

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN
SINIRLANDIRILMASINDA DEVLETLERİN
TAKDİR MARJİ**

**Hazırlayan
Özlem ERKAL**

**Danışman
Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ**

Yüksek Lisans Tezi

**Temmuz 2015
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN
SINIRLANDIRILMASINDA DEVLETLERİN
TAKDİR MARJİ**

(Yüksek Lisans Tezi)

**Hazırlayan
Özlem ERKAL**

**Danışman
Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ**

**Temmuz 2015
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Özlem ERKAL

YÖNERGEYE UYGUNLUK ONAYI

“Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Devletlerin Takdir Marjı ” adlı Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi’ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Özlem ERKAL

Danışman

Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL

KABUL ve ONAY SAYFASI

Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ danışmanlığında Özlem ERKAL tarafından hazırlanan “Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Devletlerin Takdir Marjı” adlı bu çalışma, jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

30 / 07 / 2015

JÜRİ:

Danışman : Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

.....

Üye : Prof. Dr. Arslan TOPAKKAYA

.....

Üye : Doç. Dr. Mehmet ÖCAL

.....

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun 12/08/2015 tarih ve18..... sayılı kararı ile onaylanmıştır.

Prof. Dr. Lütfiye CEBECİ
Enstitü Müdürü



TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN SINIRLANDIRILMASINDA DEVLETLERİN TAKDİR MARJI

Özlem ERKAL

**Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2015
Danışman: Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ**

ÖZET

Takdir marjı doktrini, İnsan haklarının ulusüstü düzeyde korunması amacıyla hazırlanmış belge olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim organı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla oluşturulmuş ve geliştirilmiştir. Sözleşme sistemine dahil devletler için ulusal menfaatlerle birey menfaatlerinin çatıştığı noktada mahkeme tarafından belli koşullarda kendilerine verilmiş bir hareket sahasını ifade etmektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 'nin, sözleşmede düzenlenen belli haklar açısından devletlere tanıdığı bu serbesti, zaman zaman aynı konu ile ilgili başvurularda farklı değerlendirmelere de sebebiyet vermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin kendi içtihatlarıyla çelişen kararlar verdiği görülmekte ve bu durum da sözleşmenin ortak bir Avrupa insan hakları anlayış standardı oluşturma amacına ters düşmektedir.

Anahtar kelimeler: İnsan hakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Takdir marjı doktrini, Demokratik toplum gerekleri, Ölçülülük ilkesi.

THE MARGIN OF APPRECIATION OF THE STATE RE THE LIMITATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS

Özlem ERKAL

**Erciyes University Institute for Social Sciences,
Master's Thesis, July 2015
Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Kasım KARAGÖZ**

ABSTRACT

The European Convention on Human Rights (ECHR) was prepared in order to protect human rights at the supranational level. The European Court of Human Rights (ECtHR), which is the monitoring body of the Convention, created and developed the concept of the margin of appreciation doctrine. In the scope of the Convention and according to the Court, this concept represents a level playing field under certain conditions where national interests are in conflict with individual interests. However, the Court had different assessments in terms of application of certain rights regarding the recognized freedom of states. The Court's decisions contradict its own case law from time to time which is contrary to the Convention's aim of creating a common European understanding of human rights standards.

Key words: Human rights, The European Court of Human Rights, The margin of appreciation doctrine, Democratic society requirements, The principle of proportionality.

İÇİNDEKİLER

TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN SINIRLANDIRILMASINDA DEVLETLERİN TAKDİR MARJİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK.....	i
YÖNERGEYE UYGUNLUK ONAYI	ii
KABUL ve ONAY SAYFASI	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI, KORUNMASI, SINIRLANDIRILMASI VE TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

I. GENEL OLARAK	3
II. HAK-ÖZGÜRLÜK AYRIMI VE İNSAN HAKLARI.....	3
A. Hak Kavramı.....	4
B. Özgürlük Kavramı	5
C. İnsan Hakkı Kavramı.....	6
1. Doğal Hukuk ve İnsan Hakları.....	6
2. Dinde İnsan Hakları ve Osmanlı Devletinin Durumu	7
III. İNSAN HAKLARININ YEREL VE EVRENSEL DÜZEYDE KORUNMASI REJİMİ.....	11
A. İnsan Haklarının Türk Anayasal Sisteminde Korunması Usulü	11
1. Anayasa Yargısı ve Anayasa Şikâyeti.....	11
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri	13
B. İnsan Haklarının Korunması Sorunu	14
1. Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları	14
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.....	17
IV. İNSAN HAKLARININ ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZEYDE SINIRLANDIRILMASI	18

A. Türk Anayasal Sisteminde Temel Hakların Sınırlandırılması	18
1. Temel Hakların Sınırlandırılmasının Sınırı olarak Demokratik Toplum Düzeni Gerekleri.....	18
2. Temel Hakların Sınırlandırılmasında Olağanüstü Rejimler	20
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sınırlandırma Rejimi	23
V. İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ	25
A. Takdir Marjı Kavramı.....	25
1. Ortaya Çıkışı ve Gelişimi	26
2. İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Marjı Doktrininin Karşılaştırması	27
3. Subsidiarite (ikincillik İlkesi) ve Takdir Marjı	28
4. Çoğulculuk ve Subsidiarite	30
B. Takdir Marjı Doktrininin İnsan Haklarının Evrenselliği İlkesi Karşısındaki Durumu	32
C. Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çatışmasında Takdir Marjı.....	33
D. Takdir Marjı ve Ölçülülük İlkesi.....	34
1. İnsan Hakları Normlarında Ölçülülük İlkesi.....	36
2. Uluslararası Hukukta Ölçülülük İlkesinin Yeri ve Takdir Marjı	37
E. Hakların Takdir Marjı Oranına Göre Tasnifi	38
1. Mutlak Haklar	39
2. Kişisel Haklar.....	39

İKİNCİ BÖLÜM

AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

I. AİHM KARARLARINDA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ.....	41
A. ÖZEL HAYATA SAYGI	42
1. Cinsel Kimlik ve Tercih	44
2. Gebeliğin Sona Erdirilmesi (Kürtaj)	50
3. Özel Hayata Saygı Bağlamında Sağlık ve Çevre Hakkı.....	52
4. İletişimin Dinlenmesi	55
B. DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ	57
1. Lâik Devlet ve Din Özgürlüğü.....	59
2. İbadet ve Dini Cemaat Özgürlüğü.....	60
3. Dinî Kıyafet ve Sembollerle İlgili AİHM Kararları.....	63

a. Leyla Şahin/Türkiye ve Dahlab/ İsviçre Kararları	63
b. Lautsi ve Diğerleri/ İtalya	69
4. Zorunlu Din Dersi	72
5. Vicdani Ret	75
C. İFADE HÜRRİYETİ	80
1. Müstehcen Yayın.....	82
a. Handyside/Birleşik Krallık Davası.....	82
b. Müller ve Diğerleri/ İsviçre Davası.....	85
2. Dinî İfade ve Nefret Söylemi.....	86
a. Otte- Preminger-Institute/Avusturya Davası.....	87
b. Dink /Türkiye Davası	89
D. TOPLANTI VE DERNEK KURMA HÜRRİYETİ	91
II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA TAKDİR MARJİ	94
SONUÇ.....	99
KAYNAKÇA.....	102
ÖZGEÇMİŞ	112

KISALTMALAR

AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
DD.	: Danıştay Dergisi
E	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSFHD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İİBF	: İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
para.	: Paragraf
RG	: Resmi gazete
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TCK : Türk Ceza Kanunu

TDK : Türk Dil Kurumu

Vd. : ve diğerleri

Y. : Yıl

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almayan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kendi geliştirdiği bir doktrin olan takdir marjı, taraf devletlerin sözleşme sistemine devamını sağlamak amacını taşımaktadır. Mahkemeye göre ulusal makamlar, kendi insan hakları sorunlarını değerlendirmekte uluslararası yargıçlardan daha iyi konumda olmaları dolayısıyla kendilerine verilen yetkileri kullanırken neyin gerekli olduğunu değerlendirmede daha iyi pozisyonda bulunmaktadırlar. Taraf devletlere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tanıdığı bir hak olarak geliştirilen takdir marjı doktrini, temel hak ve hürriyetlere müdahale şartlarının ilgili hak için öngörülen koşullarda ve belli amaçlarla sınırlandırılmasında orantılılık ve demokratik toplum gereklerine uygun olup olmadığı hususlarında mevcut ulusal şartları değerlendirmede taraf devletlere tanınan bir hareket alanı olarak tanımlanabilir. Ancak bu takdir alanı sözleşme sistemindeki tüm haklar için geçerli olmadığı gibi her durumda da geçerli olmayacaktır.

Sözleşme sisteminde yer alan hakların önemine ve sınırlandırma ölçütlerine göre değişen oranda devletlerin temel haklara müdahalesinde daha az ya da daha geniş takdir marjı bulunmaktadır. Sözleşmenin özellikle 8-11. maddelerinde düzenlenen haklar bakımından tanınmış olan takdir marjı, ilgili maddelerin 2. paragraflarında öngörülen sınırlandırma sebeplerine dayanarak yapılan müdahalelerin, demokratik bir toplumda ne kadar gerekli olduğu ile ilişkili bir kavramdır. 8-11. maddeler sırasıyla özel hayatın gizliliği, düşünce din ve vicdan özgürlüğü, fikir özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma özgürlüğünü düzenlemektedir. Bu özgürlüklerin toplum yapılarına göre değişebilen algılanış ve kullanış biçimleri, sınırlandırma rejimlerini de etkilemektedir. Akit ülkelerin arasında ortak bir ahlak, kültür, yaklaşım ve görüş birliği bulunmamasından mütevellit, taraf devletlerin görece farklı olduğu bu hususlarda uzlaşma ve farklılıkları gidermeye yönelik olarak takdir marjının önemli bir yeri bulunmaktadır. AİHM' nin, demokratik toplum düzeni gereklerinin unsurları olarak kabul ettiği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik unsurlarının belirgin olması gereken bu hakları devletlerin etkili koruma ve aynı zamanda kullanma araçlarını da sağlama yükümlülüğünü de içeren çift yönlü sorumluluğu bulunmaktadır. Bu bakımdan AİHM, davalarda devletlerin yaptığı

müdahalelerin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı noktasında inceleme yapacaktır.

AİHM' nin hukukî denetiminin yanında takdir marjını da göz önüne alması, farklı sosyal ve kültürel yapılara sahip devletlerarasında farklı insan hakları anlayışlarının doğmasına yol açmaktadır. Ancak Sözleşme'nin amacının, Avrupa' da ortak bir insan hakları kavramı oluşturmak olduğu düşünüldüğünde bu ortak anlayışa ne kadar yaklaşırsa devletlere tanınan takdir marjı da o oranda azalacaktır. Dolayısıyla bir konuda Avrupa'da oturtulmuş ve geliştirilmiş bir insan hakkı mülahazası varsa, takdir marjına geçerlilik tanınmayacaktır. Ancak belli konularda Avrupa' da uzlaşma sağlanması denetim organı olan AİHM' nin içtihatlarını gerektirmekte bu sebeple takdir marjının tanınması belli ölçüde tutarlı ve yeknesak yaklaşımları zorunlu kılmaktadır.

Devletlerin takdir hakkının sınırsız olmadığını çeşitli kararlarında pek çok kez yineleyen AİHM' nin, denetim fonksiyonunu büsbütün bir kenara koyup takdir marjına dayanarak kararlar verdiğine de rastlanmaktadır. Takdir marjının çok geniş yorumlanması, temel hak ve özgürlüklerin işlevsiz kalmasına yok açabilecek ölçüde uygulamalara yol açabilmektedir. AİHM bazı kararlarında takdir marjını geniş yorumlamakta ve tamamen ulusal makamların müdahale için öngördükleri amacı meşru kabul etmektedir. Bu durumda ihlalin bulunmadığı yönünde kararlar vermektedir. Bu sebeple sözleşmenin ve AİHM' nin amacına sınırları belirsiz olan doktrinin ne ölçüde uygun düştüğü sorgulanmalıdır.

Bu çalışmada, ilk bölümde öncelikli olarak insan hakları kavramları ele alınacak, insan haklarının korunması ve sınırlandırmasında izlenen usuller ele alınacaktır. Takdir marjı kavramının açıklanmasından önce bu kavramla doğrudan ilgisi bulunan demokratik toplum düzeni gerekleri ve benzeri kavramlar üzerinde durulacaktır. Takdir marjı doktrini açıklandıktan sonra ikinci bölümde Sözleşmenin 8-11. maddelerinde düzenlenen haklar ile ilgili yapılan başvurular kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin takdir marjı ile ilgili öne çıkan kararları incelenecektir. Bu meyanda Anayasa Mahkemesinin takdir marjı doktrinine yaklaşımı da ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI, KORUNMASI, SINIRLANDIRILMASI VE TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

I. GENEL OLARAK

İnsan hakları hukukunda takdir marjı doktrininin açıklamadan önce, doktrinin uygulanışı ile ilgili olarak sıkı bir bağ içinde bulunduğu hak, özgürlük kavramları ve bunların korunması ve sınırlandırılması ile ilgili temel sorunların açıklanmasında fayda bulunmaktadır. İnsan hakları öğretisi olarak ortaya çıktığı tarihten bu yana sürekli olarak gelişmektedir. Bu gelişim sürecinde devletlerin yaklaşımları ile uluslararası belgelerin uyum içinde bir yaklaşım yakalaması da gittikçe zorlaşmaktadır. Özellikle uluslararası insan hakları belgelerine uymayı taahhüt eden, ihlal durumunda da yargılanmayı kabul eden ülkeler, mahkemelerin içtihatlarıyla da bağlı kalmak durumundadır.¹ Takdir marjı doktrini de AİHM içtihatlarıyla ortaya çıkmış, devletlere kendi egemenlik alanlarında hareket serbestisi tanımıştır. Ancak bu serbesti sınırsız bir serbesti olarak karşımıza çıkmamaktadır. Devletlerin hareket alanı yine AİHM içtihatlarıyla ortaya çıkan bir takım ilkelerle belirlenmektedir. Aşağıda belirtileceği üzere bu sınırlar ağırlıklı olarak demokratik toplum gerekleri ilkesiyle belirlenmektedir.

II. HAK-ÖZGÜRLÜK AYRIMI VE İNSAN HAKLARI

İnsan hakları teorisinin hak ve özgürlük kavramları ile sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır. Bu kavramlar birbirine benzese de aralarında farklılıklar mevcuttur ve hukukî olduğu

¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 46. maddesi gereğince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları bağlayıcıdır. Bu maddeye göre; Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmektedir. Ayrıca Mahkeme'nin kesinleşen kararları, Bakanlar Komitesi'ne gönderilmektedir. Bakanlar Komitesi Mahkeme kararlarının infazını denetlemektedir. Ayrıca bu konuda bkz. Ünal, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç hukukuna Etkileri", AYD. C. 17, s. 63 vd.

kadar felsefî içeriğe de sahiptirler.² Anayasa ve diğer pozitif düzenlemelerde yer alan bu kavramlar özellikle temel hakların sınırlarını belirlemektedir.

A. Hak Kavramı

Hak, sözlükte farklı manaları karşılayan bir mefhumdur. İlk anlamı adalet olan hak, gerçeğe uygunluk, doğruluk, pay gibi manalara da gelir ve genellikle nezdinde bulunduran kişiye bir takım yetkiler verir.³ Hak kavramı doktrinde farklı tanımlansa da kısaca, hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan ve korunan menfaatleri olarak tanımlayabiliriz.⁴ Dolayısıyla hak devletin insan ihtiyaçlarını karşılamaya ilişkin meşru talepler olarak anlaşılmakta ve hukukta bir kişi, kurum veya bir şey üzerinde gerekçelendirilmiş bir iddia veya talebi ifade etmektedir.⁵ Hak kavramının iki temel unsuru tanımlardan da anlaşıldığı gibi “doğruluk” ve “yetki”dir.⁶ Dolayısıyla hakkın varlığı onun doğruluğundan emin olmayı gerektirir ve kullanımı kişiye hukuk tarafından verilmiş bir yetkiye muhtaçtır. Hukukî açıdan değerlendirildiğinde, mevcut normlar bakımından hakkın, sahibine imkân ve izin veren bir durumu açıkladığı da söylenebilir.⁷

Hakların kullanım ve düzenleme alanına bakıldığında kamu hakları ve özel haklar şeklinde ayırım yapmak mümkündür.⁸ Anayasa’da düzenlenen temel hak ve hürriyetlerden başka başta Türk Medeni Kanunu gibi çeşitli kanunlarda düzenlenen haklar mevcuttur. Kişinin malvarlığı üzerindeki hakları ile şahıs varlığına ilişkin hakları ve buna bağlı olarak maddi manevi tazminat talep hakları bulunmaktadır. Ancak burada açıklayacağımız hak kavramı insan hakları konusuyla doğrudan ilgili olan hak kavramıdır.

1982 Anayasası’nın başlangıç metninde “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür,*

² Armağan, Servet, 1961 Anayasası’na Göre, Temel Haklar ve Ödevler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 1.

³ TDK büyük sözlük, www.tdk.gov.tr, (E.T. 9.10.2014).

⁴ Gözler, Anayasa Teorisi, c. 2, s. 476; Gündüz, Aslan, Milletlerarası Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 5.

⁵ Erdoğan, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, 2011, s. 8.

⁶ Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin, Ankara, 2011, s. 34; Donnelly Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çeviri: Mustafa Erdoğan, Korkut Levent, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 19.

⁷ Erdoğan, s. 11

⁸ Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, c. 2, Bursa, 2011, s. 478.

medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...” ibaresi yer almaktadır. Bu ibare, hak sahibi olmanın var olma ile kendiliğinden başladığını örnekleyen niteliktedir.

B. Özgürlük Kavramı

Özgürlük kavramı ise sözlükte ilk anlamı itibariyle herhangi bir kısıtlamaya ve zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme ve davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumunu⁹ ifade eden, kayıtsız şartsız bir serbestiyi ifade etmektedir. Özgürlük kavramının hukuki anlamı da sözlük anlamı ile benzerlik taşımaktadır. Özgürlük kişinin eylem olanaklarının kısıtlanmaması anlamına gelmekte ve negatif bir durumu ifade etmektedir.¹⁰ Dolayısıyla özgürlük insanın serbest hareket etme gücü olup, insan fiilinin bir niteliği olarak kullanılmaktadır.¹¹ Bu bağlamda kişiye bir şeyi yapıp yapmama, belli bir şekilde davranıp davranmama gücü tanımaktadır.¹² Ancak hukukta kişilerin özgürlüğü sınırsız değildir. Bu nedenle hukukta önem arz eden husus özgürlüğün meşru bir şekilde sınırlandırması ve bunun koşullarının belirlenmesidir.¹³ Bu meyanda gerek Anayasa da gerekse diğer kanunlarda özgürlüğün sınırları da çizilmektedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere özgürlük aynı zamanda bir haktır. Ancak her hak, özgürlük anlamına gelmemektedir.¹⁴ Çünkü özgürlük, esasında hukuk düzenince tanınıp korunmaya muhtaçtır.¹⁵ Bu niteliği itibariyle de özgürlük, tüm hakların kaynağıdır. Haklar ise, özgürlükleri sağlamak amacıyla kanuni metinlerde düzenlenmiş ise, hak sahibine bu çerçevede meşru yetkiler bahşetmektedir.¹⁶

Anayasa metnine bakıldığında hem hak hem hürriyet kavramının çeşitli maddelerde kullanıldığı görülmektedir. Basın hürriyeti (AY. m. 28), din ve vicdan hürriyeti (m. 24), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m. 23); konut hakkı (m. 57), düzeltme ve cevap hakkı (m. 32), mülkiyet hakkı (m. 35) gibi düzenlemeler örnek verilebilir.

⁹ TDK büyük sözlük, www.tdk.gov.tr, E.T.09.10.2014.

¹⁰ Erdoğan, s. 33, 34.

¹¹ Gözler, Anayasa Teorisi, c. 2, s. 474.

¹² Gözler, Anayasa Teorisi, c. 2, s. 474.

¹³ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayıncılık, 1994, s. 58.

¹⁴ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1994, s. 12.

¹⁵ Erdoğan, s. 3; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku s.13; Gözler, Anayasa Teorisi, c. 2, s. 478.

¹⁶ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 13.

C. İnsan Hakkı Kavramı

İnsan Hakları kavramının doktrinde pek çok tanımı bulunmaktadır. İnsan hakları, öğretide kaynak olarak “insan onuru” kavramı temel alınarak tanımlanmıştır.¹⁷ Bu tanımlara göre insanların sırf insan olarak, dünyaya gelmeleri ile doğuştan kazandıkları bu haklar, insan onurunu korumayı, maddi ve manevi varlığını geliştirmeyi amaçlar. İnsan haklarının temel insani değerleri korumak için düzenlendiği ve siyasi gücün kötüye kullanılmasına karşı ahlakî geçerliliği bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁸

1. Doğal Hukuk ve İnsan Hakları

Doğal hukuk, insan haklarının devletten önce var olduğu, tanımlanma gereği olmayan, doğuştan sırf insan olmaktan kaynaklandığı görüşüne dayanmaktadır.¹⁹ Bir başka tanımda, insan haklarının “*insan onuru ve potansiyeline ilişkin belli bir görüşün, temel hakların kurumsallaştırılması yoluyla gerçekleştirilmesini amaçlayan sosyal bir pratik*” olduğu ifade edilmektedir.²⁰ Uygulamada insan haklarının korunması hayati öneme sahiptir. Hakların sürekliliğinden ve gerçek manada varlığından bahsedebilmek, hakkın koruyuculuğunu etkin olarak üstlenmiş bir hukuk devletinin varlığına muhtaçtır.

İnsan haklarını en temel manada tanımlarken kullanılan insan onuru kavramı, aslında insan haklarının küresel ölçekte korunmasını sağlamaya yönelik en güçlü dayanaştır.²¹ Bu kavram hayati önem taşımakta ve uzun süren tarihsel ve siyasal olaylardan sonra özellikle insanlığın yaşadığı acı olaylar neticesi ortaya çıkmıştır.²² Bunun temelinde II. Dünya Savaşı döneminde yaşanan ve tüm dünyanın tanıklık ettiği soykırım, işkence ve insanların toplama kamplarında maruz kaldıkları olaylar yatmaktadır. Bu olaylar büyük tepkilere neden olmuş ve insan haklarının küresel ölçekte korunması gerekliliği ortaya çıkmıştır.²³ Bu gereklilik, bir taraftan devletlere pozitif yükümlülükler yükleyen

¹⁷ Bkz. Doğan İlyas, İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı, Astana Yayınları, Ankara 2013. S.10. ve Tezcan vd. s. 35. (İnsan Hakları)

¹⁸ Freeman, Michael, İnsan Hakları Disiplinlerarası Bir Yaklaşım, Türkçe Çeviri : A. Erkan Koca ve Asena Topçubaşı, Birleşik Yayınları, Ankara, 2008, s. 70.

¹⁹ Akıllıoğlu Tekin, İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010. s. 2.

²⁰ Donnelly, s. 28.

²¹ Doğan, (insan Hakları) s. 41.

²² Doğan İlyas, “*Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Yıl 2005. s. 53.

²³ Tezcan vd, s. 37

normların ihdas edilmesi, diğer taraftan yükümlülüklerin denetlenmesi amacıyla uluslararası yargılama mekanizmalarının²⁴ oluşturulması sonucunu doğurmuştur.

2. Dinde İnsan Hakları ve Osmanlı Devletinin Durumu

İnsan hakları, İbrahimî, diğer adıyla semavî dinler olan İslam, Hristiyanlık ve Yahudiliğin kutsal kitaplarında da yer bulmuştur. Hırsızlık yapmamak, başkasının malına zarar vermemek, zina yapmamak gibi genel ahlaki kaideler içeren ayetlerden başka özellikle yaşam hakkına dair ayetler bulunmaktadır. İnsan öldüren kişinin bedelini kendi hayatıyla ödeyeceğine ilişkin hükümleri Tevrat ve Kuran’la benzerlik taşımaktadır ve insan öldürenin karşılık olarak kendi canıyla bedelini ödeyeceği açıkça bildirilmektedir.²⁵ Fıkıh literatüründe de insanın, din farkı olmaksızın, sırf insan olmaktan ötürü sahip olduğu dokunulmaz haklara sahip bulunduğu anlamına gelen “*ismet âdemiyetledir*” genel kaidesi geçerlidir.²⁶ Kuran ayetlerinde insan hakkı değil ağırlıklı olarak ödevlerden²⁷ bahsedildiği görüşüne karşılık, insan haklarının İslam öğretisinden beslenmiş olduğu görüşünde olan düşünürler vardır.²⁸ Bu düşünürlerden kimilerine göre, yüzyıllardır herhangi bir beyanname, kanun veya evrensel niteliğe haiz başka bir hukuki belgenin ilanına rastlanmaması, var olduğu kabul edilen hakların ilanına lüzum görülmemiş olduğu, Batı kaynaklı insan hakları belgelerinin büyük mücadelelerden sonra kazanıldığı ve bu kazanımın da belgeleştirilmesi zorunluluğu doğduğu savunulur.²⁹

İslam dininde hak ve hürriyet kavramları, Batıda algılandığı şekliyle değil, Kuran’ın cevaz verdiği ölçüde kullanılabilen, sınırları olan ayrıcalıklardır. Bunlar kişinin başkalarına zarar vermemesinin yanında kendisini de nefsin kötü arzularından koruyarak meşru dairede istediğini yapmak olarak tanımlanmaktadır.³⁰ Kastedilen

²⁴ Göçer Mahmut, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Seçkin, Ankara, 2002, s.19.

²⁵ Dölek, Adem, *İnsanın Yaşama Hakkının Korunmasının Dini Dayanağı*, İnsan Hakları ve Din Sempozyumu Bildiriler, 15-17 Mayıs 2009, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Yayınları, Yayın no.5, s.19-20.

²⁶ Şentürk, Recep, *İnsan Hakları ve İslam - Sosyolojik Yaklaşımlar*, Etkileşim Yayınları, 2007, s. 46.

²⁷ Donnelly’nin, İslami öğreti incelendiğinde insan hakları ile ilgili olarak vardığı sonuç şudur ki; islamda insan haklarının değil, tanrının insanlara bağışladığı ayrıcalıkların ve bu ayrıcalıklardan çok onlara yüklenen ödevler ve sorumlulukların olduğudur. S. 59-60.

²⁸ Donnelly, s.59.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akgündüz Ahmet, *İslam’da İnsan Hakları Beyannamesi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1997, s. 95.

³⁰ Akgündüz, s.21; Konan Belkis, “*Osmanlı Devleti’nde Kapitülasyonlar Çerçevesinde*

meşru daire ise, Kuran'ın insanlara meşru kıldığı, dini tabirle helal kıldığı alandır ki bugün itibariyle suç sayılmayan; zina yapmadan, içki içmeden ve diğer emirlere riayet ederek yaşanan, inancın gücüne göre değişkenlik gösterebilen dini kurallarla sınırları çizilmiş alanlardır. Ancak kişilerin dini kurallara ne kadar bağlı bir hayat yaşayıp yaşamayacakları kendi vicdanları ile ilgili bir sorundur.

Farklı etnik ve dinî grupların bir arada yaşadığı Osmanlı Devleti, Kanunî Esasî (1876)'ye kadar mutlakiyetle yönetilen bir devlettir.³¹ Bağımsız yargı, yasa çıkaran bir meclis yoktu ve tüm erkler padişahın elindeydi. Bu özelliği ile monarşik bir yapıya sahip olan Osmanlı Devleti, topraklarında yaşayan azınlıklara din özgürlüklerini tanıdı.³² Yalnızca kişilerin değil, dinî hayatın zorunlu müesseseleri olarak kilise, cemaat, patrikhanelerin de bu özgürlükten yararlandığı bilinmektedir.³³ Millet sistemi adı verilen çerçevede müslim ve gayrimüslim olmak üzere ikiye ayrılan halk, eşit haklara ve yükümlülüklerle sahip olmamalarına rağmen yıllarca barış içinde yaşamıştı.³⁴ Vergilendirmede, askere alınmamada, kamu hizmetlerine girme ve sosyal hayatta müslüman halktan farklı olduklarını gösteren bazı kıyafetlerin giyilmesinin mecburî tutulması gibi müslüman halkla eşit olmayan uygulamalar bulunsa da, yaşam ve mal güvenliği teminat altında olan gayrimüslim azınlıklar, din ve ibadet hürriyetlerini özel hayatlarında özgürce yaşamışlardır.

Osmanlı devletinin devşirme sistemini uygulaması, saltanatta belli koşullarda kardeş katline cevaz vermesi, köleliği yasaklayan kanunlarının bulunmaması³⁵ gibi uygulamada günümüz insan hakları anlayışı ile bağdaşmasa da dönem itibariyle diğer devletlerle karşılaştırıldığında³⁶ ileri düzeyde insan hakları anlayışına sahip olduğu görülmektedir.³⁷ Özellikle zulme uğrayan İspanya Yahudilerinin ve Balkan devletlerindeki insanların Osmanlı topraklarına yerleşme arzusu, dönem açısından Osmanlı'nın azınlıklara hoşgörü ve adaletle muamele ettiğinin ve temel insan haklarına

Yabancıların Din ve Vicdan Özgürlüğü", AÜHFD, Y. 2008, C. 57, Sa. 1, s. 171.

³¹ Birsnel, Mahmut, "Osmanlı İmparatorluğu'nun Anayasal Yapısı ve Yeni Anayasa İçin Öneriler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Y. 2010, s. 1197.

³² Şentürk, s.95,

³³ Şentürk, s. 95, Konan, s. 172.

³⁴ Konan, "İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Bakımından Osmanlı Devletine Bakış", GÜHFD, C. XV, Y. 2011, Sa. 4, s. 264.

³⁵ Osmanlı Devletinde köleliğin sona ermesi hususunda bkz. Akyılmaz Gül, GÜHFD, C. 9, sa.1-2, Y.2005

³⁶ Kapani, İ.H. *Uluslararası Boyutları*, s.123-124,

³⁷ Konan, *Osmanlı Devletine Bakış*, s. 283.

saygılı olduğun göstermektedir.³⁸ Fethettiği topraklarda İslam dinini yayma anlayışına sahip olan Osmanlı Devleti, bu topraklarda yaşayan halkı kendi dinine inanması için zorlamamış³⁹, aksine onlara kendi dinlerini yaşamaları için hak tanımıştır.⁴⁰

Osmanlı devleti monarşik bir devlet olmasına rağmen insan hakları ile ilgili Batıdaki gelişmelere duyarsız kalmamıştır. 19.yüzyılda yapılan yasal düzenlemelerle ve daha önceki yıllarda çıkarılan ahdnamelerle⁴¹ gelişmeler kaydedilmiş⁴² ve anayasal düzen kurma sürecine girmiştir. Padişahın yetkisinin sınırlanması açısından ilk olarak Sened-i İttifakla başlayan süreç, 1839 Tanzimat Fermanı, 1856 Islahat Fermanı ile devam etmiştir. Sened-i İttifak, padişahın yetkilerini ilk kez kısıtlayan bir belge olmasından ötürü önem arz etmiştir. Mutlak iradenin sınırlanması bakımından kayda değer bir gelişme olmasına rağmen insan hakları bakımından özel bir niteliği bulunmamaktaydı. Ancak anayasal değeri olan bir belge olarak bir ilk teşkil etmekteydi. Tanzimat fermanı ile ilk kez müslim- gayrimüslim ayrımı gözetmeksizin bütün halka haklar tanınmış ve garanti altına alınmıştır. 1856 tarihli Islahat fermanı ile bu haklar geliştirilmiştir. Bu ferman ile tüm din topluluklarına eşit vatandaşlık hakkı tanınmıştır. Bu anayasal gelişmeler neticesinde Osmanlı devletinde 1876 tarihli Kanun-u Esasî ile ilk Anayasa kabul edilmiştir. Dünya anayasa tarihi açısından bir değerlendirme yapıldığı takdirde Avrupa'nın ilk anayasasının 1791 Fransız Anayasası olduğu nazara alınırsa Osmanlı döneminin, anayasal gelişmelerden uzak kalmadığı ve geç sayılmayacak bir dönemde temeller atıldığı görülmektedir.⁴³

Hukuk devleti ilkesinin çıktığı 18. YY öncesinde, Osmanlı devleti yönetim yapısı ve tanıdığı haklar bağlamında hukuk devletinin şartlarını taşımasa da, diğer devletler karşısında bir hukuk devleti olarak görülmektedir.⁴⁴ Dinî kaidelere dayalı bir yönetim

³⁸ Şentürk, s.95.

³⁹ Akbulut İlhan, *Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni*, AÜHFD, C. VI, S. 1-2, Y. 2000, s. 243, Konan, *Osmanlı Devletine Bakış*, s.283.

⁴⁰ Gayrimüslüm halkın yeni kilise veya ibadet yeri inşa etmesi yasaktı, ayrıca din değiştirme(irtidat)suçtur. bkz. Konan, *Osmanlı Devletine Bakış*, s.283.

⁴¹ Ahdname, Fatih Sultan Mehmed döneminden itibaren gayrimüslim cemaatlerin haklarını geliştirip şekillendiren fermanların adıydı ve uluslararası geçerliliğe sahipti. bkz. Şentürk, s. 94.

⁴² Konan, *Osmanlı Devletine Bakış*, s.283.

⁴³ Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, Bursa, 2009, s.24-25.

⁴⁴ Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 107 vd.

modeline⁴⁵ sahip Osmanlı devletinde geçerli olan şer'i hukuk yaşamın tüm alanına nüfuz etmişti. Koyduğu kurallar bakımından hem müslüman hem de gayrimüslim tebaya devletin tanıdığı hak ve özgürlükler, İslam dininin cevaz verdiği ölçüyle örtüşmekteydi.

Osmanlı devletinde tanınan bir takım temel hak ve özgürlükler o dönemde diğer devletlerle karşılaştırıldığında daha geniş olsa, günümüz modern hukuk devleti anlayışından farklılıklar taşımaktadır. Örneğin Allah'a karşı suçlar olarak bilinen Hadd suçları, İslam dinine aykırı olan ve Kuran'da yasaklanan yedi yasağın ihlali halinde bunlardan bir kısmının⁴⁶ cezalandırılması insan hakları açısından din ve vicdan özgürlüğü ile bağdaşmayan uygulamalar olarak görülmektedir.⁴⁷ Ancak dinen yasaklanan bu eylemlerin (zina, zina iftirası, sarhoşluk, yol kesme, hırsızlık, dinden çıkma ve devlete karşı isyan) devlet tarafından cezalandırılmasındaki amaç, toplumsal(kamu) düzeni ve güvenliği sağlamak, suçun aleni olmasını, yayılmasını engellemektir.⁴⁸ Dine riayetsizliğin cezalandırılıyor olmasının temel sebebi yukarıda da bahsedildiği gibi İslam'ın diğer dinlerden daha çok kişiyi kendi iradesine bırakmadan, hem birey hem toplumsal düzeni içine alacak şekilde kuralları getiriyor olmasıdır.

Şeriat ile yönetilen ve fıkıh kurallarına bağlı Osmanlıda, padişahların da kanunlar çıkardığı, din adamlarının siyasete dâhil edilmediği ve fetvaların bağlayıcılığının olmadığı görülür.⁴⁹ Büsbütün teokratik bir devlet özelliği bulunmasa da insan hakları ile bağlantılı olan lâiklik, demokrasi, çoğulculuk, hukuk devleti, eşitlik gibi önemli kavramlara o dönemde rastlanmamaktadır. Ancak dönem koşullarına göre topraklarında yaşayan farklı ırklar ve onların sahip olduğu hak ve özgürlükler bakımından Osmanlının monarşik yapıda olan bir devletten daha fazlası olduğu anlaşılmaktadır. Monarşi büsbütün anti-demokratik uygulamalar anlamına gelmeyeceği gibi Cumhuriyet rejimi ile yönetimin de demokratik uygulamaları terk etmeyeceği mutlak değildir.⁵⁰

⁴⁵ Osmanlı Devletinin teokratik yapıdan ayrılan yönleri bulunduğu dair ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, Hande Seher, *Klasik Osmanlı Devletinde Din-Devlet İlişkilerinin Laiklik, Sekülerizm, Teokrasi ve Din Devlet Sistemleri Kapsamında İncelenmesi*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2013, C. 3. 270-288.

⁴⁶ Zina suçunun cezası ispatı zor koşullara dayandırılrsa da ölümdü.

⁴⁷ Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 518.

⁴⁸ Akbulut, İlhan, *İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, AÜHFD Sa.1, C. 52, Y. 2003, s. 169.

⁴⁹ Demir, Seher, "*Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Din-Devlet*", s. 286.

⁵⁰ Gözler, Kemal, "*Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu*",

III. İNSAN HAKLARININ YEREL VE EVRENSEL DÜZEYDE KORUNMASI REJİMİ

A. İnsan Haklarının Türk Anayasal Sisteminde Korunması Usulü

İnsan haklarının korunması ile ilgili olarak akla gelen ilk etkili müesseselerden biri Anayasa Mahkemesidir.⁵¹ Anayasa Mahkemesinin iki temel görevi bulunmaktadır. Anayasanın 148. maddesine göre bu görevlerden ilki kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve meclis içtüzüğünün şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluğunun denetimini yapmaktır. Burada normların üst normlara uygunluğu, diğer bir deyişle anayasaya uygunluğu denetlenir. İkincisi ise 2010 yılında 5982 sayılı kanun ile Anayasanın 148. maddesine eklenen 3. fıkra gereğince insan haklarının korunmasında kişilere Anayasa Mahkemesine başvuru hakkıdır. Buna göre; *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”*. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi insan hakları ihlallerini anayasa şikâyeti olarak da ifade edilen bireysel başvuru yoluyla inceleyip karara bağlamaktadır.⁵²

1. Anayasa Yargısı ve Anayasa Şikâyeti

Türkiye’de, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile kurulmuştur. Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin zorunlu yargı yetkisini İnsan hakları ihlallerinin kişisel başvuru yolu ile anayasa mahkemesince denetimi ise Türk hukukunda daha yenidir. Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin zorunlu yargı yetkisini 1990 yılında kabul etmiş ve nihayet 2010 Anayasa değişikliği ile de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu açılmış bulunmaktadır. Böylece Türkiye’de AİHM’ne bir bireysel başvuru yapmadan önce Anayasa Mahkemesi’ne başvurmak zorunluluğu doğmuş bulunmaktadır. Zira AİHM’nin 2012 raporuna göre Türkiye en fazla insan hakları ihlali

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sa. 54, C.1 s. 54.

⁵¹ Hakyemez, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 189 vd.

⁵² Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 45 ve devamı maddeleri bireysel başvuru ve usulünü düzenlemektedir.

yapan ülkedir.⁵³ Bu bağlamda bireylere tanınan Anayasa şikâyeti yolu, AİHM ihlal kararlarının önüne geçilmesi için de önemli bir başlangıç olmuştur. Bir diğer önemli husus da, kişisel başvuru yolunun AİHM'nin iş yükünü azaltmaya yönelik önemli bir adım olmuştur. Çünkü Avrupa Konseyi AİHM'nin iş yükünün ağırlığı ile ilgili olarak taraf devletlere gerekirse iç hukuklarında düzenlemeler yapmaları tavsiyesinde bulunmuştur.⁵⁴ Kuşkusuz ulusal hukukta yapılan düzenlemelerle AİHM'ne başvurmadan önce geçirilecek bir yargılama süreci, Mahkemenin gereksiz ve esas itibarıyla ihlal sayılamayacak pek çok davanın elenmesi suretiyle iş yükünü hafifletecek⁵⁵ ve daha kısa sürede yargılama yapmasına olanak sağlayacaktır.

Anayasada bireysel başvurunun istisnalarına da yer verilmiştir. Anayasanın 148. maddesinde olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı öngörülmüştür. Bu durumda anayasa şikâyetinin işlerlik kazandığı Türkiye'de AİHS ile korunan bir hak ihlali iddiası ile anayasa şikâyeti yoluna başvurunun istisnası da olağanüstü hal KHK'leri olmaktadır.

AİHS taraf devletlere Sözleşmenin 15. maddesi ile belli durumlarda bazı şartlarla sözleşmede öngörülen yükümlülöklere aykırı tedbirler alabilme yetkisi vermiştir. Ancak devletlere tanınan bu takdir yetkisi geniş olmakla beraber sınırsız değildir ve yargı yolu da açıktır. Anayasa ile denetim yolu kapalı olan olağanüstü hal durumlarında duruma hangi ölçüde uygun tedbirler alınıp alınmadığı AİHM'ne yapılan başvurularda incelenmektedir.⁵⁶ Dolayısıyla devletin olağanüstü hallerde aldığı tedbirlere karşı ulusal mevzuat gereği yargı yolu kapalı olsa dahi, uluslararası sorumluluğu devam etmektedir.

⁵³ Çakmaz, Eylem, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel Başvuru Yolu, Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*, Editör. Sevtap Yokuş, Seçkin, Ankara, 2014. s. 45.

⁵⁴ Şirin Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013. s. 125.

⁵⁵ Şirin, *Anayasa Şikâyeti*, s. 126.

⁵⁶ Doğru Osman, *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010. s. 3.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri

İnsan hakları konusunda uluslararası hukuk, denetimsel ve müdahaleci tarafıyla iç hukukların önüne geçmektedir.⁵⁷ İnsan hakları alanında yapılan uluslararası andlaşmaların diğer andlaşmalardan farkı, diğer andlaşmalarda taraf devletler bir dış sorumluluk yüklenirken insan hakları ile ilgili yapılan andlaşmalar devletlerin kendi iç hukuklarına etki etmektedir.⁵⁸ Bu durum insan hakları ile ilgili bağlayıcı hükümler içeren uluslararası sözleşmelerin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira andlaşmaların konusu bireyler iken andlaşmayı imzalayıp yürürlük kazandıracak olan devlettir ve bu evrenin gerçekleşmesi ile birlikte devletten kendi kendini sınırlaması istenmektedir.⁵⁹

Anayasa’da insan hakları ile ilgili düzenlemelere bakıldığında AİHS’ndeki düzenlemelere paralel olduğu dikkat çekmektedir. Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı maddede “insan haklarına saygılı devlet” olma özelliğinin, AİHS’nin 1. maddesinde belirtilen amaca uygun olduğu kanaati mevcuttur.⁶⁰ Sözleşme, devletlere ulusal mevzuatlarında sözleşmeyle birebir örtüşen düzenlemeler yapmasını zorunlu kılmamıştır. Pratikte hak ve özgürlükleri, Sözleşme’yi mahkemenin yorumladığı şekilde etkili koruma yöntemi Sözleşmenin uygulanışı açısından 1. maddeye uygun bir yoldur.⁶¹ Sözleşmenin ulusal hukuktaki yeri taraf devletlerin hukuk düzenlemelerine ve Sözleşmeyi algılayış ve uygulama şekline göre farklılık göstermektedir. İnsan haklarına saygı ölçütünün evrensellik bazında homojen bir algı olduğu söylenemez.⁶² Bazı devletler iç hukuklarında düzenlemeler yaparak sözleşmeyi yasal zeminde meşrulaştırmışken bazı devletler de yalnızca sorumluluk yükleyen uluslararası bağlayıcı bir metinden öteye götürmemiştir.⁶³ Örneğin Avusturya, 1964 tarihinde bir anayasa değişikliği ile AİHS’nin anayasal statüde olduğunu kabul etmiştir.⁶⁴ Yine İspanya “uygun yorum” kriterini, Almanya “ölçü norm” aracını

⁵⁷ Akıllıoğlu, s. 74.

⁵⁸ Akıllıoğlu, s. 75.

⁵⁹ Göçer, “*İnsan Haklarının Uluslararası Korunması*”, s.31.

⁶⁰ Doğru, *Anayasa ile Karşılaştırmalı AİHS*, s. 3.

⁶¹ Doğru, *Anayasa ile Karşılaştırmalı AİHS*, s. 4.

⁶² Doğan İlyas, *Parçalayan Küreselleşme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006. s. 215.

⁶³ Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2011. s. 61.

⁶⁴ Memiş Emin, *İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşim Analizleri*, Anayasa Dergisi, C.17, Y. 2000. S. 150, Kapani, s.62.

kullanmaktadır.⁶⁵ AİHS taraf devletlerce iç hukuka aktarılsa da aktarılmasa da asıl önemli olan Sözleşmenin pratikte ulusal mevzuatla uyumlu hale getirilmesidir.⁶⁶

1982 Türk Anayasasında ise hem temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesinde AİHS göz önünde bulundurulmuş, hem de 90. madde ile temel hak ve hürriyetleri konu edinen uluslararası andlaşma hükümlerinin üstünlüğü açıkça yasallaştırılmıştır.

AY.md 90(5)' e göre: *“Usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* Bu düzenleme ile milletlerarası andlaşmalara⁶⁷ kanunlardan da üstün bir statü verildiğine hiç şüphe yoktur. Zira kanunları anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile anayasa mahkemesine başvuru mümkünken, bu madde ile milletlerarası andlaşmalar için bu yol kapatılmıştır. Bir başka ifadeyle uluslararası sözleşmelere “anayasal statü” sağlanmıştır.⁶⁸ Ancak bahsi geçen bu üstünlüğün milletlerarası andlaşmalara kanunlardan daha önemli bir statü kazandırmak için değil, Anayasa Mahkemesinin bir iptal kararı verip Devletin milletlerarası sorumluluğunun ortaya çıkmasının önüne geçmek olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁶⁹

B. İnsan Haklarının Korunması Sorunu

1. Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları

Uluslararası hukuk esas olarak devletlerarası ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalıdır. Bireyler, birey toplulukları ve özel hukuk kuruluşları uluslararası hukukun öznesi olma niteliğine haiz değildirler.⁷⁰ Uluslararası Hukukun öznesi devletlerdir ve yükümlülük

⁶⁵ Memiş, s. 141.

⁶⁶ Arslan Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler*, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 17, Y. 2000. S. 150.

⁶⁷ Buradan anlaşılması gereken, milletlerarası andlaşma hükümlerine kanunlardan da üstün statü sağlanması durumu, temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümler içeren andlaşmalar için geçerli olduğudur.

⁶⁸ Kapani, s. 62.

⁶⁹ Eren, Abdurrahman, “1982 Anayasası’nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, Y. 2004. s. 76.

⁷⁰ Gemalmaz Mehmet Semih, *Uluslararası İnsan Haklarının Genel Teorisine Giriş*, Legal

yüklenen de devletler olmaktadır.⁷¹ İnsan hakları ile ilgili evrensel çapta yapılacak düzenlemeler, pek çok devletin bir araya gelerek sınırları içindeki yurttaş veya yabancı tüm insanları kapsayacak şekilde yapıldığı takdirde ulusüstü koruma sağlanmış olacaktır. Bireyler, uluslararası hukukta, insan hakları alanında yapılan andlaşmalardan ötürü konu olabilmektedir.⁷²

Uluslararası hukuk açısından bireylerin hak ve yükümlülük sahibi olmaları II. Dünya Savaşı sonrası dönemde gerçekleşmiştir. II. Dünya Savaşı öncesi dönemde bireylerin yaşadıkları ülke egemenliğinde, vatandaşlık bağının gereği olarak ulusal mevzuatların konusunu oluşturduğu, uluslararası hak veya yükümlülüklere sahip olamayacağı yaygın anlayış olmuştur.⁷³ Uluslararası insan hakları hukukunun gelişimi, bireylerin uluslararası alanda hak sahibi olmalarını sağlamış aynı zamanda uluslararası suçlar ve savaş hukuku alanlarında da bireysel cezai sorumlulukları da doğmuştur.⁷⁴ Bu bağlamda da azınlık hakları, sığınmacıların durumu, köle ticareti, uyruksuzlar, savaş suçları ve soykırım, köle ticareti, deniz haydutluğu, göçmen kaçakçılığı gibi uluslararası hukuku ilgilendiren kavramlar bireylerin hak ve yükümlülüklerini ulusüstü düzeye taşımıştır.

Özellikle insan hakları ile ilgili uluslararası düzenlemeler açısından anayasaların zorlandığı, devletlerin taraf oldukları anlaşmalarla uyumlu hükümleri anayasalarda düzenledikleri görülmektedir.⁷⁵ İnsan hakları mahkemelerince verilen kararların devletlerin ulusal egemenliğine müdahale niteliğinde olduğu yaklaşımı güncelliğini koruyan bir eleştiri özelliğine sahipken, uluslararası anlaşmalarla insan haklarını yalnızca korumayı taahhüt etmek yetmemekte, bilhassa yaşam hakkı gibi hakların etkili bir şekilde korunması gerekmektedir.⁷⁶

Uluslararası insan hakları belgelere bakıldığında, evrensel düzeyde ilk belgenin 1945 tarihinde kurulan Birleşmiş Milletler kararı olarak 10 Aralık 1948 yılında ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olduğu görülmektedir. Bildirinin bağlayıcılığı

Yayınılık, İstanbul, 2012, Cilt 2, s.539, Akıllıoğlu, s.80.

⁷¹ Gemalmaz, "...genel teori..." s. 539.

⁷² Akıllıoğlu, s. 80.

⁷³ Aksar Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.313.

⁷⁴ Aksar, s. 314.

⁷⁵ Herdegen Mathias, *Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması*, Çeviri, Gökhan Güneysu, Anayasa Teorisi Verfassungstheorie, Lale Yayıncılık, 2014, s. 288.

⁷⁶ Herdegen, s. 294-295.

olmamıştır.⁷⁷ Ancak pek çok insan hakları belgelerine ışık tuttuğu ve rehber olduğu görülmektedir.

Birleşmiş Milletler sisteminin, evrensel ölçekte insan hak ve özgürlüklerinin korunması açısından devletlere getirdiği sınırlamalar da önemli bir yere sahiptir. BM Şartı'nın 2. maddesi ile kuvvet kullanımının yasaklanması, devletlerin insanlık ve çevreyi de etkisi altına alabilecek tahribatlar yaparak uluslararası barış, güvenlik ve huzurun bozulmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Birleşmiş Milletler'in yürütme organı olma vasfına haiz Güvenlik Konseyi'ne verilen yetkiler, insan hakları bağlamında değerlendirildiği takdirde koruma mekanizmasını işletebilecek bir özelliğe de sahiptir.

BM Şartı'nın 24. maddesi ile barış ve güvenliğin sağlanmasından birinci derecede sorumluluk Güvenlik Konseyi'ne verilmiş, 39. maddesi ile de barışa karşı tehdit oluştuğunu ya da barışın bozulduğunu tespit ederek tedbir alma yetkisi verilmiştir. Buradaki tespit işlevi, Güvenlik Konseyi'ne verilen bir takdir yetkisidir ve barışa karşı tehdit, insan hakları ihlallerine de yol açabilecek durumlara zemin hazırladığından bu takdir yetkisi insan hakları ihlallerinin tespitini de sağlayacak ölçüde geniş bir takdir yetkisidir.⁷⁸ Bu bakımdan ihlallerin önüne geçmek için Güvenlik Konseyi'nin ayrı bir önemi olmalıdır. Zira devletler Güvenlik konseyi kararlarını uygulamakla yükümlülüdür (BM Şartı 25.madde).

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden sonra küresel anlamda önem taşıyan ve BM bünyesinde hazırlanmış olan diğer belgeler; 1976'da yürürlüğe giren BM Medenî ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve 1987 yılında yürürlük kazanan İşkence ve Diğer zalimce İnsanlık Dışı veya Küçültücü Davranış veya Cezalara Karşı Sözleşme'dir. Anılan andlaşmaların denetim organları da bulunmaktadır. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin uygulama ve denetimini sağlamak üzere İnsan Hakları Komitesi⁷⁹ kurulmuşken, Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin denetim olanağı zayıf

⁷⁷ Reisoğlu safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta, İstanbul, 2001, s. 9, Tezcan vd. s.41.

⁷⁸ Göçer Mahmut, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2009, s. 22.

⁷⁹ İnsan Hakları Komitesi'ne bir devlet veya kişinin başvuruda bulunabilmesi için aleyhe başvurunun muhatabı olan devletin başvuruda bulunan devletin başvuru hakkını kabul etmiş olması gerekmektedir. Bunun yanında komitenin bağlayıcı karar alma yetkisi bulunmamaktadır. Çözümüne yönelik işlevi tarafları uzlaştırmak gibi dostane çözüm yöntemlerini taraflara benimsetmektir. Reisoğlu, s. 18.

kalmıştır.⁸⁰ İşkenceye Karşı Sözleşmenin denetim mekanizması ise diğerlerinden farklı olarak sözleşmenin 30. maddesi ile âkit devletlere, aralarında sözleşmenin uygulanması ile ilgili bir anlaşmazlık vuku bulduğu takdirde uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'na intikal ettirme yetkisi tanımaktadır.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHM, Avrupa Konseyi' ne bağlı olarak 1959 yılında kurulmuş ve Fransa'nın Strazburg kentinde görev yapan uluslararası bir yargı oranı olarak Sözleşme sisteminin denetim organı işlevini yerine getirmektedir. Mahkemenin yapısı içtüzükte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kuruluşu, insan haklarının ulusalüstü düzeyde korunması ve denetimine çok büyük bir katkı sağlamış bulunmaktadır. En etkili insan hakları uygulama araçlarından biri olmasında mahkemeye kişisel başvuru hakkının tanınmış olması rol oynamaktadır.⁸¹

Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmek, taraf devletler için ulusal mevzuatta da düzenlemeler yapmak suretiyle insan haklarının korunması için hamleler yapma gereğini doğurmuştur. Zira ihlal iddiasıyla devletlerüstü yargılama yapan bir mahkeme önünde mahkum edilmek, devletler için prestij sarsıcı bir durumdur. AİHS'nin denetim organı olarak AİHM, insan hakları konusunda talî nitelikte yetkilidir, denetim işlevini öncelikli olarak ulusal makamlar gerçekleştirecektir.⁸²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurunun yetkili organ tarafından usul yönünden kabul edilebilir bulunmasından sonra esasına girerek insan hakları ihlali yapıp yapılmadığı sorusuna yanıt ararken dört aşamadan oluşan bir yol izlemektedir. Bunlar sırasıyla; müdahalenin varlığı, hukuki dayanağı, hukuki dayanağın meşruluğu ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğidir.⁸³

⁸⁰ Reisoğlu, s. 16 ve 21.

⁸¹ Aksar, s.332.

⁸² Erdoğan, s. 318.

⁸³ Çoban Ali Rıza, “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, AÜHFD, C. 57, Sa. 13, Y. 2008, s. 200.

IV. İNSAN HAKLARININ ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZEYDE SINIRLANDIRILMASI

İç hukuklarda temel haklar bireylere sınırsız olarak tanınmamaktadır. Anayasalar temel hakların sınırlandırılmasını düzenlemekte ve bu yetkiyi parlamentolara vermektedir. Türkiye’de de temel haklar ancak kanunla sınırlandırılabilir. Yürütme organına anayasal çerçevede verilen sınırlandırma yetkisine ilerideki bölümlerde değinilecektir.

A. Türk Anayasal Sisteminde Temel Hakların Sınırlandırılması

Temel hak ve özgürlükleri Anayasa ile güvence altına alan yasakoyucu, bunların sınırlandırma rejimini de düzenlemiştir. Anayasa’nın 13. maddesi temel hakların nasıl sınırlandırılacağını hüküm altına almaktadır. AY. md. 13’e göre “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlığını taşıyan maddede öncelikli olarak hakkın özüne dokunulmaksızın, her hak ve özgürlük için anayasada düzenlendiği maddedeki özel sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlanabileceği ön koşuluna yer verilmiştir. İkincil olarak anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine, ölçülülük ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı surette sınırlandırma yapılamayacağı düzenlenmiştir.

1. Temel Hakların Sınırlandırılmasının Sınırı olarak Demokratik Toplum Düzeni Gereklere

Anayasa temel hakların sınırlandırılmasının da sınırını çizmiştir. Olağanüstü durumlarda dahi müdahalede bulunulamayacak olan bir çekirdek alan AY’ nın 15. maddesinde yer almaktadır. Ancak, AİHS’nde düzenlemesine bakıldığında kölelik ve zorla çalıştırmayı yasaklayan 4. maddesine aykırı tedbirler almaya olağanüstü dönemlerde dahi cevaz vermezken Türk anayasasında böyle bir hükme rastlanmamaktadır, zira kölelik yasaklanmış değildir.⁸⁴ İlgili maddeye göre: “...savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına,

⁸⁴ Doğru, *Anayasa ile Karşılaştırmalı AİHS*, s. 88.

maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Sınırlandırmanın sınırını teşkil eden durumlar hem olağan dönemlerde haklara yapılan müdahaleleri, hem de olağanüstü dönemlerdeki kısmen veya tamamen durdurulmasını içerir. Ancak burada değineceğimiz husus, takdir marjı doktrininin de yakından ilişkili olduğu demokratik toplum gerekleri ve ölçülülük ilkesinin sınırlandırmadaki etkisidir.

İngilizce’de “necessary in a democratic society” olarak geçen kavram, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında demokratik toplum gerekleri açısından ele alınmaktadır. Özellikle konumuz açısından AİHS’nin 8-11. maddeleriyle ilgili başvurularda insan haklarına demokratik bir toplumda yapılan müdahale gerekli mi sorusu gündeme gelmekte ve takdir marjı bu aşamada önem arz etmektedir. AİHM, anılan maddeler kapsamında yapılan başvuruları değerlendirirken devletlere tanıdığı takdir marjını, maddelerin 2. fıkralarında belirtilen sebeplerle birlikte, amaca uygun ve ölçülü sınırlandırma yapılıp yapılmadığı açısından değerlendirirken, müdahalenin gerekliliği ile ilgili en iyi kararı ulusal makamların verebileceği varsayımına dayanmaktadır.⁸⁵ Bununla birlikte ulusal makamlar bu gereklilik hususunda sınırsız bir takdir payına sahip olmayıp AİHM’nin denetimine tabidirler.⁸⁶

Kavramsal olarak net ve belirli bir tanımı olmayan demokratik toplum kavramı, aslında bünyesinde birbiriyle sıkı ilişki içinde olduğu birçok kavramı barındıran ve birinin anlamını kaybetmesi tüm düzeni etkileyebilecek ölçüde hayati öneme sahip bir olgudur. AİHM tarafından çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik⁸⁷ gibi kavramlarla nitelendirilen demokratik toplum, demokratik yöntemle seçilen yöneticilerin çoğunluğun oylarıyla belirlenmesi hususundan ibaret değildir.⁸⁸ Demokratik toplum gereklerinin temel

⁸⁵ Gemalmaz, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi- Sınırlama ve Güvence İlkeleri, Yeni Anayasa Çalıştay, İstanbul Üniversitesi Yeni Anayasa Raporu, s. 377.

⁸⁶ Handysidev. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976, para. 49. Türkçe tercüme Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=25>, (E.T. 26.04.2015).

⁸⁷ Handyside/Birleşik Krallık, para. 49.

⁸⁸ Sunay Reyhan, Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası, SÜHFD Milenyum Armağanı, C. 8, Y. 2000, sa. 1-2, s. 616.

unsurları, bireylerin karşılıklı ödünlerine, diyaloglarına ve uzlaşma ruhu gibi farklı fikirde olan insanların uyumu gibi bazı sonuçları zorunlu kılacak bir içeriğe sahiptir.⁸⁹

AİHS metnine bakıldığında “*demokratik toplum gerekleri*” kavramına, Anayasa’da olduğu gibi tek bir maddede özel sınırlandırma sebepleri haricinde, müstakil bir düzenleme olarak rastlanmamaktadır.⁹⁰ Ancak uygulamada devletler, sınırlandırma yaparken mahkemenin geliştirdiği bir kavram olan demokratik toplum gerekleri kriterine uygun davranmak zorundadırlar. AİHM’ ne göre, bir müdahalenin gerekliliği “*toplumsal ihtiyaç baskısı*” ndan mütevellit olması durumunda yapılan müdahaleyi meşru kılacaktır.⁹¹ Ancak bu müdahale o kadar basit bir anlam içermez. Ulusal otoritelerin gereklilikle ilgili tespit ve tutumu takdir marjını denetimsiz bırakamaz ve gereklilik kavramı sözleşme metnindeki diğer terimler kadar esnek değildir.⁹² AİHM’ ne göre gereklilik kavramı, zorunlu sözcüğü ile aynı anlamda olmadığı gibi “mutlaka gerekli”, “kesinlikle gerekli”, “durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde”, “olağan”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilen” gibi kavramlar kadar esnekliğe sahip değildir.⁹³ AİHM, bu gereklilik hususunda devletlere bıraktığı takdir marjının mahkemenin denetimi ile el ele yürüdüğünü ve bu denetimin hem gereklilik hem de şikâyet edilen önlemin amacıyla ilgili olduğunu ifade etmektedir.⁹⁴

2. Temel Hakların Sınırlandırılmasında Olağanüstü Rejimler

Anayasanın olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlere kanunla müdahalesinin yanında, sosyal ve ekonomik hakların olağan kanun hükmünde kararnamelerle idareye verilen yetki ile sınırlandırılması da mümkündür. Fakat idareye verilen bu düzenleme yetkisi TBMM tarafından çıkarılacak ve KHK’nin birtakım sınırlarını belirleyen bir

⁸⁹ Tumay Murat, “The Concept of ‘Necessary in a Democratic Society’ in Restriction of Fundamental Rights A Reflection From European Court of Human Rights”, Human Rights Review, Vol. 1, Issue 2, 2011, s. 10.

⁹⁰ AİHS’nde ölüm cezasını kaldıran 13 No’lu Protokol’ün ilk kısmında, serbest dolaşım özgürlüğünü düzenleyen 4. Protokol’ün 2. maddesinin 3. Ve 4. Paragraflarında, özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 9. maddenin 2. Kısımında ve 10. maddenin 2. Kısımında ve 6. maddede “demokratik bir toplum” kavramı kullanılmıştır. 13. No’lu protokol haricinde diğer maddelerde, demokratik toplum kavramı sınırlandırma ya da müdahalenin bir şartı olarak belirtilmiştir.

⁹¹ Gemalmaz, “...sınırlandırma rejimi...”, s. 377.

⁹² Tumay, s. 6, Gemalmaz s. 378.

⁹³ Handyside, para. 48.

⁹⁴ Handyside, para. 49.

yetki yasasına muhtaçtır.⁹⁵ Buna karşılık olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde tüm hak ve özgürlüklerin olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle kullanımının tamamen veya kısmen durdurulabilmesidir. Bu iki dönemin birbirinden farklı rejimleri vardır.

Bir diğer husus, olağan KHK'lerin yargısal denetimi yapılabilirken, olağanüstü dönem KHK'lere karşı yargı yolunun kapalı olmasıdır. Olağan dönemde KHK çıkarmak, TBMM tarafından verilecek bir yetkiye (yetki yasası) muhtaçken, olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanının, başkanlığında toplanan bakanlar kurulu kararıyla doğrudan olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan etme yetkisi bulunmaktadır. Ancak olağanüstü hallerde KHK'lerin geçerlilik alanı olağanüstü hal süresi ve bölgesi ile sınırlıdır.⁹⁶ Olağanüstü hal KHK'leri için anayasada öngörülen bir "onay" safhası vardır ki bu da olağanüstü hal kararının ilanından sonra TBMM'ne ilandan sonra sunulmasıyla gerçekleşir. Bu aşamada olağanüstü hal KHK'lerinin mecliste görüşülmesinin ardından uygun bulunmadığı takdirde TBMM'nin redderek bir tür siyasi denetim yaptığı düşünülmektedir.⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, olağan ve olağanüstü dönemde çıkartılan KHK'ler ile ilgili olarak bir kararında farklarına şu şekilde değinmiştir:

"Olağanüstü hal KHK'leri dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasadan (m. 121) alırlar. Bu tür KHK'lerin bir yetki yasasına dayanması gerekli değildir.

Buna karşılık olağan dönemlerdeki KHK'lerin bir yetki yasasına dayanması zorunludur. Bu nedenle, KHK'ler ile dayandıkları yetki yasası arasında çok sıkı bir bağ vardır.

(...) KHK'nin Anayasaya uygun bir yetki yasasına dayanması, geçerliliğinin önkoşuludur. Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki yasası

⁹⁵ Yetki yasasının hangi konuları kapsadığı, AY. 91. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre çıkarılacak KHK'nin amacı, kapsamı, ilkeleri, kullanma süresi ve süresi içerisinde birden fazla KHK çıkarılıp çıkarılamayacağı gösterilecektir. Anılan bu yetki sınırına aykırı KHK'lerin kuşkusuz dava açıldığı takdirde iptaline karar vermek gerekecektir.

⁹⁶ Anayasa'nın olağanüstü yönetim usullerini düzenleyen 119, 120 ve 122. Maddelerinde olağanüstü hal ilanının "...süresi altı ayı geçmemek üzere, ...yurdun bir veya birden fazla bölgesinde..." şartlarına bağlı olarak yapılabileceği öngörülmüştür.

⁹⁷ Gözler, Kemal, *Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi*, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 4, Y. 1990.

*iptal edilen bir KHK'nin kurallarının, içerikleri yönünden Anayasaya aykırılık oluşturmaları bile Anayasaya uygunluğundan söz edilemez.*⁹⁸

Anayasa 15. maddesi gereği mahfuz bir alan bulunmaktadır. İdareye olağanüstü durumlarda düzenleme alanının tek istisnasını bu maddenin anılan fıkrası oluşturmaktadır. Ancak denetim sorunu açısından idareye verilen geniş takdir yetkisi kaygı verici boyuttadır. Zira olağanüstü hal KHK'lerinin yargısal denetiminin yapılamaması, hakkı ihlal edilenler açısından yalnızca AİHM yolunun açık olduğunu göstermektedir.

Devletlere olağanüstü durum tespiti yapmak ve önlem almak bakımından geniş takdir marjı tanınmaktadır. AİHM, devletlere olağanüstü dönemlerde tedbir alınıp alınmaması ve hangi seviyeye kadar tedbir alınacağı hususlarında takdir marjı tanınacağına ilişkin olarak AİHM şu ifadeleri kullanmıştır: *“Mahkeme, ‘ulusunun varlığından’ sorumlu her sözleşmecî devletin, ulusun varlığının, bir ‘kamusal tehlike’ sebebiyle tehdit altında olup olmadığını belirlemesi gerektiğini ve böyle bir durum olması halinde, bu tehlikeyi yok etmek için nereye kadar gidilebileceğini tespit etmesi gerektiğini hatırlatmaktadır. Dönemin gerçekleriyle doğrudan ve sabit şekilde bağlantı halinde olan resmi makamlar, kural olarak, böyle bir tehlikenin varlığı, türü ve atlatılabilmesi için hangi aykırılıkların gerekli olduğuna karar verebilmek için uluslararası hâkimden, daha iyi bir konumda bulunmaktadır. Böylelikle, bu konuda, kendilerine geniş bir takdir marjı bırakılmalıdır.”*⁹⁹ AİHM, olağanüstü dönemlerde alınan tedbirlerin kesinlikle gerekli olup olmadığına ilişkin kararı son tahlilde kendisi verecektir. Bu konuya ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmıştır; *“Mahkeme, 15. madde bağlamında yapılan bir aykırılık konusunda karar vermesi gerektiği zaman, öne sürülen tehlikenin aşılması için, gerekli gördükleri tedbirlerin türü ve kapsamını tespit etmeleri için, devletlere, geniş bir takdir marjı bırakmaktadır. Bununla birlikte, son tahlilde, alınan tedbirlerin, söz konusu durum tarafından ‘kesinlikle gerekli’ olup olmadığına ilişkin kararı Mahkeme vermektedir. Özellikle bir tedbirin, özgürlük hakkı gibi temel bir hakka aykırılık oluşturma halinde, Mahkeme, bu tedbirin, acil durum karşısında gerçek bir cevap oluşturduğundan ve bu durumun, özel koşulları karşısında gerekçeli olduğundan ve*

⁹⁸ AYM Kararı, E. 2011/88, K. 2012/175, T. 8.11.2012. www.anayasa.gov.tr, (E.T. 14.07.2015).

⁹⁹ A ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 3455/05, 19.02.2009, para. 173. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-114906>, (E.T. 10.07.2015).

yetki aşımına karşı güvenceler bulunduğundan emin olmalıdır."¹⁰⁰ Mahkemenin bu ifadelerinden olağanüstü hal dönemlerinde alınan tedbirlerin büsbütün denetimsiz bırakılmadığı ve tedbirin amacı ile alınan tedbir arasındaki orantılılık bakımından inceleme yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Olağanüstü hal rejimlerinin, demokratik hukuk devletlerinde anayasal düzenlemelerle oluşturulduğu için temel haklar açısından sorun olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre yürütme erkine anayasa ile bahsi geçen durumlarda özel yetkiler verilmesi, bu yetkinin devlet tarafından anayasada belirlenmesi sebebiyle tereddüt ve endişe doğurucu değildir.¹⁰¹ Ancak her ne kadar hukuki dayanağa sahip olsa da, temel hak ve hürriyetlerin idarenin keyfi uygulamalarının tehdidi altında olabileceği gerçeği, denetimden yoksun olağanüstü KHK'lerin endişe verici sonuçlar doğurmasını engellemeyecektir. Zira bu KHK'leri çıkaracak kabine üyeleri ile mecliste görüşüp onaylama işlemini yapacak parlamento üyeleri çoğunlukla aynı siyasi partiye mensup kişilerden oluşmaktadır.¹⁰²

Bireysel başvuru yolunun işlerlik kazanmasıyla birlikte olağanüstü hal KHK'ler açısından da d enetim yolunun açılması kanımızca daha doğru bir yaklaşımdır. Bireysel başvuru yolunun açılmasındaki amaç, devlet aleyhine verilen ihlal kararlarının önüne geçmekse, AİHM tarafından denetimi yapılacak olan olağanüstü hal kanun hükmünde kararlarının ulusal hukuk sisteminde yargı denetiminden yoksun kalması düşünülemez. AİHM, *Soysal ve diğerleri*¹⁰³ davasında hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazına karşılık başvuranların dava konusu olayla ilgili başvurulacak bir iç hukuk yolu olmadığı itirazını kabul ederek ihlal kararı vermiştir.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sınırlandırma Rejimi

AİHS'nin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin sözleşme metnine bakıldığında, sınırlamanın ya da müdahalenin hangi durumlarda sınırlama kabul edilemeyeceği ya da hangi durumlarda müdahalenin meşru görüleceği düzenlenmiştir. Yaşam hakkını düzenleyen ilk maddede ihlal sayılamayacak özel durumlar belirtilirken

¹⁰⁰ A ve Diğerleri/ Birleşik Krallık, , para. 184.

¹⁰¹ Bkz. Kapani Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.241,

¹⁰² Gözler, *Ohal Rejimleri*, s. 585.

¹⁰³ Soysal ve Diğerleri/ Türkiye, 54461/00, 54579/00, 55922/00. 15.02.2007, www.kazanci.com, (E.T.11.12.2014).

“zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucu” hükmüne yer verilmiştir. Buradan anlaşılan orantı, daha doğru bir ifadeyle durumun gerektirdiği ölçünün aşılmamasıdır. Her olayın şartlarına ve özelliğine göre değerlendirilecek bu ölçüt, ihlal sayılıp sayılmama açısından ince bir çizgi olarak karşımıza çıkmaktadır.

AIHS, maddi koşullar ve usul olarak iki tür sınırlandırma rejiminden bahsetmektedir. Bunlardan ilki, olağan dönemlerde özel durumlarda sınırlandırmalardır. İkincisi ise olağanüstü dönemlerde özel yönetim usulü ile yapılan sınırlandırmalardır. AIHS, her iki durum için de farklı esaslar belirlemiştir. Düzenlenen ve sınırlandırılabilen her temel hak ve hürriyet için koşullar ve özel durumlar ilgili maddesinde yer almaktadır. Örneğin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlıklı AIHS’nin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre *“Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”*

Olağanüstü dönemlerde ise devletlerin 15. maddede düzenlendiği gibi *“yükümlülüklerini askıya alma”* sınırlı şartlarla mümkündür. Sözleşmeden doğan yükümlülükleri azaltmak için tedbirler alabilmenin şartları, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike halinde, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde tedbirler almak ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemektir. Ancak maddenin devamında yaşam hakkına(m.2), işkence yasağına(m.3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağına(m.4) ve kanunsuz ceza olmaz ilkesi(m.7)’ne aykırı tedbirler alınamayacağı düzenlenmiştir. AIHS tedbirlerin nasıl uygulanacağı konusunda bir usul öngörmemiş, buna karşın 1982 Anayasası, olağanüstü tedbirler alma şartını olağanüstü hal ilan ve yönetimine bağlamıştır.¹⁰⁴

AIHS’nin yukarıda bahsettiğimiz olağanüstü durumlarda dahi müdahale edilemeyen sert çekirdekli hak olarak saydığı dört mutlak hak vardır. Her ne olursa olsun hiçbir sınırlandırmaya tabi tutulamaz. Bunlar; işkence ve benzeri muameleler, kölelik ve kulluk yasağı, suçta ve cezada kanunilik ve maddede belirtilen özel durum dışında

¹⁰⁴ Doğru, *Anayasa ile Karşılaştırmalı AIHS*, s. 86.

yaşam hakkıdır.¹⁰⁵ AİHM, başvuruları değerlendirirken kendi geliştirdiği araçlarla inceleme yapmaktadır.

V. İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

A. Takdir Marjı Kavramı

Bu kavram birçok hukuk dalında kullanılmaktadır. Özellikle idare hukukunda takdir yetkisi ile birlikte ele alınmaktadır. Ancak insan hakları hukukunda özel bir yeri bulunmaktadır.

Takdir marjı kavramı, İngilizce'deki "*Margin of Appreciation*"ın karşılığı olarak Türkçeye çevrilmiş, "margin" kelimesi "marj" olarak çevrilerek "idarenin takdir yetkisi" kavramından ayrı, insan hakları hukuku ile ilgili bir kavram olarak literatürde yerini almıştır. Kelime anlamı itibarıyla "margin" kelimesi İngilizcede pay, sınır, çerçeve gibi manaları, "appreciation" kelimesi de takdir, değerlendirme anlamlarını ifade eder. İdarenin takdir yetkisi kavramından farklı olması dolayısıyla AİHM'nin kararları incelenirken dahi "takdir yetkisi" kavramı yerine takdir marjı, takdir payı, takdir aralığı kavramlarının kullanılmasının daha isabetli olacağı yönünde görüşler vardır.¹⁰⁶ Ancak "ulusal takdir yetkisi" ya da "değerlendirme marjı" gibi kavramlar da AİHM'nin taraf devletlere tanıdığı bu alanın tanım karşılığı olarak Türk hukukunda kullanılmaktadır.¹⁰⁷

Takdir marjı nosyonu, şimdiye kadar AİHM içtihatları ve literatürde "kavram", "doktrin" ve "prensip" (principle) gibi çeşitli tanımlarla açıklanmaya çalışılmıştır.¹⁰⁸ Zamanla farklı koşullardaki boyut ve kapsamının belirlenmesi açısından önemli davalarda uygulama olarak anılmaya başlanmıştır.¹⁰⁹ Ancak sonuç olarak takdir marjı, uygulamada taraf devletlere AİHM' in tanıdığı bir 'hak' tır.

¹⁰⁵ Tezcan ve diğerleri, s.503.

¹⁰⁶ Şirin Tolga, *Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı*, Anayasa Hukuk Dergisi, C.2, Sa. 4, 2013, s. 343.

¹⁰⁷ Çoban, s.189.

¹⁰⁸ Singh Rabinder, "Is There a Role for the 'Margin of Appreciation' in National Law After the Human Rights Act?" *European Human Rights Law Review*, 1999. S. 2, Brems, Eva, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 56, 1996, s. 4.

¹⁰⁹ Singh, s. 4.

1. Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Takdir Marjı kavramının Fransız idare hukukunda Conseil d'Etat'ın uygulamaları neticesinde kullanıldığı ifade edilmektedir.¹¹⁰ Fransızca "*marged' appréciation*" un direkt karşılığı olarak İngilizceye geçmiş ve Avrupa'da, aralarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Lüksemburg'da Avrupa Birliği Mahkemeleri'nin de bulunduğu bir dizi mahkeme tarafından kullanılmaya başlanmıştır¹¹¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kendi geliştirdiği doktrinle ilgili olarak AİHS'nde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doğrudan ya da dolaylı olarak amaçsal ilkesinin 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Sözleşmesi'nden kaynaklandığı ileri sürülmektedir.¹¹² Konvansiyonun, genel bir çerçeve çizdiği düşünülürse sözleşmelerin yorumunda bir kaynak ve esas oluşturduğu söylenebilir. Takdir marjına ışık tuttuğu düşünülen 31. maddenin ilk fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.”

Takdir marjı, AİHM tarafından, sözleşmede yer alan belirli hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi durumunda devletlere tanınan bir hareket alanıdır ve devletlerin bu yetkisini tamamlayıcı niteliktedir.¹¹³ AİHM, takdir marjını ne kadar geniş tutarsa, ilgili devletin insan hakları anlayış ve uygulamalarına o kadar güven duymaktadır denilebilir.

Doktrinini ortaya çıkışı ile ilgili ilk kararlara bakıldığı zaman, takdir marjı kavramının orijinal olarak yer aldığı kararın *İrlanda / Birleşik Krallık*¹¹⁴ davası olduğu görülmektedir. Ayrıca tam anlamıyla ifade edilmemiş olsa da takdir marjı kavramı kastedilerek “takdir gücü”nün (power of appreciation) zikredildiği 1971 tarihli “serserilik davası”¹¹⁵ olarak bilinen ve 5.maddenin ihlali iddiasıyla yapılan başvuru

¹¹⁰ Atakan, Arda, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme*, MÜHF-HAD, C.16, S.3-4,s.29.

¹¹¹ Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Margin_of_appreciation, (E.T. 20.08.2014).

¹¹² Greer, Steven, *The Interpretation of The European Convention on Human Rights: Universal Principle of Margin of Appreciation?* UCL Human Rights Review, Vol 3, s. 5.

¹¹³ Atakan, s.29

¹¹⁴ *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.01.1978.

¹¹⁵ *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18.07.1971.

olduğu görülür.¹¹⁶ Mahkeme bu davada Belçika devletinin, Sözleşmenin devletlere tanıdığı 8.maddenin ikinci paragrafında belirtilen durumlarda kullanılan yetkiyi aşmadan, serserilik sebebiyle tutulan kişilerin hakkındaki sınırlandırma için bile yeterli sebebin bulunduğu kanaat getirerek takdir payının limitlerini aşmadığına karar vermiştir.¹¹⁷ Mahkeme, “*yetkili Belçika makamlarının mevcut davada, Sözleşme’nin (8’inci maddesinin 2’nci fıkrasında taraf devletlere bırakılan takdir yetkisini aşmadığını, çünkü kişileri serserilik nedeniyle sınırdışı eden yetkililerin, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için sınırlandırma getirmenin gerekli olduğuna inanmaları için yeterli sebeplerinin olduğunu*” ifade etmiştir.”¹¹⁸

Takdir marjının en detaylı biçimde dillendirildiği ve açıklandığı dava ifade özgürlüğü ile ilgili olan *Handyside-Birleşik Krallık*¹¹⁹ davasıdır. Bu karara ileride yer verileceğinden burada ayrıntılı açıklama yapılmayacaktır.

2. İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Marjı Doktrininin Karşılaştırması

İdarenin takdir yetkisi, her ne kadar takdir marjı kavramının kökenini oluştursa da gerek yetkiyi elinde bulunduran kişi gerek denetimindeki farklılıklar sebebiyle takdir marjından ayrılan yönleri bulunmaktadır. Takdir yetkisi idareye yapacağı işlem ve eylemlerde hareket serbestisi tanımaktadır. Bu hareket serbestisinin çerçevesi mevzuatta çizilmiş olup bir idari usulün varlığı halinde idareye karar alıp almama, değişik ihtimaller arasında bir seçim yapıp yapmama, bu yetkiyi kullanıp kullanmamasını belirleme yetkisi tanımaktadır.¹²⁰ Dolayısıyla takdir yetkisi kamu hizmetinin ifasında idareye tanınan ve somut olaya uygun hareket etme imkanı tanıyan bir olgudur.¹²¹ Buna karşılık takdir marjı, ulusüstü yargılama yapan AİHM’nin sözleşen devletlere tanıdığı bir alandır. Takdir yetkisi ise yerel makamlar için geçerli bir yetkidir ve kaynağı da anayasadır. İdareye tanınan takdir yetkisi ile ilgili anayasada doğrudan bahsedilmese de,

¹¹⁶ Kratochvil, Jan, “*The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/3, 2011, s.329.

¹¹⁷ De Wilde vd./ Belçika, para. 93.

¹¹⁸ Şirin, takdir marjı, s. 346.

¹¹⁹ Handyside/ Birleşik Krallık, para. 48.

¹²⁰ Kaya, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, İstanbul 2011, s.7, 26.

¹²¹ Kaya, s. 13 vd.

hükümün lafzından anlaşılabilir. ¹²² İdarenin takdir yetkisine haiz olduğundan söz etmek, öncelikle idarenin o konuda işlem yapmaya yetkili olmasını gerektirir. ¹²³ Dolayısıyla idareye önceden tanınan bir yetki vardır. Ancak takdir marjında taraf devlet sözleşmeyle tanımlanan hakları korumakla yükümlü olduğu için müdahale ederken kanunların haricinde bir takdir aralığının olduğunu göz önünde bulundurmamalıdır. Takdir yetkisi ve takdir marjının hukuka uygunluk sınırlarının çizilmesinde de farklılıklar bulunmaktadır. Takdir yetkisinin kamu hizmetlerinin gerekleri ve kamu yararına uygun kullanılması gerekmektedir. ¹²⁴ Buna karşılık devletlere tanınan takdir marjının hukuka uygun kullanılabilmesi için yukarıda ifade edildiği üzere temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir şekilde sınırlandırılması gerekmektedir.

3. Subsidiarite (ikincilik İlkesi) ve Takdir Marjı

AİHM'nin temel hak ve hürriyetlerin sözleşmeye uygun olarak tanınıp korunması amacıyla yürüttüğü denetim yetkisi, taraf devletlerin yerine geçip yargılama yapma ve onların egemenlik hakkına aykırı bir durum oluşturma biçiminde değil, ikincil nitelikte (subsidiarite) bir yetkidir. ¹²⁵ AİHS'nin kabul edilebilirlik koşullarını düzenleyen 35. maddesinde yer alan “iç hukuk yollarının tüketilmesi” şartı, denetimdeki talî olarak üstlenilen rolün bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. ¹²⁶ İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı mahkeme için bir usulî şart gibi görünürken, ulusal hukukta AİHM önüne gelinceye kadar tüm iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, taraf devletlerin sözleşmenin etkili olarak uygulanması açısından yükümlülüğüdür. ¹²⁷

¹²² İdarenin yargısal denetimine ilişkin Anayasa'nın yargı yolu başlıklı 125/4. Fıkrasına göre “Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez”. Anayasada bu hüküm dışında takdir yetkisinden söz edilmemiştir. Ayrıca İYUK 2/2. Fıkrasında yer aldığı gibi çeşitli kanunlarda idarenin takdir yetkisi hüküm altına alınmaktadır.

¹²³ Karatepe Şükrü, “Anayasa'nın 125. Maddesine Göre Yargı Denetiminin Sınırlarından Biri Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF Kamu Yön. Böl., İzmir, 1989, s. 4.

¹²⁴ Kaya, s. 157 vd; D5D, E. 1992/5699, K. 1993/609, KT. 15.2.1993, DD., Sy. 88, s. 233.

¹²⁵ Ünal Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri,” AYD, C. 17, Y.2000, s. 83,

¹²⁶ Alman hukukunda aynı yönde bir kanı vardır, bkz. Şirin, (takdir marjı), s.361.

¹²⁷ Akıllıoğlu (insan hakları, kavramlar...), s. 426.

AIHM, takdir marjı ile ilgili genel prensipleri tüm açıklığıyla Handyside kararıyla ortaya koymuş,¹²⁸ mahkemenin ikincil yetkisini şu şekilde açıklamıştır:

*“Sözleşme ile kurulan koruma mekanizması, insan haklarının korunması konusunda ulusal sistemler karşısında ikincil niteliktedir. Sözleşme içerdiği hak ve özgürlüklerin kullanımını sağlama sorumluluğunu öncelikle taraf devletlere vermiştir. Sözleşme organları ise bu göreve kendi yönlerinden, fakat iç başvuru yollarının tüketilmesinden sonra katılmaktadırlar.”*¹²⁹

Mahkemenin ikincil yetkisinin bir başka yönü ise, taraf devletlerin egemenlik yetkisi sorununun önüne geçilmesidir. AIHM, doğrudan ulusal yargı barajı olmadan başvuru kabul edip yargılama yapmadığı gibi, kararları da kendiliğinden icra kabiliyetine haiz bulunmamaktadır. Ulusal ölçekte kararlar beyan edici niteliktedir.¹³⁰

Subsidiarite ilkesi genel olarak 19. yy sonları Katolik Kilisesi söylemlerinden gelmektedir.¹³¹ Avrupa Birliği’nin oluşumuyla birlik organlarının pek çok hususta yetkili olmaları sebebiyle egemenlik haklarının zarar gördüğünü ileri sürerek daha fazla taviz vermek istememiş ve işlerin daha ağır yürüdüğünden bahisle bürokrasinin arttığından şikayetçi olmaya başlamışlardır.¹³² Avrupa ulusları arasında çok uluslu bir yapıya dönüşmekle sonuçlanan sosyal ve ekonomik entegrasyonun başlamasıyla subsidiarite yeni şekliyle uygulanmaya başlanmıştır.¹³³ Sonuç olarak AB ile üye devletlerarasında bir yetki paylaşımı sağlanarak üye ülkeler lehine Topluluk yetkileri sınırlandırılmak suretiyle bir denge¹³⁴ oluşturulması amaçlanmıştır.

AIHM, ulusal otoritelerin insan haklarını korumada öncelikli rolünün bulunduğu anlamına gelen talilik ilkesinin Sözleşme’nin 1. maddesinde vurgulandığı yorumunda

¹²⁸ Karagöz Kasım, *İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırma Sorunu*, yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 115

¹²⁹ Handyside v. Birleşik Krallık, par. 48.

¹³⁰ Memiş, s. 166.

¹³¹ Carter, William M, “Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication”, *Journal Of Public Law&Policy* Vol. 30, 319, 2008-2009, s. 321.

¹³² Bozkurt Enver, Özcan Mehmet, “Subsidiarite İlkesi ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirm”e, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 6, Sa.1,Y.2001, s.9.

¹³³ Carter, s. 322

¹³⁴ Bozkurt ve Özcan, s. 9.

bulunmaktadır.¹³⁵ Bu yaklaşım, büyük ölçüde, taraf devletlerin, yerel şartları ve devlet çıkarları ile kaçınılmaz olarak yarışan birey menfaatlerini değerlendirmede AİHM'den öncelikli ve daha iyi konumda olduğu fikrine dayanmaktadır.¹³⁶

4. Çoğulculuk ve Subsidiarite

Günümüz uluslararası insan hakları hukuku ise ikincillik ilkesine farklı açıdan yaklaşarak, öncelikli amacın insan haklarının yerel düzeyde korunmasının sağlanarak ve ulusüstü bir haklar yapısına ulaşarak, münferit devletlerin uygulamalarına bağlı olmaksızın bu haklar yapısını evrenselleştirmektir.¹³⁷ Bir diğer ifadeyle öncelikli amaç, insan haklarının ulus düzeyinde korunması ulusların öncelikli işi olmalıdır. Uluslar bunu amaç edinir ve insan haklarını korumada kendi payına düşeni özenle yerine getirirse, uluslarüstü ekseninde bir insan hakları anlayışı doğacaktır.

19 Şubat 2010 tarihli AİHM' nin Geleceği Konulu Yüksek Düzeyli Konferansı Interlaken Deklerasyonu'nda (The High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Interlaken Declaration) subsidiarite ilkesinin önemi şiddetle vurgulanmıştır. Ulusal otoritelerin, başka bir deyişle hükümetler, parlamentolar ve mahkemelerin ulusal düzeyde insan haklarını koruma ve garanti etmedeki rolünün aslî nitelikte ifade edilmiştir.¹³⁸ AİHS'nin ise denetim mekanizması oluşturarak taraf devletler ile mahkeme arasında sorumluluk paylaşımını gerçekleştirmesinin ikincil nitelikte olduğu ifade edilmiş, paylaşım Konferans'ta "ikincilliği güçlendirme"(a strenghtening of the principle of the subsidiarity) sonucuna varılmıştır.¹³⁹

İç hukuk yollarının tüketilmesi de uluslararası insan hakları hukukunun amacı ile uyumlu bir metottur.¹⁴⁰ Öncelikli olarak ulusal yargıda iç hukuk yollarının tüketilmesi, uluslararası bir organda yargılanmadan önce devletlere kendi inisiyatifleri ile ihlalleri düzeltme fırsatı sağlar ve kendi insan hakları sicillerini tahlil etmeyi gerektiren bir

¹³⁵ Ostrovsky Aaron A, "What's So Funny About Peace, Law, and Understanding How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", *HanseLawReview*, Vol 1, N. 1, 2005 s. 49.

¹³⁶ Ostrovsky, s.49.

¹³⁷ Carter, s. 329.

¹³⁸ Lugato Monica, "The" Margin of Appreciation" and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity, *Journal of Catholic Studies*, Vol. 52:49, 2013. S.66

¹³⁹ Lugato, s.69.

¹⁴⁰ Carter, s. 329.

özdüşünümsel (self-reflective) süreci zorunlu kılar.¹⁴¹ Böylece her devletin kendi insan hakları anlayışı ve uygulaması ile şekillenip gelişen özgül yapıların ortaya çıkması da mümkün hale gelebilecektir. Bu açıdan bakıldığında ikincillik prensibinin uluslararası insan haklarının evrenselliği ilkesini tek bir insan hakları standardı yerine birbirinden bağımsız ve çeşitli standartlar ortaya çıkmasına yol açacağından baltaladığı düşünülse de, çoğulculuğa katkı sağladığı düşünülebilir.¹⁴² Demokratik toplumun hayati unsuru olan çoğulcu demokrasi anlayışı (*pluralism*), çoğunluğun yönetim hakkını kullanırken, azınlığın fikir ve özgürlüklerini korumayı da reddetmeyen görüştür.¹⁴³ Çoğunluğun, muhalefet edenler ya da çoğunluğun hakim olduğu görüşün dışında kalanlara baskı yapmasını engelleme fikrinden doğmuş çoğulcu demokrasi anlayışı, yönetenlerin ellerindeki yetkiyi sınırsız olarak kullanmasına da karşıdır.¹⁴⁴

Uluslararası hukukta da zorunlu yargı organlarının devletlerin egemenlik yetkisini sınırladığı ya da hukukî olmadığı görüşlerine karşılık, uluslararası hukukta diyalektik bir etkileşimin varlığı uluslararası hukuka katkı sağlamakta, yerel mahkemeler uluslararası mahkemeleri etkileyebileceği gibi uluslararası yargı organları da ulusal mahkemelerden etkilenebilmektedir.¹⁴⁵ Bu açıdan bakıldığında özellikle Türk Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvurulara ilişkin yaptığı yargılamalarda AİHM kararlarını referans gösterdiği ve onlardan etkilendiği görülmektedir.

İnsan hakları bağlamında çoğulculuğa sağladığı katkı açısından, ikincillik (Subsidiarite), insan hakları ile ilgili tanımlama yapmaya ehil olan tek bir uluslararası organ yorumunu (ki bu durum tekil veya mutlakiyetçi sonuçlarla ya da yorumlarla aynı anlama gelir) reddeder.¹⁴⁶ Ulusüstü tek bir anlayışın değil, çeşitli yorumların zenginleştirdiği insan hakları kavramına ihtiyaç bulunmaktadır.

¹⁴¹ Carter, s. 329

¹⁴² Carter, s. 330.

¹⁴³ Gözler, Kemal, *Anayasa Hukuku'nun Genel Esasları*, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2010, s.264-265.

¹⁴⁴ Yavuz Bülent, *Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Sa. 1-2, Y. 2009, s. 299.

¹⁴⁵ Özkan, Işıl, *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Huku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.116.

¹⁴⁶ Carter, s. 330.

AİHM, defalarca çeşitli kararlarında “çoğulculuk olmadan demokrasi olmaz” ilkesine vurgu yapmıştır.¹⁴⁷ Ancak her davada durum farklı açıdan değerlendirilmiştir. Örneğin, *Mahkeme Yumak ve Sadak/ Türkiye*¹⁴⁸ davasında, 1. no’lu protokolün 3. maddesinde yer alan serbest seçim hakkı ihlali gerekçesiyle yapılan başvuruda, ihlal bulunmadığı kararı vermiştir. Söz konusu başvuru, %10 seçim barajı seçim sisteminin 1 no’lu protokolün 3. maddesine aykırı olduğu gerekçesine dayanmaktadır.

AİHM, çoğulculuğun önemine vurgu yapmakta ancak yasama organına ilişkin seçimlerde ne tür oy kullanılacağına ilişkin sistemleri belirlemede sözleşmecî devletlerin geniş takdir payına sahip olduğunu belirtmektedir. 1 no’lu protokolün 3. maddesindeki hakların mutlak nitelikte olmadığını, sözleşmecî tarafların zımni sınırlamalar koymak suretiyle geniş takdir payına sahip olduğunu vurgulamaktadır. AİHM, başvuranların %10’luk seçim barajının yüksek olduğu iddiaları ile aynı doğrultuda görüş bildirip aşağı çekilmesi gerektiğini, ancak söz konusu seçimlerin kendine özgü siyasi yapısı diğer unsurlarla değerlendirildiğinde ihlalin olmadığı yönünde karar vermektedir.

B. Takdir Marjı Doktrininin İnsan Haklarının Evrenselliği İlkesi Karşısındaki Durumu

Takdir marjının uygulanmasıyla ilgili en öne çıkan eleştiri, insan haklarının evrenselliği ilkesinin karşısında yer alıyor olmasıdır.¹⁴⁹ Her ülkenin farklı inanç ve ahlak yapısına göre zaman içinde oturmuş kültürel yapısı bulunmaktadır. Ancak insan haklarının evrenselliği ilkesi bu değişkenliği kabul etmeyerek insan haklarının her durumda, coğrafyada ve bireyde aynı değerde önemli olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle toplumun inanç, ahlak ve kültürel yapısıyla çatışabilmektedir.

10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 2. maddesinin ilk cümlesinde “*Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden*

¹⁴⁷ *Uluslararası Hayvan Hakları Savunucuları/ Birleşik Krallık*, 48876/08, 22.04.2013, para. 101. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126734>, (E.T. 15.07.2015)

¹⁴⁸ 10226/03, 08.07.2003. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, et. 26.12.2014

¹⁴⁹ Çoban, s.194.

yararlanabilir.” ifadesi yer almaktadır. Evrensel ve eşit hakların garantisini veren bu madde, “...herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin...” ibaresine yer vererek aynı zamanda insan haklarının en yalın anlamda sırf insan olmaktan kaynaklanan kayıtsız şartsız haklar olduğunu vurgulamaktadır. Ancak insan hakları ile ilgili evrensel olma niteliğine haiz ilk belge olan Beyanname ve sonraki belgeler ışığında insan haklarının en önemli sorun ne kadar etkili ve ne derece evrensel olduklarıdır.¹⁵⁰ Kültürel çeşitlilik, insan haklarının uygulamada evrensel ilkelerin anlamını tekrar düşündüren bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çatışmasında Takdir Marjı

Kültürel rölativite, insan haklarının dünyadaki tüm insanlar için geçerli haklar olduğu anlayışına mukabil, yeryüzünde birbirinden önemli derecede farklı nitelikteki kültürlerin, inançların ve ahlak yapılarının eylem ve inançlar değerlendirilirken dikkate alınması¹⁵¹ ve diğer standartlara göre yargılanmaması¹⁵² gerekliliğini savunmaktadır. İnsan hakları teorisinin ve bu teoriye ait pek çok altyapı ve unsurun Batı kaynaklı olduğunu¹⁵³ düşünen Rölativistler, insan haklarının Batı’da doğup geliştiğini ve tarihsel olarak Batı’ya bağlı ve özgü olduğunu, bu sebeple de diğer toplumlar tarafından kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedirler.¹⁵⁴

Yönetim şeklinden dinî inanç ve sosyolojik sistemlerine ve bu sistemleri etkileyen ahlak-gelenek yapılarına kadar birbirinden çok ayrı toplumların bulunduğu devletlerin varlığı düşünüldüğünde insan haklarının içselleştirilmesi toplumdan topluma değişebilmektedir. Kültürel Rölativite (görecelik) savunucularından Amerikalı siyaset bilimci Samuel Huntington, insan haklarının evrenselliği ilkesinin Batı’nın kendi ürettiği kavramları diğer devletlerce kabullenmeye zorlaması olarak değerlendirmekte ve bu yaygınlaştırma faaliyetlerini “insan hakları emperyalizmi” olarak

¹⁵⁰ Sedjari Ali, “*Bütün Halleriyle İnsan Hakları*” Evrensellik ve Tekillik Arasında İnsan Hakları, Editör Ali Sedjari, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012, s.2.

¹⁵¹ OulhajLahcen, “*Hümanizm ve Kültürel Rölativizm*”, “Evrensellik ve Tekillik arasında...” s. 51.

¹⁵² Uygun, s. 502.

¹⁵³ Uygun, s. 501.

¹⁵⁴ Demir Esra, “İnsan Haklarının evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, MÜHF-HAD,C.14, Sa. 3, s. 210.

nitelendirmektedir.¹⁵⁵ İnsan haklarının evrenselliği öğretisi, Batılı olan ya da olmayan pek çok düşünür tarafından, Fransa, İngiltere ve Amerikan hak geleneğine dayalı olarak geliştirilmiş ve diğer kültürleri reddederek kendi geliştirdiği insan hakları teorisini kabul etmeye zorlayan karakterde bir yapıya sahip olduğu iddialarıyla eleştirilmiştir.¹⁵⁶

Takdir marjı doktrini ise, bir yönüyle farklılıklara esneklik tanıyarak sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırmayı amaçladığı için kültürel rölativiteye kapı araladığı düşüncesiyle insan haklarının evrenselliğini savunan düşünürlerce eleştirilmiştir.¹⁵⁷

AİHM, devletlere sözleşmenin uygulanması ile ilgili bir değerlendirme marjı sağlarken bunu denetlemekte ve bu denetimde hesaba kattığı somut olaydaki tüm koşulların yanında devletteki hukukî ve siyasi yapıyı da göz önünde bulundurmaktadır.¹⁵⁸ Sosyolojik altyapısı düşünüldüğünde devletin yapısını sahip olduğu kültürel geçmişten ayrı düşünmek olanaksızdır. Özellikle bireylerin karakter ve fikir olarak gelişmesinde kültürün önemli bir etkisi vardır.¹⁵⁹ Toplumdaki ideolojik yaklaşımlar da kültürün bir ürünüdür.¹⁶⁰ Dolayısıyla insan hakları uygulamalarını ve anlayışını tektipleştirmek bir anlamda bu kültürlerin de yadsınması anlamına gelmektedir. Elbette yeryüzündeki tüm kültürlerle saygı duyulması imkânsızdır. İşkence, insan kurban etme, kölelik ve benzer uygulamalar insanlığın değerini alçaltıcı türden uygulamalardır ve saygı duyulması değil yasaklanması gereken eylemlerdir.¹⁶¹ İnsan haklarını öğretisinin temel değeri olan insan onuru kavramıyla bağdaşmayan tüm uygulamalar vazgeçilmesi gereken eylemlerdir.

D. Takdir Marjı ve Ölçülülük İlkesi

Ölçülük ilkesi (Principle of Proportionality) temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında en önemli kriterlerden biridir. İdare hukuku kökenli ilkenin temeli çok eskilere dayanmakla beraber ilk kez Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından

¹⁵⁵ Coşkun, Vahap, “İnsan Hakları ve Kültürel Rölativizm” Medeniyet Üniversitesi Kamu Hukuku Arşivi, http://www.medeniyet.edu.tr/HAZRAN1999_KHUKA_insan_haklari_ve_kulturel_rolativizm.html, s. 3.

¹⁵⁶ Uygun, s. 501.

¹⁵⁷ Çoban, s. 194.

¹⁵⁸ Tümay, s. 378.

¹⁵⁹ Donnelly, s. 121.

¹⁶⁰ Yılmaz Levent, “Türk Siyasal Kültürünün Kriz Alanları İçin Bir Model”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Cilt:23, Sa.2, Y. 2008, s. 196.

¹⁶¹ Uygun, 527.

kullanılmıştır.¹⁶² Felsefi temeli ise Aristo'ya kadar uzanır. Aristoteles kuramında “*dağıtıcı adalet*”¹⁶³i ölçmek için kullanılan bir mefhum olarak ölçülülük, ilk kez Nikomakhos’a Etik adlı eserinde açık bir şekilde görünmektedir.¹⁶⁴ Günümüz ölçülülük ilkesinin hukuktaki algılanış şekli zamanla değişmiş tamamlanmış ve olgunlaşmış olsa da, önemle Aristoteles’in kuramına değinilmektedir.¹⁶⁵ Toplumun gereksinimi olan tüm faydaların, bireylerin sahip olduğu özel yetenek ve gereksinimi bakımından orantılı bir eşitlik sağlanarak dağıtılması, eşitler arasında eşitliğe riayet ederek paylaşım yapılmasını esas alan dağıtıcı adalet ilkesi, kişilerin özellikleri ile yararlanacakları menfaat (fayda) arasında orantı kurularak tesis edilecek adaleti amaçlar.¹⁶⁶

Modern Hukukun genel bir prensibi olarak beliren ve hem kamu hem de özel hukukta kullanılan ölçülülük ilkesi, commonlaw sisteminde “*sorumluluk ilkesi*” olarak ifade edilmiş ve yalnızca anayasal bir kavram değil, medeni hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku gibi alanlarda pek çok mahkeme kararlarında uygulandığına rastlanılan bir kavram olmuştur.¹⁶⁷ Yeterlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeyi kapsayan¹⁶⁸ ölçülülük, hem kanunların yapılışında hem de uygulanışı aşamasında dikkate alınması gereken bir ilkedir.¹⁶⁹ Fransız hukukunda fayda ile bedel arasındaki denge (balance between costs and benefits) olarak adlandırılan ilke, hakimın olayı ölçülülük açısından değerlendirirken tedbirin avantaj ile dezavantajını iyi tartmasını amaçlamaktadır.¹⁷⁰ Takdir marjı açısından ise ölçülülük, temel hak ve hürriyetlere yapılan sınırlandırmanın, ilgili hak için öngörülen amaç ile orantılı tedbir alınması konusunda önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmede yer alan 8-11. maddeler bakımından daha çok tanınan takdir marjı, taraf devletlerin ilgili maddelerdeki sınırlandırma sebeplerine dayanarak ne kadar ölçülü davrandıkları AİHM tarafından değerlendirilmektedir. Bu sebeple insan haklarının öznesini, içeriğini, kullanılış amacı

¹⁶² Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.19.

¹⁶³ Aristo’nun adalet felsefesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Topakkaya, *Hukuk ve Adalet*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 21 ve devamı.

¹⁶⁴ Engle, Eric, *The History of General Principle of Proportionality: An Overview*, The Dartmouth Law Journal, Vol.X:1, 2012. S. 3.

¹⁶⁵ Engle, s.4.

¹⁶⁶ Çeçen Anıl, *Adalet Kavramı*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993, s. 38.

¹⁶⁷ Cianciardo, Juan, *The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights*, Journal of Civil Law Studies, Vol. 3. 2010, S. 179.

¹⁶⁸ Cianciardo, s. 179.

¹⁶⁹ Metin, s. 20.

¹⁷⁰ Cianciardo, s. 180.

ve sınırlandırma sebeplerini düzenleyen kanunlar, ölçülülük açısından içerik itibariyle önem arz etmektedir.

1. İnsan Hakları Normlarında Ölçülülük İlkesi

Amaç ile araç arasındaki ilişki açısından değerlendirilen ölçülülük, kullanılan araç ile amaç arasındaki orantı açısından öneme sahiptir.¹⁷¹ Türk anayasasında temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13. maddesinde sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek açıkça ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. AİHS’nde de, olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma başlığını taşıyan 15. maddede, “...durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde...” ibaresine yer verilerek, sınırlandırmanın sınırına vurgu yapılmıştır. Anayasa ve AİHS’nde sınırlandırılacak hakların düzenlendiği maddelerde hangi sebeplerle sınırlandırma yapılabileceği belirtilmiştir. Amaç, kamu yararının gerekli olduğu durumlarda maddelerde belirtilen durumlardır. Genel sağlık ve genel ahlakın korunması, milli güvenlik, kamu düzeni, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması... vb sebeplerle sınırlandırma yapılabilir. Sınırlandırma konusu hakla ilgili yalnızca düzenlendiği maddedeki özel sebepler değil, genel olarak AY. md. 13’deki genel sınırlandırma sebeplerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hukuka aykırı olarak yapılan hak müdahalelerinin mahkeme önünde dava konusu yapılması durumunda amaç ile araç arasındaki orantının hukuki olup olmadığı incelenmektedir. Araç, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılan normları mahkeme kararları, idarî işlemler gibi anayasaya aykırı olmaması gereken tedbirlerdir.¹⁷²

AİHM kararlarında ölçülülük ilkesine yoğun bir şekilde yer vermekte ve kamu makamlarının aldığı tedbirlerin ölçülü olup olmadığını incelemektedir. Buna göre ihlal kararı vermektedir. AİHM, Leyla Şahin kararında Türkiye’ye takdir marjı tanımış, maddenin ihlali iddiasıyla yapılan başvuruda sınırlandırmanın amaçla orantılı olduğuna ve ulusal makamların takdir marjını aşmadıkları gerekçesiyle ihlal bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Ölçülülük ilkesi, AİHM’nin taraf devletlerin mevcut şartları daha iyi değerlendirip öngörülen amaçla orantılı tedbirler alması mantığına dayansa da,

¹⁷¹ Metin, s. 21.

¹⁷² Metin, s.23.

AIHM' in büsbütün yerel makamların değerlendirmesine dayanıp hukukî denetim yapmamasına yol açmamalıdır.

2. Uluslararası Hukukta Ölçülülük İlkesinin Yeri ve Takdir Marjı

Uluslararası hukukta ölçülülük ilkesi devletlerin, meşru müdafaa amaçlı (self- defence) kuvvet kullanımında (use of force) zorunlu ve orantılı olmak ve silahlı çatışmalar hukukunda gereksiz acılara sebep olmamak şeklinde tezahür etmiştir. Yasal çerçevesi uluslararası sözleşme¹⁷³ ve örf-adet hukuku ile belirlenmiş ilkelere aykırı kuvvet kullanımı devletlerin uluslararası sorumluluğunu doğuracaktır. Uluslararası hukukta meşru müdafaa bir haktır. Devletler kendilerine yönelmiş bir saldırı halinde bu doğal haklarını kullanabileceklerdir. Meşru müdafaayı düzenleyen Birleşmiş Milletler Andlaşmasının 51. maddesi:

“Bu Andlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hâlel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi’ ne bildirilir ve Konsey’ in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez” şeklindeki düzenleme ile çerçeveyi çizmiştir. Buradan da anlaşılacağı gibi meşru müdafaa doğal bir haktır, ancak zorunlu durumlarda¹⁷⁴ orantılı olmak şartıyla kullanılabilir.¹⁷⁵

İnsancıl hukuk açısından da büyük öneme sahip olan ölçülülük ilkesi yalnızca insan faktörü değil, savaşlarda çevrenin de korunması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁷⁶ Çevre hakkının hem ulusal hem de uluslararası boyutları düşünüldüğünde devletler,

¹⁷³ 1945 Birleşmiş Milletler Andlaşması, 1907 Lahey Sözleşmeleri, 1949 Cenevre Sözleşmeleri.

¹⁷⁴ Meşru müdafaa amaçlı kuvvet kullanımı maddeden de anlaşılacağı gibi silahlı bir saldırıya hedef olunması durumunda doğacak doğal bir haktır. Saldırı tehlikesinin, daha doğru bir deyişle saldırı henüz gerçekleşmeden ancak saldırı tehlike ve tehdidinin bulunduğu durumlarda tehdit altında olan devletin kuvvet kullanma hakkı olup olmadığı hakkında düzenleme olmadığı gibi görüş birliği de yoktur. Bu durum da yasal çerçevenin dışında, potansiyel tehlikelere karşı kuvvet kullanımına kapı aralanmakta ve insan hakları ihlallerine yol açılabilmektedir.

¹⁷⁵ Aksar, s.108-109.

¹⁷⁶ Güneysu, Gökhan, “Orantılılık ilkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sa.14, Y. 2013, s. 454.

hiçbir insan unsuru barındırmayan müdahalelerde dahi çevrenin korunması açısından sınırlandırmaya tabi olmak zorundadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın konuyla ilgili 1996 tarihli Nükleer Silahlar Danışma Görüşü¹⁷⁷ de, devletlerin silah seçimlerinde hem sivil halkın hem de çevrenin göreceği zararın göz önüne alınarak seçilmesi gerektiği yönündedir.¹⁷⁸

Kuvvet kullanma ve meşru müdafaa hakkının uluslararası yargı bağlamında, takdir marjının belirlediği hassas denge ile önemli ölçüde çelişen iki durum olduğu yönünde bir kanı bulunmaktadır.¹⁷⁹ Meşru müdafaa ve kuvvet kullanma ile ilgili özellik arz eden davalarda, meselelerin siyasi hassasiyeti sebebiyle takdir marjı açısından önemli derecede belirsizlik olabileceği kaygısı vardır. Diğer taraftan kuvvet kullanmayı yasaklayan hüküm, tabiatı itibarıyla en temel normlar arasında yer almaktadır.¹⁸⁰ Bu sebeple takdir marjı doktrininin uygulamada devletlerin uluslararası alanda sorumluluklarını tehdit eden sonuçları olabileceği ifade edilmektedir.¹⁸¹

Takdir marjı doktrinini, AİHM'nin bir ürünü olsa da, diğer uluslararası mahkeme ve yarı yargısal organlar tarafından da daha dar kapsamlı ve örtülü şekilde kullanılmaktadır.¹⁸² AİHM, yargılamalarında devletlere temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından bireylere karşı sorumlulukları açısından belli ölçüde takdir alanını bırakırken, Uluslararası Adalet Divanı ve BM güvenlik konseyi gibi organlar da hukuka uygunluk denetimi yaparken devletlerin birbirlerine karşı sorumlulukları açısından takdir marjı tanıyabilmektedir.

E. Hakların Takdir Marjı Oranına Göre Tasnifi

Takdir marjının AİHS'ndeki tüm haklar için tanındığını elbette söylemek mümkün değildir. Takdir marjının genişliği, hakkın bireyler için önemi, hakkın içeriği, müdahalenin kapsamı ve devletlerin gerekçeleri gibi faktörlere bağlı olarak değişkenlik

¹⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Gökçen Alpkaya, Nükleer Silahlar ve Uluslararası Adalet Divanı, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/480/5565.pdf>)

¹⁷⁸ Güneysu, s. 455.

¹⁷⁹ Cot, Jean-Pierre, Margin of Appreciation, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2007, s. 5.

¹⁸⁰ Cot, s. 5.

¹⁸¹ Cot, s. 5.

¹⁸² Shany, Yuval, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law", The European Journal of International Law, Vol. 16, n. 5, 2006, s. 929.

göstermektedir.¹⁸³ Takdir marjı ilk kez AİHS'nin olağanüstü durumlarda sorumlulukların askıya alınmasını düzenleyen madde 15 bağlamında ortaya çıkmıştır.¹⁸⁴ Daha sonraki kararlarda AİHM yoğun bir şekilde takdir marjını kullanmıştır. Bu nedenle takdir marjının kullanım alanı bakımından haklar tasnif edilmektedir.

1. Mutlak Haklar

AİHS'nin haklar 2-4. maddelerinde düzenlenen dokunulmaz haklar (non-derogation) için takdir marjının kullanımı çok sınırlıdır.¹⁸⁵ Yaşam hakkı ile doğrudan ilgili kavramlar olan intihara yardım, ötenazi, ceninin yaşam hakkı gibi konularda devletlere geniş takdir yetkisinin verildiği davalar olsa da¹⁸⁶, yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı takdir marjına uygun düşmemektedir. Uygun düşmeyen bu haklar özellikle temel evrensel insan haklarında karşımıza çıkmaktadır.

2. Kişisel Haklar

Takdir marjının doktrininin uygulama alanına bakıldığında en fazla AİHS' nin 8-11. Maddeleri ile ilgili başvurularda rastlandığı görülmektedir. Özel hayata saygı, düşünce özgürlüğü, evlenme hakkı gibi hakların, düzenlendiği maddelere bakıldığında daha zayıf karakterde bir ifade biçiminin olduğu, dokunulmaz haklardaki “mutlak gereklilik” kavramından yoksun oldukları ve çekirdek haklara müdahalenin sert biçimde yasaklanmasına bu maddelerde rastlanmadığından, doktrine yapı itibarıyla uygun düştüğü ileri sürülmektedir.¹⁸⁷

Sözleşmenin 8-11. maddelerinin de sınırlandırma amaçlarından “demokratik toplum gerekleri” ne uygunluk açısından değerlendirildiği görülmektedir.¹⁸⁸ Elbette demokratik toplum gerekleri her olayın özelliğine göre değişmekte ve AİHM tarafından farklı koşullar değerlendirilmektedir. AİHM içtihatlarına göre buradaki gereklilik kavramının, müdahalenin zorlayıcı toplumsal ihtiyaca (pressing social needs) uygun ve müdahale

¹⁸³ Greer, s. 4.

¹⁸⁴ Brems, s. 243.

¹⁸⁵ Ostrovsky, s.50, Greer, s.4, Karagöz, s. 114, Şirin,(takdir marjı) s. 346, Çoban, s. 213.

¹⁸⁶ Şirin,(takdir marjı) s. 346.

¹⁸⁷ Ostrovsky, s. 50, Şirin, (takdir marjı) s. 347.

¹⁸⁸ Singh, s. 2, Brems, s. 245.

amacıyla orantılı olmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁸⁹ Dolayısıyla mahkeme takdir marjının en çok uygulama alanı bulduğu 8-11. maddeler bağlamında yapılan başvurularda yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda *gerekliliği* ve *orantılılığı* üzerinde değerlendirme yapacaktır.

¹⁸⁹ Singh, s. 2.

İKİNCİ BÖLÜM

AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

I. AİHM KARARLARINDA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

AİHM tarafından devletlere takdir marjının tanınması, bir anlamda devlete olan güveni ifade eder. Daha doğru bir anlatımla, takdir marjı tanıyarak AİHM, devletin temel hak ve hürriyetler anlayışına güvenerek daha iyi bir temel haklar anlayışı geliştirmesine de zaman vermektedir.¹⁹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında takdir marjının neye göre geniş ya da dar olduğu başvuru konusu, hakkın içeriği, niteliği, önemi... vb. sebepler açısından değişkenlik gösterdiği görülmektedir.

Avrupa ülkeleri arasında başvuru konusuyla ilgili uzlaşma (ortak Avrupa konsensüsü) bulunması durumunda devletlere takdir marjı tanınmamaktadır.¹⁹¹ 8-11. maddeler açısından kilit kavramlar ‘*demokratik toplum gerekleri*’ ve ‘*uzlaşma*’dır. AİHM *S ve Morger/Birleşik Krallık* davasında bu konuyu şu şekilde açıklamaktadır:

“Bir müdahale, eğer, ‘üstün bir sosyal ihtiyacı’ karşılıyorsa ve özellikle de, hedeflenen meşru amaçla orantılı ise ve ulusal makamlar tarafından, bunu haklı çıkarmak için öne sürülen gerekçeler, ‘önemli ve yeterli’ iseler, ‘demokratik bir toplumda meşru bir amaca hizmet etmek için gerekli’ olduğu kabul edilir. Bu koşulların karşılanıp karşılanmadıklarına karar vermek, ilk etapta, milli hâkime düşüyorsa da, sonuç olarak, müdahalenin, Sözleşme’nin koşullarını karşılayıp karşılamadığına karar vermek,

¹⁹⁰ Ostrovsky, s. 58.

¹⁹¹ Çoban, s.201, Şirin, (takdir marjı)s. 357.

Mahkeme'ye düşmektedir (Coster/Birleşik Krallık [Büyük Daire], no. 24876/94, paragraf 104, 18 Ocak 2001 ve belirtilen referanslar).

Bu bağlamda, yetkili ulusal makamların belli bir takdir marjı olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu yetkinin genişliği değişkendir ve Sözleşme'nin güvence altına aldığı hakkın türü, ilgili kişi için önemi, müdahalenin türü ve amacı gibi faktörlere bağlıdır. Bu marj, söz konusu hakkın, bireye, temel hakların etkili şekilde kullanılmasını ya da kendine tanınan 'özel' hakları güvence altına alınması söz konusu olduğunda daha da sınırlıdır (Connors/Birleşik Krallık, no. 66746/01, paragraf 82, 27 Mayıs 2004, ve belirtilen referanslar). Bir bireyin varlığının ya da kimliğinin çok önemli bir unsurunun söz konusu olması halinde, devlete bırakılan marj kısıtlıdır (Evans/Birleşik Krallık [Büyük Daire], no. 6339/05, paragraf 77)

Nihayet, Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında, söz konusu çıkar ya da bunu korumanın en iyi yöntemleri hususunda, uzlaşma olmaması halinde, takdir marjı daha geniştir (Dickson/Birleşik Krallık [Büyük Daire], no. 44362/04, paragraf 78'')¹⁹²

AİHM, konsensüs olmaması durumunda ikincillik rolü gereği devletlere takdir payı tanıırken esnek davranmaktadır.¹⁹³ Ancak, doktrinde sözleşmenin ortak bir Avrupa anlayışı¹⁹⁴ idealine takdir marjı doktrinin ters düştüğü yönünde görüşler de mevcuttur.¹⁹⁵ AİHM, amaçlanan ortak anlayışa göre hareket ederek insan haklarının korunması misyonundan uzaklaşmakta mıdır yoksa devletlerin insan hakları anlayışlarına bakarak ve kendi koşulları içerisinde mi değerlendirmektedir? Aşağıda AİHM kararları belli haklar açısından ele alınacak ve bu sorunun cevabı incelenecektir.

A. ÖZEL HAYATA SAYGI

AİHM'nin özel hayat ve aile hayatına saygı ile ilgili başvurularda ihlal değerlendirmesini anlamak için maddenin kapsamını ele almak gerekmektedir. AİHS. 8. maddesi;

¹⁹² S ve Marper/ Birleşik Krallık, 30562/04, 30566/04, 04.12.2008, para. 101-102.

¹⁹³ Murdoch, Jim, AİHS Kapsamında Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Çeviri Serkan Cengiz, Strazburg, 2012, s. 17.

¹⁹⁴ Sözleşmenin başlangıç kısmında bahsedilen “ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esası” yukarıda bahsettiğimiz Avrupa konsensüsü ile aynı anlama gelmekte ve takdir marjının genişliğinde bu kavramlar önemli rol üstlenmektedir.

¹⁹⁵ Çoban, s. 195.

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”

“2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

Madde pek çok hak ve özgürlük alanını da içerecek şekilde taraf devletlere geniş kapsamlı bir koruma sorumluluğu getirmiştir. Devletlerin pozitif yükümlülüğü gereği özel hayatın korunması için gerekli tedbirleri alma ve bu haklara saygı duyulmasını sağlama yükümlülüğünün istisnasını, maddenin 2. paragrafında belirtilen koşullarda ve amaçlara mahsus olmak üzere müdahale ya da sınırlandırmak teşkil etmektedir.

Sözleşmenin bu maddesinde dikkat çeken husus, maddede belirtilen kavramların tanımlanmamış olmasıdır. Bu nedenle AİHM her somut olayı kendine özgü koşulları çerçevesinde değerlendirmekte ve ihtiyaçlar ve çağın koşulları da dikkate alarak içerik kazandırmaktadır.¹⁹⁶ Maddede geçen özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği birbirleri ile bağlantılı yönleri haiz haklar oldukları gibi birbirlerinden farklı hakları da barındıran geniş kapsamlı haklardır ve AİHM, başvurularda hangi hakkın ihlal edildiğini özellikle belirtmektedir.

Özel hayat, sınırları belirsiz ve ülkeden ülkeye değişen karakterde bir kavramdır. Şeriatın hakim olduğu bir ülke ile demokratik ve laik bir ülkedeki özel hayat kavramlarının farklı özellikleri bulunabilmektedir. Bazı ülkeler anayasalarında açıkça özel hayatın gizliliğine ve ihlal edilemeyeceğine dair düzenlemeler yapmış, yine bazıları Anayasa haricinde de (kişisel verilerin korunması, özel hayat kanunu... vb) yasal düzenlemelere yer vermiş; ancak Japonya, Fransa ve Kanada gibi pek çok ülke de çeşitli mahkeme kararlarında özel hayata ve özel hayatın korunması zaruretiyle değinerek yasal statü kazandırmıştır.¹⁹⁷ Türk hukukunda da Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın

¹⁹⁶ Gözübüyük A. Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması AİHM İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.330-331.

¹⁹⁷ Salihpaşaoğlu, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, GÜHFD, C. 17, Sa. 3, Y. 2013, s. 232.

gizliliği başlığını taşıyan maddede düzenleme yapılmış, aile hayatına saygı da madde kapsamında zikredilmiş, devam eden 21. ve 22. maddelerde de konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, anılan bu maddelerin ihlalini Türk Ceza Kanunu suç sayarak cezalar öngörmüştür.

Özel hayat tüm unsurları ile tanımlanamasa da, kapsamı açısından değerlendirecek olursak kişinin ismi, bedeni, maddi ve manevi bütünlüğü, şeref ve itibarı, cinsel yönelim ve cinsel yaşamı gibi pek çok kavramı içinde barındırır.¹⁹⁸ Devletin bu haklara dokunmamak bakımından negatif yükümlülüğünü ve diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurmak bakımından gerekli düzenlemeleri yapmak anlamına gelen pozitif yükümlülüğünü de içeren iki yönlü sorumluluğu bulunmaktadır.¹⁹⁹

AİHM, *Costello Roberts- Birleşik Krallık*²⁰⁰ davasında özel hayat kavramının yalnızca bir mahremiyet alanı olmayıp kişinin diğer bireylerle ve sosyal hayatıyla da gelişen ilişkilerinin de özel hayat kavramına dahil olduğunu ifade etmiştir.²⁰¹ Özel hayat kavramının, ülkelerin ahlak, gelenek- görenek ve politikalarına göre değişkenlik gösterdiği düşünüldüğünde ortak bir ahlak anlayışının bulunmaması sebebiyle devletlere takdir marjı tanınmasını gerekli kılabilir.²⁰² AİHM, kendi ikincil yetkisi açısından da değerlendirme yaparak devletlerin uygulamada kendi sorunlarına ve çözüm metotlarına yakın olmaları sebebiyle her bir davanın koşullarını daha iyi belirleyecekleri kanaatindedir.²⁰³

1. Cinsel Kimlik ve Tercih

Özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilen eşcinsel yönelimler yönünden yapılan başvurularda mahkemenin tutumu biraz daha farklı olmaktadır. “*Mahkeme Sözleşme’nin 8. maddesi altında Devletlerin sahip oldukları takdir yetkisinin genişliğinin bazı unsurların varlığına dayandığını kaydeder. Bir bireyin kimliği veya*

¹⁹⁸ Doğru Osman, Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.2, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2013, s. 2-3

¹⁹⁹ Yutaka Arai- Takahashi, “The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York 2002, s. 60, Gözübüyük, Gölcüklü, s. 332.

²⁰⁰ Costello Roberts- Birleşik Krallık, 13134/87, 25.03.1993, para. 36.

²⁰¹ Kil Kelly Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AİHS’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, 2011, s. 17, Salihpaşaoğlu, s. 235

²⁰² Kil Kelly, s. 12.

²⁰³ Kil Kelly, s. 12.

varlığıyla ilgili çok önemli bir boyutun söz konusu olması durumunda Devlete tanınan takdir payı genelde sınırlıdır. Buna karşılık söz konusu olan çıkarın önemi konusunda olsun bu çıkarı korumanın en iyi araçları konusunda olsun Avrupa Konseyi'ne üye Devletler içinde bir konsensüsün bulunmadığı, özellikle de davanın ahlaki konularla ilgili olduğu durumlarda takdir yetkisi daha geniştir."²⁰⁴

Eşcinsel eğilimlerin, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde ile de ilgisi bulunmaktadır. Ancak, cezaî açıdan, özellikle erkeklerin eşcinsel faaliyetlerinin başkalarının yaş küçüklüğü, cinsel yetersizliği, tecrübesizliği..vs gibi durumları sebebiyle istismar ya da sömürülmesinin önüne geçmek maksadıyla tedbir alınması, demokratik toplumda gerekli görülebilecek müeyyideleri haklı bulabilir.²⁰⁵ AİHM, alınan tedbirin zorunluluğu ile ilgili farklı bir yaklaşım içindedir. Günümüz itibariyle eşcinsellerin hukukî olarak tanınması için oluşturulmuş evlilik, kayıtlı birliktelik ve medeni birliktelik olmak üzere her devletin uygulaması farklı şekilde olan üç farklı yöntem bulunmakta ve bunlardan en yaygın olanı da Kayıtlı Birliktelik sistemidir.²⁰⁶ Bu sistemler de istikrarlı ilişki bakımından eşcinsellerin iradelerinin uyuşmasına bağlı olarak AİHM kararlarına bakıldığında düzenli bir birlikteliğin varlığı eşcinsel çiftler açısından bir ölçüt olarak alınmaktadır. Örneğin istikrarlı bir ilişkileri olan eşcinsel çiftin birinin diğerinin evlilik dışı çocuğunu evlat edinmek istemesi ile ilgili X ve Diğerleri/Avusturya davasında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Alınan tedbirin gereklilik ve orantılılık haricinde özel bir kaydı da içermesini gerekli gören AİHM, şu ifadelere yer vermiştir:

"Devletlere bırakılan takdir yetkisinin dar olduğu durumlarda, örneğin cinsiyet ya da cinsel yönelime dayalı bir muamele farklılığı olduğu durumda, orantılılık ilkesi normalde sadece alınan tedbirin izlenen amacın gerçekleşmesini sağlayacak nitelikte olmasını gerektirmemekte ama aynı zamanda bu amaca ulaşmak için bazı insanları – bu olayda eşcinsel bir ilişki yaşayan bireyleri – söz konusu olan tedbirin uygulama

²⁰⁴ X ve Diğerleri v Avusturya, 19010/07, 19.02.2013, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733>, (E.T. 10.06.2015), para. 148.

²⁰⁵ Doğru, Nalbant, cilt 2, s. 44.

²⁰⁶ Sirmen, Kazım Sedat, "Eşcinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi", AÜHF, C. 58, Sa. 4, 2009, s. 828.

*alanının dışında bırakmanın gerekli olduğunu göstermeyi de zorunlu kılmaktadır (Karner, yukarıda geçen, § 41, ve Kozak, yukarıda geçen, § 99)."*²⁰⁷

Dava konusu olayda, başvuruçular, heteroseksüel çiftlerin evlilik dışında evlat edinmelerine bir engel yokken homoseksüel çiftlerin evlat edinmelerine engel bir durumun ayrımcılık olduğunu iddia etmişlerdir. Avusturya hükümeti ise, heteroseksüel ve homoseksüel çiftlerin evlat edinmelerinde aynı mekanizmanın işleyeceğini kabul etmiştir ancak hukukten buna imkân veren düzenleme mevcut değildir. Dava konusu olayla ilgili olarak Avusturya Hükümeti eşcinsel çiftlerin birbirinin çocuğunu evlat edinmeleri ile ilgili Avrupa’da bir konsensüsün bulunmaması sebebiyle konuyla ilgili düzenleme yapmak hususunda geniş bir takdir yetkisine haiz olduğunu iddia etmiştir, buna karşılık mahkeme evlat edinme başvurusunun hukukîliği ile ilgili değil, homoseksüel çiftler ile heteroseksüel çiftler arasındaki muamele farklılığı ile ilgili karar vererek ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Zira Avusturya’da eşcinsel bir kişinin tek başına evlat edinmesi mümkündür. Başvuru konusu ile ilgili olarak AİHM, davalı devlete takdir payı bırakmamış, iç hukukta eşcinsel bir kişinin evlat edinmesi mümkünken, eşcinsel bir çifte heteroseksüel çiftlerin evlat edinmelerinde olduğu gibi yasal imkânın sağlanmamasını haksız bulmuştur.

Mahkeme yine Avusturya’nın davalı olduğu başka bir davada ise eşcinsel bir çiftin evlilik talebinin reddi üzerine yapılan bir başvuru ile ilgili 2010 tarihli bir kararında, 8. madde bağlamında 14. madde ihlali olmadığına karar vermiştir.²⁰⁸ Başvuruçular anayasal itiraz yoluyla, evlenmelerinin hukukten mümkün olmamasının özel hayat ve aile yaşamlarına saygı haklarını ve ayrımcı muamelede bulunmama prensibini ihlal ettiğini, evlenme kavramının artık değişmiş bir kavram olduğunu ve Kayıtlı Birliktelik²⁰⁹ Yasası’nın normal bir evlilik statüsü sağlamadığı gerekçesiyle ayrımcılığa dayalı 8. madde ihlali iddiasında bulunmuşlardır.²¹⁰

²⁰⁷ *X ve diğerleri v Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, para. 141.

²⁰⁸ *Schalk ve Kopf/ Avusturya*, 30141/04, 24.06.2010, çeviri Serkan Cengiz.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-112004>, E.T. 25.05.2015.

²⁰⁹ Kayıtlı Birliktelik, eşcinsellerin hukuki statüsünü sağlamak, bazı hak ve yükümlülükleri belirlemek için oluşturulmuş bir müessesedir ve ilk kez Danimarka’da ortaya çıkan bir uygulamadır. Pek çok ülkede kabul edilmiş bir uygulama olmasına rağmen evlilikten ayrı bir rejimi bulunmaktadır.(Sirmen, s. 830)

²¹⁰ *Schalk ve Kopf/Avusturya*, para 11 ve 78.

Bugün itibariyle Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin eşcinsel ilişkilerin yasaklanmasına yönelik yasalardan vazgeçtiği ve daha hoşgörülü tutum takındıkları görülmektedir.²¹¹ Avrupa Birliği' ne üye ülkelerde genel olarak eşcinsellere daha fazla özgürlük tanınması, gitgide yaygınlık kazanmaktadır.

Cinsel yönelimle ilgili olarak AİHM'in genel yaklaşımı, rızaya dayalı düzenli birlikteliğe sahip reşit homoseksüel çiftlerin hukukî olarak tanınmasıdır. *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararında da bu duruma vurgu yapılarak, Avrupa'da henüz oturmuş uygulamaların olmadığı ve bu nedenle de devletlerin takdir marjının geniş olduğu ifade edilmiştir:

*“Mahkeme eşcinsel çiftlerin hukuken tanınmasına dair her geçen gün artan bir Avrupa mutabakatı konsensüsü olduğunu not etmeden geçemez. Dahası bu eğilim geçen on yıl içerisinde hızla yayılmıştır. Hal böyle olmakla birlikte eşcinsel çiftlere hukuki tanıma imkanı sağlayan devletler çoğunlukta değildir. Bu nedenle mesele konusu bu alanın, devletlerin yasal değişikliklerin zamanlaması açısından geniş bir takdir yetkisine de sahip olduğu hala kati bir mutabakatı içermeyen, evrilmekte olan haklardan birisi olarak telakki edilmesi gerekmektedir.”*²¹² AİHM'in bu yaklaşımından devletlere bu konuda düzenleme yapmak için zaman tanıdığı anlaşılmaktadır.

AİHM, gitgide yaygınlık kazanan eşcinsel çiftlere hukuki statü kazandırılması konusunda ortak Avrupa anlayışının gelişmekte olduğuna işaret etmiştir. Ancak, Avrupa Konseyi üyesi Türkiye açısından durum değerlendirildiği takdirde kamu düzeni, genel ahlak vb. sebepler bakımından hem genel olarak hem de evlat edinme prosedürü konusunda Türkiye'nin bu uzlaşma hareketinin dışında kalacağı düşünülmektedir.²¹³ Bununla birlikte AİHM, konuyla ilgili pek çok başvuruda devletlerin takdir hakkına sahip olduğunu yinelemektedir. Yakın tarihli bir kararında durumu şu şekilde ifade etmiştir:

“8. madde altındaki pozitif yükümlülüklerini uygularken Devletler belirli bir takdir hakkına sahiptirler. Takdir hakkının genişliğini belirlerken birkaç unsur gözönüne

²¹¹ Doğru, Nalbant, s. 44.

²¹² *Schalk ve Kopf/ Avusturya*, para. 105.

²¹³ Tarman, Zeynep Derya, Önay, Işık, “*Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli*”, AÜHFD, C. 60, Sa. 2, 2011, s. 345.

*alınmalıdır. Bir bireyin varlığı ya da kimliği ile ilgili önemli bir husus söz konusuysa Devlete tanınan takdir hakkı kısıtlı olacaktır... Ancak Avrupa Konseyi'ne Devletleri arasında bir uzlaşma yoksa, özellikle dava hassas ahlaki ve etik konular içeriyorsa, gerek mevzu bahis olan çıkarın görece önemine dair, gerekse de onu korumak için kullanılan en iyi araçlara dair takdir geniş olacaktır. Aynı zamanda, Devletin yarışan özel ve kamu menfaatleri ya da Sözleşme hakları arasında bir denge kurması gerekiyorsa takdir hakkı genellikle geniş olacaktır.”*²¹⁴ AİHM, diğer sınırlandırma sebeplerine göre daha özel ve değişken olabilen genel ahlak ve sağlık gibi konularda meselenin hassasiyet içerebileceğinden bahisle takdir hakkını geniş bırakmaktadır.²¹⁵ Örneğin ensest ilişkiler²¹⁶ ve sado mazoşist²¹⁷ faaliyetler kapalı kapılar ardında gerçekleşse dahi Mahkemenin tavrı nettir ve taraf devletlerin cezalandırma yetkilerini de kapsayacak şekilde takdir hakkının geniş olduğu sonucuna varmaktadır.²¹⁸

Mahkeme genel olarak homoseksüellerle ilgili kararlarında Avrupa'da gelişen ortak anlayışa işaret ederek devletlere zaman tanınmasının uygun olacağı imasında bulunarak takdir marjını geniş bıraksa da ayrımcılık yasağından devletlerin hak ihlali yaptığını anlamak güç görünmektedir. Zira yukarıda bahsedilen eşcinsellerin evlat edinmesi ile ilgili *X ve diğerleri v. Avusturya* kararında ve benzer bir davada²¹⁹ mahkeme cinsel tercih sebebiyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak homoseksüel bir kişinin evlat edinme başvurusu ile ilgili *Frette v. France*²²⁰ davasında homoseksüel olan evlat edinenin bu durumunun çocuğun üzerinde ne tür bir etkisi olabileceği konusunda yeterli araştırma ve bilimsel veri olmadığı gerekçesiyle çocuğun menfaatini düşünerek evlat edinme başvurusunu reddedilmesinde Fransa devletinin geniş takdir payına sahip olduğu gerekçesiyle ihlal olmadığına karar vermiştir.²²¹

Mahkeme ayrımcılık yasağının ihlal edildiği evlat edinmeye ilişkin davalarda ulusal mevzuatları göz önünde bulundururken *Frette* davasında böyle bir incelemenin dışında toplumun çoğunluğunun önyargısına dayanarak karar vermiş ve bu haliyle de

²¹⁴ *Hamalainen/ Finlandiya*, 37359/09, 16.07.2014, para. 67.

²¹⁵ Karagöz, s. 117, Salihpaşaoğlu, s. 254.

²¹⁶ *Stubing/ Almanya*, 43547/08, 12.04.2012, 66

²¹⁷ *Laskey ve Diğerleri/ Birleşik Krallık*, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 20.01.1997, para. 36.

²¹⁸ Şirin, “takdir marjı” s. 349, Salihpaşaoğlu, 254.

²¹⁹ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz*, 33290/96, 21.12.1999, para. 31, 36.

²²⁰ *Frette v. Fransa*, 36515/97, 26.02.2002.

²²¹ Çoban, s. 205.

çoğunluğun fikrine önem vererek çizgisinde ayrılma tehlikesi ile dikkat çekici bulunmuştur.²²² Oysa konuyla ilgili başka bir başvuruda²²³ 2008 yılında eşcinsel olma özelliğinden dolayı kişinin evlat edinme hakkından yoksun bırakılmaması gerektiğini ifade etmiştir.²²⁴ Bu davada ise 45 yaşında öğretmen olan Bayan E. B.'nin 1990 yılından beri başka bir kadınla düzenli birlikteliği vardır ve çift 1998'de evlat edinme başvurusu yaparlar. Başvuru Bayan E. B.'nin baba figürüne sahip görüntüsünün olmaması sebebiyle reddedilmiştir. AİHM ise, sırf lezbiyen olmaktan dolayı evlat edinme hakkından yoksun bırakılmayacağına karar vermiş ve 8. madde ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlaline hükmetmiştir. Kararın verilmesinde 17 hâkimden 10'unun oyu geriye kalan karşı oyun *Frette* davasındaki mahkemenin tavrını hatırlatmaktadır.²²⁵ Burada da baba figürünün eksik oluşu gerekçesiyle yine bir nevi çocuğun menfaatini düşünen yerel otoritenin tutumunu yanlış bulmuş ve bu defa ayrımcılık olduğuna karar vermiştir. Zaman açısından değerlendirildiği takdirde *Frette* 2002, *E.B.* davası 2008 yılında karara bağlanmıştır. Mahkemenin *Frette* davasında yerel mahkemenin savunduğu çocuğun üzerinde eşcinsel ebeveynin ne tür etkisi olacağına dair bilimsel veriler 2008'e kadar sağlanmış ve mahkeme acaba bu verilere göre mi çocuğun zarar görmeyeceğine kâni olarak E.B. hakkında ayrımcılık yapıldığına karar verip vermediği sorusunu akla getirmektedir.

Konuyla ilgili AİHM'nin Avrupa'daki uzlaşmanın oluşumunu dikkate alarak AİHM bir nevi Fransa'yı yeni düzenlemeler yapmaya teşvik etmektedir. Ancak Fransa, eşcinsellere evlat edinme hakkını 2013 yılında çok sert tepki ve büyük oranda karşı oya rağmen (159'a 179) 2013 yılında tanıyabilmiştir.²²⁶

AİHM' nin ayrımcılık yasağı ile ilgili genel yaklaşımı *Schalk ve Kopf/Avusturya* davasında şu şekilde ifade edilmiştir:

²²² Çoban, s. 205.

²²³ E.B. v. France, 43546/02, 22.01.2008.

²²⁴ Çoban, s. 205.

²²⁵ Sumner, Ian Curry, "E.B. v. France: A Missed Opportunity, Case Commentary", Child and Family Law Quarterly, Vol. 21, No. 3, 2009, s. 361.

²²⁶ Muhalifler tarafından ve kilise tarafından çok sert eleştirilere rağmen çıkarılan yasa homoseksüellerin birlikte evlat edinmesine izin vermektedir. Avrupa'da ülkelerin homoseksüel hakları ile ilgili düzenlemeleri yıldan yıla değişmektedir. Doğu ve Ortadoğu ülkeleri arasında ise eşcinsellerin evlat edinme hakkını kabul eden (2008'den beri) ise yalnızca İsrail'dir.

"Mahkeme, bir meselenin 14.madde altında ileri sürülebilmesi için aynı durumda olan kişilere yapılan muamele açısından bir farklılığın olması gerektiğini içtihatlarıyla ortaya koymuştur. Objektif ve haklı bir gerekçenin mevcut olmaması, meşru bir amaç güdülmemesi veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmeye çalışılan amaç arasında makul bir oranlılık ilişkisinin bulunmaması durumunda böylesi farklı bir muamele ayrımcılık teşkil edecektir. Sözleşen Devletler diğer benzer durumlardaki farklılıkların, farklı bir muameleyi haklılaştırıp haklılaştırmadığının ve ne kapsamda haklılaştırdığının değerlendirilmesinde geniş bir takdir yetkisine sahiptirler."²²⁷

Homoseksüel çiftlerin heteroseksüel çiftlerle aynı durumda olmasının başlangıcını ise düzenli bir ilişkiye sahip olma hususunda ehil oldukları zaman oluşturmaktadır.²²⁸

Mahkemenin yukarıdaki ifadesine göre aynı durumda bulunma şartının gerçekleşmesinden sonra ise ortada farklı bir muamele var ise, 14. madde açısından bu farklı muamelenin ne kadar haklı bir gerekçeye bağlanıp bağlanmadığı önem arz edecektir. Ancak mahkemenin cinsel kimlik ve tercihle ilgili yukarıdaki kararları incelendiğinde bu konuda henüz istikrar kazanmadığı görülmektedir. Benzer olaylarda farklı kararlar verebilmektedir.

2. Gebeliğin Sona Erdirilmesi (Kürtaj)

AİHM, kürtaj hakkını kadının fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ile sıkı bir bağ içinde olduğu gerekçesiyle özel hayat kapsamında değerlendirmektedir. 8. maddede kürtaja izin veren bir düzenleme bulunmamasına rağmen 1976 yılında Komisyon bir kararıyla hamileliğin sonlandırılması ile ilgili mevzuatın hamile kadın ile fetus arasındaki sıkı bağ sebebiyle özel hayata saygı kapsamında değerlendirilmesini tanımıştır.²²⁹

Devletler, hamileliğin sonlandırılması ile ilgili mevzuatlarında birbirinden farklı şartlar belirlemektedirler.²³⁰ Türk hukukunda da gebeliğin sonlandırılması on haftalık bir süre ile sınırlandırılmış ve tıbbî zorunluluk bulunmadığı takdirde on haftayı geçmiş bir

²²⁷ *Schalk ve Kopf v. Avusturya*, para. 96

²²⁸ *Schalk ve Kopf*, para. 99.

²²⁹ Roagna, İvana, AİHS kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Çeviren Ayşegül Alkış Shaling, Strazburg 2012, Türkçe baskı Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 21.

²³⁰ Kürtajı serbest bırakan ilk devlet Rusya'dır. 1920 yılından itibaren hiçbir sebep göstermeksizin gebeliğin sonlandırılması serbest bırakılmıştır. 1934 yılında resmi rakamlara göre 7000.000 operasyon rapor edilmiştir. Kaynak, Wikipedi, E.T. 2.06.2015.

gebeliğin sonlandırılması da cezaî yaptırıma bağlanmıştır.²³¹ Dolayısıyla gebeliğin sona erdirilmesi için belirlenen on haftalık süre herhangi bir geçerli sebep gerektirmezken on haftadan sonra tıbbî bir zorunluluk bulunmadıkça gebeliğin sona erdirilmesi ceza kanunları uyarınca suç oluşturmaktadır.

AİHM, devletlere hamileliğin sonlandırılması konusundaki düzenlemeler açısından geniş takdir marjı tanımaktadır. Takdir marjının sınırlarını belirlemek ise güç olacaktır zira AİHM, 16.12.2010 tarihli konuyla ilgili bir başvuru üzerine bu konuda Avrupa’da bir konsesüsün olmadığını da belirtmiş, doğacak çocuğun İrlanda hukukuna göre korunması, annenin özel yaşamı ve alınan tedbirin arasında denge kurulması gerektiğini de dikkate alarak devletin takdir marjının geniş olduğuna karar vermiştir.²³²

“Elbette ki bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Her iki başvuru tarafı tarafından şikayet edilen yasağın devletin Sözleşme’den doğan yükümlülükleri ile orantılı olması gerekmektedir ve Sözleşme’nin 19. maddesindeki sorumluluk gereği Mahkeme, bu yasak kapsamında çatışma halinde bulunan haklar arasında bir denge kurulup kurulmadığını kontrol etmek zorundadır. Dolayısıyla doğum öncesi yaşamın korunmasına sınırsız saygı gösterilmesi ve gelecekteki annenin haklarının kapsamının daha dar olması fikri, Sözleşme’ye göre, otomatik olarak doğacak çocuğun hayatını koruma kaygısıyla kürtajın yasaklanmasını haklı göstermemektedir. Uluslararası bazı bildirimlere dayanan Hükümetin savunduğunun aksine kürtaj hakkının düzenlemesi sadece üye devletlere bağlı değildir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi Mahkeme, yukarıda belirtilen makul denge ilkesine dayanarak İrlanda devleti tarafından sağlık veya kişisel refah nedeniyle kürtaj yapılmasının yasaklanmasının Sözleşme’nin 8. maddesi ile uyumlu olup olmadığını belirlemek zorundadır. Bu konuda devlete geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.”²³³

Şikayet konusu tedbirle ilgili olarak AİHM, İrlanda Devleti’nin refah düzeyini, ahlakî ve etik değerlere bağlılığını, çocukların korunmasındaki hukukî yapıyı dikkate alarak takdir marjının kapsamının başvuru konusu ile ilgili Avrupa’daki konsensüse (ortak

²³¹ TCK, 99 ve 100. maddelerle düzenlenen çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları için on haftalık gebelikten sonra yapılan müdahalelerde yalnızca çocuk düşürtene değil, isteyerek çocuğunu düşüren kadına da ceza öngörmektedir.

²³² A, B ve C/ İrlanda, 25579/05, 16.12.2010, para. 233.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-116468>, E.T. 02.06.2015.

²³³ A, B ve C/İrlanda, para. 238.

anlayış) göre belirlenip belirlenemeyeceğini de tartışmış ve İrlanda halkının ahlakî değerleri insan yaşamına verilen saygı konusunda çok hassas olduğu için devletin takdir marjını aşmadığına karar vermiştir. Bu davada Mahkeme yalnızca 3 başvuruca birini hakkında kürtajı zorunlu kılan hayati bir tehlike bulunması durumunda etkili bir yasal başvuru yolunun bulunmamasını sözleşmenin 8. maddesine aykırı bulmuştur.²³⁴

Diğer taraftan hamileliğin sonlandırılmasının annenin sağlığı için zorunlu olduğu veya tecavüz sonucu hamile kalmanın gerçekleştiği durumlarda da kürtaja izin verilip verilmeyeceği önem arz etmektedir. Böyle durumlarda devletin yasal kürtaj prosedürünü zamanlama ve erişim bakımından etkili bir usulle sağlaması gerekmektedir.²³⁵ AİHM, tecavüz sonucu gebe kalan 14 yaşındaki Polonyalı bir kız ve ikinci başvuru olarak annesinin davacı olduğu *P. ve S. /Polonya*²³⁶ davası sonucunda ihlal kararı vermiştir. Söz konusu olayda, devletin hukuka aykırı cinsel ilişki sonucu meydana gelen hamileliklerin sonlandırılmasına yasal olarak olanak sağlayan Aile Planlaması Kanununa ve savcıdan alınan izinlere rağmen, yasal imkanlarla pratikte bu imkanla başvuruca hamile kız yoğun bir baskı ve doktorların kendi değer yargıları sebebiyle zamanında ve engelsiz olarak kürtaj olamamıştır.²³⁷ Mahkeme, benzer olaylarda devletlere tanınan takdir marjının özel hayata saygının neleri içermesi gerektiği konusunu kapsadığını doğrulamakla birlikte, iç hukukta yasal bir düzenleme varken bu düzenlemenin ihtiyaç anında engelsiz olarak kişilerin ihtiyacını karşılamamasının ihlal oluşturduğunu ifade etmiştir.²³⁸

3. Özel Hayata Saygı Bağlamında Sağlık ve Çevre Hakkı

Sosyal bir hak olarak sağlık hakkı; yaşama hakkı, hükümlülerin hakları, tedaviye erişim ve tedavi imkanlarının yeterli düzeyde sağlanması gibi çok yönü bulunan bir haktır. AİHM içtihatlarıyla sağlık hakkının, AİHS'deki haklarla ilişkisi açısından sözleşmenin dışında kalamayacağı ifade edilmektedir.²³⁹ Ancak özgün olarak sözleşme kapsamında bulunmamaktadır. Sağlık ve çevre hakları bakımından takdir marjının önemi,

²³⁴ Doğru, Nalbant, cilt 2, s. 24.

²³⁵ Doğru, Nalbant, cilt 2, s. 24.

²³⁶ P ve S/ Polonya, 57375/08, 30.10.2012.

²³⁷ Doğru, Nalbant, cilt 2, s. 25.

²³⁸ P ve S/ Polonya, para. 133.

²³⁹ Dericiler, Özge Yücel, "AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması" VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/dericiler.pdf>, (E.T.04.06.2015), s. 368.

devletlerin gelişmişlik düzeylerinin birbirinden farklı olması durumunda önem arz etmektedir. Türkiye’de sosyal ve ekonomik hakların mali kaynakların el verdiği ölçüde ifası söz konusudur. Anayasa’nın 65. maddesinde bu husus açıkça düzenlenmiştir. Buna göre : “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

Gebeliğin sonlandırılması ile ilgili yukarıda bahsedilen kararlar aynı zamanda kadının sağlık hakkını da kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır.²⁴⁰ Kadınların sağlık kuruluşlarından zamanında ve engelsiz faydalanması önemli bir sorundur. Diğer taraftan cezaevlerindeki hükümlülerin sağlık koşulları da devletlerin düzenleme alanlarındandır. AİHM, hayati tehlikesi olan veya uzun süre cezaevi koşullarına uygun olmayan bir kimsenin hapiste tutulmasını 3. madde açısından değerlendirerek sorunlara yol açacağı kanaatindedir.²⁴¹

Bir başka başvuruda AİHM, cezaevi koşullarının mahkumların hayatları ve huzurlarının korunması amacıyla yapılandırılması ve iyileştirilmesi için devlete çağrıda bulunmuş ve bu konuda alınacak tedbirler hususunda takdirin davalı devlette olduğunu ifade etmiştir.²⁴² Daha önce de belirttiğimiz gibi AİHM, yaşam hakkı, işkence yasağı gibi mutlak haklar kategorisinde yer alan haklar bakımından devletlere takdir marjı tanımamaktadır.

Çevre hakkı, AİHS’nde düzenlenmemiştir. Ancak çevre kirliliği, gürültü kirliliği ve huzur ve esenlik bozucu faaliyetler özel hayatı etkileyebilecek türden eylemler olup 8. madde kapsamında değerlendirilmektedir. Kişinin özel ve aile hayatı ile ilgili olarak yaşadığı çevrenin fizikî şartları hayatı çekilmez kılacak ölçüde zor olabilmektedir. Bu sebeple olumsuz çevresel faktörlerden arınmış bir ortamda yaşamak 8.madde kapsamında bir hak olarak görülmekte ve devletin bu konuda yükümlülüğü doğmaktadır.²⁴³ 1982 Türk Anayasası’nın 56. maddesinde “sağlık hizmetleri ve

²⁴⁰ Dericiler, s. 381.

²⁴¹ Tekin Yıldız/ Türkiye, 22913/04, 10.11.2005, www.inhak.gov.tr, gayri resmî özet çevirisi.

²⁴² Gülay Çetin/ Türkiye, 44084/10, 05.03.2013, para 148-149.

²⁴³ Dericiler, s. 374.

çevrenin korunması” başlıklı maddede düzenlenen bu hak aynı zamanda Devlete ve vatandaşlara da sorumluluklar getirmektedir.²⁴⁴

Çevre ve sağlık hakkı bazı durumlarda birbiriyle bağlantılı olarak da özel yaşamı ve hatta yaşam hakkını da etkilemektedir.²⁴⁵ Çevre hakkı daha erken yıllarda gündeme gelmekle beraber su hakkı ve doğa ananın hakkı²⁴⁶ gibi çevre kökenli yeni haklar da bulunmaktadır. Küresel ısınmanın bilimsel olarak tüm dünyada kabul edilen bir tehdit olması ile birlikte bu konuda alınacak önlemler konusunda uluslararası düzeyde adlaştırmalar yapılmaktadır.²⁴⁷

Uluslararası ve ulusal boyutuyla da artık hayatî öneme sahip çevre hakkı, AİHS metninde ve protokollerde yer almamaktadır. Ancak AİHM' nin, sözleşmenin yaşayan bir belge olduğu ve günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğine vurgu yaparak bazı kararlarında çevrenin muhafaza edilmesi gerektiğine değindiği; ancak bağımsız olarak çevre hakkını kabul etmeyerek, çevrenin sözleşmedeki hakları etkilediği takdirde dolaylı bir koruma sağladığı düşünülmektedir.²⁴⁸

AİHM, bazı davalarda²⁴⁹ da açıkça özgün olarak doğanın korunması hakkı gibi bir hakkın bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu açıdan da söz konusu konu ile ilgili bir başvuru olması durumunda şikayet konusu ile başvurucunun 8. madde bağlamında özel ve aile hayatı veya konutu arasında yakın ve doğrudan bir ilişki bulunup bulunmamasının

²⁴⁴ AY. m.56 : “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. “Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.”

²⁴⁵ AİHS metni ve Türk Anayasasında yer alan “genel sağlık” kavramının, korunması için temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında değerlendiriliyor olması başlı başına bir sağlık hakkı kavram olmasa dahi öneme haiz bir kavram olduğu açıktır.

²⁴⁶ İlgili haklarla ilgili çok sayıda sivil toplum kuruluşu bulunmakta ve faaliyet göstermektedir.

²⁴⁷ 1992 tarihli BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve bu Sözleşmenin konferansları neticesinde imzalanan 1997 Kyoto Protokolü devletlere bir takım sorumluluklar getirmek bakımından önem arz eden andlaştırmalardır. Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) ve Dünya Meteoroloji Örgütü (WMO)'nun birlikte kurduğu Hükümetler arası İklim Değişikliği Programı(IPCC) önemli konferanslar gerçekleştirmekte ve iklim değişikliğinin sebepleri hakkında devletlerin ilgisini çekmektedir. Çevre sorunu ve iklim değişikliği küresel ölçekte olumsuz sonuçlar doğuracağı için kolektif hareket gerektirmesi açısından uluslararası hukukun en önemli konuları arasındadır.

²⁴⁸ Duymaz Erkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No.47, Ekim 2012, s. 123, Doğru, Nalbant, c.2, s. 55.

²⁴⁹ Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık, 36022/97, 08.07.2003, para.96, Kyrtatos/ Yunanistan, 41666/98, 22.05.2013, para. 52. (kaynak: Doğru, Nalbant, c.2)

devletin sorumluluğu açısından inceleme konusu olacağı ifade edilmiştir.²⁵⁰ *Kyrtatos/Yunanistan* davasında Mahkeme, ne 8. maddenin ne de bütün olarak Sözleşmenin genel olarak çevreyi koruma sağlamak için düzenlenmediğini ve bu sorunları uluslararası belgeler ve ulusal düzenlemelerin ele almasının daha münasip olacağını ifade etmiştir.²⁵¹

Çevre hakkı ile ilgili takdir marjı açısından öne çıkan kararlardan biri *Hatton ve Diğerleri/ Birleşik Krallık* davasıdır. Birleşik Krallık hükümeti 1993 tarihinde Heathrow havalimanında gürültü kirliliğini önemli ölçüde kötüleştiren gece uçuşlarına izin veren yeni bir düzenlemeyi uygulamaya başlamıştır. Başvurucular ve bölgenin diğer sakinleri tarafından tahammül ve hoşgörü sınırlarını aşan bir gürültü kirliliği ortaya çıkmıştır.²⁵² Mahkeme, gürültü kirliliğinin şikayet edildiği bu başvuruda çevre ile ilgili davaların 8. madde bağlamında değerlendirilmesinin, doğrudan devletten ya da devletin özel sanayi düzenlemelerini usule uygun yapmakta başarısız olmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı durumlarında gerçekleşeceğini ifade etmiştir.²⁵³ Mahkeme, belirtilen durumla ilgili olarak devletlerin geniş bir takdir marjından yararlandıklarını, benzer bir dava olan *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*²⁵⁴ davasına atıfta bulunarak bu zor teknik ve sosyal düzenlemeleri devletlerin yerine geçerek neyin en iyi ve doğru olduğunu belirlemek yetkisinin kendisinde olmadığını ifade etmiştir. Olayda devletin takdir marjı sınırını aşmadığını ifade etmiş ve 8. madde bağlamında ihlal olmadığına karar vermiştir. AİHM, konuyla ilgili şikayetlerde bireylerin özel ve aile yaşamı ile kamu menfaatleri arasında denge kurulmasını taraf devletlerin geniş takdirine bırakmış olsa da, büsbütün denetimsiz bırakmamakta ve bahsettiğimiz adil denge açısından değerlendirme yaparak bazı davalarda ihlal bulunduğuna karar vermektedir.²⁵⁵

4. İletişimin Dinlenmesi

İletişim; mektup, telefon görüşmeleri, yazışmalar, elektronik posta gibi kişinin haberleşmede kullandığı bütün araçları kapsayan bir kavramdır. 8. madde kapsamında

²⁵⁰ Botta/ İtalya, 21439/93, 24.02.1993, para. 34. (kaynak: Doğru, Nalbant, c.2.)

²⁵¹ *Kyrtatos/ Yunanistan*, para 52. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-61099>, (E.T. 04.06.2015).

²⁵² Hyam, Jeremy, “*Hatton v UnidetKingdom in the Grand Chamber: one step forward, twosteps back?*” casacomment, European Human RightsLawReview, 2003, s. 1.

²⁵³ *Hatton/ Birleşik Krallık*, para. 98

²⁵⁴ *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, 9310/81, 21.02.1990.

²⁵⁵ *Fadeyeva/ Rusya*, 55723/00, 09.06.2005, para. 134.

güvence altına alınmıştır.²⁵⁶ TCK' da 9. bölümde özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümünde haberleşmenin gizliliğini ihlal başlıklı 132. ve kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 133. maddeleri düzenlenmiştir. CMK' da ise 135. maddede ise iletişimin hangi durumlarda dinleneceği, şartları ve usulü hüküm altına alınmıştır.²⁵⁷ Buna göre dinlemenin yapılabilmesi için yalnızca kanunda belirtilen suçlar bakımından kuvvetli suç şüphesi ve başka surete delil etme imkanının bulunmaması gerekmektedir.

İletişimin dinlenmesi ile ilgili AİHM'in en önemli kararı, ilkeleri belirlemek açısından *Klass ve Diğerleri/ Almanya*²⁵⁸ kararıdır. İletişimin dinlenmesinin kanunî düzenlemeler ve hukuka uygunluk kriterlerine göre başvurulabilecek bir tedbir olması gerektiği üzerinde duran mahkeme, devletlerin ulusal güvenlik ve terör eylemleri tehlikesi gibi zorunluluk gerektiren durumlarda bile istediği her türlü önlemi alamayacağını ifade etmiştir.²⁵⁹ *Klass ve Diğerleri* davasında iletişimin dinlenmesi için gerekli hukukî zeminin daha doğru bir deyişle yasal olarak iletişimin dinlenmesine olanak sağlayan düzenlemeleri incelemiş ve Almanya'yı haklı bulmuştur. Mahkeme, dinleme tedbirini düzenleyen dayanak yasanın gerekli güvenceyi kesinlikle sağladığını ifade ederek “...Alman yasa koyucusunun, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasıyla garanti edilen hakkın kullanılmasına, ulusal güvenlik amacıyla ve suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olan bu yasayla müdahale etmeyi düşünmekte haklı olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre Mahkeme, 8. maddeye aykırılık bulunmadığını tespit etmektedir.”²⁶⁰

Takdir marjının geniş olmasının sebebi iletişimin dinlenmesinin yasal bir dayanağının olması ve bu dayanağa usulüne uygun olarak dinlemenin gerçekleşmiş olmasıdır. AİHM, ulusal mevzuatın kişilerin iletişiminin dinlenmesinde uyulacak yasal kaidelerin alınacak tedbirle uyumlu olması durumunda dinlemenin hukuka uygun olduğuna ve ihlal olmadığına karar vermektedir.

²⁵⁶ Michaud/ France, 12323/11, 06.12.2012, para. 90.

²⁵⁷ CMK m. 135: "Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.

²⁵⁸ *Klass ve Diğerleri/Almanya*, 5029/71, 06.09.1978.

²⁵⁹ Doğru, Nalbant, c. 2, s.53.

²⁶⁰ *Klass*, para. 60.

Klass davasında Mahkeme, diğerlerinde olduğu gibi şikayet konusunu 8. maddenin 2. fıkrası açısından müdahalenin varlığı, hukukiliği, meşru amacı ve demokratik bir toplumda gerekliliği bakımından ayrı ayrı inceleme yapmış, müdahalenin hukukiliği bakımından her bir tedbirin yasada belirtilen şartlara uygun olarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir.²⁶¹ Mahkeme, taraf devletlerin ulusal güvenliklerine karşı tehdit oluşturan eylemler hususunda gereken önlemi almak konusunda takdir hakkı veriyor olsa da, bu takdir hakkının sınırsız olamayacağını belirtmektedir:

*“İzleme sisteminin işleyeceği koşulların belirlenmesine gelince: Mahkeme, ulusal yasama organının belirli bir takdir yetkisi kullanabileceğine işaret etmektedir. Doğaldır ki Mahkeme’nin görevi, ulusal makamların yaptığı değerlendirmelerin yerine bu alanda daha iyi bir uygulama olabilecek bir değerlendirmeyi getirmek değildir. Ancak Mahkeme bu durumun, Sözleşmecî bir Devletin kendi egemenlik alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutarken sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceği anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Demokrasiyi koruyayım derken onun zayıflatabilecek, hatta tahrip edebilecek böyle bir yasanın tehlikesinin farkında olan Mahkeme, Sözleşmecî bir Devletin casusluğa ve terörizme karşı mücadele adına, uygun gördüğü her türlü önlemi alamayacağını kabul etmektedir.”*²⁶²

B. DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşmenin 9. maddesinde düzenlenmiş olan haklar, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile bunları açığa vurmayı kapsamaktadır. Açığa vurma kavramı ise geniş kapsamlı bir kavramdır. Maddeye göre:

“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

²⁶¹ *Klass ve Diğerleri/ Almanya*, para. 43.

²⁶² *Klass*, para.49, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, (E.T.5.6.2015)

Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

Maddenin 1. fıkrası kişilerin din ve inancını açığa vurma ve değiştirme hakkını da kapsamakta ve bu maddenin tamamlayıcısı niteliğinde olan 1. Protokol'ün 2. maddesi ile de ebeveynlere çocuklarına kendi dinî ve felsefî inançlarına göre eğitim-öğretim verilmesini isteme hakkı verilmiştir.²⁶³ 9. maddenin öncelikle kişilerin iç dünyasındaki değerleri, felsefî ya da dinî her türlü inançları üzerindeki mutlak bir şahsiyet hakkı bulunmaktadır (forum internum). Ayrıca kişi kendi dinî kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.²⁶⁴ Yani maddenin ilk görünümü bir vicdanî kanaat veya dini inanca sahip olmak, hakkın ikinci boyutu ise kişilerin dini inançlarını bireysel veya kolektif olarak dışa vurma olarak tanımlanmıştır.²⁶⁵ Bu doğrultuda din ve vicdan özgürlüğünün *"kişilerin spiritüel inanç veya kanaatlerinin yanında bu dini-felsefî öncüllerin dış dünyaya yansıyan ifadelerini koruduğu"*²⁶⁶ ifade edilebilir.

Maddede geçen "düşünce" kavramı ifade özgürlüğü kapsamında korunmakta iken, din kavramı ise AİHM kararlarında tanımlanmamıştır.²⁶⁷ Din kavramının tanımlanması oldukça zordur ve kapsamını belirlemek, sonradan ortaya çıkabilecek eksiklik ve hak yoksunluklarının önüne geçmek bakımından tercih edilmemiştir.²⁶⁸ Bu yönüyle de yasanın ve temel belgelerin uygulayıcılarının takdir hakkı geniş olmakta, AİHM kararlarında tanımlamadaki zorluklar ise belli ölçüde aşılmış ve maddenin kapsamı açısından daha oturmuş ilkeler benimsenmiştir.²⁶⁹

²⁶³ Doğru, Nalbant, c.2, s. 121.

²⁶⁴ Armağan, Servet, Anayasa Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler, (Din ve Vicdan Hürriyeti-Teori ve Pratik), Harran Üniversitesi Yayınları, Şanlıurfa 1996, s. 68.

²⁶⁵ Ağırbaşı Şennur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBB Dergisi, sa. 101, Y. 20012, s. 84.

²⁶⁶ Ağırbaşı, s. 84.

²⁶⁷ Doğru, Nalbant, c.2, s. 123.

²⁶⁸ Demir, Hande Seher, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 55.

²⁶⁹ Demir, s. 55-56.

1. Lâik Devlet ve Din Özgürlüğü

Lâiklik, devletin bir dini referans almaması, din kurallarına göre yönetilmemesi ve tüm dinlere karşı tarafsız olmasını ifade etmektedir. Laik bir yönetim modelinde tek taraflı olarak yalnızca devletin değil, dinî kurumların da sorumluluğu bulunmakta ve dinî kurumlar devlet faaliyetleri ve politikalarına dine göre yorumlayarak eleştiri getiremezler.²⁷⁰ Ancak devletin lâik olması, kişilere din ve vicdan özgürlüğü kapsamındaki hakları bakımından sınırsız bir kısıtlama ya da keyfi müdahaleler anlamına gelmemekte, aksine devletin din işlerinden ayrılması kadar kişilerin din ve vicdan hürriyetine bir o kadar da hoşgörülü olması demektir.²⁷¹

Din ve vicdan özgürlüğü diğer haklardan farklı bir yere sahiptir. Bireylerin inançlarının gereğini devlet baskısı ve hakkın doğasına aykırı sınırlandırmaları yüzünden yerine getirememesi telafi edilemeyecek acılara ve sorunlara sebep olabilir.²⁷² Bu yönüyle de devletin bireylerin dinî inanç ve ibadet hürriyetinin gereği olan ihtiyaçlarına devletin maddî ve aynî katkı anlamında imkan sağlaması lâik devlet ilkesine aykırı değildir.²⁷³ Ancak devletin, bu görevi eşitlik ilkesi çerçevesinde yerine getirmesi önem arz eden bir konudur. Bu itibarla devletin, din ve vicdan özgürlüğünün istismar edilmeye çok müsait karakterde olması sebebiyle teyakkuzda olması ve tarafsız bir şekilde denge sahalarını belirlemesi bakımından önemli bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dinî ve vicdanî kanaatlerin siyasi iktidarlar tarafından sömürülmesine bilinçli toplumlarda daha az rastlanmaktadır. Bilgi düzeyi yüksek bir toplumda siyasi aktörler de dinî referanslarla değil, seçmenlerin karşısına yaşam kalitesini yükseltecek programlara yer veren vaatlerle gelirler ve yaşam kalitesini iyileştirmeye yönelik kriterler esas alındığında seçmenler için kendi dininden olmayan ya da dinî yaklaşımlarla hareket etmeyen bir siyasîyi seçebilirler.²⁷⁴ Ancak bireylerin böyle bir seçim yapması için temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşitlik ve adalet gibi önemli ilkeler bakımından kaygı ve endişe taşımaması da gerekmektedir.

²⁷⁰ Akyılmaz ve diğerleri, s. 171.

²⁷¹ Armağan, s. 143.

²⁷² Armağan Servet, "1961 anayasasına göre..." s. 25.

²⁷³ Akyılmaz ve diğerleri, s. 172.

²⁷⁴ Ceylan Yasin, "*Siyaset, İktidar ve Din*", Ankara Barosu Dergisi, sa. 4, Y. 2007, s. 10.

Laikliğin hem hukukî hem siyasî boyuta sahip olması sebebiyle devletin çoğulculuğa daha çok imkan tanınması ile gerçekleşebilecek *ideal çevre şartları*, din özgürlüğüne daha tatmin edici kullanım şartları sağlayabilecektir.²⁷⁵ Buradaki ideal çevre şartları, bireylerin birbirlerinin inançlarına saygı ve hoşgörülü olmasının yanında kişilerin inançlarının vicdanen kabul görmediği, reddedildiği düşüncelere de katlanmayı gerektirir.²⁷⁶ Dini mülahazalara dayalı fikir beyanları düşünce özgürlüğünün sınırlarını aşarak kişilerin dinî ve manevi değerlerine yönelik kine teşvik edecek nitelikte nefret söylemlerine dönüşmemelidir.²⁷⁷

AİHS' nin 9.maddesinde yer alan sınırlandırmadaki esaslar 2. fıkrada belirtilmiştir. Buna göre kişilerin düşünce ve vicdanî kanaatleri değil, bunları "açığa vurma özgürlüğü" ancak maddede belirtilen sebepler doğrultusunda sınırlandırılabilir. Açığa vurma konusunda, AİHM net bir tanım yapmamıştır. Ancak BM İnsan Hakları Komitesi açığa vurma kavramının neleri kapsayacağı konusunda detaylı tanımlamalar²⁷⁸ yapmıştır.²⁷⁹ Buna göre ibadet, dini ritüeller, öğretim, semboller, genelden ayırıcı giyecekler, ibadet yerlerinin inşası, özel bir dil gibi geniş kapsamlı bir tanımlama yapılmıştır.²⁸⁰ Dolayısıyla maddenin sınırlandırma rejimine dahil olan kısım da bu ifade edilen açığa vurma kavramlarıdır.

2. İbadet ve Dini Cemaat Özgürlüğü

Devletlerin, bireylere ibadet yerleri tahsisi için araç sağlamak ödevi bulunmaktadır. AİHM, bu ödev bakımından devletlere imar planlaması ya da yer seçmek gibi konularında takdir hakkı tanımakta, ancak bireylerin dinî vecibelerinin meşrûyetini sorgulama hakkı tanımamaktadır.²⁸¹ Yehova Şahitlerinin izinsiz yerde ibadet yeri açtıkları gerekçesiyle cezalandırılması konusunda yapılan *Manoussakis ve Diğerleri - Yunanistan*²⁸² başvurusunda AİHM, devletlerin dinî inanç ya da inancı açığa vurma eylemlerinin meşru olup olmadığı konusunda takdir hakkının bulunmadığına karar

²⁷⁵ Demir, s. 16.

²⁷⁶ Demir, s. 85.

²⁷⁷ Nefret söylemi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay Uygun, Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü, GSHFD, C. 1, Y. 2008, s. 7-25.

²⁷⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 22 No'lu Genel Görüşler.

²⁷⁹ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 127.

²⁸⁰ Doğru, Nalbant, s. 127.

²⁸¹ Doğru, Nalbant, s. 128.

²⁸² *Manoussakis ve Diğerleri - Yunanistan*, 18748/91, 26.09.1996, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-58071>, (E.T. 21.06.2015)

vermiştir. Mahkeme bu kararında sonuç olarak devlet makamlarının dinlerin içeriğini araştırma ve sorgulama gibi meşruluk değerlendirmesine girişmesinin tarafsızlıkla bağdaşmadığına vurgu yapmıştır.²⁸³ Mahkeme ayrıca hakka müdahaleyi demokratik toplum gerekleri açısından değerlendirerek dini çoğulculuğun korunması gerekliliğini ifade etmiştir.²⁸⁴

İbadet hürriyeti ile ilgili bir askeri hakimın dinsel tarikata mensup olmaktan kaynaklanan disiplinsiz eylemleri nedeniyle ihraç edilmesini konu alan *Kalaç - Türkiye*²⁸⁵ davasında ise mahkeme takdir marjını geniş tutarak alınan tedbirin sözleşmeye aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. AİHM, kökten dincilik yaparak bir takım disiplinsiz hareketler gerçekleştirdiği gerekçesiyle askeriyeden ihraç edilen başvurucunun, Askeri disiplin sistemini önceden kabul ettiğini ifade ederek şu sonuca varmıştır:

"Mahkeme, din özgürlüğünün öncelikle bir kişisel vicdan sorunu olduğunu, ama bir kimsenin yalnızca toplum içinde, halk arasında ve aynı inancı paylaşanlar arasında değil, ama tek başına ve özel olarak da açığa vurma özgürlüğünü ifade ettiğini açıklar. Sözleşmenin 9. maddesi bir kimsenin din ve inancını açığa vurma şekillerinden ibadet, öğrenme, uygulama ve yerine getirmeyi sıralamıştır. Bununla birlikte 9. madde, bir din veya inancın gerektirdiği veya esinlediği her hareketi korumamaktadır. Ayrıca, bir kimsenin dinini açığa vurma özgürlüğünü kullanırken, kendi özel durumunu dikkate alması gerekebilir.

*"... Devletler orduları için şu veya bu şekilde davranmayı gerektiren, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan kurulu bir düzene karşı bir davranışı yasaklayan disiplin niteliğinde düzenlemeler yapabilir."*²⁸⁶

AİHM, Kalaç kararında devletlerin özellikle askeri görevliler açısından disipliner düzenleme yapma yetkisinin bulunduğunu ifade etmiştir. Bu düzenlemeye dayanarak Kalaç'ın ordudan ihrac edilmesi hukukî tedbirinin ihlal oluşturmadığına karar vererek devletin takdir marjını geniş tutmuştur. Kararın gerekçesinde başvurucunun dinini

²⁸³ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 128.

²⁸⁴ Manoussakis - Yunanistan, para. 44.

²⁸⁵ Kalaç - Türkiye, 20704/92, 01.07.1997, çeviri: Nur Kaman.

<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=662>, (E.T.20.06.2015)

²⁸⁶ Kalaç- Türkiye, para. 27-28.

açıklama tarzı değil, davranış ve hareketlerinin "yasadışı köktendinci fikirleri benimsemiş olduğun gösterdiği" belirtilmektedir. Ayrıca bu davranışları orduda disiplin bozucu bulunmuş ve laiklik ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.²⁸⁷ Sonuç olarak AİHM, başvurucunun din özgürlüğüne müdahalede bulunmadığını, ibadetlerinin engellenmediğini ifade etmiş, kendi isteğiyle özel durumunu farkında olarak ifa ettiği askerlik görevinin gereği olan disipline aykırı davranışı sebebiyle 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁸⁸

Konuyla ilgili benzer bir dava *Kemal Yanaşık/Türkiye*²⁸⁹ davasıdır. AİHM, köktendinci faaliyetleri sebebiyle askeri okuldan çıkarılan başvurucunun, askeri okullarda dini vecibelerin askeri disiplinin gerektirdiği sınırlandırma çerçevesinde yerine getirilmesine müsaade edildiğinin farkında olarak mesleğini seçtiğini belirtmiştir. Bunun neticesinde askeri akademinin disiplin gereği yaptığı sınırlandırmalara aykırı tutumları sebebiyle okuldan çıkarılması tedbirinin 9. maddeyi ihlal etmediğine hükmetmiştir.²⁹⁰

AİHS 9. maddenin ilk fıkrası, dini inancı açığa vurmanın toplu bir şekilde gerçekleşmesini hüküm altına almıştır. Dini cemaatler de bu madde kapsamına girmektedir. Tüzel kişiliğe sahip dini kuruluşlar ihlal iddiasına ilişkin olarak hakkın öznesi olarak kabul edilmektedir. Üyelerinin de cemaati temsilen AİHM' ne başvurabilmesi mümkündür.²⁹¹

Dinsel toplulukların hem örgütlenme hem de birey açısından önemine işaret ettiği *Hassan Tchaouch/ Bulgaristan*²⁹² davasında "... dinsel topluluğun örgütlenmesi söz konusu olduğunda 9. madde, devletin haksız müdahalelerine karşı örgütlenme hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 11. maddesinin ışığında yorumlanmalıdır. Bu açıdan inananların din özgürlüğü, topluluğun barış içinde ve devletin keyfi müdahalesi olmadan varlığını sürdürebilmesi gerektiğini varsayar."²⁹³ Devletin müdahalesi keyfi olmayacağı gibi, dini toplulukların hürriyeti de sınırsız olmayacaktır. Mahkeme, önüne gelen bir başvuruda yine demokratik toplum gerekleri açısından şikayet konusunu

²⁸⁷ Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 200, s. 352-353.

²⁸⁸ Gözübüyük, Gölcüklü, s. 348.

²⁸⁹ *Kemal Yanaşık/ Türkiye*, 14524/89, 06.01.1993.

²⁹⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, s. 353.

²⁹¹ Demir, s. 69.

²⁹² *Hassan Tchaouch/Bulgaristan*, 30985/96, 16.10.2000.

²⁹³ Doğru, Nalbat, c. 2, s. 129-130.

değerlendirecektir. Örneğin dini toplulukların toplanma ve üyelerin birlikte dini törenler ya da ritüeller gerçekleştirmesi dini inancı açığa vurma kapsamındadır. Ancak dini toplulukların bu özgürlüğü maddede belirtilen sınırlandırma koşullarının sağlanmasından sonra demokratik toplumda gerekli olma kriteri bakımından takdir marjı ile birlikte ele alınacaktır. Devletlerin, cemaatler ile olan hassas ilişkilerinden dolayı takdir marjının geniş olduğu ifade edilmekte ve yukarıda bahsedildiği gibi bu özgürlük 11. madde ile birlikte değerlendirilmektedir.²⁹⁴ Devletin, dini cemaatlere eşit mesafede olması, aralarında ya da kendi içlerinde herhangi bir ihtilaf, çatışma veya anlaşmazlık bulunması durumunda birini diğerlerine üstün tutmama ve objektif olma gibi prensiplere riayet etmesi gerekmektedir. AİHM, devletin bu fonksiyonunun önemini, izinsiz olarak dini görev icra ettiği gerekçesiyle mahkûm edilen başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine kararı verdiği *Şerif/Yunanistan*²⁹⁵ davasında vurgulayarak, “*demokratik bir toplumda devletin, dinsel toplulukların tek bir yönetim altında kalmalarını veya tek bir yönetim tarafından idare edilmelerini sağlayacak tedbirler almalarına gerek yoktur.*”²⁹⁶ ifadesini kullanmıştır. Devlet, benzer durumlarda takdir marjı sınırını aşmadan kanuna uygun müdahalede bulunmalı ve demokratik toplumda gerekli olmayan tedbirlerden kaçınmalıdır.

3. Dinî Kıyafet ve Sembollerle İlgili AİHM Kararları

AİHM’ ne dini kıyafet ve sembollerle ilgili çok sayıda başvuru yapılmıştır. Bu tür başvurular inanç özgürlüğünün açığa vurulması ile ilgilidir. Dolayısıyla İnanç özgürlüğünün açığa vurma hakkının kapsamında olan dini sembol ve kıyafetler, dini vecibelerin ya da dinî kültürün bir görünümü olabilmektedir. Bu bağlamda AİHM’ e yapılan en göze çarpan başvurular aşağıda incelenecektir.

a. Leyla Şahin/Türkiye ve Dahlab/ İsviçre Kararları

AİHM'nin din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili kararlarından *Leyla Şahin/Türkiye*²⁹⁷ kararı takdir marjının anlaşılması ve sınırlarının tartışılması açısından önemli bir karardır.

²⁹⁴ Arslan Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberla Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, 2005, Ankara, s. 71.

²⁹⁵ Şerif/Yunanistan, 38178/97, 27.06.2000.

²⁹⁶ Doğru, Nalbant, C. 2 , s. 129

²⁹⁷ Leyla Şahin/ Türkiye, 44774/98, 10.11.2005.

Başvuran, üniversitede başörtülü olarak derslere alınmadığı gerekçesi ile AIHS'nin 8,9,10,14. maddelerinin ve 1 Nolu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ihlali gerekçesiyle AIHM'e başvurmuştur, AIHM, Anayasa mahkemesinin değerlendirmelerinden yola çıkarak bir incele yapmıştır. Başvuran Leyla Şahin, 1997'de İstanbul Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'ne başlamış, 23 Şubat 1998'de İstanbul Üniversitesi yayınladığı bir genelge ile üniversiteye yerli ve yabancı öğrenciler de dahil olmak üzere kız öğrencilerin başörtülü, erkek öğrencilerin ise sakallı olarak girmesi yasaklanmıştır. Başvuran, Temmuz 1998'de Genelge'nin iptali için dava açmış, ancak İstanbul İdare Mahkemesi davayı reddetmiştir. Başvuranın Danıştay'a yaptığı temyiz başvurusu da reddedilmiş ve Genelgeye aykırı davranışlarda bulunan ve derslere alınmayan başvuran hakkında disiplin cezaları verilmiştir. Disiplin cezalarına karşı açılan davalar da reddedilmiştir. 20 Aralık 1982'de YÖK Genelgesi ile dershanelerde başörtüsü takmak yasaklanmıştır. Danıştay, 18 Aralık 1984 tarihinde Genelgenin yasal olduğuna karar vererek *"Başörtüsü takmak, masum bir uygulama olmanın ötesinde, Cumhuriyet'in temel ilkelerine ve kadın özgürlüklerine aykırı bir görüntünün sembolü haline gelmeye başlayan bir süreç" olarak görmüştür.*" Danıştay, başörtüsünün dini inancı açığa vurma özgürlüğünün bir parçası olma niteliği bakımından yasaklanmasını değil, kullanımını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi de 7 Mart 1989²⁹⁸ ve 9 Nisan 1991²⁹⁹ tarihli kararlarında başörtüsü kullanmanın laikliğe aykırı olduğunu ifade etmiştir. AIHM, Anayasa mahkemesinin laiklik ile ilgili yaklaşımını tamamen sözleşmeyle uyumlu bulmuştur.³⁰⁰

file:///C:/Users/user/Documents/Downloads/ASE%20OF%20LEYLA%20SAHIN%20v.%20TURKEY%20%20Turkish%20Translation%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs%20(6).pdf, (E.T. 06.07.2015)

²⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin 1989/1 Esas ve 1989/12 Karar sayılı, 20216 RG sayılı ve 05.07.1989 RG tarihli kararı. www.kazanci.com. (E.T. 06.07.2015) Karara muhalif kalan Mehmet Çınarlı karşı oy yazısında başörtüsünün masum bir alışkanlık olmanın dışında amaçlara alet edildiğine yer veren Danıştay görüşüne atfen başörtüsünün böyle bir bakış açısı değil, din vicdan hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş, laiklik ile ilgili yaklaşımını şu şekilde belirtmiştir: *"Din ve vicdan hürriyetinin gereği olarak boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının dinin Devlet işlerine karıştırılmasıyla bir ilgisi yoktur. Giyim-kuşam bir Devlet işi değil, bir fert işidir. Zorunluluk bulunmadıkça Devletin buna karışmaya hakkı yoktur. Başörtüsü veya türban kullanmayı serbest bırakan kanun hükmüyle Devletin temel düzeninin din kurallarına dayandırıldığı da ileri sürülemez. Başın örtülmesi veya açılması Devletin temel düzeniyle değil, kişinin zevki ve inancıyla ilgilidir. Dava konusu kanunla bu konuda kişiye serbestlik tanınmış olması Anayasa'nın lâiklik ilkesini ihlâl etmez."*

²⁹⁹ Anayasa Mahkemesinin 1990/36 Esas, 1991/8 Karar20946 RG sayılı 31.07.1991 RG tarihli kararı.

³⁰⁰ Leyla Şahin/Türkiye, para. 114.

AIHM, başvuruyu incelerken diğerlerinde olduğu gibi dört aşamalı bir yol izlemektedir: müdahalenin olup olmadığı, kanun tarafından öngörülme, meşru amaç ve demokratik toplum gerekleri. AIHM, kanun tarafından öngörülme kriteri bakımından değerlendirmesinde yasal dayanak kavramını oldukça geniş tutarak, Üniversite idaresinin genelgesini de bu kapsama almıştır.³⁰¹ Temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlandırılabilmesi mümkünken, yasama organının yetkisinde olan bu yetkisinin idare tarafından kullanılması fonksiyon gaspı ile yok hükmündedir. AIHM'in müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmama değerlendirmesini bu şekilde geniş tutmakla kalmayıp, Türk hukukunda idari düzenlemelerle sınırlandırma yapmanın³⁰² Türk kanunlarına uygun olup olmadığını denetleme yetkisinin de Türk mahkemelerine ait olduğunu ifade etmiştir.³⁰³ Devletlere bu alanda takdir payı tanındığını belirten AIHM,

*“... Bir dini inancın toplumdaki ifadesi veya etkisi zamana ve duruma göre değişkenlik gösterecektir. Bu alandaki kurallar, sonuç olarak, ulusal gelenekler ile kamu düzenini sağlama ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacının getirdiği gerekliliklere göre, bir ülkeden başka bir ülkeye değişiklik gösterir. Buna göre, böyle düzenlemelerin alması gereken ölçü ve şeklin seçimi, kaçınılmaz olarak, bir dereceye kadar söz konusu Devlete bırakılmalıdır, zira bu husus, ilgili yerel koşullara bağlı olacaktır.”*³⁰⁴

“Bu takdir payı, hem yasayı hem de yasayı uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimi ile beraber hareket eder. Mahkeme'nin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin, ilke olarak haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir. Mahkeme, bu

³⁰¹ Ulusoy, Ali, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar, AÜHFD, C. 53, Sa. 4, Y. 2004, s. 126.

³⁰² Anayasa Mahkemesinin 09.04.1991 tarihli kararında muhali üye Mustafa Şahin karşı oy yazısında yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisi ile ilgili şunları ifade etmiştir: *"Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık kıyafet serbesttir"* hükmünün zihinleri bulandıran, *"malûm-u ilân"*dan öteye bir anlamı yoktur. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği gibi, *"Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasa'da ifadesini bulan ayırık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır ..."* (13.6.1985, Esas: 1984/14, Karar: 1985/7, AYMKD 21/153). O halde, Anayasamıza göre, Yasa olmayan yerde yürütme de yoktur. Yürütme organı gücünü yasadan almayan bir işlemde bulunamaz ki yasalara aykırı olmayan bir kılık ve kıyafete karşıabilsin." www.anayasa.gov.tr. (E.T. 7.07.2015)

³⁰³ Ulusoy, s. 127.

³⁰⁴ Leyla Şahin/ Türkiye, para. 109

davada, takdir payı derecesini sınırlarken demokratik bir toplumun yaşaması için önem taşıyan, başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma, kamu düzenini muhafaza etme ve sivil barış ve gerçek dini çoğulculuğu teminat altına alma gerekliliği hususlarını dikkate almak zorundaydı.”³⁰⁵ şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur. AİHM, devletlere tanıdığı takdir marjının Avrupa denetimi ile el ele yürüdüğünü defalarca kararlarında belirtmiş olmasına rağmen söz konusu davada çok sınırlı bir denetim yaptığı görülmekte ve “yasa ile sınırlandırma” kavramının geniş yorumlandığı ortadadır. Oysa ki hem Türk Anayasası hem de AİHS’nde temel hak ve hürriyetlerin sadece yasayla sınırlandırılabilceği düzenlenmişken, yasal dayanaktan yoksun bir düzenleme ile din ve vicdan hürriyetinin sınırlandırılması açıkça hukuka aykırı olduğu halde AİHM’ in Leyla Şahin davasındaki tutumunun mahkemenin misyonu düşünüldüğünde anlaşılabilir bir tarafı bulunmamaktadır. Takdir marjı doktrininin ölçülülük ilkesi ile sıkı ilişkisi düşünüldüğünde de AİHM, sınırlandırmanın yasal dayanak sorunu ile ilgili yaklaşımının yanında ölçülülük ilkesine de aykırı bir durumun olmadığını ifade etmiştir.³⁰⁶ AİHM kararında şunları belirtmiştir:

“İç kurallara uymanın nasıl sağlanmış olması gerektiği konusuna gelince, üniversite yetkilileri yerine görüş belirtmek Mahkeme’ye düşmemektedir. Öğrenim çevresiyle olan doğrudan ve sürekli ilişkileri nedeniyle, üniversite yetkilileri, ilke olarak, yerel ihtiyaçları ve şartları veya belli bir dersin gereklerini değerlendirmek bakımından uluslararası bir mahkemeden daha iyi bir konumdadır. Ayrıca, düzenlemelerin meşru bir amaç taşıdığı tespit edildiğinden, Mahkeme’nin, orantılılık kriterini, bir kurumun ‘iç kurallar’ kavramını amaçsız kılacak şekilde uygulaması mümkün değildir. 9. madde, dini bir inanç tarafından yönlendirilecek şekilde hareket etme hakkını her zaman teminat altına almaz.”³⁰⁷

AİHM, insan haklarının korunmasındaki denetim yetkisinin ulusal makamlara göre ikincil nitelikte olduğunu defalarca vurgulamıştır. Ancak bu davada çok sınırlı bir denetim yapmış, AİHS’ne uygunluk denetimini neredeyse hiç yapmayarak Türk makamlarının ve yargı organlarının değerlendirme ve kararlarına istinaden hüküm vermiştir. İdari düzenlemelerle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını Danıştay

³⁰⁵ Leyla Şahin/Türkiye, para.110

³⁰⁶ Leyla Şahin/ Türkiye, para. 159.

³⁰⁷ Leyla Şahin/Türkiye, para. 121.

hatalı bir yorumla hukuka uygun bulmuş, AİHM tarafından da bu yoruma bir değerlendirme getirilmemiştir ki bu da AİHM'in ulusüstü niteliğine ters düşmektedir.³⁰⁸ Takdir marjının, devletin negatif yükümlülüğünün baskın olduğu haklarda daha dar olması gerekirken bu davada dört aşamalı yapılan incelemenin her aşamasında olumlu cevap alınması ve Sözleşmenin gereklerine aykırı olarak değerlendirme yapılması tartışmaya açıktır.³⁰⁹ Diğer taraftan takdir marjının çok geniş bırakılması, AİHM'in denetim yetkisini gerektiği şekilde gibi yerine getirmemesi için bir gerekçe değildir.³¹⁰

Leyla Şahin davasında toplumda başörtüsünün siyasi boyutu ve başörtüsünün İslam dininin kadınlara emrettiği bir vecibe olarak algılanmasının başörtüsü takmayan kadınlar üzerinde baskı unsuru olduğu ve çoğulculuğa ve hoşgörüyeye zarar vereceği yönündeki Anayasa Mahkemesi görüşü AİHM tarafından kabul görmüştür.³¹¹ Başörtüsünü yasaklamanın bu itibarla amaçla tedbir arasında orantılı olduğu ifade edilmiştir. O dönem itibarıyla başörtüsünün siyasal bir nitelik taşıdığı düşünülerek yasaklanmasının acil bir sosyal ihtiyacı karşılar nitelikte olduğu ifade edilmektedir.³¹² Ancak üniversiteye öğrenim görmek amacıyla gelen ergin başörtülü bayanların ne tür bir baskı yapabileceği ve bunun da ötesinde AİHM' in bu baskı kavramını nasıl dikkate değer bulduğu düşündürücüdür. Zira baskı hissedildiğini hissetmekten yola çıkılarak pek çok alanda kısıtlamaya gitmenin olağan bir hale gelme tehlikesi bulunmaktadır.

³⁰⁸ Ulusoy, s.129.

³⁰⁹ Leyla Şahin/Türkiye, Hakim Tulkens'in karşı oy yazısı, para. 16

³¹⁰ “Söz konusu davada, iki unsur davayla olan ilgisini büyük ölçüde azaltmamış olsaydı, benim de takdir-eşiği-yaklaşımını izlemem mümkün olabilirdi. İlk unsur, çoğunluğun eşiğin genişliğini haklı göstermek için kullandığı, eğitim kurumlarında dini sembollerin giyilmesinin düzenlenmesi hususunda Devletlerarasındaki uygulama farkına ve bu nedenle, söz konusu alanda bir Avrupa görüş birliği eksikliğine ilişkin iddia ile ilgilidir. Karşılaştırmalı hukuk esasları, üye Devletlerin hiçbirinde dini sembollerin giyilmesine getirilen yasak, baskıya karşı uysal davranmayan genç erişkinler için amaçlanan üniversite eğitimi kapsamadığı için bu tür bir sonuca varılmasına izin vermez. İkinci unsur, takdir eşiğine eşlik etmesi gereken ve ulusal makamların takdir eşiğine sahip olmadığı davalarda olduğundan daha az kapsamlı olsa da, söz konusu eşikle el ele giden Avrupa denetimi ile ilgilidir. Ancak, Türkiye'nin kendine özgü tarihi geçmişi ile bağlantılı olması yanında, Avrupa denetimi oldukça basit bir biçimde yargılama dışında tutuluyor gibi görünmektedir. Ancak, söz konusu başvuruda ortaya çıkan ve AİHS tarafından teminat altına alınan din özgürlüğü hakkı için teşkil ettiği önem açık olan mesele, yalnızca “yerel” bir mesele olmakla kalmayıp tüm üye Devletler için de önem taşımaktadır. Bu nedenle, yalnızca takdir eşiğine müracaat edilerek Avrupa denetiminden kaçınılamaz.”Leyla Şahin/Türkiye, karşı oy yazısı, para. 3

³¹¹ Murdoch, s. 37, Ulusoy, s. 130.

³¹² Murdoch, s. 37

AIHM *Leyla Şahin* kararında olduğu gibi *Dahlab/İsviçre*³¹³ davasında da çoğulculuk ve hoşgörünün korunması adına yapılan sınırlandırmaların hukuka uygun olabileceğini ifade etmiştir. Ancak söz konusu yasaklamaların çoğulculuk ve hoşgörüye ne tür bir katkı sağlayacağı sorgulanmalıdır.³¹⁴

Dahlab/İsviçre başvurusunda ilkokul öğretmeni olan Lucia Dahlab, Katolik inancını terk ederek İslamiyeti seçmiş ve Cezayirli Bay A. Dahlab ile evlenmiştir. Cenevre’de yaşayan Bayan Dahlab, İslam dininin emrini yerine getirmek maksadıyla da derslere başörtüsü ile girmeye başlamıştır. 27 Haziran 1996 tarihinde başvurucunun başörtüsü takmasının İlköğretim Genel Müdürlüğü Devlet Eğitimi Kanununa aykırı ve “*özellikle kamusal ve seküler bir eğitim sisteminde bir öğretmenin öğrencilerine empoze ettiği açık bir kimlik aracı*” olduğu gerekçesiyle yasaklama kararı vermiştir. Başvurucu Cenevre Kanton İdaresine itiraz etmiştir. Ancak söz konusu başörtüsünün başvuranın niyetinden bağımsız olarak “*tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal ettiği ve kuvvetli bir tarzda dini mesaj yayma aracını temsil ettiği*” gerekçeleriyle itirazı reddedilmiştir.

Bayan Dahlab Federal Mahkemeye başvurmuş ancak Federal Mahkeme Kanton idaresi kararını onaylamıştır. AIHM’ de hükümetin savı ise, öğrencilerin farklı kültürel arka plandan gelen farklı milliyetlere mensup ilköğretim öğrencisi oldukları ve çok küçük yaşta olmaları sebebiyle öğretmenlerini rol model aldıklarını, farz-ı muhal 9. maddenin ihlali oluşsa dahi maddenin 2. paragrafı bağlamında sınırlandırmanın uygun olduğunu ve İsviçre makamlarının takdir marjını aşmadıklarını ile sürmüştür. Başvurucu 9. madde ile bağlantılı kendisinin kadın olmasından ileri gelen 14. madde bağlamında bir ayrımcılık yasağını ihlal olduğunu iddia etmiştir. AIHM, başvurucunun kadın olmasından dolayı değil, devlet ilköğretim sisteminin tarafsızlığını temin etme meşru amacına matuf bir başörtüsü yasağının tedbirin varlığına vurgu yapmıştır. Ayrıca cinsiyet temelinde bir ayrımcılığın bulunmadığına ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

AIHM, takdir marjını geniş değerlendirerek İsviçre makamlarının ilköğretimdeki tarafsızlığı sağlama konusundaki yaklaşımını ve düzenlemelerini hukuka uygun bulmuştur. Ancak ilköğretimdeki tarafsızlığı sağlamak konusunda bu kadar hassas olan

³¹³ Dahlab/İsviçre, 42393/98, 15.02.2001, Türkçe çeviri için Bkz. Zühtü Arslan, s. 134-150.

³¹⁴ Arslan, s. 4

yerel makamların bu tarafsızlığı sağlama konusundaki yaklaşımı başörtülü öğretmene yasak getirilmesi bakımından anlaşılabilir değildir. Mesele dış görünümünden etkilenmek ve rol model almaksa bu diğer öğretmenler açısından da sorgulanabilmelidir. Ayrıca farklı kültür ve etnik kimliklerden gelen öğrencilerin birbirlerinden etkilenmeleri de gayet olasıdır. Yahut başörtüsü takmayan bir öğretmenin ders esnasında öğrencilere tarafsızlık ilkesine aykırı surette fikir empoze etmesi de olasıdır. Dolayısıyla kararın hukukî denetimden uzaklaşarak takdir marjını bu kadar geniş tutması Sözleşmenin sistemine de ters düşmektedir.

Leyla Şahin davası ile değerlendirildiğine Dahlab' ın başörtüsü takmasının yasaklanmasının ilköğretimde tarafsızlığı sağlama meşru amacına AİHM' nce uygun bir tedbir olduğu tutumuna mukabil, Leyla Şahin davasındaki tedbir ise laiklik ilkesi bağlamında değerlendirilmiş ve yine çok geniş bir takdir hakkı da Türk makamlarına tanınmıştır. Oysaki reşit bireylerin bilim merkezleri olan üniversitelerde kılık kıyafetle ilgili sınırlandırmalara maruz bırakılmış olmasının anlaşılabilir bir tarafı bulunmamaktadır.³¹⁵

b. Lautsi ve Diğerleri/ İtalya

AİHM' in 10 Kasım 2011 tarihinde okulda dini sembol kullanımının ihlal oluşturmadığına dair verdiği bu dava sonucundaki karar³¹⁶, takdir marjının davadan davaya hangi durumlara istinaden genişleyip daraldığını anlamak açısından ve dini sembollere yönelik mahkemenin yaklaşım farkları bakımından öneme haiz kararlardan biridir. Başvurucunun iki oğlu İtalya'da devlet okulunda okumaktadır. Yaşları on bir ve on üç olan çocukların ders gördüğü sınıfların duvarlarında asılı çarmıha gerili İsa figürü bulunmaktadır. Başvuranın kocası, bir okul idaresi toplantısı sırasında okuldaki dinî sembollerin kaldırılmasını talep etmiş, ancak bu talebi okul konseyi tarafından reddedilmiştir. Başvurucu iç hukukta çeşitli yollara başvurmuş, bunlardan idare mahkemesi haçın laiklik ilkesiyle uyumlu olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca temyiz üzerine Danıştay, haçın sadece dini bir sembol değil, “...İtalyan medeniyetinin özelliklerini yansıtan değerlerin (hoşgörü, karşılıklı saygı, kişinin değerli kılınması,

³¹⁵ Demir, s. 151.

³¹⁶ Lautsi ve Diğerleri/İtalya, 30814/06, 18.03.2011, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116490>, (E.T. 07.07.205)

*haklarının dile getirilmesi, özgürlüğünün dikkate alınması, iktidar karşısında, ahlaki bilincin özerkliği, insani dayanışma, her türlü ayrımcılığın reddi) dini temelini sembolize ettiğine*³¹⁷ karar vermiştir.

Başvurucu iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM' e başvurmuş, davayı 2. Daire incelemiş ve oybirliği ile 1. No' lu Protokol' ün 2. maddesi ile birlikte AİHS'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak hükümetin talebi üzerine dava Büyük Daire'de görülmüş ve Büyük Daire tarafından 18 Mart 2011 tarihinde, ikinci dairenin kararı bozularak ihlal olmadığına hükmedilmiştir.

AİHM'nin Büyük Daire'sinde yapılan yargılamada İtalyan hükümeti haçın, pek çok Avrupa ülkesinin bayraklarında bulunan ve batı demokrasisi ve medeniyetini kuran kültürel ve kimliksel bir sembol olduğunu ve aktif bir davranışla karıştırılmayacak şekilde "pasif bir sembol" olduğunu ileri sürmüştür.³¹⁸ AİHM, İtalyan hükümetin bu yaklaşımı ile aynı doğrultuda şunları ifade etmiştir: "...Bir duvara asılan haç, esasen, pasif bir semboldür ve bu unsurun, özellikle, tarafsızlık prensibi dikkate alındığında, Mahkeme'nin gözündeki değeri büyüktür. Haçın, dini faaliyetlere katılmaya ilişkin öğretici bir konuşmanın etkisine benzer bir etkisinin bulunduğu söylenemez."³¹⁹ Büyük Daire ayrıca haçın varlığının Hristiyanlık dininin öğrenimi ile zorunlu bir bağlantısının olmadığını da ifade etmiştir. Ancak ilginç olan, Büyük Dairenin meseleyi eğitim-öğretimde dini tarafsızlığın sağlanması açısından değil, Avrupa'da okulda dini sembol kullanılması ile ilgili bir konsensüsün olup olmamasına indirgeyerek değerlendirme yapmış olmasıdır. İtalya'nın da Türkiye gibi laik bir ülke olması, eğitimde tarafsız olmasını gerektirmekteyse de Büyük Daire haçın dini bir sembol oluşunu değil İtalya için tarihi ve kültürel yönünü ele alarak karar vermiştir. Büyük daire bu konuda devletin geniş takdir marjına sahip oluşunu şöyle ifade etmektedir: "*Mahkeme, mevcut olayda, devlet okullarındaki sınıflarda haç bulunması seçiminin, kural olarak, savunmacı devletin takdir marjı dâhilinde bulunduğu sonucuna varmaktadır. Devlet okullarında, dini sembollerin bulunması konusunda Avrupa'da uzlaşma olmaması (bkz. 26-28. paragraflar), bu yaklaşımı güçlendirmektedir.*"³²⁰

³¹⁷ Lautsi/İtalya, para. 16.

³¹⁸ Lautsi/ İtalya, para. 36.

³¹⁹ Lautsi/ İtalya, para. 72.

³²⁰ Lautsi/İtalya, para. 70.

Avrupa’ da ortak bir insan hakları anlayışı geliştirmek AİHS ve denetim organı olarak da AİHM’ in görevidir. Ancak *Leyla Şahin* ve *Lautsi* davalarında dini sembolün etkinliği ve bireyler üzerindeki etkisini aktif-pasif şeklinde ikiye ayırarak değerlendirme yapmıştır. Takdir marjını daha da genişletmesi ve *sübjektif bir tartışma alanına* girmesi, dayandırdığı gerekçelerin ve yaklaşımlarının tartışma konusu olmasına sebep olmuştur.³²¹ Diğer yandan *Leyla Şahin* davasında başvuru sözleşmenin 8, 9, 10, 14. maddelerin ve eğitim hakkının ihlali iddiası ile başvurmuş, ancak mahkeme din ve vicdan özgürlüğü açısından değerlendirme yaparak eğitim hakkı açısından inceleme yapmaya gerek görmemiştir. Oysaki pek çok kız öğrencinin yükseköğrenim hakkından mahrum kalmasına ve buna bağlı olarak iş hayatına atılamaması gibi çok yönlü hak mahrumiyetlerine yol açacak bir konuda AİHM’ in değerlendirmesini büyük oranda Türk hukukuna göre yapması takdir marjı doktrininin sınırlarını tartışmaya açmaktadır.

Lautsi kararında ise yine başvuruçunun AİHS’ nin 9. madde ve 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesi bağlamındaki kendi vicdan hürriyetleri ve çocuklarının laik eğitim görme hakkının ihlal edildiği iddialarını birlikte değil sadece 1 No’lu Ek Protokol’ ün 2. maddesi kapsamında değerlendirip din ve vicdan hürriyetine daha az değer biçmiştir.³²² Eğitim hakkı ile ilgili yaklaşımını ise Avrupa’da ortak anlayış bulunmaması sebebiyle devletin takdir marjına dayandırmıştır. Ancak Avrupa genelinde beş ülke hariç genel olarak sınıflarda haç bulundurulmamasına yönelik uygulama, ortak anlayışın oluşmadığı ve bu sebeple takdir marjının geniş olması gerektiği kanısının Mahkemenin içtihadına ters düştüğü düşünülmüş ve pek çok yazar takdir marjının muğlâk ve tutarsız bir şekilde uygulamasını eleştirmiştir.³²³

Dahlab/İsviçre kararında Mahkeme, öğretmenin başörtüsü takmasının öğrenciler üzerinde etki yaratacağından ve laik eğitim sistemine aykırı olacağından bahisle İsviçre’ ye geniş bir takdir marjı tanıyıp müdahaleyi orantılı bulurken, Lautsi kararında devletin kendi eliyle sınıflarda haç bulundurmasının hem öğrenciler üzerindeki etkisini hem de devletin tüm dinlere eşit mesafede olması pozitif yükümlülüğüne ters bir durum

³²¹ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 135.

³²² Kılınç, Ümit, “*Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı: Hangi Din, Hangi Laiklik? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Teorisi İle Devletin Dinlere Karşı Tarafsızlığı Prensibi Üzerine*”, TAAD, C. 1, Sa. 7, Y. 2011, s. 102

³²³ Kılınç, s. 105.

olduğunu irdedilememiştir.³²⁴ Mahkemenin farklı davalarda dini sembollerle ilgili tutumu değışkenlik gösterdiğinden, mahkemenin tutarsızlığını da beraberinde getirmektedir.

Dini kıyafet ve sembollerin kullanımı ile ilgili bir uluslararası organ olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin yaklaşımı, daha çok Avrupa düzeyinde bir insan hakları standardı yakalamaya çalışan Avrupa Konseyi organı olan AİHM'den ayrılmaktadır.³²⁵ Birleşmiş Milletler, bütün üye devletlerde ve dolayısıyla tüm dünyada hakim olacak ortak bir anlayış geliştirmeyi amaç edinmiş³²⁶ ve bu sebeple de meşru bir amaca dayanmıyorsa başörtüsünün kullanımının engellenmesinin dini inancı açığa vurma hürriyetine engel olacağını kanaatine varmıştır.³²⁷ Ancak AİHM, hem ortak bir anlayışı hakim kılmaya çalışırken hem de devletlere dini sembollerin kullanımını serbest bırakma ya da sınırlandırma konusunda takdir alanı tanımaktadır.

Sonuç olarak Mahkemenin bir yandan takdir marjının genişliği ile ilgili Avrupa konsensüsünü kapsam ve sınır belirlemek açısından bir kıstas olarak benimseyip diğer taraftan bu kritere rağmen şikâyet edilen devlete geniş bir takdir hakkı bırakmak çok tutarlı görülmemekte ve takdir marjının Sözleşme açısından etkinlik ve değeri sorgulanmaktadır. Her ne kadar takdir marjı doktrinin taraf devletlerin Sözleşme sistemine devamını sağlamak gibi bir fonksiyonun da olduğu kabul edilse dahi, AİHM' in farklı gerekçelere dayanarak ulusal hukuk makamlarına büyük takdir hakları tanınması kimi davalarda denetim görevinin eksik icra ettiği izlenimi yaratmaktadır.

4. Zorunlu Din Dersi

Devletlerin lâik sistemlerde dinlere eşit mesafede olmasının bir görünümü olarak eğitim ve öğretim faaliyetlerinde de devletin bir dini diğer dinlerden üstün tutmaması bir prensiptir. Bu bağlamda din dersinin ebeveynlerin din vicdan özgürlüğünü ihlal etme potansiyeli de olduğundan müfredatta zorunlu yer edinmesi eleştirilmektedir.³²⁸ Bir kamu hizmeti olarak din eğitim-öğretimi belli kurumlarda yapılmaktadır. Ancak

³²⁴ Kılınç, s. 112.

³²⁵ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 133.

³²⁶ BM Şartı 1. Bölüm/m.3-4: “3. Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmeye ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve 4. Bu ereklere ulaşılması yolunda ulusların giriştikleri eylemlerin uyumlaştığı bir odak olmak”

³²⁷ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 133.

³²⁸ Demir, s. 81.

devletin dinî eğitim öğretim yapamayacağı, din eğitimi koyamacağı 9. maddenin ihlali olarak telakki edilmektedir.³²⁹ AİHM'ne başvurular 9. madde ve Ek Protokol'de yer alan eğitim hakkı çerçevesinde yapılmakta³³⁰ ve konuyla ilgili henüz oluşmuş bir uzlaşma bulunmadığından devletlerin takdir hakkı geniş olmaktadır. Ayrıca her devletin tarihi ve sosyo-kültürel yapısının farklı olması, din ve ahlak dersinin içeriğini belirlemede çok geniş bir takdir yetkisini de gerekli kılmaktadır. AİHM devletlerin müfredatı belirleme konusunda takdir hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Ancak bunun kapsamının belirlerken ayrımcılık yasağı, ebeveynlerin dini inanç ve kanaatleri ve felsefî inançları ve çocuklarını bu inançlara göre yetiştirme ve terbiye etme hakkı gibi çok spesifik hususları içermesi sebebiyle zor olduğunu da belirtmek gerekir. İçeriği belirlerken toplumda ne kadar farklı inançlar var ise o oranda da zor bir belirleme olacaktır.

Zorunlu din dersi ile ilgili AİHM'in genel ilkeleri *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye* ve *Folgero ve diğerleri/Norveç* davalarında geliştirilmiş ve sonraki başvurular için içtihat niteliğini kazanmıştır.³³¹ Zorunlu din dersinin içeriğinin başvuruçuların şikâyetine konu olmasındaki sebeplerden biri kendi inancına aykırılık teşkil etmesi olabilmektedir. Ancak devletin, herhangi bir ailenin müfredattan rahatsız olması üzerine değişiklik yapması sonu gelmeyen şikâyetler ve problemleri de beraberinde getirebilir.³³²

Zorunlu din dersinin 9. madde açısından ihlal edildiği iddiası ile ilgili başvurularda incelenen husus "sistemik telkinler" bakımından bireylerin korunup korunmadığıdır. Zorunlu din derslerine ilişkin mahkemenin *Folgero/Norveç* davasına kadarki dönemden önce en önemli kararının *Angeleni/İsveç*³³³ olduğu görülmektedir. Komisyon yaptığı incelemede ilk olarak sistemik telkin yasağına vurgu yapmıştır.³³⁴ Sistemik telkinle ilgili AİHM'in içtihat niteliğindeki tanımı şu şekildedir: "*devlet, eğitim ve öğretim işlevini yerine getirirken, müfredatında yer alan bilgilerin; nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir biçimde aktarılmasına özen göstermelidir. Devlet, ailenin dinsel ve felsefî inançlarına saygı gösterilmemesi anlamına gelecek, sistemik telkin amacı güdemez.*

³²⁹ Hafizoğulları, Zeki, "Türkiye Cumhuriyeti'nin Taraf Olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, C.1,s. 174.

³³⁰ Erken, Baki, "Zorunlu Din Dersi Konusunda AİHM'in Yorumu ve Sorunun Bu Doğrultudaki Çözümü", Uluslararası Hukuk Ve Politika Dergisi, C. 8, Sa. 29, s. 24.

³³¹ Erken, s. 24.

³³² Erken, s. 32.

³³³ *Angeleni/İsveç*, 10491/83, 03.12.1986

³³⁴ Özenç Berke, "AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersi" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, Y. 2008, s. 2, s. 193.

Aşılmaması gereken sınır budur”³³⁵ AİHM, müfredat belirleme bakımından devletlere geniş bir takdir marjı tanırken, müfredatın kapsam ve çerçevesini sistematik telkin kavramı ile de belirlemiş bulunmakta ve belli bir ideolojinin telkin edilmesini tek sınır olarak ifade etmektedir.³³⁶

Zorunlu din dersi ile ilgili Türkiye’nin davalı olduğu *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye* davasında mahkeme, zorunlu din dersinden muafiyetin, diğer inançlar için de genişletilebileceği riski ve ayrıca farklı dini veya felsefi inanca sahip ebeveynlerin kendilerini ifşa etmek durumunda kalabilecekleri gerekçesi ile uygun olmadığını ifade etmiştir. Ancak alevi inancına sahip başvuranların eğitim hakkı bağlamında 1 No’lu ek protokolün 2. maddesinin³³⁷ ihlal edildiğine karar vermiştir.³³⁸

Folgero ve Diğerleri davasında da mahkeme bir kimsenin önceden Hristiyan ya da Musevi olduğunu beyan ederek din dersinden muaf tutulması talebinin sorun yaratabileceğini ifade etmiştir. Türk Anayasasına göre de kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. (para. 73) Son olarak belirtmek gerekir ki AİHM, Türkiye’ye zorunlu din dersinden muafiyet usulü hakkında yalnızca genel bir çerçeve tavsiyesinde bulunarak alternatif seçenekleri örneklemiş ancak kapsam ve içerik belirlemek devletin takdirine bırakılmıştır. AİHM, “*AİHM, Sözleşme’ye Taraf Devletlerin, AİHS’ne Ek 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesinin ikinci cümlesi kapsamındaki, ebeveynlere din öğretiminde kendi dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini devletten talep etme hakkı veren olumlu yükümlülüklerini yineler. Sözleşme’ ye taraf bir devlet eğitim müfredatında din dersine yer veriyorsa, öğrencilerin, okulun verdiği din eğitimiyle ebeveynlerin dini ya da felsefi inançları arasında doğacak bir çatışmayla karşı karşıya kalmalarını olabildiğince önlemek gerekmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, Avrupa’da verilen din eğitimine ilişkin olarak, öğretim yaklaşımlarının çeşitliliğine rağmen, üye devletlerin neredeyse tamamına*

³³⁵ Özenç, s. 193.

³³⁶ Grzelak/Polonya, 7710/02, 15.06.2010, para. 104.
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111148>, (E.T. 29.06.2015)

³³⁷ AİHS 1Nolu Ek Protokol 2. madde : *Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.* Maddedeki saygı

³³⁸ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, 1448/04, 9.10.2007, para. 76.
file:///C:/Users/user/Documents/Downloads/ASE%20OF%20HASAN%20AND%20EYLEM%20ZENGİN%20v.%20TURKEY%20%20Turkish%20Translation%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs%20(3).pdf (E.T. 29.06.2015)

yakınının, öğrencilerine muafiyet sistemi sağlayarak 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 sunduklarını kaydeder.”³³⁹ şeklindeki yaklaşımı ile de ortak bir çözüm için daha nesnel ve bireylerin din vicdan hürriyetine saygılı olacak bir ders içeriğinin belirlenmesinin de önemi vurgulanmıştır.

Konuyla ilgili somut bir çözüm ve kriterin olmayışı, inanç özgürlüğü ile ilgili taraf devletlerarasında bir uzlaşmanın bulunmayışından kaynaklanmaktadır. Devletin negatif yükümlülüğünü gerektiren bir hak olan din vicdan hürriyeti ile ilgili takdir marjının dar olması gerekirken devletlerin geniş bir takdir payına sahip olduğu görülmektedir.³⁴⁰ Devletin negatif yükümlülüğünün ağır bastığı yaşam hakkı, işkence yasağı gibi temel hak ve hürriyetlerde takdir payı yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla inanç özgürlüğü gibi önemli bir hakkın Avrupa’ da uzlaşma olmaması gibi bir temele indirgenerek devletlerin kamu otoritelerine sınırlandırma serbestisi tanımak insan haklarının korunması açısından sorunlu görülmektedir.

5. Vicdani Ret

Vicdani ret kavramı, Avrupa’ da dini sebeplerle ortaya çıkmıştır. Hristiyanlık inancının da şiddeti dışlaması bunda etkili olmuştur.³⁴¹ Kökeni ortaçağ dönemi Avrupa feodal beyliklerine uzanan vicdani ret; *bir kısım vicdani nedenler, derin içsel kaygılar, ahlaki nedenler ve dinî gerekçelerle askeri hizmet yükümlülüğünü reddetmek* ve yerine getirmemek olarak daha çok askerlik hizmetleri açısından gündeme gelmektedir.³⁴² Vicdani reddi eleştirenler bu hakkı pek çok açıdan sakıncalı bulmaktadırlar. İlk olarak vicdani reddin samimiyetinin sorgulanması gerektiği vurgulanmakta ve vicdani ret gerekçelerinde kişinin samimi sebeplere dayanıp dayanmadığının ispatının zorluğu ileri sürülmüştür.³⁴³ Vicdani ret hakkının tanınmasının doğuracağı sakıncalar arasında ise vicdani ret hakkından faydalanıp askeri yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişilerin

³³⁹ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, para. 71.

³⁴⁰ Özenç, s. 195.

³⁴¹ Semiz, Yasemin, Türk Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Vicdani Ret, Seçkin yayıncılık, Mayıs 2010, Ankara, s. 19.

³⁴² Karagöz Kasım, “BM İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret Hakkı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sa. 1, Y. 2008, s. 39-40.

³⁴³ Semiz, s. 34, Karagöz, s. 41.

devletin askeri birliklerinde moral ve savunma gücü zayıflığı yaratacağı tehlikesine dikkat çekilmiştir.³⁴⁴ Bir diğer eleştiri ise bir tarafta yurt savunmasında görev alan askeri bir birlik varken diğer tarafta vicdani nedenlerle bu görevi reddedenlerin varlığının ahlaki bulunmamasıdır.³⁴⁵ Samimi ve güçlü sebeplere dayanan reddin bir insan hakkı olarak tanınıp tanınmaması tartışmalıdır.

Vicdani retçileri temelde üç gruba ayırmak mümkündür. Bunlar dinî, ahlakî ve politik sebeplerdir.³⁴⁶ Vicdani reddin dinî gerekçesi olarak en belirgin örnek, Yehova Şahitleridir. İnançları gereği savaş ve şiddetin yasaklanmış olması sebebiyle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmekte olan bu inanç mensuplarının temel inancını pasivizmin oluşturması sebebiyle AİHS'nin 9. madde bağlamında değerlendirildiği görülmektedir.³⁴⁷ Politik sebeplerle vicdanî ret ise anti-militarist olan kişilerin savaş karşıtı veya daha genel bir tabirle her türlü güç kullanımına karşı olmaları sebebiyle askerlik hizmetini reddetmeleridir.³⁴⁸

Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında ortaya çıkan vicdani ret hakkının, çeşitli uluslararası belgelerde güvence altında olduğu ifade edilmektedir. Uluslararası sözleşmelerde vicdani ret açıkça yer almamasına rağmen Birleşmiş Milletler tarafından bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir.³⁴⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. maddesi düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü güvence altına almış, ancak bu kapsamda değerlendirilen vicdani ret hakkı ile ilgili düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna rağmen BM İnsan Hakları Komitesi'nce verilmiş kararlar bulunmaktadır. Komite 1987 yılında vicdani reddi bir insan hakkı olarak tanımış³⁵⁰ ve 1989 tarihli bir kararda da şu şekilde ifade etmiştir:

“Sözleşme vicdani ret hakkına açıkça değinmemektedir, ancak Komite, öldürücü güç kullanma yükümlülüğünün vicdan özgürlüğüyle ve kişinin dinini ya da inancını ortaya

³⁴⁴ Karagöz, “BM... vicdani ret” s. 41.

³⁴⁵ Karagöz, “BM... vicdani ret” s. 41

³⁴⁶ Mızrak, Dilan, Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret ve Sivil İtaatsizlik, TBB Dergisi, 2016 Sa. 116, s. 120.

³⁴⁷ Demir, Seher, “Vicdani Ret Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, C.4, Y.2011, s. 249.

³⁴⁸ Semiz, s. 27.

³⁴⁹ Karagöz, “BM...vicdani ret” s. 44.

³⁵⁰ Karagöz, “BM... vicdani ret” s. 44

koyma hakkıyla ciddi biçimde çatışabilecek olması nedeniyle 18. maddeden böyle bir hakkın çıkarılabileceğine inanmaktadır.”³⁵¹

Ancak AİHM’ e konuyla ilgili başvurularda 9. maddeden dolayı ihlal kararı verilmemiştir. Ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde ile işkence veya kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddeye istinaden ihlal kararları vererek BM’nin yaklaşımından farklı olduğu düşünülmektedir.³⁵² Ancak AİHM, *Bayatyan/Ermenistan*³⁵³ davasında 7.7.2011 tarihinde verdiği kararla, Yehova Şahidi olan başvurucunun askerlik yapmayı reddetmesi üzerine cezalandırılmasını Sözleşmeye aykırı bulmuş ve ilk kez vicdani ret ile ilgili bir inceleme yaparak 9. madde yönünden ihlal kararı vermiştir. Bu karar öncesinde AİHM, 9. maddeyi vicdani retçilere uygulamayı tercih etmemişti. 27.10.2009 tarihinde Daire kararında taraf devletlerin 9. madde ışığında vicdani reddi kabul edip etmemek konusunda tercih hakkına haiz olduklarını ve bu sebeple de kabul etmedikleri bir hak sebebiyle de Sözleşmeyi çiğnediklerinin söylenemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla 9. maddenin korumadığı bir hak sebebiyle taraf devletin sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varılamayacağı kararı verilmiştir. Büyük Dairede görülen dava sonucunda askerlik yerine geçecek sivil bir kamu hizmetine hazır olduğun bildirdiği halde inancı gereği askerlik yapmayı reddeden başvurucunun mahkûmiyeti o dönemde Ermeni makamlarının askerlik hizmeti yerine geçebilecek sivil hizmet ile ilgili düzenleme çalışmalarına rastlaması çelişkili bulunmuştur.³⁵⁴

Avrupa’da vicdani ret konusuyla ilgili ülkelerin birbirinden farklı uygulamaları mevcuttur. Bu durum AİHM’ in davalarda taraf devletlere takdir marjı tanınıp tanınmaması açısından önem arz etmektedir. Ülkelerin askerlikle ilgili politikalarına bakıldığında zorunlu askerliği kaldıran, zorunlu askerliğin devam ettiği ve aynı zamanda vicdani reddin tanınarak askerlik yükümlüğü yerine alternatif hizmet ifa etme

³⁵¹ Çınar, Özgür Heval, “*Uluslararası Hukuk Çerçevesinde, Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Vicdani Ret*”, TBB Dergisi, Sa. 72, Y. 2007, s. 96.

³⁵² Çınar, s. 96 ve 97.

³⁵³ Bayatyan/Ermenistan, 23459/03, 07.07.2011.

³⁵⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-116450>, (E.T. 17.07.2015)

Bayatyan/Ermenistan, para. 127.

imkânı sağlayan ülkeler ve vicdani reddin tanınmadığı ülkeler olmak üzere üç gruba ayrıldığı görülmektedir.³⁵⁵

Türkiye, vicdani reddin tanınmadığı ülkeler arasında yer almaktadır. Osman Murat Ülke isimli vatandaşın AİHM' e vicdani retçi olarak başvurmasıyla birtakım tartışmalar da gündeme gelmiştir. Devletlerin, askeri hizmetleri düzenlemekte takdir hakkına sahip oldukları bir gerçektir. Ancak vicdani ret ile ilgili başvurulara bakıldığında; devletlerin askeri hizmet ve yurt savunması yükümlülüğünü kişilere dayatmasının kimi durumlarda işkenceye ve kötü muameleye dönüşebildiği konuları üzerinde durulmaktadır. Askerlik hizmetini haklı ve güçlü sebeplere dayanarak yapmayı reddeden kişilerin cezalara çarptırılması cezaların orantınlılığı ilkesi açısından da sorgulanmaktadır.

*Ülke/Türkiye*³⁵⁶ kararında, savaş karşıtı olduğu gerekçesiyle askerlik vazifesi yapmayı reddeden başvurucuyu Türk ceza kanunları uyarınca müteaddit defalar cezalandırılmıştır. Mahkeme, başvurucunun hakkındaki kovuşturma ve cezaların hiç durmadan birbirini izlemesi ve başvurucunun bundan sonraki hayatında da kovuşturmaya uğrayabilme ihtimaliyle birleştiğinde bu ceza ve kovuşturmaların başvurucunun askerlik hizmetini yerine getirmesini sağlama amacıyla orantısız olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, *medeni ölüm* diye tabir edilen bir yaşantıyı sürmesine sebep olduğunu ifade etmiş ve Türkiye'yi 3. maddenin ihlal edilmiş olmasından dolayı tazminata mahkûm etmiştir.³⁵⁷ *Başvurucunun mecbur bırakıldığı ve neredeyse medeni ölüme yol açan kaçak yaşam da, demokratik bir toplumdaki ceza rejimiyle bağdaşmamaktadır.*³⁵⁸ Mahkeme, 9. madde kapsamında değerlendirilen vicdani ret hakkı ile ilgili olarak değil, işkence yasağı bakımından ihlal kararı vermiştir. Buradan hareketle AİHM' in vicdani ret konusu ile ilgili yasal statünün belirlenmesini taraf devletlerin takdirine bıraktığı, ancak vicdani reddin tanınmaması ve bireylerin askerlik yapmaya zorlanması için yapılan faaliyetlerin işkence ve kötü muamele oluşturduğu kanaatine varılması durumunda esneklik tanınmadığı görülmektedir.

³⁵⁵ Karagöz, "Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı", GÜHFD, C. 12, Sa. 1-2, Y. 2008, s. 867.

³⁵⁶ *Ülke/Türkiye*, 39437/98, 24.01.2006, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72146>, (E.T. 10.07.2015)

³⁵⁷ *Ülke/Türkiye*, para. 62.

³⁵⁸ *Ülke/Türkiye*, para. 63.

Türkiye'nin pek çok Avrupa Konseyi ülkesinin aksine vicdani reddi düzenleyen bir mevzuatı bulunmamaktadır. Vicdani reddin konuşulması, böyle bir hakka sahip olma isteğinin beyan edilmesi ve benzer söylemler ifade hürriyeti açısından dahi korunmamaktadır. Ayrıca TCK. 318. maddesi gereği "halkı askerlikten soğutma" tehlike suçu bakımından cezaya sebebiyet verebilmektedir. Türkiye'nin vicdani ret ile ilgili düzenleme yapması gerektiği bir gerçektir. Zira AİHM Bayatyan davasında vicdani reddin bugüne kadar mahkemenin değerlendirmelerinde geçmediğini kabul etmekle birlikte bundan sonraki yaklaşımını şöyle ifade etmiştir: *"Hukuk güvenliği, hukukun öngörülebilirliği ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin çıkarı gereği Mahkeme'nin daha önceki kararlarını gerekçe göstermeden değiştirmemesi gerektiği doğrudur; ancak Mahkeme için dinamik ve yenilikçi bir yaklaşımdan vazgeçmek, tüm reformlara veya iyileştirmelere engel olma riskini taşımaktadır"*³⁵⁹ Böylece Mahkemenin vicdani reddi bundan sonraki başvurularda 9. madde kapsamında değerlendireceği anlaşılmaktadır.³⁶⁰ Büyük Daire ayrıca vicdani ret ile ilgili taraf devletlerin mevzuatları bulunduğundan hareketle bu konuda gerekli düzenlemeyi yapmayan devletlerin yalnızca Azerbaycan ve Türkiye olduğunu da belirtmiştir.

Sonuç itibarıyla taraf devletlere vicdani ret konusunda takdir hakkı tanınması doğası gereği zorunlu tutulan askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesi için alınacak tedbirlerin demokratik toplumda gerekliliği ve orantılılığı bakımından denetime tabi olmaktadır. Türkiye'nin de kendi vicdani ret mevzuatını oluşturması bir zorunluluk olarak görülmektedir. Türkiye' de vicdani ret hakkının, anayasal bir değişiklik ile³⁶¹ teminat altına alınmasının, Türkiye' de insan onuru ve vicdan hürriyeti ile ilgili daha fazla olumsuz sonuçlara yol açmaması ve AİHM' in başvuruları 3. madde açısından

³⁵⁹ Bayatyan/ Ermenistan, para.98.

³⁶⁰ AİHM'in davadaki içtihat değişikliği başlıklı ifadelerinden vicdani reddin Avrupa'daki gelişmeler ışığında Mahkemenin 9. madde kapsamında değerlendirmeye alınmasında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi kararlarının da etkisi olduğu kanaatindeyiz. Adı geçen davada mahkeme şu ifadeleri kullanarak uluslararası hukukun etkisine dikkat çekmiştir: *"Sözleşme metninde bulunan kavramları ve ifadelerin anlamını belirlerken Mahkeme, Sözleşme dışındaki uluslararası hukukun unsurlarını ve bu unsurların yetkili organlar tarafından yorumlanmasını dikkate alması gerekmektedir."*(para. 102.)

³⁶¹ AY. 72. maddesi *"Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir."* Şeklinde ve buradan hareketle bedelli askerlik ve benzer düzenlemelerde olduğu gibi vicdani reddin de bir yasa ile düzenlenebileceği düşünülmektedir.

değerlendirdiği düşünüldüğünde daha fazla örnekle karşılaşılmaması açısından büyük bir ehemmiyeti vardır.³⁶²

C. İFADE HÜRRİYETİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 10. maddesinde düzenlenen İfade hürriyeti, bireylerin olduğu kadar tüzel kişilerin, hükümet dışı teşekküller ve insan topluluklarının (medya organı, siyasi parti... vb.) haklarının olduğu geniş bir alanı ifade etmektedir. AİHS 10. madde şu şekildedir:

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

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.”

İfade hürriyeti de, sözleşmenin 8, 9 ve 10. maddelerde olduğu gibi devletin hem pozitif hem de negatif yükümlülüğünü gerektiren iki yöne sahip bir haktır. 10.maddenin ikinci fıkrasında da ifade hürriyetinin sınırlandırma rejimi düzenlenmiştir. Ancak ifade hürriyetinin diğer 8-11. maddelerdeki sınırlandırma rejimi ile aynı olsa da ifade hürriyetine yapılan müdahaleler istisnai kabul edildiği için maddenin 2. fıkrası dar yorumlanmakta ve inandırıcı ve zorunlu sebepler olmadıkça kamu otoritesinin bu hakka müdahalesi olmamalıdır.³⁶³ AİHM, diğer haklarda olduğu gibi yine dört aşamalı bir inceleme yapacak, son aşamada demokratik toplum gereklerini zorlayıcı toplumsal

³⁶² Uygun, s. 630.

³⁶³ Doğru, Nalbant, c.2, s. 181.

baskı ile gereklilik ve yarışan menfaatler arasında adil denge kurulması kriterlerini göz önüne alacaktır.³⁶⁴

İfade özgürlüğü demokratik toplumun en önemli özelliklerinden biridir. Tüm hürriyetlerin kaynağı olarak görülen ifade hürriyeti, diğer bütün hak ve özgürlüklerin düşünülüp geliştirilerek yasal statü kazanması açısından temel ve kaynak olarak görülmektedir.³⁶⁵ AİHM, Handyside kararında bu özgürlüğün yalnızca olumlu ifadeyi değil, aynı zamanda olumsuz ifadeleri de güvence altına aldığını şu cümlelerle belirtmiştir : *“ifade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır.”*³⁶⁶ Dolayısıyla nüfusun bir bölümü ya da devlet aleyhine olan haber ve düşünceler de bu madde kapsamında güvence altına alınmalıdır ki bu da demokratik toplumun bir gereğidir.³⁶⁷ Bu itibarla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması demokratik toplum gereklerine aykırı olmamalı ve sınırlandırmanın tek istisnası da çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak belirlenmiş unsurları ile demokratik toplum gerekleridir.³⁶⁸

Devlet bireylere olduğu kadar tüzel kişi ve gruplara da bu özgürlüklerinden faydalanmaları için yeterli imkânı sağlamalıdır. Bu bakımdan ifade özgürlüğünü korumak anlamında kamu makamlarının gereken tedbirleri alıp almadığı da denetime tabi olacaktır.³⁶⁹

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması ise, haktan yararlanan kişilerin farklı statüde olmaları ve farklı yararlanma sahaları olması sebebiyle farklı sınırlandırmalara tabi olabilmektedir. Kapsam olarak bakıldığında ise oldukça geniş bir alanı içerdiği, birbirinden farklı hak öznesi olması dolayısıyla farklı kullanım ve sınırlandırma şartlarının olduğu görülmektedir. Ancak her halükarda 1. maddenin kamu makamlarının

³⁶⁴ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 182.

³⁶⁵ Bozkurt Enver, Dost Süleyman, *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”*, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C. 7, Sa. 1, Y. 2002, s. 48.

³⁶⁶ Handyside/Birleşik Krallık, para. 49.

³⁶⁷ Handyside/Birleşik Krallık, para. 49.

³⁶⁸ Yokuş, *“Türk Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilere Yaklaşımı”* AÜHFD, C. 50, Sa. 4, Y. 2001, s. 113.

³⁶⁹ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 182.

müdahalesi ve sınırı olmaksızın kanaat sahibi olma, bilgi ve kanaatlere ulaşma ve bilgi ve kanaatleri açıklama özgürlükleri olmak üzere üç unsuru güvence altına aldığı ifade edilmektedir.³⁷⁰

Siyasi ifade hürriyeti, basın hürriyeti, örgütlenme hürriyeti kapsamında siyasi partilerin ifade hürriyeti, sanatsal ifade hürriyeti, dinî ifade hürriyeti, politik ifade ve ticari ifade özgürlüğü gibi pek çok hakka kaynaklık etmektedir. İfade hürriyetinin sınırlandırılmasında yasal dayanak, meşru amaç ve müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği açısından takdir marjı incelenecektir.

1. Müstehcen Yayın

Ahlak kavramının toplumdan topluma algılanış şeklinin farklı olması sebebiyle müstehcen yayınlar konusunda AİHM, devletlere daha geniş takdir hakkı tanımakta ve ulusal makamların aldığı tedbirlerin yerinde olduğuna karar verebilmektedir.³⁷¹, Müstehcenlik konusunda devletlerin farklı düzenlemeler ve sınırlandırmalar yapması, ülkelerin ve hatta aynı toplumdaki farklı bölgelere göre dahi değişen birbirinden farklı ahlak anlayışları bulunduğu bir göstergesidir. Örneğin Japonya’ da genel olarak seks, çıplaklık ve hatta çocuk pornografisi ile ilgili bir serbesti bulunmakta ve ahlak dışı sayılmamakta iken Almanya’ da bazı bölgelerde pornografinin yasaklanması ile ilgili girişimler bulunabilmektedir.³⁷² Müstehcenlikle ilgili en önemli mesele, başkalarına zarar verip vermediği, hangi koşullarda ve ortamda nasıl verildiğinin devletin denetimi açısından önem arz etmesidir.³⁷³

a. Handyside/Birleşik Krallık Davası

Takdir marjı doktrininin ilk kez tüm ayrıntıları ve prensipleri ile ortaya konduğu müstehcen yayının toplatılması konulu davada AİHM, devletlere tanıdığı takdir marjının genişliği ve kapsamı açısından önem arz eden, denetimdeki dört aşamalı testin

³⁷⁰ Macovei, Monica, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına ilişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitabı, no.2, s. 10.
http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf
(E.T. 10.07.2015)

³⁷¹ Özbey, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, AÜHFD, C. 62, Sa.1, Y. 2013, s. 126.

³⁷² Karagöz, “ifade özgürlüğü...” s. 27.

³⁷³ Karagöz, “ifade hürriyeti...” s. 30.

son basamağı olan demokratik toplum gereklerini konusunda temel prensipleri ortaya koymuştur.

Dava konusu olayda, Başvurucu Stage 1 isimli Yayınevi şirketinin sahibi Richard Handyside, “Küçük Kırmızı Ders Kitabı”³⁷⁴ adlı cinsel eğitim kitabının Müstehcen Yayınlar Yasası’ na muhalif bulunup kitabın yayından kaldırılması, toplatılması ve imhasına karar verilmiş ve yayınevi sahibi hakkında da para cezasına hükmolunmuştur. Başvurucu ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla 13 Aralık 1973 tarihinde Komisyon’ a başvurmuş, dosyanın Mahkeme’ye intikali ile de dava görülmüş ve 10. maddenin ihlalinin olmadığına bire karşı on üç oyla karar verilmiştir. AİHM, olayın değerlendirmesini yaparken, ulusal mahkemenin (Inner London Quarter Sessions) 29 Ekim 1971 tarihinde verdiği bir karara katıldığını ifade ederek yerel mahkemenin yorumunun önemli olduğunu kabul etmiştir. Quarter Sessions mahkemesi kitabın hedef kitlesinin 12-18 yaş aralığındaki öğrenciler olduğunu ve kitabın dilinin çok açık ve hedef kitledeki en küçük yaşta çocuğun bile anlayabileceği türden anlaşılabilir düzeyde olduğu sonucuna varmıştır.

Takdir marjı ile ilgili olarak da yerel mahkemenin yaklaşımını ise şu ifadelerle kabul etmiştir: *“Kitapta özellikle öğrenciler hakkındaki kısmın cinsellikle ilgili bölümünde ve “Kendi Başınıza” başlıklı pasajda, gelişmelerin çok önemli bir aşamasında bulunan gençlerin zararlı olgunluk faaliyetlerine alışmaya ve hatta bazı suçları işlemeye teşvik edildikleri biçiminde yorumlayabilecekleri cümlelere ve paragraflara yer verilmektedir. Bu çerçevede Birleşik Krallık’ ta ahlak ve eğitim konusunda görüşlerin çeşitlenmesine ve sürekli gelişmesine rağmen, yetkili İngiliz yargıçları takdir haklarını kullanırken, Ders Kitabı’nın o sırada onu okuyacak çocukların ve büyüme çağındaki gençlerin birçoğunun ahlaki değerleri üzerinde zararlı etkileri doğacağını düşünmekte haklıdırlar.”*³⁷⁵

Ulusal yargıçlara önlerine gelen bir davadaki olayı değerlendirirken gereklilik konusundaki değerlendirmelerinde takdir hakkı tanıyan Mahkeme, yargıçların meseleyi

³⁷⁴ Ders kitabı 12 yaş ve daha büyük olan çocuklara göre hazırlanmış ilk baskısı 208 sayfa olan, içerisinde cinsellikle ilgili pek çok konunun düzenlendiği bir kitaptır. Kitapta 26 sayfalık seks ile ilgili olan bölümler, orgazm, kürtaj, pornografi, mastürbasyon, çocuk mütecavizleri, eşcinsellik, cinsel ilişki, cinsel rüyalar gibi alt bölümler yer almaktadır.

³⁷⁵ Handyside/Birleşik Krallık, para. 52.

ele alırken yerel ihtiyaçları değerlendirmelerdeki birincil rolüne önem vermiştir. Ayrıca mahkeme, demokratik toplum gerekleri konusunu ve takdir marjının diğer unsurlarını şu şekilde açıklamıştır:

“Sözleşme’nin 10(2). fıkrası, Sözleşmeci Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Komisyon ile birlikte Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan Mahkeme (Md.19), bir 'yasak' veya 'ceza'nın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermeye yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu denetim, hem şikayet edilen önlemin amacıyla hem de bunun 'gerekliliği' ile ilgilidir; denetim, sadece temel milli mevzuatı değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar. Bu konuda Mahkeme, Sözleşme’nin 50. maddesindeki ‘...resmi makamları veya diğer makamları tarafından verilen kararın veya yapılan tasarrufun...’ biçimindeki ifadesine, ve ayrıca kendi içtihadına dayanmaktadır.

Denetim görevi Mahkeme’yi, 'demokratik bir toplumu' niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her 'formalite', 'koşul', 'yasak' ve 'ceza', izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.

Diğer yandan, ifade özgürlüğünü kullanan herkes, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen 'ödev ve sorumluluklar' yükümlenir. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, 'demokratik bir toplumda' 'gerekli' olan 'yasaklar'ın ve 'cezalar'ın 'ahlakın korunması'na yardımcı olup olmadıklarını araştırırken, kişilerin bu tür

'ödevleri'nin ve 'sorumlulukları'nın bulunduğunu görmezlikten gelemes.'³⁷⁶ AİHM bu ifadeleriyle takdir marjı doktrinin temel mantığını ortaya koymaktadır.

b. Müller ve Diğerleri/ İsviçre Davası

Müstehcenlik içeren ifadelere ahlak kavramıyla ilgili olarak yapılan sınırlandırma üzerine AİHM' de görülen bir diğer dava da Josef Felix Müller ve dokuz diğer başvuruçunun sergilediği tabloları konu almaktadır. Herkese açık olan ve ücretsiz olan sergi, 21 Ağustos 1981 tarihinde başlamış ve insanlarla insanları ve insanlarla hayvanları cinsel ilişki halinde kaba bir şekilde tasvir edilen tablolara müstehcen yayınları yasaklayan İsviçre Ceza Kanunun 204. maddesine dayanılarak elkoymuştur.

AİHM, İsviçre makamlarının takdir hakkını aşmadığını şöyle ifade eder:

*"...Sözleşmecı devletlerin hukuksal ve sosyal düzenlerinde tek tip bir Avrupa Ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Ahlakın gerekleri konusundaki görüşler, özellikle konu hakkındaki fikirlerin geniş çapta evrim geçirdiği günümüzde, zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri, ülkelerindeki yaşamsal güçlerle doğrudan ve sürekli temas halinde olduklarından, bu gereklerin tam içeriğinin yanında bu gerekleri karşılamayı amaçlayan bir 'kısıtlama' veya 'ceza' nın 'gerekliliği' hakkında görüş bildirebilmek için, uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumdadırlar."*³⁷⁷

Sonuç olarak AİHM bu davada da zorlayıcı sosyal ihtiyacı karşılayan gerekli bir müdahalenin yapıldığı kanaatine varmıştır. Ayrıca İsviçre makamları resimlere elkoymuş, imha etme gibi ağır tedbirlere başvurmaktan kaçınmış ve asgari müdahalede bulunmuştur. Bu açıdan elkoyma işleminin izlenen amaçla orantılı olduğunu mahkeme ayrıca ifade etmiştir. Başvurucu, başka şehirlerde aynı resimleri sergilediğini ve herhangi bir engelle karşılaşmadığını belirtmiş olsa da AİHM, müdahalenin yapıldığı yerdeki resmi makamların takdir payını aşmadıklarını açıklamıştır.

İfade hürriyetinin ahlâk kavramıyla ele alındığı davalara bakıldığında *"AİHM'nin kendisinin aktivist davranarak bir ahlak anlayışı belirleyip ona göre başvuruyu*

³⁷⁶ Handyside/Birleşik Krallık, para. 49.

³⁷⁷ Müller ve Diğerleri/İsviçre, 10737/84, 24.05.1988, para. 35. Kararın Türkçe çevirisi, Doğru, Nalbant, c. 2, s. 294-303, para. 35.

*sonuçlandırmak yerine” başvuru konu ile ilgili taraf devletin ahlak anlayışını dikkate alarak karar verdiği düşünülmektedir.*³⁷⁸

2. Dinî İfade ve Nefret Söylemi

AİHS’nin 9. maddesinde düzenlenen düşünce ve vicdan kavramları, kişinin iç dünyasında açıklanmadıkça dışa vurulmadıkça kişinin kendisiyle kaim olan mülahazalarıdır. Kişilerin dinî kanaatleri, 10. madde bağlamında dışa vurulduğu, açıklandığı haber veya fikir vermek serbestîsinden yararlanmak için yayınlandığı takdirde 10. maddenin kapsamına girmekte ve asıl değeri dış dünyaya açıldığı anda başlamaktadır.³⁷⁹ Dinî ifadeler bireylerin olduğu kadar dernek, cemaat, vakıf gibi kolektif hareket eden grupların da faydalandığı bir özgürlüğü ifade etmektedir. İfade özgürlüğünün, yalnızca olumlu değil, başkalarını rahatsız etme potansiyelini barındıran olumsuz söylem ve fikirleri de kapsadığı göz önüne alındığında dini ifadelerin daha hassas bir niteliğinin bulunduğu açıktır. Ancak, çoğulcu toplum gerekleri ile dini ifade hürriyeti arasında denge kurulması açısından değerlendirildiğinde son yıllarda AİHM’nin devletlere daha geniş takdir alanı bırakmaktan vazgeçip, ifade hürriyetini daha üstün tutan kararlar vermekte olduğu düşünülmektedir.³⁸⁰ Bununla birlikte dinî ifade özgürlüğünün sınırlarına bakıldığında kimileri için ulvî ve kutsal sayılan değerler hakkında karşıt tutum besleyen bireylerin sınırsız bir ifade hürriyeti olup olmadığı da önem arz etmektedir. Dini duygulara saldırı niteliğinde olan ve kin ve nefret içeren ifadeler de “nefret söylemi” kapsamında incelenmeye başlanmıştır.³⁸¹

İfade özgürlüğünün sınırları açısından Avrupa’ da ortak bir anlayış bulunmamaktadır. Ancak taraf devletlerin özel koşulları her davada ayrı ayrı incelenmek durumundadır. Dink davasında AİHM, devletlerin ifade özgürlüğü sınırlandırmalarındaki denetimini neye göre yapacağını şu şekilde ifade etmiştir:

“Genel bir biçimde, ifade özgürlüğünün uygulanmasına getirilen herhangi bir sınırlamanın “gerekliliği” ikna edici biçimde düzenlenmiş olmalıdır. Kuşkusuz, bu sınırlamayı haklı kılmaya elverişli “zorlayıcı bir sosyal gereksinim” in mevcudiyetini

³⁷⁸ Çoban, s. 214.

³⁷⁹ Gözübüyük, Gölcüklü, s. 359.

³⁸⁰ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 192.

³⁸¹ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 192.

değerlendirme görevi, öncelikle uygulamada belli bir takdir payından yararlanan ulusal makamlara düşmektedir.”³⁸²

Sınırlandırmanın gerekliliği halkı tahrik eden, düşmanlık ve şiddet beslemeye teşvik edebilecek potansiyelde ifadelerden doğduğu takdirde ise taraf devletlerin takdir marjının daha geniş olacağı da belirtilmiştir.³⁸³

a. Otte- Preminger-Institute/Avusturya Davası

Dince kutsal sayılan değerlere yönelik ifadelerin sınırlandırılmasını konu alan dava, içtihadî nitelikte önemli bir karardır. Otte-Preminger Derneği, iletişim ve eğlence unsurlarını geliştirmek amacıyla faaliyet gösteren ve aynı zamanda bir sinema da işleten özel bir dernektir. Başvuru konusu “Cennet Konsey” isimli filmin gösterim duyuruları çeşitli yerlerde yayınlanmış ve 17 yaşın altındakilerin izlemesinin yasak olduğu belirtilmiştir. Film tanıtımındaki açıklayıcı ibarelerde³⁸⁴ dini aşağılayıcı tarzda açıklamalar bulunduğu gerekçesiyle “dini öğretilerin küçük düşürülmesi” suçu isnat edilerek savcılığa Roma Katolik Kilisesi’nin Innsbruck Piskoposluğu tarafından suç duyurusunda bulunulmuştur. Film, görevli hâkimin de kamuya kapalı şekilde izlemesinin ardından savcının filme el koyma kararı mahkemece kabul edilmiş ve filmin gösterimi de yasaklanmıştır.

AİHM, Avusturya makamlarının, başvuru konusu olayla ilgili elkoyma kararının ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacına dayanılarak demokratik toplumda gerekli bir müdahale olduğuna karar vermiştir. Ayrıca ahlak kavramında olduğu gibi din kavramında da Avrupa’ da ortak bir anlayışın bulunmadığını da ifade ederek, takdir marjını daraltan Avrupa konsesüsünün başvuru konusu ile ilgili olarak gelişmiş bir kavram olmadığını da vurgulamıştır. Mahkemenin şu ifadelerinden davalı devletin müdahalesine takdir hakkı tanındığı anlaşılmaktadır:

³⁸² Dink/ Türkiye, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.09.2010.
file:///C:/Users/user/Documents/Downloads/CASE%20OF%20DINK%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf,
para. 125. E.T. 15.07.2015.

³⁸³ Dink/ Türkiye, para. 133.

³⁸⁴ Filmin tanıtımında yer alan açıklamalardan bir kısmı şu şekildedir : “*Hristiyan inancının küçük betimlemeleri ve saçmalıkları karikatürlü biçimde hedef alınmıştır ve dini inançlar arasındaki ilişkiler ve zulmün dünyevi mekanizmaları sorgulanmaktadır.*”

“Mahkemenin istikrarlı biçimde üzerinde durduğu gibi, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun belli başlı temellerinden birini, ilerlemesi için esas koşullardan birini ve her insanın gelişimi için temel şartı oluşturmaktadır; 10. maddenin 2. paragrafında (md. 10-2) yer aldığı gibi, olumlu biçimde karşılanan veya zararsız olarak değerlendirilen veya ilgi gösterilmeyen “bilgiye” veya “fikirlere”, ya da devleti veya nüfusun herhangi bir kesimini sarsan, inciten veya rahatsız edenlere uygulanabilir. Bunlar, eksiklikleri yüzünden “demokratik toplumun” var olamayacağı çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik kavramlarının gerektirdiği hususlardır

Ancak, 10. maddenin 2. paragrafında (md 10-2) yer alan ifadenin de ortaya koyduğu gibi, 10. maddenin 1. paragrafında (md-10-1) yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanan herkes, “görev ve sorumluluklar” üstlenmektedir. Bunların arasında dini görüş ve inançlar kapsamında diğer kimseleri gereksiz yere inciten ifadelerde mümkün olduğunca kaçınma zorunluluğunun ve bu şekilde haklarının ihlalinin yasal ve bunların insan ilişkilerinde gelişmeye katkıda bulunmayan toplumsal tartışmalarının olmayışdır.

Hal böyle iken, bir ilke olarak, bazı demokratik toplumlarda, yasal amaçla orantılı olarak ortaya konan “formalite”, “koşul”, “kısıtlama” veya “cezanın”, dinen kutsal kabul edilen nesneleri karşı uygunsuz saldırıları yaptırma tabi tutma ve engellenmenin gerekli olduğu aşikârdır.”³⁸⁵

AİHM, müdahalenin gerekliliği konusunda ikna edici sebeplerin ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir. Son olarak Avusturya’da yaşayan halkın dini hassasiyetinin resmi makamları tarafından rencide edilmesine engel olmak açısından film hakkında alınan elkoyma ve toplatma tedbirinin meşru amaçla orantılı olduğunu şu ifadelerle kabul etmiştir:

“Avusturya resmi makamları, filmi toplatmak suretiyle, o bölgedeki dini barışı sağlamak ve bazı insanların dini inançlarına karşı mazur görülemez ve mütecaviz biçimde yapılan saldırıların nesnesi oldukları kanısına kapılmalarını engellemek amacıyla hareket etmişlerdir. Uluslararası bir yargıcın konumuna göre, yerel bir duruma karşı, belli bir zamanda bu tür bir önlemin gerekliliğini değerlendirme hususu

³⁸⁵ Otto-Preminger-Institute/Avusturya, 13470/87, 20.09.1994, para. 49.
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122484>, E.T. 15.07.2015.

öncelikle ulusal makamlara aittir. Mevcut davanın bütün koşulları değerlendirildiğinde, Mahkeme, Avusturyalı yetkililerin bu anlamda takdir payını aştıklarını düşünmemektedir.”

Davada muhalif görüşte kalan üç hâkimin ortak görüşleri de AİHM’ nin devletin ifade özgürlüğünü gereksiz yere bastırmama yükümlülüğüne dikkat çekmiş ve ifade özgürlüğünü kullanmayı tamamen engelleyen baskılayıcı önlemlerin, elkoyma gibi tedbirleri toplumda makul görülebilecek düzeye ulaştırma riski taşıdığını belirtmişlerdir. Ayrıca *Müller ve Diğerleri/ İsviçre* davasına nazaran dava konusu filmin gösteriminin belli şartlara ve kitleye yönelik olduğu düşünüldüğünde alınan tedbirin amaçla orantılı olmadığı kanaatini taşıdıklarını belirtmişlerdir.³⁸⁶ Karara muhalif kalan hâkimler ise Avusturya makamlarının filme elkoymaktan başka daha kısıtlayıcı olmayan tedbirlere başvurma olanağı olduğu halde bunu kullanmadıkları gerekçesiyle karşı oy vermişlerdir.

b. Dink /Türkiye Davası

AİHM’ ne ifade özgürlüğünü ihlal ettiği ve yaşam hakkının korunmadığı iddiasıyla, Ermeni gazeteci Fırat Dink’ in yazı dizisinde yer alan bir ifade hakkında başvuru yapılmıştır. Gazeteci (Hrant) Fırat Dink, Agos gazetesinde çıkan yazılarındaki bazı ifadeler sebebiyle Türklüğü aşağılama suçundan TCK. 301. maddeye göre mahkum edilmiş, ancak cezası ertelenmiştir. Gazeteci Dink, 19 Ocak 2007 tarihinde bir suikastla öldürülmüştür.

³⁸⁶ 7. “...İfade özgürlüğünden yararlanılmasını tümüyle engelleyici hale gelebilecek baskılayıcı önlemler, ilgi davranışın aşırı yüksek düzeye ulaşması, diğerlerinin dini özgürlüğünün inkârı haline gelmesi durumunda, el koyma işleminin toplum tarafından hoş görülebilir bir hak haline gelmesini sağlar.8. Bu davada Devlet fiili gerekip gerekmediğine ilişkin olarak, elimizdeki dava ile Madde 10 (md. 10) ile ilgili bir ihlal bulunmamış olan Müller ve Diğerleri davası arasındaki farklılıkları vurgulamak isteriz. Müller’in tabloları büyük ölçüde halka açıldı ve uygun olmayan kişiler tarafından da izlenebilirdi – ve gerçekten de izlendi. 9. Müller’in tablolarının aksine, bu film deneysel film izlemek isteyen görece küçük bir gruba hitap eden bir “sanat sinemasında”, para vererek giren bir seyirci grubuna gösterilecekti. Bu nedenle, bu seyirci grubunun film ile özellikle ilgilenmeyenlerin dışındaki kişileri içermesi olasılığı düşüktür. Ayrıca, bu seyirci grubunun filmin doğası hakkında uyarılması için yeterince fırsat vardı. Çoğunluğun aksine, başvuran dernek tarafından yapılan duyurunun amacı filmin Roma Katolik dinini ele alışındaki eleştirel tarz hakkında bilgi vermek amacını güttüğünü düşünüyoruz; aslında, bu duyuru dinsel açıdan hassas kişilerin filminden uzak durması için yeterince açık bilgi vermiştir. Dolayısıyla, elimizdeki davada herhangi birinin istemeden nahoş bir materyalle karşı karşıya kalmasının olasılığı düşük görünmektedir.” Hakimler Palm, Pekkanen ve Makarczyk’ in ortak muhalefet yazısı.

Gazeteci Dink’ in yazı dizisinin niteliği ve sonrasında devletin koruma yükümlülüğü ile ilgili olarak Türk Hükümeti şu savunmalarda bulunmuştur:

“Hükümet, bahse konu yazı dizisinde ele alınan sözlerin ceza mahkemelerince Türklüğü aşağılayıcı, küçük düşürücü ve olduğundan farklı yansıtan nitelikte yazılar olarak değerlendirilmesi nedeniyle nefret söylemi içerdiği kanaatindedir. Dini ve etnik kökenler arasında ayrımcılık üzerine kurulu olan nefret söylemini cezalandırmak, zorlayıcı bir sosyal gereksinime karşılık gelmekte ve demokratik bir toplumda gerekli görülmektedir.

Hükümet ayrıca, Devletin ifade özgürlüğü konusundaki pozitif yükümlülüğün, nefret söylemlerine ya da kamu düzenini tehdit eden eylemlere uygulanmayacağını ileri sürmektedir.”³⁸⁷

Cinayet öncesi kamu makamlarının gereken önlemleri almadığı iddiasıyla açılan ceza ve idari soruşturmalar neticesiz kalmıştır. AİHM, davada 2. maddenin (maddi ve usuli yönden) ve 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, sınırlandırılmanın gerekliliği konusundaki “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” gereksiniminin oluşup oluşmadığının değerlendirme görevinin takdir marjına sahip devletlere ait olduğu kanısındadır. Ancak olayda ulusal takdir yetkisi, demokratik toplumun, basın özgürlüğünün sağlanması ve korunmasına yönelik menfaatiyle karşı karşıya gelmektedir. Dolayısıyla mahkeme olayda basın özgürlüğünün sınırlandırmadaki meşru amaç bakımından korunmasının daha önemli olduğunu ifade etmiştir.

10. maddenin devletin pozitif ve negatif yükümlülüğünü birlikte gerektirdiği göz önünde bulundurulduğunda gazeteci Fırat Dink ’in ifade özgürlüğünü engelsiz kullanmasının yanında aynı zamanda etkili biçimde korunması için de devlet makamlarının sorumluluğu bulunmaktadır. AİHM, bu itibarla güvenlik güçlerinin Fırat Dink’ i aşırı milliyetçi grupların saldırısından yaşamını korumada ihmalkâr davrandıkları sonucuna varmıştır.

Nefret söylemi ile ilgili hükümet iddialarının aksine AİHM, yazı dizisinin tümüyle incelendiği takdirde aynı görüşe varılamayacağını belirtmiş ve şunları ifade etmiştir:

³⁸⁷ Dink/Türkiye, para. 121-122.

“...tartışma konusu sözlerin bir bireye, Devlet’in bir temsilcisine ya da toplumun bir kesimine karşı şiddet kullanımına teşvik ettiği hallerde, ulusal makamlar, ifade özgürlüğünün kullanımına müdahalenin gerekliliğini incelerken daha geniş bir takdir marjından (payından) yararlanmaktadırlar.

Ancak, AİHM söz konusu makale dizisinin, bütünüyle dikkate alındığında ne şiddet kullanımına, ne silahlı direnişe ne de ayaklanmaya teşvik ettiğini gözlemlemektedir; bu da göz önünde bulundurulacak temel unsurdur.”³⁸⁸

AİHM’ in, 2008’ den itibaren, Venedik Komisyonu’nun İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü başlıklı (2008)026 nolu raporundan sonra ifade hürriyetine daha fazla koruma sağlayan yaklaşım içinde olduğu düşünülmektedir.³⁸⁹ Raporda “dinsel kin içeren nefret söylemi” ile dine hakaret ifadeleri arasında ayırım yapılarak dinsel nefret söylemlerinin cezalandırılması makul görülürken dine hakaret söylemlerinin cezalandırmanın gerekli olmadığı belirtilmiştir.³⁹⁰ Avrupa Konseyi ve Parlamentosu’ na danışmanlık yapan Komisyon’un raporu konu ile ilgili Avrupa’ da ortak bir anlayışın doğması açısından önem arz etmektedir. Böylece dini söylemler arasında tutarlı bir ayırım ve değerlendirme yapmak mümkün olabilecek ve devletlerin sınırlandırmalarda takdir payı azalacaktır.

D. TOPLANTI VE DERNEK KURMA HÜRRİYETİ

AİHS’nin 11. maddesinde düzenlenen toplantı ve dernek kurma hürriyeti, bünyesinde ‘barışçıl toplantı hakkı’ ve ‘örgütlenme özgürlüğü hakkı’ olmak üzere iki farklı hakkı barındırmaktadır. Bireylerin menfaatlerini ifade edip koruyabilmek için kolektif hareketlerini güvence altına alan bu madde temelde ifade özgürlüğünü içermektedir.³⁹¹ Takdir marjı açısından incelediğimiz son hüküm olan madde şu şekilde düzenlenmiştir:

³⁸⁸ Dink/Türkiye, para. 133-134.

³⁸⁹ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 192.

³⁹⁰ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 192.

³⁹¹ Şirin, Tolga, “Anayasa Mahkemesi’nin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme”, 30.06.2015 tarihli makale, http://www.aihmiz.org.tr/files/TolgaSirin_2015.pdf, (E.T. 15.07.2015)

“Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.”

Toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir kullanımı olarak yürüyüş, özel ya da kamusal alanda gerçekleşen toplantı gibi kolektif şekilde gerçekleşen bir hak kullanımıdır.³⁹² Örgütlenme özgürlüğü ise, “siyasal, dinsel, ideolojik, ekonomik, çalışma, sosyal, sportif, kültürel veya mesleki nitelikteki bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelme” olarak temel bir haktır.³⁹³ Siyasi partiler, dernekler ve sendikalar örgütlenme özgürlüğünün bir kullanım şeklidir.

Anayasada da belirtildiği gibi siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Çoğulcu bir toplumda bireylerin siyasi ifade hürriyeti için çok önemli bir yere sahip olan siyasi partilerin rejimi Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu ile belirlenmiş ve Anayasaya aykırı surette faaliyet gösteren partilerin kapatılması da öngörülmüştür. AİHM, siyasi partileri 11. maddede düzenlenen örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmektedir. Ancak demokrasi için hayati öneme sahip siyasi partilerin kolektif ifade özgürlüğüne de sahip olması bakımından 10. madde kapsamında da güvence altında olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle siyasi partilerin çok istisnai durumlarda demokrasinin korunması amacıyla son çare olarak kapatılabileceği düşünülmektedir.³⁹⁴ Bu sebeple AİHM’ nin, inandırıcı sebepleri sıkı bir incelemeden geçirerek devletlere sınırlı bir takdir hakkı tanıdığı düşünülmektedir.³⁹⁵

³⁹² Doğru, Nalbant, c. 2, s. 430.

³⁹³ Doğru, Nalbant, c. 2, s. 436.

³⁹⁴ Uygun, s. 633

³⁹⁵ Abdulhakimoğulları, Erdal, “Siyasi Partiler İçin İfade Özgürlüğünün Anlam”ı, AÜEHFD, C. 10, Sa. 1-2, Y. 2006, s. 71.

AİHM’ nin siyasi partilerin kapatılması ile ilgili başvurularda taraf devletlere tanıdığı takdir alanının dar olduğu görülmektedir.³⁹⁶ Toplanma özgürlüğü, çoğulculuk ilkesi açısından büyük öneme sahip olduğundan AİHM, devletleri bu ilkenin nihai garantörü olarak kabul etmektedir.³⁹⁷ Venedik Komisyonu’ nun 10-11 Aralık 1999’ daki siyasi partiler hakkındaki raporunda birkaç ilke yer almaktadır. Bu rapora göre siyasi partiler için kapatma, şiddeti savunma ya da anayasal düzeni yıkmak için şiddet yoluyla hak ve özgürlükleri tehlikeye sokma durumlarında söz konusu olmalıdır.³⁹⁸

AİHM, siyasi parti kapatma ile ilgili başvurularda devletlerin siyasi partileri kapatma gerekçelerini sıkı bir denetimden geçirmekte ve bu gerekçeler noktasında ikna oldu ise kapatmanın 11. maddeyi ihlal etmediğine karar vermektedir. AİHM’ nin 11. Madde ye uygun bir parti kapatma tedbirinin ihlal oluşturmadığı yönünde karar vermesi için maddenin ikinci fıkrasındaki sebepler açısından zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın sağlam bir gerekçe olması şarttır. Mahkeme içtihatları, şiddet kullanımını savunan ve demokratik ilkeleri yok etmek için şiddeti politik bir amaç olarak kullanan siyasi partilerin kapatılmasını sözleşmeye aykırı görmeyebilmektedir.³⁹⁹

AİHM, Refah Partisi ve Diğerleri/ Türkiye davasında, ayrıntılı bir inceleme yaparak oy birliği ile ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Refah Partisi’ nin şeiat düzeni getirmeyi amaçladığı ve bunu da gerekirse şiddete başvurarak yerine getirebileceği iddialarını değerlendiren AİHM şu sonuca varmıştır:

“.... Mahkeme, Refah üye ve liderlerinin Anayasa Mahkemesi kararında da belirtilen eylem ve konuşmalarının tüm partiye isnat edilebilir olduğu, bu eylem ve konuşmaların Refah’ ın çok hukuklu sistem içinde şeriata dayalı bir rejim oluşturmaya yönelik uzun dönemli bir politikanın varlığını ortaya çıkardığı ve Refah’ ın politikasını uygularken ve öngördüğü sistemi yerleştirirken kuvvete başvurma olasılığını dışlamadığı sonucuna varmıştır. Bu planların demokratik toplum kavramıyla bağdaşmaması ve Refah’ ın bunları uygulamaya geçirmek için yakaladığı fırsatların demokrasiye yönelik tehdidi daha somut ve daha yakın kılması karşısında, Anayasa Mahkemesi tarafından

³⁹⁶ Doğru, Nalbant, C. 2, s. 438.

³⁹⁷ Doğru, Nalbant, C. 2, s. 438.

³⁹⁸ Turhan, Mehmet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları, Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi, C. 57, Sa. 3, s. 132.

³⁹⁹ Doğru, Nalbant, C. 2, s. 440.

başvuruculara verilen cezanın, Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir alanının sınırları içinde, ‘toplumsal ihtiyaç baskısını’ makul bir biçimde karşılar nitelikte olduğunu kabul etmektedir.”⁴⁰⁰

AİHM’nin Refah Partisi kararı çeşitli yönlerden eleştirilmiş, AİHM’ nin parti kapatma davalarında adeta AYM’ nin bir temyiz mercii gibi görev yaptığı düşünülmüştür.⁴⁰¹ Özellikle partinin kapatılması ile ilgili şiddete başvurma ölçütünün bu davada yeterince irdelenmeyerek şüphe üzerine karar verildiği ifade edilmiştir.⁴⁰²

Parti kapatma davalarında, somut koşullara göre yalnızca şiddet savunucusu ya da anayasal düzeni yıkmayı amaçlayarak anti-demokratik ve özgürlükçü düzeni yok etmeye yönelik projesi olan siyasi partilerin kapatılmasının da AİHM’ ne uygun olacağı da düşünülmektedir.⁴⁰³ Ancak, partilerin tutumları ve ifadeleri değerlendirilerek bir sonuca varılırken demokratik hayatın unsurları da muhakkak önem arz edecektir. Sonuç olarak Takdir marjının tanınması için, ifade hürriyetinin kolektif olarak kullanıldığı bu özgürlük açısından çok daha fazla ehemmiyet arz eden demokratik toplumda zorlayıcı sosyal ihtiyacın iyi belirlenmesi gerekmektedir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA TAKDİR MARJI

Türk Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarında, sayıca az da olsa, bireysel başvuru yolunun da açılmış olması ile birlikte takdir marjı doktrinine yer verildiği görülmektedir.⁴⁰⁴ AİHM’ deki yargılamalarda hükümet iddiaları aşamasında davalı devletlerin takdir marjını ileri sürdükleri ifadelerle rastlanmaktadır. Bu bakımdan ulusal makamların, kendilerine tanınan bu hakka güvenerek hareket ettikleri de söylenebilir. Ancak, ulusal mahkemelerin AİHM’ e kadar gidebilecek bir ihlal iddiasını incelerken uluslararası bir mahkemenin denetim ölçütünü kullanmasının ne derece yerinde olacağı tartışmalıdır.

Bireysel başvuru yolunun Türkiye’ de tanınmasından sonra Anayasa Mahkemesine yapılan başvurulardan biri de ifade hürriyeti ile ilgilidir. "Kürdistan Devrim

⁴⁰⁰ Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, 41340/98, 13.02.2003, para. 132, kararın Türkçesi: Doğru, Nalbant, c.2, s. 507-528.

⁴⁰¹ Turhan, s. 146.

⁴⁰² Turhan, s. 148.

⁴⁰³ Turhan, s. 148.

⁴⁰⁴ Şirin, “takdir marjı”, s. 354.

Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kıskaçında Kürtleri Savunma)" isimli kitap hakkında elkoyma kararı verilmesi üzerine yapılan itirazın reddi üzerine ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve hak arama hürriyetinin ihlali iddiasıyla AYM' ne başvurulmuştur. AYM, ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verdiği davada takdir marjı ile ilgili şu ifadelere yer vermiştir:

“Yapılacak değerlendirmelerde, söz konusu kitapta yer alan konuların toplumun bir kesimini ilgilendiren toplumsal meselelere ilişkin olduğunun da göz önüne alınması gerekir. Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında, kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir marjı olduğuna işaret etmek gerekir. Öte yandan düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüklerine içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda ise Devlet otoriteleri müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir.”⁴⁰⁵

Anayasa mahkemesinin takdir marjının başvuru konusu ile ilgili olarak dar olduğunu belirtmesinden ihlal bulunduğu yönünde karar vereceği anlaşılabilmektedir. Ancak ihlal bulunmadığı yönünde karar verdiği durumlar için çok sınırlayıcı bir tutum olması dolayısıyla eleştirilmekte ve bir ulusal üst yargı organı olarak geliştirici bir yaklaşımla değerlendirme yapması gerektiği düşünülmektedir.⁴⁰⁶ Anayasa Mahkemesinin ihlal yönünde karar verirken AİHM içtihatlarını dikkate alması anlaşılabilir ancak iç hukuk yollarındaki son basamak olan Anayasa Mahkemesi' nin takdir marjını gerekçe göstererek ihlal olmadığına karar vermesi doktrinin işlevi açısından tartışmaya açık bir konudur.

AYM' nin bireysel başvurudan önce AİHM' nin takdir marjı yaklaşımına⁴⁰⁷ gönderme yaptığı bir diğer örnek de, siyasi parti kapatma konulu davadır. Adalet ve Kalkınma Partisi'nin kapatılması istemli davada AYM yer yer takdir hakkından bahsetmiştir. AYM' ne göre:

⁴⁰⁵ Başvuru no. 2013/409, karar tarihi 25.06.2014.

⁴⁰⁶ Şirin, “takdir marjı”, s. 358.

⁴⁰⁷ Söz konusu kararda takdir hakkı olarak belirtilmiştir.

“Zorlayıcı sosyal gereksinim yönünden aranılacak hususlar ise şunlardır; demokrasiye yönelen tehdidin varlığına ve yeterince yakın olduğuna ilişkin kanıtlar inandırıcı olmalı; siyasi parti lider ve üyelerinin konuşma ve eylemleri, partiye isnat edilebilmeli; isnat edilebilen eylem ve konuşmalar, “demokratik toplum “ kavramıyla çelişen parti tarafından algılanan ve savunulan toplum modelinin, sarıh bir resmini çizen bir bütün oluşturmalıdır. Zorlayıcı sosyal gereksinim yönünden, ülkelerin takdir hakkı da bulunmaktadır. Takdir hakkı, İHAM tarafından somut olay bazında ve ilgili ülkedeki koşullar da gözetilerek değerlendirilmektedir.

Bir siyasi partinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı olması ise, Anayasa’nın 69. maddesinin altıncı fıkrası ve SPY’ nın 101. maddesi gereğince, kapatma nedenidir. Tarihi deneyimleri nedeniyle laiklik ilkesi, Türkiye için çok özel bir öneme sahiptir ve bu konuda Türkiye’nin takdir hakkı da geniştir. Takdir hakkının genişliği, temel hak ve özgürlükler alanındaki sınırlamaların en dar anlamıyla yorumlanması gerektiği yolundaki İHAM görüşüne aykırılık oluşturmamaktadır.”⁴⁰⁸

Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak davada partinin kapatılması gerektiğine yönelik iddiaları değerlendirerek parti eylemlerinin kapatmayı gerektirecek ağırlıkta olmadığına ancak partinin hazine yardımıyla yarı oranda yoksun bırakılmasına karar vermiştir. AYM, AİHM’ in önceki davalarda⁴⁰⁹ Türkiye’nin özel koşullarına önem vermiş ve bu bakımdan takdir marjının önemini vurgulamıştır. AYM de dava konusu parti kapatma davası açısından takdir marjının tanındığı demokratik toplumda müdahalenin gerekliliğinin bir şartı olarak zorlayıcı sosyal ihtiyaç tanımına yer vermiştir.

Askeri Ceza Kanunu’nda değişiklik öngören bir yasanın, mahkum edilen sanık hakkında temyiz başvurusu sırasında Anayasa’nın 2, 13 ve 26. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle açılan iptal davasında da AYM red kararı vermiştir. AYM, iptali istenen yasanın, askeri disiplin gerektiren bir yasa oluşu ve askeri düzen konusunda devletlere AİHM’ in takdir hakkı verdiğini şu şekilde ifade etmiştir:

⁴⁰⁸ AYM Kararı E. 2008/1, K. 2008/2, K:T. 30.07.2008. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T. 15.07.2015.

⁴⁰⁹ Leyla Şahin ve Refah Partisi davalarında laikliğin Türkiye gibi Müslüman halkın çoğunlukta olduğu bir ülkede radikal dinci gruplar ve dinin istismar edilmeye müsait yapısından dolayı daha fazla öneme sahip olduğunu ifade etmiştir.

*“Konuya AİHM'nin asker şahısların ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarından bakıldığında; ordunun düzenli bir şekilde görevini yerine getirebilmesi için askeri yaşam sivil yaşama nazaran daha fazla sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Bu bağlamda Sözleşme organlarının kamu düzenini koruma adına askeri düzenle ilgili bir dava önüne geldiğinde taraf devletlere daha geniş bir ulusal takdir marjı tanınmaktadır.”*⁴¹⁰ Kararda AYM, yine bir iptal isteminin reddinde hukuki gerekçenin dışında bir dayanakla takdir marjına gönderme yapmıştır. Davada karşı oy yazısında geçen şu ifadeler ise AYM’ nin tutumuna farklı bir bakış açısı getirmektedir:

“Askeri disipline ait bir tehdidin varlığında bunu önleyecek kuralların özgürlüğe yönelecek müdahaleyi keyfî, orantısız ve ölçüsüz olmaktan alıkoyması gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuya yaklaşırken asker şahısları, sivile göre daha fazla sınırlamaya tabi tutma konusunda taraf devletlerin takdir marjının daha geniş olduğunu söylemekte ise de mensubun ifade özgürlüğü hakkının, askeri kışladan içeri girildiğinde yok sayılmasının kabulünün mümkün olmadığını ifade etmektedir.” AİHM’ nin taraf devletin düzenlemekte geniş bir serbestiye sahip olduğunu ifade ettiği alanların ulusal yargı organınca herhangi bir başvuruda denetim ölçütü olarak göz önünde bulundurulması doktrinin amacına ters düşmektedir.

AİHM’ nin takdir marjı doktrininin ortaya çıktığı kararlara ve içtihatlarına bakıldığında ulusal makamların durumun koşullarını değerlendirirken uluslararası yargıçtan daha iyi pozisyonda olduğunu ve AİHM’ in kendi yetkisinin ikincil nitelikte olduğunu vurguladığı düşünüldüğünde AYM’ nin kararlarında takdir marjını ulusal makam olarak dayanak alması çok yerinde görülmemektedir. Takdir marjını kullanacak olan makam, AİHM’ dir. Devletin üst yargı organı olarak AYM’ nin kararlarında takdir hakkına atıf yaparak müdahalelerin anayasa ve AİHS’ ne aykırı olmadığı yönünde karar vermesi insan haklarının gelişimi açısından da bir noksanlık olabilecektir. AYM’ nin tutumu, kamu otoritelerinin de takdir hakkının varlığıyla daha rahat ve temkinsiz müdahale etmelerine de yol açabilecektir.

Takdir marjının amaçlarından birinin devletlerin AİHS sistemine devamını sağlamak olduğu düşünüldüğünde de, taraf devletlerin AİHM organlarına riayeti gerçekleştirmek

⁴¹⁰ AYM kararı, E. 2014/25, K. 2014/119, K.T. 3.7.2014.

açısından AİHM- sözleşmeci devlet ilişkisinin AYM-taraf devlet ilişkisine uygun düşmediği ifade edilmektedir.⁴¹¹

⁴¹¹ Şirin, “takdir marjı”, s. 58.

SONUÇ

Devletlerin, temel hak ve hürriyetleri kendi ülkelerinde değişen ve sürekli gelişen koşullarda koruma ve güvence altına alma yükümlülüğü vardır. Uluslararası bir belge olan AİHS' nin yaşayan bir belge olma özelliği ile de uyum içinde olan bu yükümlülük, devletlerin kendi insan hakları yaklaşımlarını sürekli gözden geçirmesini ve yenilemesini gerektirmektedir. Sözleşmenin amacı Avrupa düzeyinde ortak anlayışı oluşturmaktır. Bu amaca binaen AİHM'nin yanında sözleşen devletlerin günün koşullarını da iyi değerlendirmesi gerekmektedir. Zira Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması öncelikli olarak taraf devletlere aittir.

Devletlerarasında ortak Avrupa konsensüsü sağlamak adına farklılıkların ortaya çıktığı bu çizgide takdir marjı doktrini, devletlere bir hareket alanı sağlamak, zaman vermek ve devletlerin sözleşme sistemine devamını sağlamak açısından önemli bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ülkenin insan hakları gelişimi farklı olabilmektedir. Uluslararası ölçekte sorumluluklar yükleyen antlaşmalar, devletlerin yerel mevzuatını ve uygulamalarını da şekillendirecek değer ve güce sahiptir. Ancak her ülkenin koşulları, sosyo-kültürel yapısı, ahlak algısı, inanç ve düşünce sistemleri gibi insan hakları anlayışının temelini oluşturan kavramları farklılık ve görecelik arz etmektedir. Bu açıdan bakıldığında Avrupa' ya hakim olacak ortak bir anlayışın oluşması da zaman alacak bir süreçtir. Dolayısıyla bir taraftan devletlerin sözleşme sistemine dahil olması diğer yandan sözleşmenin gereğini ulusal koşullarda belli ölçüde bir serbesti ile yerine getirmesi AİHM tarafından geliştirilmiş bir yöntem olarak belirlenmiştir. Takdir marjı da bu ihtiyaçtan doğmuş bulunmaktadır.

Devletlere tanınan takdir marjı, belirli bir takım faktörler bazında AİHM denetimi ile tanınan ve kapsamı belirlenen bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, takdir marjının Avrupa denetimi ile el ele yürüdüğünü müteaddit defalar vurgulamıştır. Büyük oranda, devletlerin pozitif ve negatif yükümlülüğünü gerektiren AİHS'nin 8-11.

maddeleri açısından tanınmış bu hak, ilgili maddelerdeki sınırlandırma sebepleri bakımından ele alınarak somut olay ve koşulların değerlendirilmesiyle kapsamı belirlenmektedir. AİHM, izlenen amaç ile alınan tedbir arasındaki “orantılılık” ölçütünü demokratik toplum gerekleri bakımından ikna edici bulmalıdır. Demokratik toplumda müdahalenin gerekliliği ise, daha da özele indirildiğinde “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” baskısından kaynaklanmaktadır. AİHM’ ne göre, bu baskıyı ilk aşamada değerlendirecek olan, kendi koşulları ile doğrudan ve yakın ilgisi bulunması dolayısıyla ve bu koşullarda gereken müdahalenin ölçüsünü uluslararası yargıçtan daha iyi bilebilecek olan yerel makamlardır. Devletlerin bu konudaki değerlendirmesinde mahkeme bu ihtiyacın oluşup oluşmadığı konusunda ikna edici sebeplere dayanarak takdir marjı tanımaktadır. Takdir marjının kapsamı konusunda sınırlandırma sebepleri ile ilgili olan demokratik toplum gerekleri faktöründen sonra göz önünde bulundurulacak bir diğer faktör de ortak Avrupa konsensüsü olacaktır. Bir konuda Avrupa’ da uzlaşma var ise, takdir marjı da tanınmayacaktır.

Takdir marjının kapsam ve ölçüsü ile ilgili veriler, AİHM’ nin somut olaylarda bütünü denetimi bırakıp taraf devletlerin uygulamaları ve değerlendirmelerinden yola çıkarak karar vermesine yol açabileceği gibi, kimi durumlarda henüz bir ülkede geçerlilik tanınmamış konularda devletlerin takdirine saygı duyulması gibi bir sonuç da sağlayabilmektedir. Bu yönüyle takdir marjının tanınmasındaki faktörlerin sorgulanması gerekmektedir. Özellikle ahlakî konularda, Avrupa’ daki uzlaşmanın dışında kalan bir ülkenin bir hak ile ilgili demokratik toplum kriterlerine uygun ancak uzlaşmanın dışında bir sınırlandırma öngörmesi durumunda takdir marjının yine tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü takdir marjının temel mantığı her devletin ulusal koşullarına göre değerlendirme yapmak ve sözleşme sistemine devamını sağlamaksa, uzlaşılmış konuların dışında kalan devletleri özellikle ahlakî konularda kendi ulusal koşullarında değerlendirmek yerinde olacaktır. Örneğin kürtaj, homoseksüel ilişkiler, evlat edinme vb ahlakî ve özel hayat ile ilgili konularda devletlerin takdir marjının kapsamı iyi belirlenmelidir.

AİHM kararlarında dikkat çeken bir başka husus da, takdir marjı tanırken kendi oluşturduğu içtihatlarla uygun düşmeyen, ya da aynı konuda devletlerin koşullarından soyut olarak değerlendirme yapıp farklı kararlar vermesidir. Örneğin, dini sembollerle ilgili davalara bakıldığında laiklik kavramının sağlam bir gerekçe oluşturduğu

başvurucu iddiaları ile devlet iddialarını farklı davalarda aynı argümana dayanmadan çözmektedir. Başka bir ifadeyle, AİHM, bir başvurunun laik eğitim hakkı iddiasına karşılık davalı devlete takdir hakkı tanıdığı Lautsi/İtalya davasına mukabil eğitim hakkının ihlalini iddia eden başvuru karşısında laikliği savunan devlete takdir hakkı tanıdığı Leyla Şahin/ Türkiye davalarında olduğu gibi tutarsız kararlar verebilmektedir. Dolayısıyla AİHM'nin uzlaşma oluşturma amacından ayrılarak ve hukukî denetimden kaçınarak takdir marjını kendi kararlarında olaylara ve koşullara göre değişen biçimde yeknesaklık olmadan kullanması insan hakları öğretisi açısından riskler taşımaktadır. Sonuç olarak denetim organı olarak AİHM' nin önüne gelen davalarda takdir marjının olaya uygunluğunu değerlendirirken şartları iyi belirlemesi gerekmektedir. AİHM' nin ulusal yargı organlarına göre ikincil planda olan yargılama yetkisi, kişilerin haklarını aradığı son merci olması dolayısıyla ulusal makamların insan hakları anlayışlarının ve değerlendirmelerinin de sıkı bir denetimden geçmesi gerekliliğini zayıflatmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Abdulahakimoğulları, Erdal, “*Siyasi Partiler İçin İfade Özgürlüğünün Anlam*”, AÜEHFD, C. 10, Sa. 1-2, Y. 2006.
- Ağırbaşı Şennur, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü*”, TBB Dergisi, sa. 101, Y. 20012.
- Akbulut İlhan, “*Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni*”, AÜHFD, C. VI, S. 1-2, Y. 2000.
- Akbulut, İlhan, “*İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar*”, AÜHFD Sa.1, C. 52, Y. 2003.
- Akgündüz Ahmet, *İslam’da İnsan Hakları Beyannamesi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1997.
- Akıllıoğlu Tekin, *İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.
- Aksar Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2014.
- Armağan Servet, *1961 Anayasasına Göre Temel Haklar ve Ödevler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Armağan, Servet, *Anayasa Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler*, (Din ve Vicdan Hürriyeti-Teori ve Pratik), Harran Üniversitesi Yayınları, Şanlıurfa 1996.
- Arslan Zühtü, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: “Uyum Sorunu ve Öneriler*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 17, Y. 2000.
- Arslan Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, 2005.

- Atakan, Arda, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme*”, MÜHF-HAD, C.16, S.3-4,s.29.
- Birsel, Mahmut, “*Osmanlı İmparatorluğu’nun Anayasal Yapısı ve Yeni Anayasa İçin Öneriler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Y. 2010.
- Bozkurt Enver, Dost Süleyman, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C. 7, Sa. 1, Y. 2002.
- Bozkurt Enver, Özcan Mehmet, “*Subsidiarite İlkesi ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 6, Sa.1,Y.2001.
- Brems, Eva, “*The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights*”, Heidelberg Journal of International Law, vol. 56, 1996.
- Carter, William M, “*Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication*”, *Journal Of Public Law&Policy*Vol. 30, 319, 2008-2009.
- Ceylan Yasin, “*Siyaset, İktidar ve Din*”, Ankara Barosu Dergisi, sa. 4, Y. 2007.
- Coşkun, Vahap, “*İnsan Hakları ve Kültürel Rölativizm*”Medeniyet Üniversitesi Kamu HukukuArşivi,http://www.medeniyet.edu.tr/HAZRAN1999_KHUKA_insan_haklari_ve_kulturel_rolativizm.html
- Çakmaz, Eylem, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Anayasa Mahkemesi’ne bireysel Başvuru Yolu, Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*”, Editör: Sevtap Yokuş, Seçkin, Ankara, 2014
- Çınar, Özgür Heval, “*Uluslararası Hukuk Çerçevesinde, Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Vicdani Ret*”, TBB Dergisi, Sa. 72, Y. 2007.

- Çoban Ali Rıza, “*Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*”, AÜHFD, C. 57, Sa. 13, Y. 2008.
- Demir Esra, “*İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm*”, MÜHF- HAD, C.14, Sa. 3.
- Demir, Hande Seher, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Demir, Hande Seher, *Klasik Osmanlı Devletinde Din-Devlet İlişkilerinin Laiklik, Sekülerizm, Teokrasi ve Din Devlet Sistemleri Kapsamında İncelenmesi*, Ankara Barosu Dergisi, C.3,Y. 2013.
- Demir, Seher, “*Vicdani Ret Hakkı*”, Ankara Barosu Dergisi, C.4, Y.2011.
- Dericiler, Özge Yücel, “*AIHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması*” VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/dericiler.pdf>, (E.T.04.06.2015).
- Doğan İlyas, “*Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Yıl 2005.
- Doğan İlyas, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, Astana Yayınları, Ankara 2013.
- Doğan İlyas, *Parçalayan Küreselleşme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Doğru Osman, *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İhtüzüğü*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Doğru Osman, Nalbant Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C.2, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2013, s. 2-3
- Donnelly Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çeviri: Mustafa Erdoğan, Korkut Levent, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1995.

- Dölek, Adem, “*İnsanın Yaşama Hakkının Korunmasının Dini Dayanağı*”, İnsan Hakları ve Din Sempozyumu Bildiriler, 15-17 Mayıs 2009, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Yayınları, Yayın no.5.
- Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007.
- Duymaz Erkan, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı*”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No.47, Ekim 2012.
- Erdoğan, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara 2011.
- Eren, Abdurrahman, “*1982 Anayasası'nın 90. maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi*”, AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, 2004.
- Erken, Baki, “*Zorunlu Din Dersi Konusunda AİHM'in Yorumu ve Sorunun Bu Doğrultudaki Çözümü*”, Uluslararası Hukuk Ve Politika Dergisi, C. 8, Sa. 29.
- Freeman, Michael, İnsan Hakları Disiplinlerarası Bir Yaklaşım, Türkçe Çeviri : A. Erkan Koca ve Asena Topçubaşı, Birleşik Yayınları, Ankara, 2008
- Gemalmaz Mehmet Semih, Uluslarüstü İnsan Haklarının Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul, c. 2, 2012.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi- Sınırlama ve Güvence İlkeleri, Yeni Anayasa Çalıştayı, İstanbul Üniversitesi Yeni Anayasa Raporu
- Göçer Mahmut, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2009.
- Göçer Mahmut, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Seçkin, Ankara, 2002.

- Gözler, Kemal, “*Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sa. 54, C.1
- Gözler, Kemal, Anayasa Hukuku’nun Genel Esasları, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2010,
- Gözler, Kemal, “*Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi*”, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 4, Y. 1990.
- Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa, 2009.
- Gözübüyük A. Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması AİHM İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Greer, Steven, “*The Interpretation of The European Convention on Human Rights: Universal Principle of Margin of Appreciation?*” UCL Human Rights Review, Vol 3.
- Gündüz, Aslan, Milletlerarası Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Güneysu, Gökhan, “*Orantılılık ilkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sa.14, Y. 2013.
- Hafizoğulları, Zeki, “*Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti*”, Ankara Barosu Dergisi, C.1, Y. 2012.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Herdegen Mathias, “*Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması*”, Çeviri, Gökhan Güneysu, Anayasa Teorisi Verfassungstheorie, Lale Yayıncılık, 2014

- Hyam, Jeremy, “*Hatton v United Kingdom in the Grand Chamber: one step forward, two steps back?*” casacomment, European Human Rights Law Review, 2003.
- Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayıncılık, Ankara, 1994.
- Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2011.
- Karagöz Kasım, “*BM İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret Hakkı*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sa. 1, Y. 2008.
- Karagöz Kasım, *İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırma Sorunu*, yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2004. (acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/199/484.pdf)
- Karagöz, Kasım, “*Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı*”, GÜHFD, C. 12, Sa. 1-2, Y. 2008.
- Karatepe Şükrü, Anayasa’nın 125. maddesine Göre Yargı Denetiminin Sınırlarından Biri Olarak İdarenin Takdir Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF Kamu Yön. Böl, İzmir, 1989.
- Kaya, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, İstanbul, 2011.
- Kılınç, Ümit, “*Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı: Hangi Din, Hangi Laiklik? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Teorisi İle Devletin Dinlere Karşı Tarafsızlığı Prensibi Üzerine*”, TAAD, C. 1, Sa. 7, Y. 2011.
- Kilkelly Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AİHS’nin 8.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, 2011.
- Konan Belkıs, “*Osmanlı Devleti’nde Kapitülasyonlar Çerçevesinde Yabancıların Din ve Vicdan Özgürlüğü*”, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 1.

- Konan, “*İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Bakımından Osmanlı Devletine Bakış*”, GÜHFD, C. XV, Y. 2011.
- Kratochvil, Jan, “*The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/3, 2011.
- Lugato Monica, “*The ‘Margin of Appreciation’ and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity*”, Journal of Catholic Studies, Vol. 52:49, 2013.
- Memiş Emin, “*İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşim Analizleri*”, Anayasa Dergisi, C.17, Y. 2000.
- Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Mızrak, Dilan, “*Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret ve Sivil İtaatsizlik*”, TBB Dergisi, 2015.
- Murdoch, Jim, AIHS Kapsamında Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Çeviri Serkan Cengiz, Strazburg, 2012.
- Ostrovsky, Aaron A, “*What’s So Funny About Peace, Law, 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, N. 1, 2005.
- Oulhaj Lahcen, “*Hümanizm ve Kültürel Rölativizm*”, Evrensellik ve Tekillik Arasında İnsan Hakları, Editör Ali Sedjari, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012.
- Özbey, Özcan, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları*”, AÜHFD, C. 62, Sa.1, Y. 2013.
- Özenç Berke, “*AIHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersi*” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, Y. 2008.

- Özkan, Işıl, Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Reisoğlu safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta, İstanbul, 2001.
- Roagna, İvana, AİHS kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Çeviren Ayşegül Alkış Shaling, Strazburg 2012, Türkçe baskı Şen Matbaa, Ankara, 2013.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar, “*Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme*”, GÜHFD, C. 17, Sa. 3, Y. 2013.
- Sedjari Ali, “*Bütün Halleriyle İnsan Hakları*” Evrensellik ve Tekillik Arasında İnsan Hakları, Editör Ali Sedjari, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012.
- Semiz, Yasemin, Türk Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Vicdani Ret, Seçkin yayıncılık, Ankara, Mayıs 2010,
- Shany Yuval, “*Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law*”, The European Journal of International Law, Vol. 16, n. 5, 2006.
- Singh Rabinder,” *Is There a Role for the ‘Margin of Appreciation’ in National Law After the Human Rights Act?*” European Human Rights Law Review, 1999.
- Sirmen, Kazım Sedat, “*Eşcinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi*”, AÜHF, C. 58, Sa. 4, 2009.
- Sumner, Ian Curry, “*E.B. v. France: A Missed Opportunity, Case Commentary*”, Child and Family Law Quarterly, Vol. 21, No. 3, 2009.
- Sunay Reyhan, “*Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası*”, SÜHFD Milenyum Armağanı, C. 8, Y. 2000, sa. 1-2.
- Şentürk, Recep, *İnsan Hakları ve İslam - Sosyolojik Yaklaşımlar*, Etkileşim Yayınları, 2007.

- Şirin Tolga, *Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı*, Anayasa Hukuk Dergisi, C.2, Sa. 4, 2013.
- Şirin Tolga, *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Şirin, Tolga, “*Anayasa Mahkemesi’nin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme*”, 30.06.2015 tarihli makale, http://www.aihmiz.org.tr/files/TolgaSirin_2015.pdf, (E.T. 15.07.2015).
- Takahashi, Yutaka Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002
- Tarman, Zeynep Derya, Önay, Işık, “*Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli*”, AÜHFD, C. 60, Sa. 2, 2011
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin, Ankara, 2011.
- Topakkaya, Arslan, *Hukuk ve Adalet*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Tumay, Murat, “*The Concept of “Necessary in a Democratic Society” in Restriction of Fundamental Rights A Reflection From European Court of Human Rights*”, Human Rights Review, Vol. 1, Issue 2, 2011.
- Turhan, Mehmet, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları*”, Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi, C. 57, Sa. 3
- Ulusoy, Ali, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar*, AÜHFD, C. 53, Sa. 4, Y. 2004.
- Uygun, Oktay, “*Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü*”, GSHFD, C. 1, Y. 2008.
- Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Ünal, Şeref, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri*,” AYD, C. 17, Y.2000

Yavuz Bülent, *Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Sa. 1-2, Y. 2009.

Yılmaz, Levent, “Türk Siyasal Kültürünün Kriz Alanları İçin Bir Model”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Cilt:23, Sa.2, Y. 2008.

Yokuş, “*Türk Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilere Yaklaşımı*” AÜHFD, C. 50, Sa. 4, Y. 2001.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı, Soyadı: Özlem ERKAL

Uyruğu: Türkiye (TC)

Doğum Tarihi ve Yeri: 1984, Kırıkkale

Medeni Durumu: Evli

Yazışma Adresi: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Melikgazi/KAYSERİ

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	ERÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü	2015
Lisans	Marmara Üniv. Hukuk Fak.	2008

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Görev
2012-2014	Avukat
2014-	Arş. Gör.

YABANCI DİL

İngilizce