugal**, 21.12.1999, Başvuru No 33290/96, § 36; **Karner/Austria**, 24.07.2003, Başvuru No 40016/98, § 34-43.

¹¹⁷⁶ **Glor/Switzerland**, 30.04.2009, Başvuru No 13444/04, § 96-98; **Zehnalova and Zehnal/The Czech Republic(Kabuledilemezlik Kararı)**, 14.05.2002, Başvuru No 38621/97; **Botta/Italy**, 24.02.1998, Başvuru No 21439/93, § 37-39.

¹¹⁷⁷ **Stec and Others/The United Kingdom**, § 52; **Ünal Tekeli/Turkey**, § 53; **Inze/Austria**, § 41.

ve engellilik konusunda da aynı gelişme yaşanmaktadır. Dolayısıyla bu nedenlerle yapılan ayrımcılığın önlenmesi konusunda Avrupa Konseyi bünyesinde mücadele çalışmaları yürütülmektedir. Dolayısıyla bu özellikler nedeniyle uygulanacak farklı muamelelerin meşrulaştırılmasında taraf devletlerin yararlandığı takdir marjı da oldukça daralmaktadır.¹¹⁷⁸

Bunun yanı sıra şüpheli kategori olarak kabul edilmekle birlikte engellilere ilişkin, Mahkemenin çok az sayıda içtihadı mevcuttur. Bu konuda yapılan başvurular genellikle engelli kişilerin tersine ayrımcılık¹¹⁷⁹ ya da pozitif ayrımcılık talepleri yönünde olmakta ve söz konusu talepler taraf devletlerin pozitif yükümlülüğünü ve bir takım önlemler almasını gündeme getirmektedir. Bu bağlamda ise Mahkeme esnek bir yaklaşım sergilemekte ve genellikle başvuruları 14. maddenin değerlendirmesine girmeden karara bağlamaktadır. Böylece engellilerin koruması zayıflamakta ve taraf devletlerin takdir marjı genişlemektedir.¹¹⁸⁰ Ancak Mahkeme bu konuda benzer olan *Çam/Türkiye*¹¹⁸¹ kararının ardından çok yeni tarihli ümitlendirici bir karar daha vermiştir. Üniversite öğrenimi sırasında geçirdiği trafik kazası nedeniyle belden aşağısı felç olan bir üniversite öğrencisinin eğitim hakkını kullanabilmesi için üniversite yönetiminden gerekli

¹¹⁷⁸ **Biao/Denmark**, § 138.

¹¹⁷⁹ Bu kavramla ilgili bkz. HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 631

¹¹⁸⁰ Benzer görüş için bkz. ARNARDÓTTIR, 2014, s. 650; HARRIS- O'BOYLE&WARBRICK, s. 621. Bu yönde benzer karar **Şanlısoy/Turkey(Kabuledilemezlik Kararı)**, 08.11.2016, Başvuru No 77023/12; **Kalkanlı/Turkey (Kabuledilemezlik Kararı)**, 13.01.2009, Başvuru No 2600/04; **Diane Graeme /The United Kingdom**, 05.02.1990, Başvuru No 13887/88.

¹¹⁸¹ **Çam/Turkey**, 23.02.2016, Başvuru No 51500/08. Bu karara konu olayda da görme engelli olan başvurucunun görme engelinden dolayı konservatuara kaydının yapılmamıştır ve Mahkeme 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca bu kararda Mahkeme doğrudan 14. maddenin denetimini yapmış ve 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkı yönünden incelemeye gerek görmemiştir.

kolaylıkları sağlamasına yönelik talebinin reddine ilişkin *Enver Şahin/Türkiye*¹¹⁸² kararında, Mahkeme engellilerle ilgili 14. maddenin uygulamasına ilişkin esnek denetimini terketmiş ve kişinin eğitim hakkından yararlanabilmesi için gerekli farklı muamelenin yapılması gerektiğine karar vermiştir.¹¹⁸³ Mahkeme bu kararında da taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken yapması gereken harcamalar konusunda takdir marjının bulunduğunu ve bu marjın değerlendirmesini en iyi yapacak olanın ulusal makamlar olduğunu tekrarlamıştır.¹¹⁸⁴ Ancak mevcut başvuruya konu olayda taraf devletten talep edilen düzenlemelerin çok masraflı olmayışı ve eğitim hakkının önemi doğrultusunda Mahkeme 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁸⁵ Görüldüğü üzere Mahkeme engellilerle ilgili ayrımcılığın eğitim hakkının kullanılmasına yönelik olması durumunda daha hassas davranmaktadır.

Mahkemenin ayrımcılık yasağına ilişkin yargılamasında dikkat çeken bir diğer husus da, farklı muamelenin konusunun taraf devletlerin mali ve sosyal politikalarıyla ilgili olması halinde taraf devletlere geniş bir takdir marjının tanınmasıdır. Örneğin kadınların erkeklerden daha erken bir yaşta emekliliğe hak kazanmasına ilişkin farklı muamaleyle ilgili *Stec ve Diğerleri/İngiltere*¹¹⁸⁶ davasında, başvuru cinsiyet temelinde bir ayrımcılık yapıldığından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, cinsiyet temelinde bir ayrımcılık yapılabilmesi için çok ciddi nedenlerin bulunması gerektiğinin, ancak 14. maddenin kişiler arasındaki fiili imkânsızlıkların düzeltilmesi amacıyla uygulanacak farklı

¹¹⁸² **Enver Şahin/Turkey**, 30.01.2018, Başvuru No 23065/12. Kararın resmi Fransızca metninden Türkçe çevirisi için Eşit Haklar için İzleme Derneği'nin çevirisinden yararlanılmıştır. Bkz. <http://www.esithaklar.org/aihmceviri/>.

¹¹⁸³ **Enver Şahin/Turkey**, § 67.

¹¹⁸⁴ **Enver Şahin/Turkey**, § 64, 68; benzer yönde karar için bkz. **Çam/Turkey**, § 54, 66; **Şanlısoy/Turkey(Kabuledilemezlik Kararı)**, § 61.

¹¹⁸⁵ **Enver Şahin/Turkey**, § 75-76.

¹¹⁸⁶ **Stec and Others/The United Kingdom**, 12.04.2006, Başvuru No 65731/01.

muameleleri yasaklamadığının altını çizmiştir.¹¹⁸⁷ Bu bağlamda kadınların ev içersindeki geleneksel rolleri nedeniyle parasal gelirden yoksun kalarak uğrayabilecekleri mali zorlukları önlemek amacıyla özel tedbir olarak böyle bir farklılığa gidilmiştir.¹¹⁸⁸ Mahkeme bu değerlendirmelerle birlikte sosyal ve ekonomik stratejileri belirleme konusunda taraf devletlerin çok geniş bir takdir marjından yararlandığını, toplumsal ihtiyaçların tespiti hakkında ulusal makamların uluslararası yargıçtan daha iyi konumda bulunduğunu ifade etmiş ve söz konusu uygulamayı Sözleşme'ye uygun bulmuştur.¹¹⁸⁹ Burada şüpheli kategorilerden biri olan cinsiyet temelinde bir ayrımcılık¹¹⁹⁰ yapılmış olmasına rağmen, bu ayrımcılık “pozitif ayrımcılık” şeklinde dezavantajlı grubun korunması amacıyla yapıldığı için ayrıca sosyal ve ekonomik bir uygulama olması nedeniyle 14. maddeyi ihlal etmemiştir.

2. Diğer Nedenlerle Yapılan Farklı Muamelelerde Takdir Marjının Uygulanması

Mahkeme şüpheli kategorilerin dışındaki nedenlerle yapılan farklı muamelelerde, daha esnek bir denetim uygulamakta ve bu nedenlere dayanılarak yapılan farklı muameleleri ayrımcılık yasağına aykırı olarak değerlendirmemektedir. Bu nedenlere

¹¹⁸⁷ **Stec/The United Kingdom**, § 51-52.

¹¹⁸⁸ **Stec/The United Kingdom**, § 61.

¹¹⁸⁹ **Stec/The United Kingdom**, § 51-52, 65; benzer yöndeki kararlar için bkz. **Barrow /The United Kingdom**, 22.08.2006, Başvuru No 42735/02, § 20-24, 37; **Pearson/The United Kingdom**, 22.08.2006, Başvuru No 8374/03, § 12-13, 25; **Walker/the United Kingdom**, 22.08.2006, Başvuru No 37212/02, § 19-20, 37

¹¹⁹⁰ Cinsiyet temelinde değişik alanlarda yapılan farklı muamele örnekleri hakkında geniş bilgi için bkz. Ahmet MUMCU, *Türk Kadını ve Fırsat Eşitliği Paneli*, Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi, 30.05.2003, s. 19-25. <http://sam.baskent.edu.tr/panel/kadin.pdf>. Erişim Tarihi 30.03.2018.

örnek olarak yaş¹¹⁹¹, babalık¹¹⁹², medeni durum¹¹⁹³, mülkiyet¹¹⁹⁴, bir kuruluşa üyelik¹¹⁹⁵ ve ikamet yeri¹¹⁹⁶ gösterilebilir. Ancak bu nihai bir liste değildir. Değişen günün koşullarına göre yeni farklı muamele nedenleri gündeme gelebilmektedir. Bu bağlamda Mahkemeye göre her farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmemektedir.¹¹⁹⁷ Kişilere uygulanan farklı muamele kamu yararı veya toplum menfaati gibi meşru bir amaca hizmet ediyorsa ve amaçla uygulanan farklı muamele arasında makul bir orantılılık mevcutsa ayrımcılık yasağının ihlali söz konusu olmayacaktır. Bu noktada ise izlenen meşru amaca ulaşmada, hangi farklı muamelenin makul ve orantılı olacağına seçiminde taraf devletler belli bir takdir marjından yararlanırlar.¹¹⁹⁸ Mahkeme

¹¹⁹¹ **Schwizgebel/Switzerland**, 10.06.2010, Başvuru No 25762/07.

¹¹⁹² **Rasmussen/Denmark**, 28.11.1984, Başvuru No 8777/79; **Weller/Hungary**, 31.03.2009, Başvuru No 44399/05, 31 Mart 2009; **Paulik/Slovakia**, 10.10.2006, Başvuru No 10699/05.

¹¹⁹³ **Petrov/Bulgaria**, 22.05.2008, Başvuru No 15197/02; **Shackell/The United Kingdom**, 27.04.2000, Başvuru No 45851/99; **Nylund/Finland** (Kabuledilemezlik Kararı), 29.06.1999, Başvuru No 27110/95; **Lindsay/The United Kingdom**, 11.11.1986, Başvuru No 11089/84; **Şerife Yiğit/Turkey**, 02.11.2010, Başvuru No 3976/05.

¹¹⁹⁴ **Chapman/The United Kingdom**, 18.01.2001, Başvuru No 27238/95; **Burden/The United Kingdom**, 29.04.2008, Başvuru No 13378/05.

¹¹⁹⁵ **Danilenkov and Others/Russia**, 30.07.2009, Başvuru No 67336/01 bu başvuru sendika üyeliğine ilişkindir.; **Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani/Italy** (no. 2), 31.05.2007, Başvuru No 26740/02.

¹¹⁹⁶ **Carson ve Diğerleri/The United Kingdom**, 16.03.2010, Başvuru No 42184/05, 16 Mart 2010; **Johnston and Others/Ireland**, 18.12.1986, Başvuru No 9697/82.

¹¹⁹⁷ **Belgian Linguistic Case**, § 10.

¹¹⁹⁸ **Biao/Denmark**, 24.05.2016, Başvuru No 38590/10, § 93; **Hämäläinen/Finland**, 16.07.2014; Başvuru No 37359/09, § 108; **Belgium Language Case**, § 10; **Stec and Others/The United Kingdom**, § 51; **Chassagnou and Others/France**, § 91; **Abdulaziz, Cabales and Balkandali/The United Kingdom**, § 78.

farklı muamelenin Sözleşme'ye uygunluğunu değerlendirirken, özellikle taraf devletlerin toplumsal hayatını karakterize eden hukuki ve fiili niteliklerini göz ardı edemeyeceğini belirterek, Sözleşme sisteminin ikincilliğini vurgulamaktadır.¹¹⁹⁹ Örneğin bir toplumda güvenlik açısından hassas bir durum mevcut ise uygulanacak farklı muamelenin belirlenmesinde geniş bir takdir marjı tanınacaktır.¹²⁰⁰

Genellikle şüpheli kategoriler dışındaki diğer nedenlerle yapılan farklı muamelenin ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediğine ilişkin denetimde iki ölçütün belirleyici olduğu söylenebilir. İlki bu konuda ortak bir Avrupa uzlaşısının bulunup bulunmadığı, ikincisi ise farklı muamelenin taraf devletin mali ve sosyal politikalarıyla ilgili olup olmadığıdır. Eğer başvuruya konu farklı muamele hakkında yerleşik bir Avrupa uzlaşısı varsa taraf devletin takdir marjı yok denecek kadar azalacaktır. Ama bu konuda boşluk varsa takdir marjı genişleyecektir. Ayrıca daha önce de açıklandığı gibi taraf devletlerin mali ve sosyal politikalarına ilişkin konularda da takdir marjı oldukça genişleyecektir.

Evlat edinme yaşına ilişkin farklı bir muameleyle ilgili *Schwizgebel/İsviçre*¹²⁰¹ kararında da Mahkeme geniş bir takdir marjı uygulamıştır. Başvuruya konu olayda 47 yaşındaki bir çocuk sahibi dul bir kadın olan başvurucunun, evlat edinme talebi evlat edinilecek çocukla arasındaki yaş farkının çok olması nedeniyle reddedilmiştir. Mahkeme bu davaya ilişkin olarak evlat edinme koşullarına ilişkin ortak bir Avrupa uzlaşması olmadığını ve evlat edinilecek çocuğun korunması için alınacak önlemlerde taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanındığı için Sözleşme'ye aykırılık olmadığına karar vermiştir.¹²⁰²

¹¹⁹⁹ **Belgium Language Case**, § 10; **Stec and Others/The United Kingdom**, § 51-52; **Chassagnou and Others/France**, § 91; **Abdulaziz, Cabales and Balkandali/The United Kingdom**, § 78.

¹²⁰⁰ **Murdock/The United Kingdom (Kabuledilemezlik Kararı)**, 25.01.2000, Başvuru No 44934/98.

¹²⁰¹ **Schwizgebel/Switzerland**, 10.06.2010, Başvuru No 25762/07, § 4 vd.

¹²⁰² **Schwizgebel/Switzerland**, § 79, 93-94.

Babalık davası açma sürelerinde kadın ile erkek eş arasında farklılık yaratan düzenlemeye ilişkin *Rasmussen/Danimarka*¹²⁰³ davasında Mahkeme bu konuda Avrupa devletlerinde ortak bir düzenleme olmamakla birlikte, genellikle çoğunda anne ile kocanın konumunun farklı şekillerde düzenlendiğini ve buna bağlı olarak konunun taraf devletlerin takdir marjı içerisinde yer aldığına karar vermiştir.¹²⁰⁴

Kişilerin medeni durumu da farklı muamele yapılmasına bir gerekçe olabilmektedir. İngiltere’de evli ya da evli gibi yaşayan eşlerden biri öldüğünde hayatta kalan eş miras vergisinden muaf tutulmaktadır. Ancak *Burden/İngiltere*¹²⁰⁵ başvurusuna konu olayda birlikte yaşayan iki kız kardeşten birinin ölmesi durumunda oldukça yüksek olan miras vergisinden muaf tutulmalarının, ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.¹²⁰⁶ Mahkeme vergilendirmeye ilişkin başvuruyu mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı kapsamında incelemiştir. Bu bağlamda vergilendirmenin ekonomik ve sosyal stratejiyle ilgili olduğu ve bu alanda devletlerin geniş bir takdir marjının bulunduğunu ifade etmiştir.¹²⁰⁷ Ayrıca evliliğin bir takım sosyal, kişisel ve hukuki sonuçlarının olması nedeniyle, evli kişilere böyle bir muafiyet getirilmesini ayrımcılık yasağına aykırı bulmamıştır.¹²⁰⁸ Benzer şekilde resmi nikâhlı olmadığı için ölen kocasına bağlı dul maaşından yararlandırılmayan *Şerife Yiğit/Türkiye*¹²⁰⁹ kararında da “devletlerin vergilendirme, emekli maaşı, sosyal güvenlik, sosyal ve mali politika alanına giren konularda evli ve evli olmayan çiftler arasında farklı muameleye tabi tutma hususunda

¹²⁰³ **Rasmussen/Denmark**, 28.11.1984, Başvuru No 8777/79.

¹²⁰⁴ **Rasmussen/Denmark**, § 41.

¹²⁰⁵ **Burden/The United Kingdom**, 29.04.2008, Başvuru No 13378/05.

¹²⁰⁶ **Burden/The United Kingdom**, § 9-12.

¹²⁰⁷ **Burden/The United Kingdom**, § 60.

¹²⁰⁸ **Burden/The United Kingdom**, § 63, 66; benzer yöndeki kararlar için bkz. **Lindsay/The United Kingdom** § 181; **Shackell/The United Kingdom**; **Şerife Yiğit/Turkey**.

¹²⁰⁹ **Şerife Yiğit/Turkey**, 02.11.2010, Başvuru No 3976/05.

*belli bir takdir marjına sahip olduğuna” hükmetmiştir.*¹²¹⁰ Mülkiyet hakkı temelinde yapılan farklı muamelelerde devletlere tanınan takdir marjının diğer ayrımcılık nedenlerinden daha geniş olduğu görülmektedir.

İkamet yeri açısından farklı muameleye tabi tutulma nedeniyle yapılan *Carson ve Diğerleri/İngiltere* başvurusuna konu olayda yurt dışında ikamet eden emeklilere yurt içinde ikamet eden emeklilere yapılan maaş zammı yapılmamıştır. Mahkeme ikamet yeri temelinde sosyal güvenlikle ilgili yapılan farklı muameleye ilişkin bu başvuruyu mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde incelemiş ve yine taraf devletin bu alanda takdir marjının bulunduğu ve Sözleşme’ye aykırılık olmadığına hükmetmiştir.¹²¹¹

¹²¹⁰ *Şerife Yiğit/Turkey*, § 72.

¹²¹¹ *Carson ve Diğerleri/The United Kingdom*, § 61, 88-90.

SONUÇ

Ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü koşullarda, bu tehlikelerin bertaraf edilebilmesi için gereken tedbirlerin belirlenmesi açısından, devletlerin belli bir değerlendirme serbestisine sahip olması gerekliliğiyle, takdir marjı AIHM yargılamasında ilk kez kullanılmaya başlamıştır. Ancak gelinen son noktada takdir marjı bu anlayışın sınırlarını çoktan aşmış ve Sözleşme sisteminin genelinde rol oynayan bir unsur haline gelmiştir.

Günümüzde takdir marjını, üzerinde Avrupa uzlaşısı olmayan hemen her konuda Mahkemenin yargılamasında başvurduğu temel bir yorum aracı olarak ifade etmek çok yanlış olmayacaktır. Takdir marjını savunanların vurguladığı gibi, uluslararası insan hakları hukukunun ahlaki ve yerel çeşitlilikler dolayısıyla kültürel göreceliği dikkate alması gerekliliği yönündeki anlayış sonucunda, takdir marjı yargısal bir buluş olmaktan çıkmış ve Sözleşme bünyesinde kendisine normatif bir alan edinmiştir. Ancak bu durum insan haklarının dünyadaki bütün insanlar için geçerli ve evrensel olduğu gerçeğini değiştirmez. Özellikle şiddet ve insan hakkı ihlallerinin, savaş boyutunda yaygın bir şekilde yaşandığı içinde bulunduğumuz dönemde, bu temel ilkedden uzaklaşılması, bugüne değin insan hakları alanında elde edilen kazanımlara çok büyük zararlar verebilecektir. Bu nedenle AIHS'in ikincil bir koruma getirmesi ve 47 üye devletin iç hukukundaki çeşitlilikler nedeniyle takdir marjının uygulanma zorunluluğu gündeme gelse de, takdir marjına temkinli yaklaşılması ve insan haklarının evrenselliğinin her daim hatırdan tutulması gerektiği düşünülmektedir.

Bu bakış açısıyla incelenen takdir marjı doktrininin, uygulandığı konularda Mahkemenin yargısal denetiminde esaslı değişimlere yol açtığı tespit edilmiştir. Özellikle Sözleşme'de güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin denetiminde yararlanılan denetim ölçütlerinin başında gelen orantılılık testini, bu marjın genişliği büyük oranda etkilemektedir. Çalışmanın çeşitli yerlerinde de ifade edildiği

üzere takdir marjı ve orantılılık arasında ters yönlü bir ilişki vardır. Eğer bir konu üzerinde Avrupa mutabakatı mevcut değilse ya da taraf devletlerin sosyo-ekonomik politikalarına ilişkin ulusal makamlara pozitif yükümlülükler getiren bir husus söz konusu ise Mahkeme orantılılık denetimini gayet esnek bir şekilde uygulamaktadır. Dolayısıyla orantılılık yoğunluğunun azalması halinde, durumun değerlendirmesinde taraf devletlerin takdir marjı genişlemektedir. Bu uygulama ulusal güvenlik gibi alanlar ile hassas görevlerde bulunan kamu personeli rejiminin düzenlenmesinde de benzerlik gösterir.

Takdir marjının AİHS sisteminde oynadığı role ilişkin ulaşılan bir diğer tespit, marjın uygulandığı hakkın ek protokolde yer alan bir hak olup olmadığına göre, Mahkemenin yaklaşımının değişiklik gösterdiğidir. Eğer ihlali ileri sürülen hak Sözleşme ana metninde değil de ek protokollerden birinde düzenlenmişse, daha geniş bir takdir marjının tanındığı gözlenmektedir. Çünkü AİHS'in Avrupa Konseyi'nin kurucu üyeleri tarafından hazırlanan ortak bir uzlaşma metni olarak ortaya çıktığı düşünüldüğünde, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında ana metinde yer almayan diğer haklar açısından da düzenleme önerileri getirilmiş ancak bunlar kabul görmemiştir. Bu haklarla ilgili daha sonradan ek protokol çalışmaları yapılarak Sözleşme sistemine dahil edilmiştir. Dolayısıyla bu haklar başlangıçta güvence altına alınması üzerinde mutabakata varılamayan haklardır. Mahkeme de bu haklara ilişkin yargılamasında takdir marjını uygularken paralel yönde bir evrilme geçirmektedir. Yani erken dönem içtihatlarında bu hakların sınırlanmasında taraf devletlere oldukça geniş bir takdir marjı tanımış, ancak 2000'li yıllardan sonra bu haklarla ilgili daha etkin bir denetime giderek takdir marjını daraltmaya başlamıştır.

Sözleşme ana metninde yer alan haklarla ilgili takdir marjının nasıl bir uygulama bulduğu konusunda ise öncelikle, her durumda korunması esas olan dokunulamayacak mutlak hak ve özgürlükler açısından takdir marjının uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı söylenmelidir. Çalışmada dikkat çekilen bazı konularda Mahkemenin kafa

karışıklığına yol açacak çok istisnai kararları mevcut olsa da, insan hakları hukukunda mutlak haklar ile takdir marjı yan yana getirilemez.

Mutlak haklar dışındaki diğer temel hak ve özgürlükler alanında ise takdir marjının tarihsel gelişiminde daha çok, 2. fıkralarında sınırlanma rejimi öngörölmüş olan 8.-11. maddelere ilişkin uygulandığı tespit edilmiştir. Bu dört hakkın düzenlediği konular genellikle taraf devletlerin ulusal hukukunda çeşitlilik gösteren aile, din ve ahlaki konularla ilgili olduğu için bu durum şaşırtıcı değildir. Ancak sayılan konularda takdir marjının genişlemesi, bu maddelerin güvence altına aldığı bütün hususlarda marjın geniş olarak tanındığı anlamına gelmemektedir. Özellikle Sözleşme sisteminin kurucu temellerinden biri olarak kabul edilen demokratik toplum ilkesi gereğince, kişilerin ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda uygulanacak takdir marjı siyasi söylem ve ifadelerde, siyasi aktörlerin eleştirilmesinde ve basın özgürlüğünde en dar haliyle uygulanır. Buna karşın ahlaki konulardaki ifadelerle yapılacak müdahalelerde takdir marjı çok genişlemektedir.

Bir başka dikkat çeken husus ise üzerinde eskiden bir uzlaşma olmayan bir konunun artık ortak bir anlayışa dönüşmesi halinde, ya da tam tersi üzerinde ortak bir mutabakatın olduğu bir husus tartışmalı hale geldiğinde uygulanacak takdir marjı da tamamen değişiklik gösterebilmektedir. Özellikle özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında farklı cinsel tercihlere sahip olan kişilere bu özellikleri nedeniyle farklı bir muamele yapılması ya da bir takım hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının sınırlanması eskiden AİHM'e makul gelmekte ve bu konularda taraf devletleri geniş bir takdir marjından yararlandırmıştır. Oysa günümüzde kişisel özerklik ilkesi kapsamında kişilerin cinsel tercihlerine saygı gösterilmesi gerekliliği yönünde bir Avrupa anlayışı oluşmaya başlamıştır. Bu nedenle de Mahkemenin son dönem kararlarında bu konudaki takdir marjını azaltma yoluna gittiği ifade edilebilir.

İnsan hakları hukukunda usuli haklar olarak da ifade edilen kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma ve etkili başvuru haklarıyla ilgili kararlarda da zamanla takdir marjı doktrini kullanılmaya başlamıştır. Ancak bu alandaki takdir marjının oranı ek protoklerde ve 8.-11. maddelerde güvence altına alınan haklardaki ile kıyaslandığında daha dar olarak uygulanmaktadır. Mahkeme bu haklara ilişkin başvurulardaki denetiminde müdahalelerin gerekliliğinin değerlendirilmesinde ulusal makamlara belli bir serbesti tanımakla beraber, bu marjın keyfi kullanılıp kullanılmadığı, makul olup olmadığı konusunda daha katı bir denetim uygulamaktadır. Ayrıca sınırlamanın meşru bir amaca dayanmasını ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçların orantılı olmasını da aramaktadır. Bununla birlikte bu haklarla ilgili bütün başvurularda yeknesak bir takdir marjı uygulandığı elbette söylenemez. Özellikle bu haklarla ilgili dava sürelerinin belirlenmesi ve dava açmak için getirilen mali koşullara ilişkin uygulanan takdir marjının geniş olduğu ifade edilebilir.

Bu değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere takdir marjı doktrini AİHM yargılamasında, ifade yerindeyse öngörülemez bir duruma neden olmaktadır. Yani takdir marjına ilişkin genel geçer çıkarımlarda bulunmak oldukça güçtür. Çünkü bu marj uygulandığı her durumun özelliğine göre farklılık göstermektedir. Dolayısıyla takdir marjının uygulanma kabiliyetinin olduğu her konuda değişik ihtimal ve sonuçlara hazırlıklı olmak gerekecektir ki; bu belirsizlik temel hak ve özgürlüklerin korunması sisteminde kabulü mümkün olmayan bir durumdur. Çünkü hukuka yüklenen misyon öngörülebilirliği sağlayarak kişilerin kendini güvende hissedebilmesinin sağlanmasıdır.

AİHM açısından bu endişeleri taşımakla birlikte, ulusal Anayasa Mahkememizin takdir marjını nasıl yorumladığı ise ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere takdir marjının ancak uluslararası hukuk alanında uygulanması mümkündür. Çünkü devletin dışındaki ikincil bir yapı tarafından devlete ya da onun ulusal makamlarına tanınan bir değerlendirme serbestisi söz konusudur.

Dolayısıyla ulusal bir mahkeme takdir marjını bu anlamıyla yorumlayıp kararlarında gerekçe gösteremez. Takdir marjı yukarıda bahsedilen gerekçelerle AİHM'in kendini yargısal olarak sınırlamasına imkân tanıyan bir araçtır. AİHM denetim yetkisinden ulusal makamlar lehine vazgeçmektedir. Buna karşın Anayasa Mahkemesinin de kararlarında takdir marjını ileri sürerek denetim yetkisinden yasama organı lehine vazgeçtiği görülmektedir. Bu yaklaşımı onaylamak mümkün değildir. Öncelikle Anayasa Mahkemesi ikincil bir makam değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama ve yürütmeyi eylem ve işlemlerinde denetlemekle görevli bir yargı makamıdır. Aynı zamanda kendine yapılan bireysel başvurular yoluyla da kişi hak ve özgürlüklerini keyfi kamu müdahalelerine karşı korumakla yükümlüdür. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kendisine yüklenen önemli görev ve sorumluluklardan takdir marjı gerekçesiyle kurtulamaz. Dahası Anayasa Mahkemesinden, kendisini AİHS'in dar kapsamlı korumasıyla sınırlamadan, bireysel başvuru yolu aracılığıyla hak ve özgürlükleri daha da genişletici bir rol üstlenmesi beklenmektedir.

KAYNAKÇA

- ABDULLAHZADE**, Cavid, “Emval-i Metruke Kapsamındaki Mülkiyet Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Süreci Açısından Değerlendirilmesi” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt 62, Sayı 2, s. 317-347.
- AĞIRBAŞLI**, Şennur “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012, Sayı 101, s. 83-102.
- AKBULUT**, Olgun, “Serbest Seçim Hakkı”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 543-555.
- AKBULUT**, Olgun, “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 381-424.
- AKGÜL**, Mehmet Emin, “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, Cilt 61, Sayı 1, s. 1-42.
- AKTAY**, Nizamettin, **Sendika Hakkı**, Kamu-İş Sendikası Yayını, Ankara, 1993.
- AKYÜREK**, Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.
- ALGAN**, Bülent, **Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- ALGAN**, Bülent, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye’deki Görünümü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

- ALGAN**, Bülent, “The Brand New Version of article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey”, **German Law Journal**, 2008, Volume 9, No 12, s. 2237-2252.
- ALGAN**, Bülent, “Sosyal Devlet Düşerken: Bazı Yanılgılar ve Göz Ardı Edilen Gerçekler”, **Küreselleşen Dünya Anayasal Demokrasi**, Kamu Hukukçuları Platformu, 19-20 Mayıs 2011, Lefkoşa, s. 261-279.
- ALGAN**, Bülent, “Dissolution of Political Parties by The Constitutional Court in Turkey: an Everlasting Conflict Between The Court and The Parliament?” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, Cilt 60, Sayı 4, s. 809-836.
- ALGAN**, Bülent – **IŞIK**, Salim, **Ulusal İnsan Hakları Mekanizmaları Mevzuatı**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- ALGAN**, Bülent, “Bireysel Başvurularda “Açıktan Dayanaktan Yoksunluk” Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, Cilt 63, Sayı 2, s. 247-284.
- ALGAN**, Bülent, “İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 316, Ankara, 2011.
- ALGAN**, Bülent “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği”, **Anayasa Yargısı**, 2015, Cilt 32, s. 186-206.
- ALPKAYA**, Gökçen “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 56, Sayı 3, s. 1-18.
- ALTIPARMAK**, Cüneyd, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2006, Sayı 63, s. 244-270.

- ALTIPARMAK**, Kerem, “Gezi Karşıtlığının Vücut Bulduğu Dava: İzmir’in Tweetleri”, **Mülkiye Dergisi**, 2014, Cilt 38, Sayı 4, s. 87-120.
- ARAI-TAKAHASHI**, Yutaka, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia Publication, First Edition, Oxford-Newyork, 2001.
- ARICAN**, Mehmet “Güvenlik Güçlerinin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü: Uluslararası Hukuk ve Ülkemizdeki Uygulama” **Uluslararası Hukuk ve Politika**, 2009, Cilt 5, Sayı 19, 2009.
- ARNARDÓTTIR**, Oddný Mjöll, **Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Newyork, 2003.
- ARNARDÓTTIR**, Oddný Mjöll, “The Differences That Make a Difference: Recent Developments on the **Discrimination** Grounds and the **Margin of Appreciation** under Article 14 ECHR”, *Human Rights Law Review*, 2014, Volume 14, s. 647-670.
- ARONEY**, Nicholas, “Subsidiarity: European Lessons for Australia’s Federal Balance”, **Federal Law Review**, 2013, Volume 39, s. 213-234.
- ARSAVA**, Füsün, "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, Cilt XV, s. 101-124.
- ARSLAN**, Zühtü, "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2001, Cilt 56, Sayı 1, s. 1-22.
- ARSLAN**, Zühtü, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.
- ARTIK**, Sezin Aktepe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

- ASLAN**, Volkan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, Cilt 3, Sayı 2, s. 261-296.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı**, Ankara Barosu İnsan Hakları Kurulu, Yayına Hazırlayan: Onur TATAR, Ankara Barosu Yayını, 2003.
- Avrupa Ayrımcılık Yasağı El Kitabı**, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı-Avrupa Konseyi, 2010.
- AYBAY**, Rona, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- AYBAY**, Rona, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", **TBB Dergisi**, 2007, Sayı 70, 2007, s. 187-213.
- AYDIN**, Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, Cilt XV, Sayı 4, s. 121-170.
- BAHADIR**, Oktay, **Yaşama Hakkı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- BAŞARAN**, Pelin- **KARAN**, Ulaş, **Sanatsal İfade Özgürlüğü**, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2016.
- BAYRAKTAR**, Köksal, "İşkence Suçu", **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 316, Ankara, 2011, s. 145-176.
- BENEDEK**, Wolfgang – **KETTEMAN**, Mattihas C., **Freedom of Expression and the Internet**, Council of Europe, Strasbourg, 2013.
- BENVENISTI**, Eyal, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", **International Law And Politics Journal**, 1999, Volume 31, s. 843-854.
- BERMANN**, George A, "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States", **Columbia Law Review**, 1994, Volume 94, 1994, s. 331-456.

- BERNHARDT**, Rudolf, "The Convention And Domestic Law", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H. PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 25-40.
- BESİRİ**, Arzu, "Ötenazi ve Yaşam Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2010, Sayı 86, s. 188-203.
- BESSON**, Samantha, "Evolutions in Non-Discrimination Law within the ECHR and the ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe", **The American Journal of Comparative Law**, 2012, Volume 60, s. 147-180;
- BIELIAUSKAITE**, Jolanta, "The Impact of the Principle of Subsidiarity on the Implementation of Socio-Economic Human Rights in Lithuania: Theoretical Approach", **Juriprudence**, 2012, Volume 19, No 1, s. 231-248.
- BİLGİN**, Ahmet Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, Cilt 22, Sayı 1, s. 81-130.
- BLOOM**, Barbara Lee, **The Organization of American States**, Infobase Publishing, New York, 2008.
- BOJARSKI**, L.- **CHOPIN**, I.-**COHEN**, B.- **DO**, U.- **FARKAS**, L. ve **IORDACHE**, R. **Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Konularında Sivil Toplum Kuruluşlarına Yönelik Bilinç Artırma Seminerleri (Avrupa Birliği İstihdam ve Sosyal Dayanışma Programı)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2012.
- BOUNNGASENG**, Jenny, "Adjudication of International Human Rights Claims in The European Court Of Human Rights and The Inter-American Court of Human Rights: Why Atca Suits in U.S. Courts are the Better Alternative for Claims Against American Multinational Corporations", **Georgia Journal of International and Comparative**, 2005, Volume 33, s. 467-496.

- BOYAR** Oya, “Mülkiyet Hakkı”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 495-532.
- BOYAR**, Oya “Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 287-300.
- BOZKURT**, Enver, **İnsan Hakları Temel Metinleri**, Asil Yayınları, Ankara, 2011.
- BOZLAK**, Ayhan, **Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- BOWRING**, Bill, “Negating Pluralist Democracy: The European Court Of Human Rights Forgets the Rights of the Electors”, **Kurdish Human Right Project Legal Review**, 2007, Volume 11, s. 67-96.
- BRAUCH**, Jeffrey A., “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, **Columbia Journal of European Law**, 2005, Volume 11, s. 113-150.
- BREMS**, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the ECHR”, **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, 1996, Volume 56, s. 240-314.
- BYCHAWSKA-SINIARSKA**, Dominika, **Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, July 2017.
- CAN**, Osman, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Liberal Düşünce Dergisi**, 2001, Güz, Sayı:24, s. 95-96.
- CANATAN**, Bilal, "Bir AB Hukuku İlkesinin Fikir Kaynakları: Totaliterizme Karşı Subsidiarity", **Liberal Düşünce**, 2005, Cilt 10, Sayı 38-39, s. 135-147.

- CANDIA**, Gonzalo, "Comparing Diverse Approaches To The Margin Of Appreciation: The Case Of The European And The Inter-American Court Of Human Rights", **Third Annual Conference of the Younger Comparativist Committee of the American Society of Comparative Law**, April 4-5, 2014, Panel I-2, s. 1-24.
- CAROZZA**, Paolo G., "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", **The American Journal of International Law**, January 2003, Volume 97, No 1, s. 38-79.
- CARSS-FRISK**, Monica, **Mülkiyet Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü'nün 1. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz)**, İnsan Hakları El Kitapları No: 4, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 90, 2001.
- CHRISTOFFERSEN**, Jonas, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, International Studies in Human Rights, Lieden-Boston, 2009.
- COHEN-JONATHAN**, G., "Respect for Private and Family Life", in. R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H. PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 405-444.
- COSTA**, Jean Paul, "On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments", **European Constitutional Law Review**, 2011, Volume 7, s. 173-182.
- ÇAĞAN**, Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982.
- ÇELİK**, Abdullah, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- ÇETİN**, Evra, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

- ÇOBAN**, Ali Rıza, “Strasbourg’ta Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 187-223.
- Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Haz. Ece GÖZTEPE, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 186, Ankara, 2011.
- DAĞI**, İhsan- **TOPRAK**, Metin, **Türkiye’de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.
- DEMİR**, ESRA, **İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çatışması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- DEMİR**, Hande Seher, "Vicdani Ret Hakkı", **Ankara Barosu Dergisi**, 2011, Sayı 4, s. 241-283.
- DOĞAN**, İlyas, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnsan Haklarının Korunması”, içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 377-408.
- DOĞAN**, İlyas, “Ayrımcılık Yasağı”, içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 689-698.
- DOĞAN**, İlyas - **ÖZDEMİR**, Omca “Yaşam Hakkı”, içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 409-448.
- DOĞAN**, İlyas - **ÖZDEMİR**, Omca, “Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi”, içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 307-337.
- DOĞAN**, İlyas - **DEMİRDAL**, Balkan, “İfade Özgürlüğü”, içinde, **İnsan Hakları Hukuku**, ed. İlyas DOĞAN, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s.629-656.

- DOĞAN, İlyas-KAYA, Mehmet, İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- DOĞAN, İlyas**, “Devlet ve Din: Egemenlik İddiasında Bulunan Güçler Arası Modeller”, **Kamu Hukuku Arşivi**, 2007, Sayı 1, s. 32-44.
- DOĞAN, İlyas**, “İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyosunun Ahlaki Statüsüne İlişkin Bazı Düşünceler”, **Kamu Hukuku Arşivi**, 2005, Sayı 2, s. 104-112.
- DOĞRU, Osman- NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1. Cilt, Türkiye, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Projesi, Ankara, 2012.
- DOĞRU, Osman- NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013.
- DOĞRU, Osman**, “Kişi Özgürlüğü: İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu (26-27 Eylül 2003)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72, TBB-İHAUM Yayını:4, Birinci Baskı, Ankara 2004, s. 181-286.
- DOĞRU, Osman**, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2006, Sayı 64, s. 39-69.
- DONAY, Süheyl**, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- DONNELLY, Jack**, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- DUTERTRE, Gilles**, Avrupa **İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi, Nisan 2005.
- DUYMAZ, Erkan**, “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin

- Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, Cilt 64 Sayı 4, s. 1113-1160.
- DUYMAZ**, Erkan, “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt XVII, Sayı 1-2, s. 1367-1404.
- Düşünceyi İfade Özgürlüğü Konferansı**, Ankara Barosu 76. Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri, 14.07.1999.
- ERDEM**, Jülide Gül, “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği”, **Akademik Hassasiyetler Dergisi**, 2017, s. 19-44.
- ERDOĞAN**, Murat, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gaygusuz Kararı: Mülkiyet Hakkının Geniş Yorumu ve Ayrımcılık Yasağı”, **Eskişehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, Cilt XVIII, Sayı 1-2, s. 159-189.
- ERKEŞ**, Hilal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre İfade Hürriyeti**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011.
- ERLINGS**, Esther, “The Government Did Not Refer to It’: SAS v France And Ordre Public at the European Court of Human Rights”, **Melbourne Journal of International Law**, 2015, Vol. 16, s. 1-23.
- FABRI**, Helene Ruiz, “The Approach Taken by The European Court of Human Rights to The Assessment of Compensation For "Regulatory Expropriations" of The Property of Foreign Investors”, **N.Y.U. Environmental Law Journal**, 2002, Volume 11, s. 148-173.
- Freedom of Expression-Essays in Honour of Nicolas Bratza (President of the European Court of Human Rights)**, eds. Josep CASADEVALL/Egbert MYJER/Michael O’BOYLE, Wolf Legal Publishers, 2012.

Freedom of Expression in Europe: Case-Law Concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Human rights Files, No. 18.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Şubat 2016, Yıl: 7, Sayı: 25, s. 1-19.

FIRAT, Engin, “Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS’in 3. Maddesi kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 2014, Yıl 5, Sayı 19, s. 745-795.

FOREWEIN, Jochen Abr., “The Protection of Property”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H. PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 515-531.

GALTUNG, Johan, **İnsan Hakları-Başka Bir Açıdan Bakış**, çev. Müge SÖZEN, Metis Yayınları, İstanbul, 2013.

GEMALMAZ, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, 8. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006.

GEMALMAZ, Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

GEMALMAZ, Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2011, Cilt LXIX, s. 347-371.

- GEMALMAZ**, Burak, “Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ’nin Macaristan ’a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2014, Cilt 88, Sayı 2, s. 128-143.
- GERARDS**, Janneke, “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Law Review**, 2013, Volume 13, No 1, s. 99-124.
- GİRİTLİ**, İsmet, **Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükûmet Tasarrufları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1958.
- GOLUBOK**, Sergey, “Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection?”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 2009, Volume 27/3, s. 361–390.
- GOSS**, Ryan, **Criminal Fair Trial Rights Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Hart Publishing, Oxford/Portland/ Oregon, 2014.
- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (İlhan Öztrak’a Armağan)**, Ocak-Haziran 1994, Cilt 49, Sayı 1-2, s. 199-223.
- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, “Dernek, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakları ve Kamu Görevlileri”, **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu**, TODAİE, Ankara 1992, s. 41-47.
- GÖZTEPE**, Ece, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru-Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı, 30-31 Mayıs 2015, Ankara, s. 1-32.

- GÖZTEPE**, Ece, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi Sorunu: Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin İki Kararının Bir Değerlendirilmesi”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi, No:5, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 417-429.
- GÖZTEPE**, Ece, “Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 2, s. 101-131.
- GÖZTEPE**, Ece, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 530, Ankara, 1998.
- GÖZÜBÜYÜK** Şeref - **GÖLCÜKLÜ** Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref- **TAN**, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt 1, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref “İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, **Amme İdaresi Dergisi**, 1969, Cilt 2, Sayı 4, s. 3-20.
- GREER**, Steven, **The Margin of Appreciation Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.
- GRGIĆ**, Aida - **MATAGA**, Zvonimir - **LONGAR**, Matija - **VILFAN**, Ana, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No: 10, 2007.
- GÜL**, İdil Işıl- **KARAN**, Ulaş, **Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, editörler: Burcu YEŞİLADALI-Gökçeççek AYATA, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 351, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları 13, 1. Baskı, İstanbul, 2011.

- GÜLFİDAN**, Serkan, **İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’de Kötüye Kullanma Yasağı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- GÜLMEZ**, Mesut, “Sendika Hakkı ve Kamu Görevlileri”, **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu**, TODAİE, Ankara 1992, s. 57-76.
- GÜLMEZ**, Mesut, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum**, 2010, Sayı 2, s.217-266.
- GÜLMEZ**, Mesut, “Sendikal Hakların Bölünmezliği: Toplu Sözleşmesiz ve Grevsiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur”, **Çalışma ve Toplum**, 2010, Sayı 3, s. 9-50.
- GÜNEŞ**, Şule Anlar, “Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2004, Cilt 59, Sayı 4, s. 123-150.
- GÜNTÜRK**, Serdar, **Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- GÜRÇAN**, Ertuğrul Cenk, “Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, Cilt 60, Sayı 2, s. 255-280.
- GÜRİZ**, Adnan, **Teorik Açından Mülkiyet Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 253, Ankara, 1969.
- GÜRSEL**, Esra Demir, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014.
- GÜVEN**, Kudret, **Kişilik Hakları ve Ötanazi**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000.
- HAKYEMEZ**, Yusuf Şevki, “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Açısından Seçim Barajı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı”, **Eskişehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, Cilt XI, Sayı 1-2, s. 17-37.

HANSSON, Mats G. The Private Sphere-An Emotional Territory and Its Agent,
Philosophical Studies in Contemporary Culture, Volume 15, Springer Publishers,
2008.

**HARRIS, David - O'BOYLE, Michael – WARBRICK, Colin, Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi Hukuku,** İkinci Baskı Çev. Mehveş Bingöllü KILCI-Ulaş KARAN, Şen
Matbaa, Ankara, 2013.

HELPER, Laurence R. - SLAUGHTER, Anne Marie, "Toward a Theory of Effective
Supranational Adjudication", Yale **Law Journal**, November 1997, Volume 107, Issue
2, s. 273-391.

**HOLMER, Oskar, Decoding the Margin of Appreciation Doctrine in Its Use by the
European Court of Human Rights,** Stockholms Universitet, 2013.

İNCE, Hüseyin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Altında Barışçıl
Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2015,
Sayı 5, s. 517-553.

İNCEOĞLU, Sibel, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", içinde **İnsan
Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel
Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1.
Baskı, 2013, s. 23-52.

İNCEOĞLU, Sibel, Ölme Hakkı-Ötanazi, Birinci Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul,
1999.

**İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil
Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve
İlkeler,** Üçüncü Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

**JANIS, Mark W. - KAY, Richard S.- BRADLEY, Anthony W., European Human
Rights Law-Tex and Materials,** Third Edition, Oxford University Press, Oxford-
Newyork, 2008.

- JOHNSON**, Paul, "Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Alekseyev v Russia", **Human Rights Law Review**, 2011, Volume 11, No 3, s. 578-593.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku 1, İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013.
- KALE**, Fatmagül, **Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KANDEMİR**, Murat- **YARDIMCIOĞLU**, Didem, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, Cilt 19, Sayı 30-31, s. 1-44.
- KARAARSLAN**, Abdülkadir, "İfade Özgürlüğü Bağlamında Terör Propagandasının Yasaklanması Sorunu", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 4, s. 311-349.
- KARAKEHYA**, Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- KARAN**, Ulaş, "*Yaşama Hakkı*", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 115-134.
- KARAN**, Ulaş "İfade Özgürlüğü Hakkı" içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s.355-380.
- KARAN**, Ulaş, "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 159-178.

- KARAN**, Ulaş, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 459-494.
- KARAN**, Ulaş, "*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*", **Anayasa Yargısı**, 2015, Sayı 32, s. 235-306.
- KATOĞLU**, Tuğrul, "*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi*", içinde **Hukuk Güvenliği**, Haz. Ece GÖZTEPE, Kamu Hukukçuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 227, 8-9 Kasım 2013, Ankara, s. 141-183.
- KAYIHAN**, İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 2001.
- KAZANCI**, Behiye Eker "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012, Sayı 98, s. 74-104.
- KHUSHALANI**, Yougindra, "Human Rights in Asia and Africa", **Human Rights Law Journal**, 1983, Volume 4, s. 403-442.
- KLOTH**, Matthias, **Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, International Studies in Human Rights, Volume 103, Leiden/Boston, 2010.
- KILINÇ**, Ümit, "Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve devletin Yükümlülükleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2014, Sayı 110, s. 281-304.
- KILKELLY**, Ursula, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, Avrupa Konseyi, 2001.
- KIRCHNER**, Stefan- **GELER-NOCH**, Katarzyna "Compensation Under The European Convention on Human Rights for Expropriations Enforced Prior to The Applicability of The Convention", **Jurisprudence**, 2012, Volume 19/1, s. 21-29.

- KIVILCIM**, Zeynep, “İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt XIII, Sayı 1-2, s. 217-240.
- KOÇAK**, Mustafa, “Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri”, **Anayasa Yargısı**, 2006, Cilt 23, s. 116-132.
- KONTACI**, Ersoy, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014, Sayı 4, s. 106-117.
- KONTACI**, Ersoy, **Kırılgan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- KORKMAZ**, Ömer, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KOVLER**, A., “The Enforcement of European Court Judgments: Subsidiarity and/or Sovereign Will?”, **Law of Ukraine**, 2011, No 5-6, s. 143-147.
- KUÇURADİ**, İonna, “Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi**, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, 13. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005.
- KURU**, Baki -**ARSLAN**, Ramazan -**YILMAZ**, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001.
- KÜZECİ**, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- KÜZECİ**, Elif, “AİHS’in 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2007, Sayı 71, s. 174-200.
- LEARY**, Virginia A, “The Effect of Western Perspectives on International Human Rights”, in. **Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives**, eds. Abdullahi Ahmed AN-NA’IM and Francis M. DENG, The Brookings Institution, Massachusetts Avenue, Washington D.C., 1990.

- LEANZA, Piero - PRIDAL, Ondrej, The Right to a Fair Trial Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Wolters Kluwer Law&Business, The Netherlands, 2014.
- LEGG, Andrew, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law- Deference and Proportionality**, Oxford University Press, First Edition, Oxford, 2012.
- LETSAS, George, "The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", in Constituting Europe The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context**, ed. Andreas FOLLESDAL-Birgit PETERS-Geir ULFSTEIN, Cambridge University Pres, First Edition, Cambridge, 2013.
- LESTER, Antony, "Freedom of Expression", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H. PETZOLD (eds), The European System fort The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 465-492.
- LUGATO, Monica, "The 'Margin of Appreciation' and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity", Journal of Catholic Legal Studies**, 2013, Volume 52, No 49, s. 49-70.
- LYON, Beth, "The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Workers' Rights for the Hemisphere: A Comment on Advisory Opinion 18", New York University Review Of Law & Social Change**, 2003, Volume 28, s. 547-596.
- MACDONALD, R. St. J., "The Margin of Appreciation", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), The European System fort The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 83-124.
- MACOVEI, Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları Kitapçıkları, No. 5, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, 2002.

- MACOVEI, Monica, İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz), İnsan Hakları El Kitapları, No. 2., Adalet Bakanlığı Yayınları, 2012.**
- MARSHALL, Jill, Personal Freedom through Human Rights Law?-Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights, International Studies in Human Rights, Volume 8, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.**
- MATSCHER, F., “Methods of Interpretation of the Convention”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H. PETZOLD (eds), The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 63-82.**
- METİN, Yüksel- ASLAN, Gamze, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2007, Cilt 12, Sayı 3, s. 271-298.**
- MOLE, Nala- HARBY, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, No. 3, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2001.**
- MORAL, Ignacio de la Rasilla del, “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine”, German Law Journal, 2006, Volume 07, No. 06, s. 611.**
- MORANGE, Jean “Örgütlenme Özgürlüğü ve Demokrasi”, çev. Mahmut GÖÇER, İnsan Hakları Yıllığı, 1997-1998, Cilt 19-20, s.103-109.**
- MUMCU, Ahmet- KÜZECİ, Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 7. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2015.**

- MUMCU, Ahmet, Türk Kadını ve Fırsat Eşitliği Paneli**, Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi, 30.05.2003, s. 19-25. <http://sam.baskent.edu.tr/panel/kadin.pdf>. Erişim Tarihi 30.03.2018.
- MUMCU, Ahmet, Seçim Barajına İlişkin Röportaj, Ankara Barosu Hukuk Gündemi**, Sayı 1, 2015, s. 29-30.
- NAPEL, Hans-Martien ten** “The European Court of Human Rights and Political Rights: The Need for More Guidance”, **European Constitutional Law Review**, 2009, Volume 5, s. 464-480.
- NECATİGİL, Zaim M., Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kıskaçında Türkiye**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- NICOLA, Francesco De Santis di**, “Principle of Subsidiarity and ‘Embeddedness’ of the European Convention on Human Rights in the Field of the Reasonable-Time Requirement: the Italian Case”, **Jurisprudence**, 2011, Volume 18, No 1, 2011, s. 7-32.
- O’CONNELL, Rory**, “Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR” **Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars**, 2009, Volume 29, No 2, s. 211-229.
- ORAA, Jaime, Human Rights in States of Emergency in Intentional Law**, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- OSTROVSKY, Aaron A.**, "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", **Hanse Law Review**, 2005, Volume 1, No 1, s. 47.
- ÖDEN Merih- ESEN Selin**, “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Cilt II, Ankara, 2013, s. 817-836.

ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖĞÜTÇÜ, Muhlis, “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”, **Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, Cilt 7, Özel Sayı, s.555-615.

ÖNCÜ, Gülay Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

ÖNCÜ, Gülay Arslan, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 301-332

ÖZBEY, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **TBB Dergisi**, Sayı 106, 2013, s. 41-92.

ÖZBUDUN, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan)**, 2007, Cilt 62, Sayı 3, s. 258-268.

ÖZDEK, Yasemin, “Evrensellik/Kültürel Görecelik Geriliminde İnsan Hakları”, **Birikim**, Eylül 1994, Sayı 65, s. 15-36.

ÖZENÇ, Berke, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2015, Cilt LXXIII, Sayı 2, s. 87-134.

ÖZTÜRK, Fatih, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2012.

ÖZTÜRK, Berna, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev (Toplu Eylem) Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı”, **Çalışma ve Toplum**, 2016, Sayı 4, s. 1793-1836.

ÖZENÇ, Berke, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü: Başörtüsü ve Zorunlu Din Dersleri**, Diyanet İşleri Başkanlığı, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2006.

PACHE, Eckhard, “Adil Bir Yargılamaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı”, çev. Yener **ÜNVER**, içinde **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku-Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**,

Proje Yöneticisi: Kayıhan **İÇEL**, Yayına Hazırlayan: Yener **ÜNVER**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.65-78.

PARTSCH, Karl Josef, “Discrimination”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER-H. PETZOLD (eds), **The European System for the Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 571-592.

PASQUALUCCI, JO M., “Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law”, **Stanford Journal Of International Law**, Vol.38, 2002, s. 241-288.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

PETTY, Aaron R. “ Religion, Conscience and Belief in the European Court of Human Rights”, **The Geo. Wash. International Law Review**, 2015-2016, Volume 48, s. 807-851.

PETZOLD, Herbert, “The Convention and the Principle of Subsidiarity”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), **The European System for the Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 41-62.

POSNER, Richard A., "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint", **California Law Review**, June 2012, Volume 100, No 3, s. 519-556.

- POSNER**, Richard A., " The Meaning of Judicial Self-Restraint", **Indiana Law Journal**, 1983, Volume 59, No 1, s. 1-24.
- RELANO**, Eugenia, "Educational Pluralism and Freedom of Religion: Recent Decisions of the European Court of Human Rights", **British Journal of Religion Education**, 2010, Volume 32, No 1, p. 19-29.
- RITTER**, Matthew A., "Human Rights: the Universalist Controversy. A Response to are the Principles of Human Rights 'Western' Ideas?", An Analysis of the Claim of the "Asian" Concept of Human Rights From the Perspectives of Hinduism", by Surya P. **SUBEDI**, **California Western International Law Journal**, 1999-2000, Volume 30, s. 71-90.
- ROAGNA**, Ivana, **Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması**, Çev: Ayşegül Alkış **SCHALING**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El kitapları, Strazburg, 2012.
- RUPP-SWIENTY**, Annette, **Die Doktrin von der Magrin of Appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerischtshofs für Menschenrechte**, Europarecht-Völkerrecht Studien und Materialien, Band 59, München, 1999.
- SABUNCU**, Yavuz, "Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları", **Anayasa Yargısı**, 2006, Cilt 23, s. 191-197.
- SALİHPAŞAOĞLU**, Yaşar "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt XVII, Sayı 3, s. 227-266.
- SANCAR**, Mithat, **Temel Hakların Yorumu**, Yayınlanmamış Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1995.
- SANCAR**, Mithat "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre", **Amme İdaresi Dergisi**, 1990, Cilt 23, Sayı 1, s. 69-88.

- SARIGÜL**, Ali Tanju, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- SCHAUER**, Frederick, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çeviren: M. Bahattin SEÇİLMİŞOĞLU, Cambridge Üniversitesi Matbaası, Birinci Baskı, 1982.
- SERİM**, Bülent, "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", **Amme İdaresi Dergisi**, 1994, Cilt 27, Sayı 3, s. 13-25.
- SEVİNÇ**, Murat, "Seçim Barajı Tartışması ve Olası Seçenekler", **Mülkiye Dergisi**, 2014, Cilt 38, Sayı 4, s. 159-166.
- SEVİNÇ**, Murat "Türkiye'de ve Batı Demokrasilerinde, Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 51, Sayı 1, s. 297-283.
- SEVÜK**, Handan Yokuş "Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2007, Sayı 69, s. 97-124.
- SEZER**, Tijen Dünder, "Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2008, Cilt 10, Sayı 1, s. 1-58.
- SHAHPANAHI**, Nilufar **Margin of Appreciation in Context of Freedom of Religion (Article 9 of the European Convention on Human Rights) in the Interpretation of the European Court of Human Rights**, Toronto University, Faculty of Law, LLM Programme Thesis, 2011.
- SHAW**, Malcolm N., "Freedom of Thought, Conscience and Religion", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H.PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, p. 445-464.

SIMMONS, William Paul, “Remedies for the Women of Ciudad Juarez through the Inter-American Court of Human Rights”, **Northwestern Journal Of International Human Rights**, 2006, Volume 4, No 3, s. 492-517.

SÖZÜER, Âdem, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılama Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1997, Cilt 55, Sayı 3, s. 65-110.

SPIELMANN, “Dean Allowing the Right Margin the European Court Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, Working Paper Series of the Centre for European Legal Studies at the University of Cambridge and subsequently in the Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Cambridge, 2012.

STAVROS, Stephanos, **The Guarantees of Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, International Studies in Human Rights, Volume 24, Dordrecht/Boston/London, 1993.

SWEENEY, James "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", **International and Comparative Law Quarterly**, April 2005, Volume 54, s. 459-474.

ŞAHBAZ, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **TBB Dergisi**, 2004, Sayı 54, s. 178-2016.

ŞEN, Ersan, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Kitabevi, İstanbul, 1996.

ŞİMŞEK, Suat “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı ve Devletlerin Takdir Hakkı”, **Adalet Dergisi**, 2012, Sayı 42, s. 177-201.

ŞİMŞEK, Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2010, Sayı 91, s. 181-228.

ŞİMŞEK, Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –II”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, Sayı 92, s. 312-349.

ŞİRİN Tolga- **DUYMAZ** Erkan, - **YILDIZ** Deniz, **Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 313, Ankara, 2016.

ŞİRİN, Tolga, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

ŞİRİN, Tolga, “Anayasa Mahkemesi’nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme”, **Anayasa Yargısı**, 2015, Cilt 32, s. 79-135.

ŞİRİN, Tolga, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2011, Cilt 17, Sayı 1-2, S. 284-348.

ŞİRİN Tolga, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, 2013, Cilt 2, Sayı 4, s.359-400.

ŞİRİN, Tolga, Üçüncü Yılda Bir Bilanço: “Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru-Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı, 30-31 Mayıs 2015, Ankara, s. 1-144.

TANJU, Erhan, **AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

TANYAR, Ziya Çağa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, Cilt 60, Sayı 3, s. 593-634.

TAYLOR, Paul M., **Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

The Right Fair Trial, Collection Science and Technique of Democracy, No. 28, Council of Europe, 2000.

The Right to Respect for Private and family Life, Home and Correspondence as guaranteed by Article 8 of the ECHR, Human Rights Files No. 7, Council of Europe, Strasbourg, 1984.

TOBLER, Christia, “Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law-A Comparison Focusing on Discrimination Against LGBTI Persons”, **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, 2014, Volume 74, s. 521-56.

TOMUSCHAT, Christian “Freedom of Association”, in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H. PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 493-514.

TRECHSEL, S. "Liberty and Security Person", in R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER- H. PETZOLD (eds), **The European System for The Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publication, The Netherlands, 1993, s. 277-344.

TRINDADE, Antônio A. Cançado, "The Jus Cogens Prohibition of Torture", in. **The Construction of a Humanized International Law- A Collection of Individual Opinions (1991–2013)**, Book 1, Volume 6, Inter-American Court of Human Rights, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2014, in Chapter 8.

TUNÇ, Hasan, “Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt XVII, Sayı 1-2, s. 1643-1653.

- TURHAN**, Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye/Gözetiminde Kayıplar, Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözetim Süreleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran- Aralık 2000, Cilt IV, Sayı: 1-2, s.205.
- TÜMAY**, Murat, "The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", **Ankara Law Review**, Winter 2008, Volume 5, No 2, s.201-234.
- TÜRK**, Hikmet Sami, "Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih", **Anayasa Yargısı**, Sayı 23, 2006, s. 75-113.
- Türkiye’de İfade Özgürlüğü**, Türkiye Barolar Birliği Sempozyumu, TBB Yayınları: 293, Aralık 2014.
- Türkçe Sözlük**, 2. Cilt, AKDYYK Türk Dil Kurumu, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.
- TÜRMEEN**, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri", **Anayasa Yargısı**, 2000, Sayı 17, s. 32-42.
- ULER**, Yıldırım, "Yönetmelik Yargıda Dava Süresi", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı**, Damıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 209-262.
- ULUCAN**, Devrim, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt 15, Özel Sayı, s.369-383.
- ULUTAŞ**, Ahmet, "Türk Hukukunda Suçluların geri Verilebilmesi Sürecinde Alınabilecek Koruma Tedbirlerinin AİHS'in 5. Maddesi Açısından Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2012, Sayı 4, s. 140- 176.
- UYGUN**, Oktay, **Devlet Teorisi**, Oniki Levha Yayınları, 4. Tıpkı baskı, İstanbul, 2017.
- UYGUN**, Oktay, "Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırları", **Kamu Hukuku İncelemeleri**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 127-197.

UYGUN, Oktay, **Demokrasi- Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutları**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

UZ, Abdullah, Türkiye’de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri”, **Amme İdaresi Dergisi**, Eylül 2008, Cilt 42, Sayı 3, s. 99-124.

ÜÇOK, Coşkun – **MUMCU**, Ahmet - **BOZKURT**, Gülnihal, **Türk Hukuk Tarihi**, Tamamen yenilenmiş 17. Baskı, Ankara, 2015.

ÜZELTÜRK, Sultan, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.

Van DIJK, P.- **Van HOOFF**, G.J.H., **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, First Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

Van DIJK, Pieter- **Van HOOFF**, Fried - **Van RIJN** Arjen - **ZWAAK**, Leo, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.

VITKAUSKAS, Dovydas- **DİKOV**, Grigoriy, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil yargılanma Hakkının Korunması**, Çeviren: Av. Serkan CENGİZ, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012.

WILLIAM, M. Carter, “Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication, **Journal of Public Law&Policy**, 2008-2009, Volume 30, s. 319-334.

WINTEMUTE, Robert, “Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and Refusals to Serve Others”, **The Modern Law Review**, 2014, Volume 77, No 2, s. 223–253.

YAVAŞLAR, Funda Başaran, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, içinde **Hukuk Güvenliği**, Haz. Ece GÖZTEPE, Kamu Hukukçuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 227, 8-9 Kasım 2013, Ankara, s.189-238.

- YENİSEY**, Feridun “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama”, **Anayasa Yargısı**, 2016, Cilt 33, s. 213-229.
- YENİSEY**, Kübra Doğan, “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006, Sayı 4, s. 63-82.
- YILMAZ**, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 1992.
- YOKUŞ**, Sevtap, “Türkiye’de %10 Seçim Barajına İlişkin Hukuksal ve Siyasal Tartışmalar”, **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, 2007, Sayı 11.
- YOUROW**, Howard Charles, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martinus Nijhoff Publishers, First Edition, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1996.
- YUVALI**, Ertuğrul, “Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Irk Ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, 2012-2013, Cilt 24, Sayı 3-4-5, s. 71-83.
- YÜZER**, Dilara, **1982 Anayasası’nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması**”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ZAFER**, Hamide **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- ZAND**, Joseph “New Religious Movements and Freedom of Thought, Conscience and Religion in the European Convention on Human Rights’ Jurisprudence”, **Ankara Bar Review**, 2013, No 2, s. 84-109.
- ZEYTİNOĞLU**, Emin, “İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Güz 2012/2, “10. Yıl’a Armağan”, Yıl:11, Sayı: 22, s. 177-202.

ZIMBRON, Ricardo, “The Unappreciated Margin: Turkish Electoral Politics Before the European Court of Human Rights”, Harvard **International Law Journal Online**, 2007, Volume 49, s. 10-20.

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf, erişim tarihi 08.06.2016.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayata_saygi.pdf., erişim tarihi 08.06.2016.

http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf, erişim tarihi 20.04.2018.

http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf, erişim Tarihi 20.04.2018.

<http://law.lclark.edu/live/files/16738-ycc-2014conference-programpdf>, erişim tarihi 23.03.2015.

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad5_OzgurlukveGuvencilik.pdf, erişim tarihi 27.11.2015.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5. Madde Rehberi- AIHS’in 5. Maddesi Özgürlük ve Güvenlik Hakkı,

http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_TUR.pdf, erişim tarihi 27.11.2015.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi- Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü), Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012. www.echr.coe.int (Case-Law-Case Law Analysis-Case-Law Guides).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi- Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), Avrupa Konseyi, Strazburg, 2013. www.echr.coe.int (Case-Law-Case Law Analysis-Case-Law Guides).

Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, 2012.

http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/docsbas2012_eng.pdf, Erişim Tarihi 23.3.2015.



ÖZET

Bu tez, ilk kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında kullanılmış olan ve günümüzde de Mahkemenin yargılamasında sıklıkla başvuru alan takdir marjı doktrini açıklamayı amaçlamaktadır. Bu doktrin uluslararası insan hakları hukukunda, ulusal makamların ahlaki ve kültürel özelliklerin değerlendirilmesinde ilke olarak, uluslararası yargıçlardan daha iyi bir konumda olduğu anlayışına dayanmaktadır. Çünkü taraf devletlerin iç hukukunda bu konulara ilişkin bir Avrupa mutabakatına ulaşmak mümkün değildir.

Ayrıca takdir marjı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ikincil bir koruma sistemi öngörmesi ile de yakından ilişkilidir. Bu bağlamda, ikincilik ilkesi ve takdir marjı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15 Nolu Ek Protokolü ile Sözleşme'nin başlangıç metnine eklenecektir. Bu kapsamda mevcut çalışma özellikle takdir marjının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılamasındaki kökeni, anlamı, işlev ve gerekçeleri ile Sözleşme'de yer alan hakların sınırlanmasında nasıl bir rol oynadığı konusuna odaklanmaktadır.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to explain the doctrine of the margin of appreciation, which was used for the first time in the judgments of the European Court of Human Rights and which has frequently been referred today in the trial of the Court. In international human rights law, this doctrine is based on the understanding that national authorities are in principle in a better position than international judges on the assessment of moral and cultural characteristics. Because, it is not possible to reach a uniform European consensus on these issues in the domestic law of the various Contracting States.

In addition, the margin of appreciation is closely related to the presumption of a subsidiarity protection system of the European Convention on Human Rights. In this regard, it is also argued that the margin of appreciation is the means of providing the principle of subsidiarity. In this context, the principle of subsidiarity and the margin of appreciation shall be added to the preamble to the above-mentioned Convention by Protocol No.15 amending the Convention. In this regard, the research particularly focuses on the origin, meaning, functions, justifications and the role of the margin of appreciation in the judgment of the European Court of Human Rights.