

**T.C.**  
**İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ**  
**LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA**  
**TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Egemen ESEN**  
**1700005184**

**Anabilim Dalı: Kamu Hukuku**  
**Programı: Kamu Hukuku**

**Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ömer KORKMAZ**

**Mayıs 2019**

**T.C.**  
**İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ**  
**LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA**  
**TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Egemen ESEN**  
**1700005184**

**Anabilim Dalı: Kamu Hukuku**  
**Programı: Kamu Hukuku**

**Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ömer KORKMAZ**  
**Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**  
**Prof. Dr. Oktay UYGUN**

**Mayıs 2019**

<b>İÇİNDEKİLER</b> .....	<b>ii</b>
<b>KISALTMALAR</b> .....	<b>vi</b>
<b>ÖZET</b> .....	<b>viii</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>ix</b>
<b>GİRİŞ</b> .....	<b>1</b>

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **TEORİK BOYUTLARIYLA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ**

<b>I- TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ</b> .....	<b>5</b>
A- Genel Olarak .....	5
B- Kavram .....	13
1- Terminolojik Tartışmalar.....	13
2- Takdir Marjı Doktrini ile Benzer Kavramların Karşılaştırılması .....	16
a- İdarenin Takdir Yetkisi ve Değerlendirme Marjı .....	17
i- Kapsam Bakımından Ayrışma .....	20
ii- İdarenin Takdir Yetkisi ile Takdir Marjının Kesişim Kümesi.....	23
b- Hâkimin Takdir Yetkisi .....	23
c- Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi .....	25
<b>II- TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN KÖKENLERİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ</b> .....	<b>29</b>
A- Takdir Marjının Kökenleri ve Dayanakları.....	29
B- Takdir Marjı Doktrininin İçtihatlarda Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi .....	37
1- Takdir Marjı Doktrininin Doğuşu: Kıbrıs Vakası .....	37
2- Komisyon'dan Mahkeme'ye Bir Öneri Olarak "Takdir Marjı": Lawless/İrlanda Davası .....	39
3- Yunanistan Albaylar Cuntası Vakaları.....	45
C- Takdir Marjı Doktrininin Açıkça Uygulanması ve Kapsamının Genişlemesi ..	48

<b>III- TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN KAPSAMINI BELİRLEYEN KRİTERLER.....</b>	<b>54</b>
A- Taraf Devletin İçinde Bulunduğu Koşullar .....	55
B- Avrupa Konsensüsü.....	58
1- Avrupa Konsensüsü Üzerine Tartışmalar.....	58
2- Avrupa Konsensüsü ve Takdir Marjı Doktrini.....	63
C- Korunan Hakkın Niteliği .....	71
D- Sınırlamanın İzlediği Meşru Amaç .....	77

## İKİNCİ BÖLÜM

### İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDE ORTAK SINIRLAMA VE GÜVENCE REJİMİ ÖNGÖRÜLEN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE KRİTERLERİN UYGULANMASI

<b>I- SINIRLAMA VE GÜVENCE REJİMİ .....</b>	<b>86</b>
A- Hukukilik.....	87
B- Meşru Amaç .....	89
C- Demokratik Toplumda Gereklik .....	90
<b>II- ORTAK SINIRLAMA VE GÜVENCE REJİMİ ÖNGÖRÜLEN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN UYGULANMASI... 93</b>	
A- Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı.....	95
1- Özel Yaşama Saygı Hakkı.....	99
a- Kimlik .....	99
b- Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük.....	105
c- Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı.....	115
2- Aile Yaşamına Saygı Hakkı .....	119
3- Konuta Saygı Hakkı .....	126
4- Haberleşmeye Saygı Hakkı .....	128
B- Din ve Vicdan Özgürlüğü.....	132
C- İfade Özgürlüğü.....	138
1- İfadenin İçeriği ve Bağlamı .....	141
2- Hakkın Öznesi ile İfadenin Muhatabı Olan Özne .....	150
3- İfadenin Yeri ve Zamanı.....	154

4- İfade Ediliş Biçimi.....	157
D- Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri.....	163
1- Toplantı Özgürlükleri.....	165
2- Örgütlenme Özgürlükleri.....	171

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ KRİTERLERİNİN DİĞER HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE UYGULANMASI

<b>I- ÇEKİRDEK HAKLAR.....</b>	<b>177</b>
A- Yaşam Hakkı.....	178
1- Yaşamın Başlangıcı ve Sona Ermesi.....	180
2- Pozitif Yükümlülükler.....	187
B- İşkence ve Kötü Muamele Yasağı.....	191
C- Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı.....	198
D- Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi.....	204
<b>II- USULİ HAK VE ÖZGÜRLÜKLER.....</b>	<b>208</b>
A- Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı.....	209
1- Genel Şart: Hukuka Uygun Tutma.....	210
2- Özel Şart: İstisnai Haller.....	211
3- Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Kişilerin Hakları.....	229
B- Adil Yargılanma Hakkı.....	231
1- Uygulanabilirlik Sorunu.....	232
2- Mahkemeye Erişim Hakkı.....	239
3- Adil Yargılanma Hakkının Kurumsal Gereklilikleri.....	247
4- Makul Sürede Yargılanma Hakkı.....	249
5- Aleni Yargılanma ve Aleni Karar Hakkı.....	250
6- Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı.....	252
7- Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı Bakımından Takdir Marjının Uygulama Alanının Genişlemesi.....	256
C- Etkili Başvuru Hakkı.....	267
<b>III- AYRIMCILIK YASAĞI.....</b>	<b>272</b>

<b>IV- MÜLKİYET HAKKI .....</b>	<b>280</b>
---------------------------------	------------

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **ELEŞTİRİLER VE UYGULANABİLİRLİK EKSENİNDE TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ**

<b>I- TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER .....</b>	<b>287</b>
A- Takdir Marjı Doktrini Uygulamasının ve Kavramın Belirsizliği Üzerine Düşünceler.....	288
B- Takdir Marjı Doktrininin Sözleşme Sistemi İçerisinde Gerekli Olmadığı Üzerine Düşünceler.....	290
C- Takdir Marjı Doktrininin Yanlış Kullanımı: Otomatik Kullanım.....	292
D- Takdir Marjının Enflasyonu .....	294
1- Takdir Marjının Gerekçelerle İlgisiz Bir Biçimde Kullanılması.....	295
2- Takdir Marjının Kararda Açık Bir Rolü Olmaksızın Kullanılması.....	296
3- Belirli Bir Takdir Marjı Kavramının Eleştirisi.....	297
4- Kararın Sadece Sonuç Kısmında Takdir Marjından Bahsedilmesi .....	298
5- Takdir Marjının Kullanılmasında Tutarsızlıklar .....	299
E- Mahkeme'nin Kendini Sınırlama Aracı Olduğu Görüşü.....	300
F- İnsan Haklarının Evrenselliği ve Rölativizm Tartışmaları .....	306
G- Normatifliğin Muhtemel Etkileri: Kopenhag Deklarasyonu.....	313
<b>II- TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ.....</b>	<b>320</b>
A- Takdir Marjının Genişliğine Somut Olayın Etkisi .....	320
B- Takdir Marjı Doktrini ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yorum Araçları Arasındaki İlişki .....	322
<b>SONUÇ.....</b>	<b>339</b>

## KISALTMALAR

<b>akt.</b>	: Aktaran
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜSBFD</b>	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>DEÜHFD</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>DEÜSBED</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
<b>E.</b>	: Esas
<b>e.t.</b>	: Erişim tarihi
<b>ed.</b>	: Editör
<b>EJIL</b>	: European Journal of International Law
<b>ERÜHFD</b>	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>GSÜHFD</b>	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>GÜHFD</b>	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Haz.</b>	: Hazırlayan
<b>HRLJ</b>	: Human Rights Law Journal
<b>İHAM</b>	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
<b>İHAS</b>	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
<b>İHAK</b>	: İnsan Hakları Avrupa Komisyonu
<b>in</b>	: İçinde
<b>İNÜHFD</b>	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>İYUK</b>	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
<b>K.</b>	: Karar
<b>MHB</b>	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
<b>MÜHF-HAD</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>p.</b>	: paragraf
<b>s.</b>	: sayfa

<b>S.</b>	: Sayı
<b>SDÜHFD</b>	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>SDÜİBFD</b>	: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
<b>SÜHFD</b>	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>TAAD</b>	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>TDK</b>	: Türk Dil Kurumu
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Y.</b>	: Yıl
<b>Yay. haz.</b>	: Yayına hazırlayan
<b>YÜHFD</b>	: Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>ZaöRV</b>	: Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht



**Üniversite** : **İstanbul Kültür Üniversitesi**  
**Enstitüsü** : **Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**  
**Anabilim Dalı** : **Kamu Hukuku**  
**Programı** : **Kamu Hukuku**  
**Tez Danışmanı** : **Dr. Öğr. Üyesi Ömer KORKMAZ**  
**Tez Türü ve Tarihi** : **Yüksek Lisans - Mayıs 2019**

## **ÖZET**

### **İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ**

**Egemen ESEN**

Takdir marjı doktrininin, ilk olarak olağanüstü hal kapsamında yükümlülüklerin askıya alınmasına ilişkin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesinin uygulamasında ortaya çıktığı; ancak zamanla Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin geneline sirayet ettiği görülmektedir. Sözleşme organları tarafından ilk uygulandığı andan itibaren; tanımı, mahiyeti ve kapsamı üzerine çok yönlü tartışmalar yaşanan takdir marjı doktrini, diğer yorum araçlarıyla birlikte uygulanmaktadır.

Bu çalışma kapsamında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kullandığı yorum araçları arasında, taraf devletlerin yükümlülükleri ve egemenlik yetkileri arasındaki hassas gerilimi çözmek adına önem arz eden takdir marjı doktrini, Mahkeme içtihatları ışığında incelenmiştir. Takdir marjı doktrini teorik boyutlarıyla irdelenerek, doktrinin kriterleri belirlenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede ortak sınırlama ve güvence rejimi öngörülen Sözleşme'nin 8-11. maddeleri ile Sözleşme'de düzenlenen diğer hak ve özgürlüklerde takdir marjı doktrini kriterlerinin yeknesak bir biçimde uygulanma olanağı tartışma konusu yapılmıştır.

**Anahtar Sözcükler: Takdir Marjı Doktrini, Takdir Yetkisi, Avrupa Konsensüsü, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi.**

**University** : **Istanbul Kultur University**  
**Institute** : **Institute of Graduate Studies**  
**Department** : **Public Law**  
**Programme** : **Public Law**  
**Supervisor** : **Asst. Prof. Ömer KORKMAZ**  
**Degree Awarded and Date** : **Master of Laws - May 2019**

### **ABSTRACT**

## **THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE IN THE LIGHT OF CASE LAWS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

**Egemen ESEN**

Margin of appreciation doctrine developed by the European Court of Human Rights was firstly introduced in the context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, derogation in time of emergency. However, it was seen that the doctrine became widespread on other the Convention's provisions. The margin of appreciation doctrine which has sophisticated debates on its definition, nature and scope from the moment it was firstly used by Contracting bodies is being implemented with other judicial interpretation tools.

In the scope of this study, the margin of appreciation doctrine which has importance to solve delicate tension between obligations and power of sovereignty of contracting states amongst other judicial interpretation tools used by the Court is being examined in the light of case laws of the Court. Thus, there is a question of debate on my study whether criterions of the doctrine have possibilities of uniform practice both provisions that have common restriction and guarantee and the other provisions in the context of the Convention.

**Key Words: Margin of Appreciation Doctrine, Power of Discretion, European Consensus, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights.**

## GİRİŞ

Avrupa Konseyi'nin başlangıçta on üye ülkeyle kurulmuş olduğu, zamanla etki alanını genişleterek, üye sayısının kırk yedi ülkeye ulaştığı görülmektedir<sup>1</sup>. İlk etapta Batı Avrupa'nın ağırlıkta olduğu bir bölgesel örgüt olan Avrupa Konseyi, farklı kültürlerin giderek çeşitlendiği ve bir arada bulunduğu bir örgüt halini almış bulunmaktadır. Bununla birlikte, Avrupa Konseyi organları tarafından hazırlanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin kurumsallaştırdığı bölgesel bir denetim mekanizması olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), Konsey organlarıyla ortak amaçları doğrultusunda ve iş birliği içerisinde denetim faaliyeti gerçekleştirmektedir. Mahkeme, bağımsız niteliğiyle yapılan başvuruları incelemekte, Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını denetime tâbi tutmaktadır. Böylelikle yargısal denetim gerçekleştiren Mahkeme, yaklaşık 830 milyon bireyin hak ve özgürlüklerinin teminatı olarak önemli bir görev üstlenmektedir<sup>2</sup>.

Bu kültürel çeşitlilik içerisinde; farklı toplumlar, hatta farklı bireylerin özerkliği nazara alındığında, bu çeşitliliğin asgari ortak anlayış temelinde bir arada bulunması; aynı zamanda Sözleşme'ye taraf devletlerin insan haklarının korunmasında ortak standartlara erişmesi beklenmektedir. Bu kapsamda takdir marjı doktrininin, bağımsız denetim çerçevesinde kültürel çeşitliliğe saygı esaslı bir yargısal araç olduğu; diğer yandan insan haklarının evrenselliğine, hak ve özgürlüklerin Mahkeme tarafından bağımsızca denetlenmesine mâni olan bir argüman olduğu yönünde bitmek bilmeyen tartışmalar yaşanmaktadır. Keza taraf devletler kendi iradeleri doğrultusunda insan haklarını koruma mekanizmasının yargısal denetimine cevaz vererek, egemenlik yetkilerini sınırlandırmaktadır. Böylelikle taraf devletler egemenliklerini insan haklarına saygı yükümlülüğü çerçevesinde, Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklere uygun bir şekilde kullanmayı taahhüt etmiş bulunmaktadırlar. Ancak egemenlik yetkisinin sınırını oluşturan insan haklarının evrenselliği Sözleşme sisteminde geçerli kabul edilse de öte yandan ulusal değerlere, anayasal geleneklere saygı duymak gerektiğinden bahisle taraf devletin

---

<sup>1</sup> Bu ülkeler; Fransa, Büyük Britanya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, İtalya, İrlanda, Danimarka, Norveç, İsveç'tir. Mevcut kırk yedi üye ülke için bkz., <https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights>, (e.t.: 03.05.2019)

<sup>2</sup> Avrupa Konseyi'nin web sitesinde, İHAS'ın 830 milyon insanın haklarını koruduğu belirtilmektedir. <https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights>, (e.t.: 03.05.2019)

yükümlülükleri ile egemenlik yetkileri arasında hassas dengenin tesis edilmesi gerektiği dile getirilmektedir.

Takdir marjı doktrininin, ilk olarak olağanüstü hâl kapsamında yükümlülüklerin askıya alınmasına ilişkin Sözleşme'nin 15. maddesinin uygulamasında ortaya çıktığı; ancak zamanla Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin geneline sirayet ettiği görülmektedir. Mahkeme tarafından içtihadî hukuk aracılığıyla ortaya çıkan ve gelişen takdir marjı doktrininin, yürürlüğe girmeyi bekleyen Sözleşme'nin 15 No'lu Ek Protokolü ile Başlangıç metnine eklenmek suretiyle normatif dayanak kazanacağı aşikârdır. Bu kapsamda yaşanacak gelişmelerin, zaman içerisinde Mahkeme'nin takdir marjı doktrinine ilişkin yaklaşımını etkileyip etkilemeyeceği üzerine çeşitli endişeler haklı olarak gündeme gelmektedir.

Tüm bu güncel tartışmalar bir yana Sözleşme organları tarafından ilk uygulandığı andan itibaren; tanımı, mahiyeti ve kapsamı üzerine çok yönlü tartışmalar yaşanan takdir marjı doktrininin, Mahkeme tarafından diğer yorum araçlarıyla birlikte uygulanmaya devam edildiği görülmektedir. Öyleki yargıçların şerhlerinde takdir marjı doktrinine mesafeli durmaları ve öğretilerde süregelen tartışmaların da bu doktrinin geçerliliği ve vazgeçilmezliğinin -en azından kurumsal bazda- tescillenmesi yolunda bir engel oluşturmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu doğrultuda Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin geneline sirayet eden takdir marjı doktrini kimi zaman bir hak ve özgürlüğün uygulanabilirliğini ve kapsamını belirlemek için devreye girebilmekte; kimi zaman da denetimin yoğunluğunu tayin edebilmek amacıyla kararlarda yer almaya devam etmektedir.

Bu çerçevede çalışmanın konusunu; Mahkeme'nin kullandığı yorum araçları arasında, taraf devletlerin yükümlülükleri ve egemenlik yetkileri arasında gerilimi çözmek adına önem arz eden takdir marjı doktrininin, Mahkeme içtihatları ışığında incelenmesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda çalışmanın sınırlandırılması açısından, belirli bir hak ve özgürlüğün seçilerek incelenmesi tercih edilebilecek bir yaklaşım olarak gözükebilir. Ancak bu çalışmada Mahkeme içtihatları analiz edilerek, takdir marjı doktrininin genel bir bakış açısıyla inceleme yöntemini benimsemenin daha isabetli olduğu düşünülmektedir. Zira bu yöntem benimsenerek Mahkeme'nin takdir marjı doktrininin kapsamını belirleyen kriterlerin, Sözleşme hükümleri genelinde

yeknesak bir şekilde uygulanma olanağına sahip olup olmadığı gözlemlenmeye çalışılmaktadır. Ancak Sözleşme ve Ek Protokoller’de düzenlenen hak ve özgürlükler için ayrı birer başlık açılmayıp, ilgili görülen hak ve özgürlüklerin gruplandırılarak birlikte incelenmesi yöntemi tercih edilmektedir.

Çalışmanın konusu ve kapsamı Mahkeme içtihatlarının geniş bir çerçevede analizini gerektirmektedir. Bu nedenle Mahkeme içtihatları taranırken *hudoc* veri tabanı kullanılarak<sup>3</sup>, incelenen hak ve özgürlükler için anahtar kelime aramasında yer alan “*margin of appreciation*” sekmesinden istifade edilmektedir. Kararların niceliğini sınırlandırmak adına Mahkeme’nin içtihat değişikliğine gittiği ya da herhangi bir sebeple “*key case*” olarak tasnif ettiği önem derecesi yüksek içtihatlara ağırlık verilmektedir.

Bu çalışma aracılığıyla Mahkeme içtihatları ışığında takdir marjı doktrini incelenerek, Sözleşme sistemi içerisinde öngörülebilirliği sağlamak ve ulusal makamlar açısından Sözleşme standartlarını belirgin hale getirmeye katkı sunmak amaçlanmaktadır. Bununla birlikte çalışmada bu ideal ile sınırlı kalınmayıp, Mahkeme’nin takdir marjı doktrini uygulamasının hedeflenen amaçlara hizmet edebilmesi adına birtakım önerilerde bulunmaktadır.

Aynı zamanda belirtmek gerekir ki ulusal öğretilerde takdir marjı doktrininin uzun zaman boyunca yeterli ilgiye kavuşamadığı ve söz konusu doktrini inceleyen eserlerin sınırlı sayıda kalmış olduğu gözlemlenmektedir. Aksine uluslararası öğretilerde ise takdir marjı doktrininin gerek İHAM nezdinde gerekse diğer uluslararası koruma mekanizmaları tarafından uygulanışı hakkında kapsamlı araştırmalara konu olduğu görülmektedir. Keza uluslararası öğretilerde takdir marjı doktrini zengin bir içerikte ve çeşitli boyutlarda tartışılmaktadır. Bu nedenle ulusal öğretilerde takdir marjı doktrinini inceleyen eserlerin sınırlı oluşu, geniş ölçüde yabancı kaynaklardan yararlanmayı zorunlu hale getirmektedir. Bu çalışmada ayrıca takdir marjı doktrinini inceleyen yabancı kaynaklarda mevcut teorik tartışmalara ve eleştirilere geniş yer verilerek, ulusal öğretilerde takdir marjı doktrinine ilişkin yeni tartışmalar başlatmak hedeflenmektedir.

İzlenen amaçlar doğrultusunda İHAM’ın takdir marjı doktrini uygulamasına özgülenen söz konusu çalışma dört bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde takdir

<sup>3</sup> <https://hudoc.echr.coe.int>, (e.t.: 04.05.2019)

marjı doktrini teorik boyutlarıyla ele alınarak kavramsal çerçeve ortaya konulacaktır. Takdir marjı doktrininin ulusal hukukta karışıklık ve belirsizliğe neden olmasının önüne geçmek için doktrin benzer kavramlarla karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Keza takdir marjı doktrinini daha iyi kavrayabilmek adına doktrinin kökenlerinin ve içtihatlarda ilk olarak ortaya çıktığı döneme ilişkin kararların izleri sürülecek; ardından ulusal makamlara tanınan takdir marjının kapsamını belirleyen kriterler ortaya koyularak açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

İkinci bölümde ilgili kriterlerin bütüncül bir biçimde uygulandığı ortak sınırlama ve güvence rejimi öngörülen hak ve özgürlükler irdelenecektir. Keza ortak sınırlama rejimi öngörülen Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde demokratik toplumda gereklilik ölçütü aracılığıyla diğer yorum araçları, özellikle zorunlu toplumsal ihtiyaç baskısı, ölçülülük ilkesi kapsamlı olarak uygulama alanı bulduğundan, bütüncül bir şekilde kriterlerin uygulanmasının daha elverişli olduğu ve takdir marjı doktrininin genişliğinin kapsamlı bir denetimle belirlenebildiği Sözleşme'nin 8-11. maddeleri, öncelikli inceleme konusu yapılacaktır.

Üçüncü bölümde, ortak sınırlama rejimi dışında kalan diğer hak ve özgürlüklerde takdir marjı doktrini uygulaması incelenecektir. Takdir marjı doktrini kriterlerinin ortak sınırlama ve güvence rejimi öngörülen hak ve özgürlükler dışında bütüncül bir şekilde uygulanma olanağı tartışma konusu yapılacaktır. Bu kapsamda çekirdek haklarla birlikte, usuli hak ve özgürlükler, ayrımcılık yasağı ve mülkiyet hakkının güvence alanı içerisinde takdir marjı doktrininin yeri ve konumu yakından irdelenecektir.

Dördüncü bölümde ise öğretilerde takdir marjı doktrininin maruz kaldığı eleştiriler tasnif edilerek incelemeye tâbi tutulacaktır. Ardından Sözleşme sistemi içerisinde takdir marjı doktrininin uygulanabilirliğini savunan ve faydalı öneriler getiren yazarların görüşleri ele alınacaktır. Bu kapsamda çalışmanın, takdir marjı doktrinine ilişkin yargısal denetimin etkililiği üzerine yeni tartışmalar başlatması, insan hakları hukuku alanına ve okuyucuya yararlı bir eser olması temenni edilmektedir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### TEORİK BOYUTLARIYLA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

#### I- TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

##### A- Genel Olarak

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarında ortaya çıkan takdir marjı kavramı, teorik düzlemde bir doktrin olarak ifade edilse de kavramın sınırları henüz net bir şekilde çizilebilmiş değildir. Yine de öğretilerde takdir marjı doktrininin insan hakları hukuku ve uluslararası hukuk bağlamında çeşitli tanımları yapılmakta ve takdir marjı kavramı çeşitli açılardan irdelenmektedir<sup>1</sup>.

*Greer*'e göre takdir marjı; Strasbourg organlarının, ulusal makamların İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) kapsamında yükümlülüklerini yerine getirirken sahip oldukları hareket alanına saygı duymalarını ifade eder<sup>2</sup>. Takdir marjı doktrini, uluslararası organlar tarafından ulusal makamlara bırakılan hareket (*elbow room*), başka bir deyişle nefes alma (*breathing room*) veya manevra (*room for manoeuvre*) alanıdır<sup>3</sup>. Keza takdir marjı doktrini; Strasbourg organlarının, Sözleşme çerçevesinde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasından veya Sözleşme'nin askıya alınmasından önce, ulusal yasama, yürütme ve yargı organlarına bırakılan bir değerlendirme yapma yetkisi olarak tanımlanır<sup>4</sup>. Bu değerlendirme yapma yetkisi de

<sup>1</sup> Takdir marjı doktrini bağlamında, İHAS'da güvence altına alınan hak ve özgürlükler açısından ayrı ayrı yapılan değerlendirmeler için bkz. **Arai-Takahashi**, Yutaka; *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York 2002, s.20-180. İHAM, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'ni de içerecek şekilde uluslararası insan hakları organlarının takdir marjı doktrinini kullanışı/yaklaşımı ve geniş bir kavramsal çerçeve için bkz. **Legg**, Andrew; *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, New York 2012, s.26 vd. İHAS'ın yorumu ve takdir marjı kapsamında değerlendirmeler için bkz. **Greer**, Steven; *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.14-32. Seçilen ilke kararlar aracılığıyla, yükümlülükleri askıya alma ve diğer kişisel haklar açısından, takdir marjı doktrininin İHAM tarafından uygulanmasına ilişkin eser için bkz. **Yourow**, Howard Charles; *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1996, s.10 vd. İHAM içtihatlarından hareketle incelenen takdir marjı doktrininin, Avrupa Adalet Divanı içtihatlarında çok fazla sayıda olmasa da çeşitli şekillerde kullanıldığı hakkında bkz. **Lorenz**, Nina Louisa Arold/**Groussot**, Xavier/**Petursson**, Gunnar Thor; *The European Human Rights Culture - A Paradox of Human Rights Protection in Europe?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2013, s.69-104.

<sup>2</sup> **Greer**, *The Margin of Appreciation*, s.5; **Atakan**, Arda; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme", MÜHF-HAD, C.XVI, S.3-4, s.29.

<sup>3</sup> **Yourow**, Howard Charles; "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence", *Connecticut Journal of International Law*, C.III, 1987, S.111, s.118.

<sup>4</sup> **Yourow**, *Margin of Appreciation Doctrine*, s.13; **Şirin**, Tolga; "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.II, 2013, S.4, s.363. *Yourow*'a

Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin içeriğinin belirlenmesinde veya hukukun yürürlüğe konmasında ya da uygulanmasında taraf devletlere bırakılan bir değerlendirme alanıdır<sup>5</sup>.

Bununla birlikte takdir marjı doktrini, bireylerin öncelikle ulusal hukuka tâbi olduğunu vurgulamak amacıyla, ulusalüstü nitelikteki bir denetim mekanizmasının, ulusal hukukun yürürlüğe konmasında ve uygulanmasında, taraf devletlere tanıdığı bir yetki olarak da değerlendirilmektedir<sup>6</sup>. Taraf devletlerin kendi ulusal koşullarını göz önüne alarak, Sözleşme standartlarını yerine getirmede değerlendirme yapma yetkisi olarak takdir marjı, İHAS kapsamında taraf devletlerin yükümlülükleri ile egemenlik yetkileri arasındaki hassas dengeyi sağlamak için İHAM’ın genel yaklaşımını tasvir etmektedir<sup>7</sup>. Bunun yanı sıra, takdir marjı doktrini insan haklarının ulusal algılanışı ile Sözleşme değerleri arasında bir denge kurmak için uygulanmaktadır<sup>8</sup>. Takdir marjı doktrini aracılığıyla Mahkeme’nin bir diğer hedefi ise

---

göre, ulusal makamlar olarak yasama, yürütme, yargı ve idare organları sayılmıştır. İdare Hukuku öğretisinde idare organları da yürütme organı içerisinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, ulusal makamların yasama, yürütme ve yargı organları olarak belirtilmesinde yarar vardır. İdare organlarının yürütme organı içerisinde değerlendirilmesi hakkında bkz. **Akgüner**, Tayfun/**Berk**, Kahraman; İdare Hukuku, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2017, s.11; **Sancakdar**, Oğuz/**Us**, Eser/**Kasapoğlu Turhan**, Mine/**Önüt**, Lale Burcu/**Seyhan**, Serkan; İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.35 vd.

<sup>5</sup> İHAS’dan kaynaklanan yükümlülükleri belirlemede İHAM tarafından geniş bir uygulaması bulunan takdir marjı doktrini; İHAS’da yer alan hak ve özgürlüklerin içeriğini belirlemede taraf devletlere bırakılan bir alandır. **Tsarapatsanis**, Dimitrios; “The Margin of Appreciation Doctrine: A Low-level Institutional View”, Legal Studies, C.XXXV, 2015, S.4, s.675. *Yourow* da hukukun uygulanmasında taraf devletlere bırakılan bir değerlendirme alanı olduğunu belirtmektedir. **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.13. Ayrıca bkz. **Doğru**, Derya; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.9-10.

<sup>6</sup> **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.13. Ulusal makamların yetki ve sorumluluklarına saygı duymak gerektiğinden, İHAM ulusal makamların yetkisine ilişkin belirli bir takdir marjına müsaade etmektedir. *Van Dijk ve Van Hoof*’a göre, ulusal ve Avrupa düzleminde yargısal denetim doktrinleri, anayasal denetim çerçevesinde kuvvetler ayrılığını yansıtabilir. **Van Dijk**, Pieter/**Van Hoof**, Godefridus J. H., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. Baskı, Kluwer Law International, Hague 1998, s.84.

<sup>7</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.2; **Macdonald**, Ronald-St. John; “The Margin of Appreciation”, in: The European System for the Protection of Human Rights, (ed.: Ronald-St. John Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1993, s.83, 123. Takdir marjı doktrini, *taraf devletlerin yükümlülükleri* ile *egemenlik yetkileri* arasında uzlaşma sağlamak için uygulanan önemli bir güvencedir. Bu konuda aynı yönde bkz. **Waldock**, Humphrey; “The Effectiveness of the System setup by the European Convention on Human Rights”, Human Rights Law Journal, C.I, 1980, S.1, s.9.

<sup>8</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.3; **Atakan**, s.31. Takdir marjı doktrini, *İHAM* ve *iç hukuk düzeni* arasındaki ilişkiyi ilgilendirmektedir. **Spielmann**, Dean; “Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review”, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, C.XIV, 2012, s.382. İHAM’ın takdir marjı doktrinini kullanma amaçlarından birinin taraf devletler arasındaki çeşitliliği uzlaştırmak olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Brems**, Eva; “The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights Accommodating Diversity within



taraf devletlerin, bireylerin hak ve özgürlüklerini sınırlandırırken; kamu yararı ve bireyin menfaatleri arasında kurmuş olduğu denge ölçütlerine saygı duymaktır<sup>9</sup>.

Tüm bu hususlar bağlamında takdir marjı doktrini, İHAM'ın taraf devletlerin ulusal makamlarına bırakmış olduğu bir manevra alanı olarak üç çeşit adil dengeleme faaliyetini içermektedir. Takdir marjı doktrini, ilk olarak taraf devletlerin yükümlülükleri ile egemenlik yetkileri arasında hassas dengeyi sağlamak amacıyla hizmet etmektedir<sup>10</sup>. İkinci olarak, insan haklarının ulusal düzlemde algılanışı ile Sözleşme değerleri arasında bir denge kurmak için uygulanmaktadır. Son olarak ise kamunun menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında kurulan adil dengeyi sağlamak amacıyla yerine getirmek için ulusal makamların denge ölçütlerine saygı duymak işlevini gerçekleştirmektedir.

Takdir marjı doktrininin yukarıda belirtilen söz konusu üç çeşit adil dengeleme amaçlarına hizmet etmesi, doktrini elbette ki eleştiriden arı kılmamaktadır. Farklı gerekçelerle takdir marjına temkinli yaklaşanlar olduğu gibi, doktrinın güvence mekanizmasının devamlılığını sağlayan işlevsel bir yargısal araç olduğunu dile getirenler de mevcuttur. İHAM'ın takdir marjına ilişkin olarak karşılaştığı çelişki ise taraf devletlerin politik, ekonomik, kültürel ve sosyal koşullar çerçevesinde sahip oldukları çeşitlilik dikkate alındığında; İHAS kapsamında yapılan vak'a denetiminde uygulanacak birtakım ilkelere nasıl sadık kalınacağıdır<sup>11</sup>. Her bir taraf devletin sahip olduğu ve benimsediği farklı gelenek ve kültürleri, insan haklarına ilişkin olarak aynı Avrupa standartları anlayışı içerisinde tanımlamanın güç olduğu aşikârdır<sup>12</sup>. Bu güçlüğü aşmak adına İHAS asgari ortak paydayı öngörmektedir. İHAS'ın Başlangıç metninde "*insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan (...)*" şeklinde vücut bulan insan hakları ideali, taraf devletler arasındaki asgari

---

Europe", in: Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited, (ed.: David P. Forsythe, Patrice C. McMahon), University of Nebraska Press, Lincoln/London 2003, s.81-110.

<sup>9</sup> **Tümay**, Murat; "The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", Ankara Law Review, C.V, 2008, S.2, s.202, 203. İHAM içtihatlarında görünür olan takdir marjı doktrini; her toplumun bireylerin hak ve özgürlükleri ile kamu menfaatleri ya da farklı ahlaki değerler arasında söz konusu olan çatışmaları çözümlerken mutlak serbestliğe sahip olduğu düşüncesine dayanır. Bu konuda bkz. **Benvenisti**, Eyal; "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards", New York University International Law and Politics, C.XXXI, 1999, s.843.

<sup>10</sup> Taraf devletin yükümlülükleri ile egemenlik yetkisi arasında adil dengeleme faaliyeti farklı açıdan ifade edilmektedir. Takdir marjı doktrini, devletin egemenlik yetkisi ile seçimle iş başına gelmemiş olan uluslararası yargıcın, devletin demokratik kurumları karşısındaki meşruiyeti arasında denge sağlama ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. **Tsarapatsanis**, s.677.

<sup>11</sup> **Macdonald**, "Margin of Appreciation.", s.83.

<sup>12</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.3.

ortak paydayı ifade etmektedir. Asgari ortak paydayı sağlama çabasının bir örneği olarak da İHAS'ın 53. maddesinde yer alan; bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin asgari bir güvence teşkil etmesi hususu örnek mahiyetinde belirtilebilir. Zira İHAS'ın hak ve özgürlükleri güvenceleme mekanizması asgari şartları ihtiva etmektedir. Taraf devletler, Mahkeme'nin temin ettiği güvenceden daha özgürlükçü bir sistemi tercih ederek, hak ve özgürlükleri daha geniş yorumlayabilirler. Bu bağlamda, hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin asgari standartları ortaya koyan İHAS'ın, insan hakları konusunda müşterek bir anlayış ve saygı esasına bağlı olarak, taraf devletler arasında asgari ortak paydayı yansıttığı söylenebilir.

Bununla birlikte, asgari ortak paydayı yansıtan İHAS'a taraf olarak egemenlik yetkilerini sınırlandıran taraf devletler, iç hukuk düzeninde, başka bir deyişle ulusal düzlemde ortaya çıkan uyuşmazlıkları, kural olarak, ulusal mahkemeler aracılığıyla çözüme kavuşturmaktadır. Buna rağmen İHAS kapsamında yer alan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini; ayrıca bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmadığını iddia eden başvuru, İHAM'a başvurabilmektedir. Keza İHAS'ın 35. maddesi uyarınca “*Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir*”. Bu hükme göre; kabul edilebilirlik kriteri olarak, olağan kanun yollarının tüketilmesi ölçütünün aranmasının temelinde yatan neden ise ikincillik ilkesi olarak da adlandırılan talilik ilkesidir<sup>13</sup>. İHAM içtihatlarında, Sözleşme tarafından oluşturulan insan hakları koruma mekanizmasının, insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına getirilen ikincil nitelikte bir mekanizma olduğu vurgulanmaktadır<sup>14</sup>. İkincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini, İHAM içtihatları çerçevesinde uygulanan kavramlar olmakla birlikte, 24 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılan 15 No'lu Ek Protokol ile İHAS'ın Başlangıç

---

<sup>13</sup> **Carozza**, Paolo G.; “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, The American Journal of International Law, C.XCVII, 2003, S.38, s.38-79; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.68; **Şirin**, Tolga; Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.607 vd.; **Doğan**, İlyas; İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2015, s.397, 398.

<sup>14</sup> *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, p.48.

metnine ikincillik ilkesi ve takdir marjı kavramları eklenmiştir<sup>15</sup>. Buna göre İHAS'ın Başlangıç metninin sonuna eklenen ibare şu şekildedir:

*“İkincillik ilkesi uyarınca, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeci taraflara ait olduğunu ve Yüksek Sözleşmeci tarafların bunu yaparken işbu Sözleşme ile kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yetkisine tâbi bir takdir marjına sahip olduklarını teyit ederek (...)”<sup>16</sup>.*

Türkiye açısından 15 No'lu Ek Protokol'ün Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun, 18.02.2016 tarihinde 29628 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak 15 No'lu Ek Protokol'ün 7. maddesi uyarınca; tüm taraf devletlerin Protokol'ün bağlayıcı olması hususundaki rızalarını bildirdikleri tarihten itibaren üç aylık sürenin sona ermesini izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girecektir<sup>17</sup>. Henüz yürürlüğe girmemiş olsa da takdir marjı kavramının Başlangıç metnine eklenmesi karşısında, İHAM'ın yeni bir kavram ile karşılaştığı söylenemez. Ancak içtihadî bir ilke olan takdir marjı doktrini ve ikincillik ilkesinin, İHAS'ın Başlangıç metnine eklenmesi ve ileri bir tarihte de yürürlüğe girmesinin ardından, yerleşmiş içtihatlar aracılığıyla çerçevesi çizilmeye çalışılan kavramların normatif dayanağa sahip olacağını söylemek mümkündür.

Mahkeme'nin taraf devletlere yükümlülüklerini yerine getirmek noktasında tanımış olduğu takdir marjının hukuki dayanak sayesinde meşruluğunu pekiştireceği ileri sürülebilir. Ancak Mahkeme'nin yorumuyla takdir marjı doktrini anlam kazanmaya devam edecek ve kavramın içeriğinin doldurulması serüveni sürecektir.

---

<sup>15</sup> Kabul edilebilirlik kriterlerinin yer aldığı İHAS'ın 35. maddesinde yer alan altı aylık başvuru süresi de dört aya indirilmiştir. Bunun yanında, İHAS'ın 22. maddesine; yargıç adaylarının, üç adaylı liste Parlamenter Meclisi tarafından talep edildiği tarih itibarıyla, 65 yaşını doldurmamış olması gerektiği eklenmiştir. İHAS'ın 30. maddesi uyarınca da Sözleşme ve protokollerin yorumu konusunda ciddi sorunlar çıkıyorsa ya da Mahkeme tarafından önceden verilmiş bir karar ile çelişme ihtimali taşıyorsa, Daire, hüküm vermediği süre içerisinde ve taraflar itiraz etmedikçe, yargı yetkisinden Büyük Daire lehine vazgeçebilir. İlgili bu maddede yer alan Büyük Daire lehine yargı yetkisinden vazgeçilmesinde tarafların itiraz etmeme koşulu metinden çıkarılmıştır. Diğer değişiklikler ve 15 No'lu Ek Protokol'ün Türkçe metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0911.pdf>, (e.t.: 15.03.2018); 15 No'lu Ek Protokol'ün hazırlık çalışmaları ve içeriği için bkz. **Gözlügöl**, Said Vakkas/**Poyraz**, Yasin; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 No'lu ek Protokollerle Öngörülen Reform”, TAAD, C.VI, 2015, S.20, s.70.

<sup>16</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0911.pdf>, (e.t.: 12.03.2019).

<sup>17</sup> Sözleşme'nin 15 No'lu Ek Protokolü, Avrupa Konseyi'ne üye kırk yedi devletten kırk beşi tarafından imzalanıp onaylanmıştır. Bosna Hersek ve İtalya ise 15 No'lu Ek Protokolü imzalamalarına rağmen henüz onaylamamışlardır. Taraf devletlerin imza ve onay tarihlerini takip edebilmek için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213>, (e.t.:12.05.2019).

Bununla birlikte, taraf devletin Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri hak öznesine nasıl ve ne şekilde tanıyacağı ya da hangi oranda uygulayacağı, ilgili devletin insan haklarına saygı yükümlülüğü çerçevesinde sahip olduğu takdir marjını kullanması hususudur. Sözleşme’nin kendisi kimi zaman takdir marjı tanımazken kimi zaman da Mahkeme’nin yorumu ulusal makama bırakılan takdir marjının derecesini (*dar veya geniş*) ortaya koymaktadır. Örneğin İHAS’ın 3. maddesinde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin hükümde hiçbir sınırlama ölçütü öngörülmemiştir. Keza İHAS’ın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacak olan çekirdek haklar belirtilmiştir. Buna göre, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kölelik ve kulluk yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi çekirdek haklar olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla olağanüstü hallerde bile askıya alınamayacak haklardan olan çekirdek haklar söz konusu ise ulusal makamlara tanınan takdir marjı çok daha sınırlı olmaktadır. Burada tanınan takdir marjı, çekirdek hakların sınırlandırılması anlamına gelmeyip, hak ve özgürlüklerin koruma altına alınmasında seçilecek araçların tespit ve tayini hususunda gündeme gelebilmektedir<sup>18</sup>. Bu durumda Sözleşme’nin kendisi ulusal makama tanınan takdir marjının derecesini tayin etmektedir. Diğer durumda, Mahkeme somut vak’a kapsamında yaptığı değerlendirme sırasında, kimi hususlarda ulusal makamlara daha dar veya geniş oranda takdir marjı tanıdığını belirtmektedir. Örneğin Mahkeme içtihatlarında sınırlandırma ölçütlerinden biri olan genel ahlak söz konusu olduğunda taraf devletlere tanınan takdir marjının daha geniş olduğuna karar vermektedir.

Bu çerçevede belirtmek gerekir ki taraf devletler hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında seçilecek araçların tespiti ve tayini, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde uygun araçların seçilmesi ve önleyici ya da düzeltici tedbirler alınması konusunda belirli oranda takdir marjına sahiptirler. Bu durum devletin egemenlik yetkisini kullanmasından kaynaklanmaktadır. Takdir marjının sınırının aşılıp aşılmadığına ilişkin yargısal denetim taraf devletin egemenlik yetkisinin sınırını çizmektedir.

---

<sup>18</sup> Çekirdek haklarda tanınan takdir marjına kararlarda yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. Aksi durum insan hakları güvence mekanizmasını zayıflatma tehlikesini doğurmaktadır. İkincilik ilkesi ulusal makamların ilk elden değerlendirme yapma konusunda yetkili olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle çekirdek hakların mutlak nitelikteki doğası takdir marjı doktrininin uygulanmasına elverişli olmadığından, kararlarda ulusal makamlara takdir marjı tanıdığını belirtmek yargısal denetime katkı sunmamaktadır.

Devletin sahip olduğu egemenlik yetkisinden bahisle; taraf devletlerin, İHAS'dan doğan yükümlülüklerini kendi öngördüğü araçlarla yerine getirmeleri gerekmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, kendi iradeleri ile bir uluslararası sözleşmeyi imzalayan taraf devletler, egemenlik yetkilerini sınırlandırmaktadırlar. Başka bir deyişle, egemen devletler uluslararası bir mahkemenin kendi faaliyetleri üzerinde ikincil nitelikte yargısal denetimini tanıyarak egemenlik yetkilerine müdahaleyi kabul etmekte; ilgili sözleşmelerde yer alan birtakım ilkeleri yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedirler<sup>19</sup>. İşte İHAS aracılığıyla taraf devletlere yüklenen yükümlülükler yerine getirilirken de ulusal makamların bu yetkiyi hangi nispette kullanacağı konusu takdir marjı doktriniyle ilintilidir. Bu bağlamda, İHAS'ın devlete yüklediği yükümlülükler ile devletin egemenlik yetkisi arasında bir denge mekanizması olarak takdir marjı doktrinine ihtiyaç duyulmuştur. Adil dengeleme faaliyeti olarak, takdir marjı doktrininin egemen devletin yükümlülükleri ve egemenlik yetkisi arasında kurduğu denge mekanizması görevi, aynı zamanda doktrinin ikincillik ilkesi ile ilişkisini de ortaya koymaktadır. İHAM *ikincillik/talilik ilkesi* gereğince insan haklarının korunmasında ikincil nitelikli bir mekanizma olduğundan, egemen devletin yetki alanları içerisinde bulunan herkesin İHAS'da tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanması için gerekli hukuki zemin ilk olarak egemen devlet tarafından sağlanmak zorundadır. Çünkü temel hak ve özgürlükleri koruma görevi, öncelikle ulusal makamlara aittir ve İHAS sistemi, ulusal yargı sisteminin yerini alma amacı taşımamakta, sadece ulusal yargı sisteminin insan haklarının korunması hususunda eksiklerini tamamlamak ve hatalarını gidermek için müdahalede bulunmaktadır<sup>20</sup>. Bu nedenle de bireyler tarafından hak ve özgürlüklerin kullanılması sırasında ulusal

---

<sup>19</sup> Mutlak, sınırsız ve bölünmez bir niteliği haiz olan klasik egemenlik anlayışı çağdaş demokratik rejimlerle bağdaşmamaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukuk devleti ilkesi, insan hakları ilkesi, ulusüstü kuruluşlar ve sözleşmeler klasik egemenlik anlayışının aşıldığının işaretidir. Türkiye, *İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi*'ni 1954 yılında onaylamış; 1987 yılından itibaren geçerli olmak üzere, bireysel başvuru hakkını kabul etmiş; 1990 yılından itibaren geçerli olmak üzere de İHAM'ın zorunlu yargı yetkisini tanımıştır (RG, 19.03.1954, 8690). Uluslararası sözleşmelere taraf olan devletler kendilerini denetlemek hususunda uluslararası bir organın yetkisini tanıyarak egemenliklerini kendi iradeleri ile sınırlandırmaktadırlar. **Uygun**, Oktay; Devlet Teorisi, 5. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.256-259. Türkiye'nin İHAS'a taraf olma süreci hakkında bkz. **Gemalmaz**, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.II, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s.12-15; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.48-49; **Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.19-26.

<sup>20</sup> **Matscher**, s.76; **Mahoney**, Paul; "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?", HRLJ, C.XIX, 1998, S.I, s.3

makamlar tarafından hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için kullanılacak araçların seçilmesi hususlarında, taraf devletler belirli bir takdir marjına sahiptirler. Bu durum devletin egemenlik yetkisinin bir gereği ve sonucudur<sup>21</sup>. Bununla birlikte, egemen devletin takdir marjının sınırını aşıp aşmadığına ilişkin gerçekleştirilen yargısal denetim, taraf devletin egemenliğinin sınırını oluşturmaktadır.

Klasik insan hakları anlayışının etkisiyle “*haklara keyfi olarak müdahale etmekten kaçınma*” biçiminde negatif boyutuyla algılanan insan haklarına saygı yükümlülüğü, bu algının yetersiz kaldığının anlaşılması sonucunda, devletin hakkı koruma yönünde pozitif bir davranış sergilemesini zorunlu kılmıştır<sup>22</sup>. Keza insan haklarını koruma yükümlülüğü, taraf devletin insan haklarına saygı yükümlülüğünden doğan bir yükümlülük olarak, devletin insan haklarının gerçekleştirilmesindeki koruyucu ve garantörlük işlevine işaret etmektedir<sup>23</sup>. Dolayısıyla, insan haklarına saygı yükümlülüğünden hareketle, hak ve özgürlüklerin garantörü olan devletin önleyici ve/veya düzeltici tedbirler olarak insan haklarını koruma yükümlülüğü söz konusudur<sup>24</sup>. Taraf devletler bahsedilen koruma yükümlülüğünü yerine getirirken, aldıkları tüm önleyici ve/veya düzeltici tedbirlerin belirlenmesinde belirli takdir marjına sahiptirler<sup>25</sup>. Sahip oldukları takdir marjı sınırları içerisinde İHAS’da korunan hak ve özgürlüklere keyfi bir biçimde müdahale etmekten kaçınan veya bu hak ve özgürlükleri korumak amacıyla önleyici ve düzeltici tedbirler olarak insan haklarının

<sup>21</sup> Devletlerin egemenlik yetkisi iç egemenlik ve dış egemenlik olarak iki boyutlu algılanmaktadır. Egemenliğin dış boyutu devletlerin egemen eşitliği prensibine dayanır ve uluslararası ilişkilerinde bağımsızlığını, bir anlamda uluslararası antlaşma yapma özgürlüğünü ifade eder. Egemenliğin iç boyutu ise dış müdahale olmaksızın devletin kendi topraklarında serbestçe tasarruf edebilmesidir. Buradan hareketle de İHAM sistemi, devletin sözleşme yapma hürriyetine getirdiği sınırlamalar açısından devletin dış egemenlik yetkisini; iç hukukta bazı düzenlemeler yapılmasını yasaklaması, pozitif yükümlülükler öngörmesi yönünden de devletlerin iç egemenlik yetkisini sınırlandırmaktadır. Bu konuda İHAM sisteminin incelendiği bir çalışma için bkz. **Şenol**, Cem; “AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi”, YÜHFD, C.I, 2012, S.1, s.269 vd.

<sup>22</sup> İnsan haklarına saygı yükümlülüğünün negatif ve pozitif yükümlülük bağlamında geniş olarak algılanmasında; insan haklarının tarihsel gelişme süreci, temel hak ve özgürlüklerin kendine özgü gereklilikleri ve diğer bireylerin müdahalelerine karşı da bireyi korumayı ifade eden yatay ihlal olgusunun rolü bulunmaktadır. Bu yönde bkz. **Sunay**, Reyhan; “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, SÜHFD, C.XXIII, 2015, S.1, s.27 vd.; **Doğan**, s.381-385.

<sup>23</sup> **Boyar**, Oya; “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.53-55.

<sup>24</sup> **Mowbray**, Alastair; The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2004, s.4.

<sup>25</sup> **Akandji-Kombe**, Jean-François; İnsan Hakları El Kitapları, No.7, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, (çev: Özgür Heval Çınar, Abdülcelil Kaya), Avrupa Konseyi, Brüksel 2008, s.18.

etkin bir şekilde korunmasını sağlayan taraf devletler, insan haklarına saygı yükümlülüğünü yerine getirmiş olurlar.

Takdir marjı doktrinine ilişkin tüm bu açıklamaların yanı sıra, insan haklarını bölgesel düzlemde koruyan İHAM, asgari ortak paydayı temin ederek, bir yandan evrensel insan hakları idealini bir yandan da kültürel çeşitliliği koruma yönünde gayret gösterse de benzer başvurularda taraf devletlere farklı nispette marj tanıdığına ilişkin eleştiriler çifte standart endişelerini beraberinde getirmektedir<sup>26</sup>. Daha da önemlisi, ulusal takdir marjı doktrinini destekleyen söylemin oluşması ve insan hakları bağlamında evrensel değerleri yansıtan bir vurgunun eksikliği, iç hukukta temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların denetiminde daha elverişli konumda buldukları iddiasıyla, ulusal makamları ikincil nitelikli ve uluslararası bir yargı organının denetimine karşı koymaya yönlendirebileceği belirtilmektedir<sup>27</sup>. Nihayetinde bu durumun evrensel değerlerin içinin oyulmasının yanı sıra, uzun vadede uluslararası insan hakları organlarının otoritesini tehlikeye sokabilme ihtimali mevcuttur. Takdir marjı doktrininin, insan haklarını güvenceleme mekanizmalarının otoritesini tehlikeye sokabilme ihtimalinin yanı sıra, ileri sürülen bir diğer husus da doktrin karmaşık bir yapıya sahip olmasıdır. Bu durumun nedeninin ise takdir marjı doktrininin uygulandığı vak'aların çeşitlilik göstermesi; aynı zamanda İHAM'ın doktrin çerçevesinde uyguladığı standartların zamanla gelişim göstermeye devam etmesidir<sup>28</sup>. Bu nedenle takdir marjı doktrininin sınırlarını olabildiğince net bir şekilde ortaya koymaya çalışırken içtihatların çeşitliliği ve zaman içerisinde doktrin gelişim gösterme durumu ihmal edilmemelidir.

## **B- Kavram**

### **1- Terminolojik Tartışmalar**

İnsan hakları ihlallerinin yargısal denetiminde, takdir marjının henüz yoknesak bir uygulamasının bulunmadığı eleştirisinden hareketle; takdir marjının bir doktrin

---

<sup>26</sup> **Benvenisti**, s.844; **Ni Aolain**, Fionnuala; "The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence", Fordham International Law Journal, C.IXX, 1995, S.1, s.114. İHAS'ın amacı olan; insan haklarının korunmasında Avrupa düzleminde bir ortaklık sağlama hedefine rağmen; İHAM tekdüzeliği dikte etmeye yetkili değildir. Bunun yerine, belli sınırlar içerisinde, Avrupa'da mevcut olan hukuki, kültürel, ideolojik çeşitliliğe saygı duymakla mükelleftir. Aynı yönde bkz. **Matscher**, Franz; "Methods of Interpretation of the Convention", in: The European System for the Protection of Human Rights, (ed.: Ronald-St. John Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1993, s.75.

<sup>27</sup> **Benvenisti**, s.844.

<sup>28</sup> **Contreras**, Pablo; "National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights", Northwestern Journal of International Human Rights, C.XI, 2012, S.1, s.33.

olarak adlandırılıp adlandırılmayacağı hususunda yazarlar arasında fikir birliği bulunmamaktadır<sup>29</sup>. Zira öğretide takdir marjının genel teorisinin henüz geliştirilmediği vurgulanmaktadır<sup>30</sup>. Bununla birlikte, sınırları net bir şekilde çizilemese de İHAM içtihatları kapsamında geniş bir kullanım alanı bulunan bir kavram olan takdir marjının, doktrin olarak ifade edilmesinde herhangi bir sakınca görülmemelidir<sup>31</sup>. Buradan hareketle, takdir marjının daha en başta adlandırılmasında bir fikir birliği mevcut olmadığından bahisle, üzerinde süregelen tartışmaların sona ermeyeceği rahatlıkla söylenebilecektir.

Yine de takdir marjının içtihatlar çerçevesinde geniş bir kullanım alanı bulduğu ve sınırlarını ortaya koymak hususunda gelişen içtihadî birikim göz önüne alındığında doktrin olarak adlandırılmasında bir tereddüt görülmemelidir. Takdir marjını bir doktrin olarak kabul ettikten sonra; bu doktrinin kavramsal olarak Türkçe literatürde ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında<sup>32</sup> yer alan farklı adlandırmalarını irdelemek gerekmektedir. İngilizce’de takdir marjı doktrininin karşılığı olarak *margin of appreciation*; Fransızca karşılığı olarak da *marge d'appréciation* kullanılmaktadır. Türkçe literatürde ve AYM içtihatlarında ise kavramın karşılığı olarak; “*takdir*

---

<sup>29</sup> **Legg**, s.14; **Greer**, Steven; “The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?”, UCL Human Rights Review, C.III, 2010, S.1, s.2.

<sup>30</sup> **Brems**, Eva; “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, ZaöRV, C.LVI, 1996, s.241.

<sup>31</sup> Aynı görüşte bkz. **Legg**, s.14 vd.

<sup>32</sup> İhlalin sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin belirleme yapma bakımından AYM geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda ilgili karar açısından AYM, “*takdir yetkisi*” terimini tercih etmiştir. *Şahin Alpay (2)*, 2018/3007, 15.03.2018, p.57, 58. İfade özgürlüğü bağlamında “*acil bir sosyal ihtiyaç*”ın var olup olmadığını ve bunun giderilmesi için ne tür tedbirler alınması gerektiğinin değerlendirilmesinde ulusal makamların takdir marjı mevcuttur. AYM, bu takdir marjının sınırsız olmayıp İHAM’ın denetimine tâbi olduğunu belirtirken ise “*takdir yetkisi*” terimini kullanmıştır. Aynı kararda hem takdir marjı hem de takdir yetkisi terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. *Birsen Berrak Tüzünataç*, 2014/20364, 05.10.2017, p.26. AYM devletin ister negatif yükümlülüğü isterse de pozitif yükümlülüğü söz konusu olsun, birey ve toplumun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına karar verirken, kamu gücünü kullanan organların belli bir takdir marjına sahip olduğunu göz önünde bulundurmaktadır. *Tayfun Cengiz*, 2013/8463, 18.09.2014, p.37; Aynı yönde bkz. *Hikmet Aslan*, 2014/11036, 16.06.2016, p.38.



*marj*<sup>33</sup>”, “*takdir payı*<sup>34</sup>”, “*takdir alanı*<sup>35</sup>”, “*takdir hakkı*<sup>36</sup>”, “*takdir yetkisi*<sup>37</sup>” gibi terimler kullanılmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki kamu gücü bir hak taşıyıcısından ziyade yetki sahibi olduğundan “*takdir hakkı doktrini*” kullanımı tercih edilmemelidir. Ayrıca öğretilerde, “*takdir yetkisi*” ve “*takdir hakkı*” kullanımlarının terminolojik açıdan sorunlu olduğu belirtilmektedir<sup>38</sup>. İHAM içtihatlarında “*right of appreciation*” ya da “*power of appreciation*” ifadeleri yer almadığından, terminolojik açıdan da takdir marjı doktrininin, sırasıyla; “*takdir hakkı*” veyahut “*takdir yetkisi*” olarak ifade edilemeyeceği vurgulanmaktadır<sup>39</sup>. Bahsedilen terminolojik gerekçeyle “*takdir yetkisi doktrini*” kabul edilemez bulunuyorsa, tutarlı olmak adına “*takdir alanı doktrini*” ifadesinin de “*margin of appreciation doctrine*” kavramını terminolojik açıdan karşılamadığından bahisle- kullanılması doğru olmayacaktır. Ancak, terminolojik açıdan İHAM’ın yargısal denetimi gerçekleştirirken kullandığı ilke, doktrin ve kavramların, anlamı en iyi ifade edebilecek şekilde çevrilebileceği söylenebilir. Bu nedenle de takdir marjı doktrini taraf devletinin bir manevra alanı olduğuna göre, “*takdir alanı doktrini*” teriminin kullanılmasında bir beis yoktur.

Ayrıca kamu gücü ancak yetki sahibi olacağından, takdir hakkından ziyade, takdir yetkisi kavramının kullanılmasında bir sakınca görülmemektedir. Yine de

---

<sup>33</sup> Terim olarak “*marj*” ve “*pay*” kelimeleri kullanılmaktadır. Örnek için bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.157.

<sup>34</sup> Marj kelimesi TDK’da yer almaktadır. Güncel Türkçe Sözlükte Fransızca kökenli sözcüğün karşılığı olarak *pay* kelimesi kullanılmıştır. <http://www.tdk.gov.tr>, (e.t.:12.04.2018).

<sup>35</sup> Örnek için bkz. **İnceoğlu**, Sibel; “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama ve Güvence Rejimi”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.32.

<sup>36</sup> *Tümay*’ın İngilizce olarak yayımladığı çalışmasının Türkçe özetinde “*margin of appreciation doctrine*”, takdir hakkı doktrini olarak çevrilmiştir. Takdir hakkı doktrini örneği için bkz. **Tümay**, “Margin of Appreciation.”, s.201. Takdir marjı doktrininin, Mahkeme tarafından taraf devlete tanınan bir hak olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak İHAS ve Ek Protokoller’de taraf devlete tanınan bir haktan söz edilemeyeceğinden, takdir marjını taraf devlete tanınan bir hak olarak değerlendirmek isabetli bir yaklaşım değildir. Takdir marjını taraf devlete tanınan bir hak olarak nitelendiren görüş için bkz. **Erkal**, Özlem; “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Devletlerin Takdir Marjı”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2015. s.25.

<sup>37</sup> **Atakan**, s.30 vd.; Yazar genel olarak “*takdir yetkisi*” terimini tercih etmiş; fakat esas itibarıyla “*takdir alanı/takdir marjı*” olarak da ifade etmekten çekinmemiştir. Takdir marjı doktrininin yetki, marj ve alan terimleriyle birlikte ifade edildiği bir örnek için bkz. **Metin**, Yüksel; “Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, SDÜHFD, C.VII, 2017, S.1, s.9, 27, 28. “*Ulusal takdir yetkisi doktrini*” kullanımı için bkz. **Çoban**, Ali Rıza; “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, AÜHFD, C.LVII, 2008, S.3, s.187-223.

<sup>38</sup> **Şirin**, “Takdir Marjı.” s.361; **Doğru**, Takdir Marjı., s.6.

<sup>39</sup> Yazar “*takdir marjı doktrini*” teriminin yanı sıra, “*takdir payı*” ve “*takdir alanı*” doktrini ifadelerinin de kullanılabilirliğini belirtmektedir. “*Takdir yetkisi*” ve “*takdir hakkı*” kullanımını ise anılan gerekçelerle kabul etmemektedir. **Şirin**, “Takdir Marjı.” s.362, 363, dn.16.

“*takdir yetkisi*” ifadesi, idarenin takdir yetkisi ile karışma ihtimali bulunduğundan bahisle bu çalışma kapsamında tercih edilmemektedir. Tüm bu gerekçelerle birlikte, “*marj*” kelimesi sözlük anlamıyla bir payın ifadesi olduğundan “*takdir payı*” terimi; takdir marjı doktrini yasama, yürütme, yargı organına tanınan bir değerlendirme sahası ve kamu gücüne tanınan bir yetki olduğundan “*takdir alanı/sahası*” ve “*takdir yetkisi*” terimleri, takdir marjı doktrini yerine kullanılabilir. Bu çalışma kapsamında ise kavramsal olarak “*takdir marjı doktrini*” tercih edilmektedir. Nitekim çalışma kapsamında takdir marjı doktrini teriminin tercih sebepleri mahiyetinde şu hususlar belirtilebilir. Öncelikle marj ifadesi TDK tarafından kabul edilen bir kelime olduğundan kullanılmasında bir sakınca görülmemektedir. Keza yukarıda açıklanan gerekçelerle terminolojik açıdan farklı kullanımlar tercih edilebilirse bile İHAM içtihatlarında açıkça marj olarak ifade edilen bir kavramın doğrudan karşılığının kullanılması tercih edilmektedir<sup>40</sup>. Ayrıca işaret etmek gerekir ki ulusal makamların manevra alanı olan takdir marjı doktrini, yargı kararlarında ve öğretide açıklığa kavuşturulurken, tercih edilen kavramın yeknesak bir biçimde kullanılması isabetli olacaktır<sup>41</sup>. Aksi halde kavram kargaşası yaşanarak, kavramın açıklığa kavuşturulması güçleşecek ve bu kargaşa da etkin yargısal denetim yapılmasının önünde bir engel teşkil edebilecektir.

## **2- Takdir Marjı Doktrini ile Benzer Kavramların Karşılaştırılması**

Esasen çatışan değerler arasında adil denge kurmak hususunda bir değerlendirme ölçütünü ifade eden takdir marjı doktrini, kökenleri veya kapsamı itibarıyla bazı kavramlarla benzerlik veya farklılıklar içermektedir. Bu nedenle, takdir marjı doktrinini daha iyi kavrayabilmek ve iç hukukta kullanılan benzer kavramlarla karıştırılmasının önüne geçmek için, doktrinin benzer kavramlarla karşılaştırmalı olarak incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Bu bağlamda bu başlık altında, takdir marjı doktrini; idarenin takdir yetkisi, hâkimin takdir yetkisi ve yasamanın genelliği ilkesi ile karşılaştırılarak incelemeye tâbi tutulacaktır.

<sup>40</sup> Aynı yönde bkz. Şirin, “Takdir Marjı.”, s.363.

<sup>41</sup> Son tahlilde, yukarıda açıklanan gerekçelerle birlikte, tercih edilen takdir marjı doktrini kavramı yerine, aynı anlama gelecek şekilde; takdir yetkisi, takdir alanı, takdir payı, takdir sahası tercih edilebilir. Ancak, takdir yetkisi şeklinde bir kullanımın, idarenin takdir yetkisi ile karışma ihtimali bulunduğundan tercih edilmemesi gerektiğini belirtmek gerekir.

## a- İdarenin Takdir Yetkisi ve Değerlendirme Marjı

Başlangıçta hukuk rejimine tâbi olan, faaliyetleri tamamen hukukla çerçevelenmiş olan bir devletin hukuk devleti sayılabilmesi için yeterli nitelikleri bünyesinde barındırdığı düşünülmüş, kısacası hukuk rejimine tâbi olan bir devletin hukuk devleti olduğu fikri kabul görmüştür. Bu bağlamda mekanizma olarak hukuk devleti şeklinde kavramsallaşan ve zamanla yeterli görülmeyen bu ilk durum; gelişim sürecine girerek, hukukun içeriğinin birtakım niteliklere sahip olması ve özsel olarak hukuk devleti anlayışını yansıtmaması gereği belirtilerek geliştirilmiştir<sup>42</sup>. Bu nedenle, sadece bir devletin hukuk rejimi içerisinde var olması anlayışı, çağdaş anlamda hukuk devleti anlayışını yansıtmamaktadır.

İdarenin keyfi eylem ve işlemlerine engel olmak amacıyla, idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimi hukuk devleti kuramının başlangıç noktası kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Bununla birlikte, idari organların yargısal denetiminin sınırı ise önemli bir sorun teşkil etmektedir. Keza idare tüm eylem ve işlemleriyle hukukla bağlı olup, bütün eylem ve işlemlerin yasama işlemiyle öngörülmesi imkânsızlığı karşısında, idare organları -idarenin kanuniliği ilkesinin bir gereği olarak- ilgili hukuk kuralı çerçevesinde serbestçe karar alma, hareket etme yetkisine sahiptirler<sup>44</sup>. Ayrıca, idarenin her gün almak zorunda olduğu kararlar karşısında, kamu yararına nasıl ulaşılacağına önceden bilinen bir yolu olmadığı için idarenin takdir yetkisine sahip olduğu belirtilir<sup>45</sup>. İdarenin takdir yetkisini denetleyen yargı makamlarının sınırına

<sup>42</sup> Yürürlükteki kurallar, hak ve özgürlüklerin dinamik, evrimci, bütünsel özelliklerini yansıtmalıdır. Bu yönde gelişimi ortaya koyan görüş için bkz. **Kaboğlu**, İbrahim Ö.; Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 13. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s.20 vd. Başlangıçta yürütme organının hukukla bağlı olmasının gerekli ve yeterli olduğu düşünülmüştür. **Özbudun**, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.124, 125. Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir. Hukuk devleti ilkesinin tarihsel gelişiminde; mülk devlet anlayışı, polis devleti anlayışı, hazine teorisi ortaya çıkmıştır. *Gözler*'e göre; yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuka bağlılığı hukuk devletinin genel gerekleri iken; idarenin yargısal denetimi, hâkimlerin bağımsız ve teminatlı olması, idari faaliyetlerin bilinebilir olması, hukuki güvenlik ilkesi, idarenin mali sorumluluğu ve diğer gerekler ise hukuk devletinin özel gerekleridir. Bu konuda bkz. **Gözler**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2018, s.207-225.

<sup>43</sup> Hukuk devleti, idari işlemlerin yargısal denetimiyle başlamış; yasama işlemlerinin anayasaya uygunluk denetimi ile gelişim göstermiştir. Bu süreç, anayasal düzenin kendisini de sorgulayabilen bir devlet-ötesi sistemle tamamlanacaktır. **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku., s.21.

<sup>44</sup> **Yayla**, Yıldızhan; "İdarenin Takdir Yetkisi", İÜHFMD, C.XXX, 1964, S.1-2, s.201, 202. İdarenin belli bir konuda karar alıp almama veya seçim yapma imkânına sahip olmasına idarenin takdir yetkisi denir. İdari işlemin hukukiliği kadar, yerindeliği; yani kendisinden beklenen kamu yararının etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi beklenir. Yerindeliği yüksek kararlar alma düşüncesiyle idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Bkz. **Gözler**, Kemal; İdare Hukuku, C.I, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s.943, 950. Ayrıca bkz. **Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan**, s.291 vd.; **Akgüner/Berk**, s.106 vd.

<sup>45</sup> **Gözler**, İdare., s.950, 951; **Kalabalık**, Halil; "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", GÜHFD, C.I, 1997, S.2, s.206-210. Almanya öğretisinde de iki değer

gelince<sup>46</sup>; 1982 Anayasasının 125. maddesinin 4. fıkrası ile 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasını ortaya koymak gerekir<sup>47</sup>.

1982 Anayasasının 125. maddesinin 4. fıkrası uyarınca; “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.”<sup>48</sup>.

Anayasal norma uygun bir biçimde 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.”

İlgili hükümlerden hareketle uygulamada, idari yargı, takdir yetkisinin mutlak ve keyfi olarak kullanılan bir yetki olmadığını belirterek, “kamu yararına” ve “kamu hizmetinin gereklerine” uygunluk denetimi yapmaktadır<sup>49</sup>. Başka bir deyişle, idarenin takdir yetkisinin sınırları çizilirken, idarenin takdirinin kamu yararına ve kamu hizmetinin gereklerine uygunluğu denetlenmektedir. 1982 Anayasası ve 2577 sayılı İYUK'da yer alan, idarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde yargı kararı verilememesi kuralı ve yerindelik denetimi yasağı, idarenin takdir yetkisine

---

arasında uzlaşmaya varmak için idarenin takdir yetkisine sahip olduğu belirtilir. İdarenin keyfi eylem ve işlemlerine karşı yurttaşların korunması karşısında adaletin gerçekleşmesi ve yasama organı tarafından öngörülme- yen özel durumların idare tarafından belirlenmesi yönünde pratik ihtiyaçlar arasında uzlaşma gerekliliği nedeniyle idareye takdir yetkisi bırakılır. Bkz. **Pakuscher**, s.106.

<sup>46</sup> İdarenin takdir yetkisi ve yargısal denetim hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. **Kaya**, Cemil; İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

<sup>47</sup> *Gözler*'e göre, bu hükümler olmasa bile idari işlemlerin yargısal denetiminde yerindelik denetimi yapılamaz. İdari işlemlerin hukukiliğini denetleyen yargı organları, hukuk mantığından çıkan sonuca göre idari işlemlerin yerindeliğini araştıramaz; dolayısıyla idarenin takdir yetkisini denetleyemezler. Bununla birlikte yazar, sebep unsuruna ilişkin takdir yetkisini “değerlendirme marjı” olarak nitelendirmektedir. Değerlendirme marjı, idari işlemin sebep unsurunda sahip olduğu bir yetkidir. İdare, belirsiz kavramı yorumlayarak, sebebin belirsiz kavram açısından hukuki tavsifini yapmaktadır. Hukuki bir mesele olan değerlendirme marjının yargısal denetimi mümkündür. İdarenin takdir yetkisi ise yerindelik meselesine ilişkin olduğundan yargısal denetime tâbi tutulamaz. Bunun yanı sıra, yazara göre idarenin takdir yetkisi sadece konu unsuruna ilişkindir. Ancak yargı organları, idarenin takdir yetkisini yargısal denetime tâbi tutarak yerindelik denetimi yapmaktadır. Bu konudaki görüşleri için bkz. **Gözler**, İdare., s.944-976.

<sup>48</sup> Yerindelik denetiminin hiçbir surette yapılamayacağı vurgusu, 2010 referandumuyla gerçekleşen Anayasa değişikliği ile 1982 Anayasasının ilgili madde metnine eklenmiştir.

<sup>49</sup> **Kaya**, s.117-196; **Akgüner/Berk**, s.107; **Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan**, s.293, 294.

dayanılarak tesis edilen işlemlerin, yargısal denetimin dışında kalacağı anlamına gelmemektedir.

Öğretide idarenin takdir yetkisine ilişkin olarak serbestçe karar alma ve hareket etme yetkisinin, idari işlemlerin hangi unsurlarıyla birlikte kabul edileceği hususu tartışmalıdır<sup>50</sup>. İdari işlemlerin; yetki ve şekil unsurlarında idarenin takdir yetkisinin söz konusu olamayacağı genellikle kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Ancak, konu ve sebep unsurunda idarenin takdir yetkisinin söz konusu olabileceğini dile getirenler olduğu gibi, idarenin takdir yetkisini sadece konu unsuruyla sınırlayanlar da mevcuttur.

İdari işlemin ortaya çıkardığı hukuki sonuç, işlemin konusunu oluşturmaktadır. Hukuk kuralının belirttiği “*gereken tedbirlerin alınması*”, “*gerekli işlemleri yapar*” ifadeleri, bir konuya ilişkin idarenin nasıl davranacağını ilgili idareye bırakmakta veya “*yapabilir*”, “*atanabilir*” gibi tercih imkânı tanıyan ifadelerle idareye takdir yetkisi tanınmaktadır. İdari işlemin konu unsuruna ilişkin idarenin takdir yetkisine sahip olabileceği hususu tartışmasız kabul edilmesine rağmen; idari işlemin yapılmasına yol açan hukuki işlem veya maddi olay olan idari işlemin sebep unsurunda idarenin takdir yetkisi tartışmalıdır. Yaygın görüşe göre, “*gerekli görüldüğünde*” gibi idareye yapacağı işlemin sebebini belirleme imkânı tanıyan ya da “*genel sağlık*”, “*genel ahlak*”, “*kamu düzeni*” gibi belirsiz kavramların (*indefinite legal concept*) sebep olarak belirlenmesi halinde idare, işlemin sebebini belirleme yönünde serbestçe karar alma yetkisine sahiptir. Bu durum öğretide yaygın bir görüş olarak idarenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir<sup>52</sup>. Ancak *Gözler*, idarenin takdir yetkisini; idarenin işlemin konu unsuruna ilişkin olarak “*belli bir konuda karar alıp almama veya seçim yapma imkânına sahip olması*” olarak değerlendirmekte ve idare tarafından, idari işlemin sebep unsuruna ilişkin yapılan yorum ve hukuki tavsif/nitelendirme faaliyetini ise “*değerlendirme marjı*” olarak tanımlamaktadır. Almanya öğretisinden hareketle, sebep unsuruna ilişkin takdir yetkisi değerlendirme marjı olarak isimlendirilmiş;

<sup>50</sup> **Kırışık**, Fatih /**Aydın**, Nizamettin; “İdari İşlemlerin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı Sorunu”, SDÜİİBFD, C.VII, 2002, S.2, s.337. İdarenin takdir yetkisinin kabul edildiği bazı durumlar için bkz. **Kalabalık**, s.210-215.

<sup>51</sup> **Kırışık/Aydın**, s.337-342. Takdir yetkisi, amaç unsurunda kamu yararına uygun kullanılmalıdır. İdari işlemin unsurlarında takdir yetkisi için bkz. **Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan**, s.294. İdarenin takdir yetkisini şekil unsuru bakımından kabul edenler de bulunmaktadır. Bkz. **Akgüner/Berk**, s.109. *Onar*’a göre; idarenin sebep, şekil ve konu unsurlarında idarenin takdir yetkisi söz konusu iken; yetki unsurunda idarenin takdir yetkisi yoktur. **Onar**, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s.425.

<sup>52</sup> İdari işlemin unsurları için bkz. **Gözler**, İdare., s.744 vd.

belirsiz hukuki kavramların yorum ve hukuki tavsifinin hukuki mesele olduğu belirtilerek değerlendirme marjı yargısal denetime tâbi tutulmuştur<sup>53</sup>. *Gözler*'e göre, idarenin işlemin konu unsuruna ilişkin olarak sahip olduğu yetki, yerindelik meselesine ilişkin görüldüğünden bahisle, konu unsuruna ilişkin idarenin takdir yetkisi yargısal denetime tâbi tutulamaz<sup>54</sup>.

Esasen idari işlemin sebep unsuruyla bağlantılı olan takdir yetkisinin, değerlendirme marjı olarak ayrıca bir kavram oluşturulması hususunun önemi, yargısal denetim bahsinde ortaya çıkmaktadır. Kısacası değerlendirme marjı olarak isimlendirilen husus aslında idari işlemin sebep unsuruna ilişkin takdir yetkisidir ve yargısal denetime tâbidir. Ancak *Gözler*'e göre işlemin konu unsuruna ilişkin takdir yetkisi yerindelik meselesi olarak görüldüğünden, yargısal denetime tâbi değildir.

Değerlendirme marjı kavramının Almanya öğretisinden hareketle seçildiği belirtilmektedir<sup>55</sup>. Ayrıca, değerlendirme marjının Fransızca (*marge d'appréciation*) ve Almanca (*Beurteilungsspielraum*)<sup>56</sup> karşılıkları verilmektedir. Görüldüğü üzere, değerlendirme marjı olarak ifade edilen sebep unsuruna ilişkin takdir yetkisi, Almanya öğretisinde yer alan takdir marjı doktrininden esinlenilerek ortaya konulmuştur. Ancak, buradaki takdir marjı ile kastedilen ulusal hukukta idarenin eylem ve işlemlerinde değerlendirme yapma yetkisidir. Öğretide, İHAM'ın kullandığı takdir marjı doktrini ile idare hukukundaki takdir marjı kavramlarının, belirli kesişme alanları söz konusu olsa da birbirlerinden farklı nitelik arz ettikleri vurgulanmaktadır<sup>57</sup>.

## i- Kapsam Bakımından Ayrışma

Öğretide, mevcut yapısal farklılıkları nedeniyle, idarenin takdir yetkisi ile takdir marjı doktrininin birbirine benzetilerek açıklanmaya çalışılması

---

<sup>53</sup> *Belirsiz hukuki kavramların (indefinite legal concept)* yorumu ve hukuki tavsifi ile kastedilen şudur. Örneğin idare tarafından “*genel ahlak*” kavramının ne anlama geldiğinin yorumu yapılır. Ardından somut olayda vakıaların hukuki tavsifi yapılarak “*genel ahlak*” kavramının içine girip girmediğinin kararı verilir. **Gözler**, *İdare.*, s.903. Belirsiz hukuki kavramlar, bağlı yetki ile takdir yetkisi arasındaki karşılığı yumuşatmaktadır. İdari işlemin sebep unsurunu gösteren belirsiz hukuk kavramı kullanılmış olduğundan idare kısmen bağlı, kısmen de serbesttir. **Azrak**, Ali Ülkü; “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, *İÜHFİM*, C.VI, 1985, S.1-3, s.24.

<sup>54</sup> **Gözler**, *İdare.*, s.903.

<sup>55</sup> **Gözler**, *İdare.*, s.899, 903.

<sup>56</sup> Öğretide, 1955'de *Bachoff* tarafından ortaya atılan “*Beurteilungsspielraum*” kavramı için “*idarenin değerlendirme alanı*” çevirisi de yapılmıştır. Bu kavram, belirsiz hukuki kavramlar konusunda, idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin denetiminin sınırı konusunda ileri sürülen bir teori olarak aktarılmıştır. **Yılmaz**, Dilşat; “Alman İdare Hukuku'nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *İÜHFİM*, C.LXIX, 2011, S.1-2, s.1026.

<sup>57</sup> *Rupp-Swienty*'nin görüşünü akt. **Şirin**, “Takdir Marjı.”, s.364 ve oradaki atıflar.

eleştirilmektedir<sup>58</sup>. Keza takdir marjı doktrini, uluslararası organlarla ulusal makamlar arasında geçerli olan dikey ilişkide, ulusal makamlara tanınan “*düşey*” bir değerlendirme yapma yetkisidir. İdarenin takdir yetkisi ise ulusal kapsamda, yatay seviyede bir değerlendirme yapma yetkisidir.

Keza bölgesel insan hakları koruma mekanizması olan İHAM’ın geliştirdiği takdir marjı doktrininin, kökenleri itibarıyla idarenin takdir yetkisine dayandığı açıkça zikredilebilir. Öğretide yaygın olarak, İHAM’ın uyguladığı takdir marjı doktrininin kökeninin, idarenin takdir yetkisine ilişkin Fransa uygulamasına dayandığı kabul edilmektedir. Ancak takdir marjı doktrininin doğrudan Fransa’dan alınan bir kavram olarak belirlenmesine karşı çıkan bir görüş de mevcuttur<sup>59</sup>. Kamu hukukunda söz konusu olan idarenin takdir yetkisi elbette ki ulusal hukukta farklı nitelikler içerse de takdir marjı doktrininin Kıt’a Avrupası Hukuku’nda idareye bırakılan takdir yetkisinden doğduğu söylenebilir.

İdarenin takdir yetkisinden esinlenilerek doğan ve evrimi halen tamamlanmayan takdir marjı doktrini, bölgesel veya uluslararası niteliğinden ötürü kapsam bakımından daha genişdir<sup>60</sup>. Şöyle ki ulusal idari organların hukuken çizilen çerçeve içerisinde takdir yetkisini kullanarak tesis ettikleri eylem veya işlemler, bireylerin Sözleşme kapsamında korunan hak ve özgürlüklerine yönelen bir müdahale teşkil edebilir. Ulusal yargı organlarının ilgili eylem veya işlemi denetlemesi ve tüm hukuki yollar tüketilmesine rağmen, ihlal iddiası söz konusu ise bu noktada idarenin kullandığı takdir yetkisi kapsamındaki eylem veya işlem, başvuruçunun hak ve özgürlüğüne yönelen bir müdahale olarak Sözleşme’nin ihlaline yol açabilir. Buradan hareketle, ulusal makamlardan biri olan idarenin, ulusal hukuk uyarınca kullandığı takdir yetkisi, İHAM önünde takdir marjı doktrinine sahip ulusal makamlardan sadece birini, idareyi yansıtmaktadır. Ancak İHAM’ın taraf devletin sahip olduğu değerlendirme ve manevra alanı niteliğinde bırakmış olduğu takdir marjı doktrini, yalnız idari organların haiz olduğu bir yetki değildir. Ulusal makamlar sadece idari

---

<sup>58</sup> **Arai-Takahashi**, Yutaka; “The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg’s Variable Geometry”, in: *Constituting Europe*, (ed.: Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein), Cambridge University Press, New York 2013, s.64.

<sup>59</sup> Tekrardan kaçınmak adına burada takdir marjının kökenleri başlığına atıf yapmakla yetiniyoruz. Ayrıca bkz. **Matscher**, s.76, dn.67.

<sup>60</sup> AYM’nin takdir marjı doktrinini kullanması, doktrinin bölgesel veya uluslararası niteliğine halel getirmez. Çünkü doktrinin kullanılması İHAM içtihatları kaynaklıdır. AYM’nin İHAM içtihatlarını dikkate alarak çerçevesini çizdiği takdir marjı doktrini, tüm ulusal makamlara tanınan bir yetki olarak düşünülmelidir.

organlarla sınırlı olmamakta; yasama, yürütme ve yargı organları takdir marjına sahip olan makamlar olarak değerlendirilmektedir. Görüldüğü gibi İHAM'ın ortaya koyduğu takdir marjı doktrini, nitelik itibarıyla ulusal nitelikteki idarenin takdir yetkisinden daha geniş kapsamlıdır. İdarenin takdir yetkisi, ulusal makam olan idarenin, ulusal düzeyde kendilerine tanınan takdir marjını kullanış biçimidir.

Örnek mahiyetinde açıklama yapmak gerekirse, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, il sınırları içerisinde kolluk kuvveti ve teşkilatının amiri olan vali, kamu düzenini korumak için gereken tedbirleri alır. Yine 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca toplantı ve gösteri yürüyüşleri ertelenebilir veya suç işleneceğine ilişkin açık ve yakın tehlike halinde yasaklanabilir. İlgili hükümlere istinaden, valiliğin Taksim'de gerçekleşmesi planlanan 1 Mayıs eylemini veya onur yürüyüşünü yasaklaması, mevzuat hükümleri kapsamında idarenin takdir yetkisini kullanmasıdır. Ulusal hukukta gerçekleşecek idari yargı denetimi sırasında, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma niteliğindeki İHAS'ın dikkate alınması gerekmektedir<sup>61</sup>. Aksi halde, İHAM'a yapılan başvuru çerçevesinde, valiliğin kullandığı yetki, İHAS'ın 11. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleme hakkına müdahale teşkil ettiğinden bahisle ölçülülük incelemesine tâbi tutulacaktır. Bu durumda İHAM'ın gerçekleştirdiği denetimde, valiliğin kullandığı takdir yetkisi, bir başka deyişle idarenin takdir yetkisi; ulusal makamın (valilik), kamu düzenini temin etme yönünde sahip olduğu takdir marjı çerçevesinde kullanmış olduğu bir değerlendirme yapma yetkisidir<sup>62</sup>. Görüldüğü gibi valiliğin takdir yetkisi çerçevesinde idari işlemi, takdir marjına sahip olan ulusal makamlardan sadece birinin idarenin takdir yetkisi aracılığıyla ulusal takdir marjını, değerlendirme yapma yetkisini kullandığını göstermektedir. Bu marjın sınırının aşıp aşılmadığının denetimi ise

---

<sup>61</sup> Danıştay tarafından, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca idarenin takdir yetkisini İHAM kriterlerine uygun olarak kullanması gerektiğine karar verilmiştir. Zira Danıştay, mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde hukukilik kriterine, kamu yararı meşru amacına ve ölçülülük ilkesine uygunluk aranması gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. *Danıştay Altıncı Dairesi, E.2013/2811, K.2016/115, T.25.01.2016.*

<sup>62</sup> 1 Mayıs eylemlerine ilişkin valilik yasaklarının İHAS'ın 11. maddesini ihlal ettiği yönünde bkz. *Disk ve Kesik/Türkiye, 38676/08, 27.11.2012; Süleyman Çelebi ve Diğerleri (no. 2)/Türkiye, 22729/08, 12.12.2017.*



ulusal makamın sahip olduğu marjın derecesinden hareketle ölçülülük ilkesiyle saptanacaktır<sup>63</sup>.

## ii- İdarenin Takdir Yetkisi ile Takdir Marjının Kesişim Kümesi

Belirsiz hukuki kavramların yorumlanmasında ve hukuki tavsifinde idarenin kullandığı takdir yetkisi<sup>64</sup>, İHAS'ta yer alan sınırlandırma ölçütleriyle benzerlik taşıyabilir. Meşru amaç veya sınırlandırma ölçütü olarak ifade edilen “*genel ahlak*”, “*kamu yararı*”, “*genel sağlık*” gibi ölçütlerin değerlendirilmesinde ulusal makamlar belirli bir takdir marjına sahiptirler. Bu durum takdir marjı doktrini ile idarenin takdir yetkisinin tam olarak örtüştüğünü göstermemekte; ancak sınırlandırma ölçütleri ve hukuki sebepler itibarıyla benzerliğin söz konusu olabileceğini ortaya koymaktadır. Nitekim *Gözler*'in de değerlendirme marjı olarak kavramsallaştırdığı husus, belirsiz hukuki kavramlara dayanarak tesis edilen işlemlere ilişkindir. Bu bağlamda, sebebe ilişkin takdir yetkisinin kullanıldığı durumlarda, idarenin takdir yetkisi ile takdir marjı doktrinin benzerlik gösterdiği söylenebilir. Yalnız bu benzerliği ifade ederken takdir marjı doktrininin bölgesel veya uluslararası niteliğini göz ardı etmemek gerekmektedir.

### b- Hâkimin Takdir Yetkisi

Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı hüküm içi (*intra legem*) boşlukların; hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlâkî düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir<sup>65</sup>. Kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı hüküm içi boşluk hallerinde bir hüküm vardır, fakat uygulanabilmesi, hüküm dışı unsurlarla tamamlanmasına bağlıdır<sup>66</sup>. Dolayısıyla hâkimin takdir yetkisini

<sup>63</sup> Ölçülülük ilkesi için bkz. **Metin**, Yüksel; Ölçülülük ilkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

<sup>64</sup> Yukarıda açıklandığı üzere, idarenin takdir yetkisine ilişkin bu alan *Gözler*'in değerlendirme marjı olarak ayrı tuttuğu alandır.

<sup>65</sup> Naklen bkz. **Edis**, Seyfullah; “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, AÜHFD, C.XXX, 1973, S.1, 172. Ayrıca bkz. **Gözler**, Kemal; Hukuka Giriş, 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s.359 vd.

<sup>66</sup> Hüküm içi boşluk bu durumda kanun boşluğundan ayrılır. Kanun boşluğunda, kanunda uygulanabilir bir hüküm yoktur. Detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.88 vd.

kullanması, kanun boşluğunu doldurmak sayılmaz. Kanun boşluğu, örf adet hukukuna başvurulmasını ve gerektiğinde hâkimin hukuk yaratmasını zorunlu kılmaktadır<sup>67</sup>.

Hâkimin takdir yetkisi ve bunu nasıl kullanacağı 4721 sayılı TMK'nın 4. maddesinde aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

*“Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”*

Öğretide, idarenin takdir yetkisi ile hâkimin takdir yetkisi çeşitli boyutlarıyla karşılaştırılmaktadır<sup>68</sup>. Her ikisi de kanunun izin verdiği hallerde kullanılabilir. Ayrıca, yetkilerin kullanılması soyut olmamakla birlikte gerekçelere dayanmaktadır. Bunun yanı sıra hem idarenin takdir yetkisi hem de hâkimin takdir yetkisi yargısal denetime tâbidir. Hâkimin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı üst mahkemelerce denetlenmektedir.

4721 sayılı TMK'nın 4. maddesinde belirtilen hâkimin takdir yetkisinde hâkim, durumun gereklerini ve haklı sebepleri göz önünde tutarak hakkaniyete uygun tek bir çözüm bulmalıdır. İdarenin takdir yetkisi ise bu durumdan farklı olarak çok çözümlü bir durum arz eder<sup>69</sup>. Bu çözümlerden hangisi seçilirse seçilsin gayri adil olmamalıdır. TMK 4. maddesi adaletin dağıtımına yönelik olduğu halde, idarenin takdir yetkisi ise kamu gücünün en iyi biçimde yürütülmesi işlevini sağlama amacı güder<sup>70</sup>.

Hüküm içi boşluğun söz konusu olduğu, bir kanun hükmünün hâkime bir araştırma ve değerlendirme ile hükmün unsurlarını tamamlama görevi bıraktığı hallerde; hâkim, takdir yetkisini kullanarak hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşır. Ancak, hâkimin takdir yetkisinin hakkaniyete uygun bir çözüm bulma amacı, yargı işlevine ilişkin olduğu halde; idarenin takdir yetkisi yürütme fonksiyonuna ilişkindir. Sadece tek bir işleve ilişkin faaliyet olan hâkimin takdir yetkisi ve idarenin takdir yetkisinin aksine; takdir marjı doktrini, tüm ulusal makamların (yasama, yürütme, yargı) sahip olduğu değerlendirme yetkisidir.

---

<sup>67</sup> Edis, s.173.

<sup>68</sup> Kaya, s.103 vd.; Edis, s.175,176; Kalabalık, s.216.

<sup>69</sup> Edis, s.175.

<sup>70</sup> Kalabalık, s.217.

Ulusal yargıcın, kanun koyucunun bilinçli bıraktığı hüküm içi boşlukları tamamlamak üzere, kanun hükmünün unsurlarını tamamlama görevi, bizzat kendisinin haiz olduğu bir takdir yetkisidir. Oysaki İHAM'ın gerçekleştirdiği denetimde uluslararası yargıçların bu yönde bir takdir yetkisinden bahsedilemez. Takdir marjı doktrininde, uluslararası yargıçların değerlendirme yetkisi inceleme konusu değildir. Aksine tüm ulusal makamlara bırakılan değerlendirme yapma yetkisi, yetkinin derecesi ve sınırları inceleme konusu olmaktadır. Hâkimin takdir yetkisi ulusal yargıcın kimi koşullarda somut vakalara ilişkin değerlendirme yapma yetkisi iken; takdir marjı doktrininde uluslararası yargıçların değerlendirmeleri takdir marjı doktrininin konusu değildir. Ancak ulusal hâkimin bir hükmü yorumlaması, bireylerin Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açabilir.

### c- Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi

Yasama yetkisinin başlıca genellik, aslilik<sup>71</sup> ve devredilmezlik<sup>72</sup> olmak üzere üç temel özelliği bulunmaktadır<sup>73</sup>. Genel, soyut ve objektif hukuk kuralları koyma yetkisine sahip olan yasama organı, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konuyu düzenleme yetkisine sahiptir<sup>74</sup>. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinin ifade ettiği ilk husus, kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olmasıdır<sup>75</sup>. Öğretide de liberal düşüncenin ileri sürdüğü taleplerle bağlantılı olarak, kanunlar aracılığıyla bazı sosyal ve ekonomik alanlara müdahale edilmemesi yönündeki taleplerin; yalnızca ideolojik olduğu belirtilmektedir<sup>76</sup>. Dolayısıyla yasama organı, Anayasaya aykırı olmadığı sürece her konuyu kanunla düzenleme yetkisine sahiptir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinin ikinci olarak ifade ettiği husus, yürütme organına

<sup>71</sup> *Yasama yetkisinin asliliği*, yasama organının bir konuyu doğrudan doğruya, araya herhangi bir işlem girmeksizin düzenleyebilmesidir. Sadece yasama organı bir konuyu özerk ve serbest olarak düzenleyebilir. Bkz. **Özbudun**, Anayasa., s.209.

<sup>72</sup> *Yasama yetkisinin devredilmezliği*, yasama yetkisinin başka bir devlet organına devredilme yasağıdır. Kamu hukukunda hiçbir devlet organı anayasa ve kanunlarda aldığı yetkiyi, açıkça bir izin olmaksızın başka bir devlet organına devredemez. Bu ilke hukuki kural haline gelmese bile mevcuttur. Bu bağlamda devredilmezlik ilkesi tüm organlar için geçerlidir. **Özbudun**, Anayasa., s.210; **Gözler**, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.I, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s.824.

<sup>73</sup> **Özbudun**, Anayasa., s.205 vd.; **Gözler**, Anayasa., s.822; AYM'nin 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde ilkelere ilişkin içtihatları için bkz. **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s.291 vd.

<sup>74</sup> Bu konu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Anayasa'da açıkça tanınmayan bir yetki kanunla yasama organına verilemez. Öğretideki tartışmaların, AYM kararı ile ele alınarak irdelendiği çalışma için bkz. **Başlar**, Kemal; "Anayasa Mahkemesinin Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararının Düşündürdükleri", Yasama Dergisi, 2007, S.7, s.22 vd.

<sup>75</sup> **Özbudun**, Anayasa., s.209; **Başlar**, s.22.

<sup>76</sup> **Gözler**, "Anayasa.", s.822.

bırakılmış “mahfuz” bir düzenleme yetkisinin bulunmadığıdır<sup>77</sup>. Üçüncü olarak, yasama organının bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı bir biçimde düzenleyebileceğidir<sup>78</sup>.

Kısaca ifade etmek gerekirse, yasama yetkisinin genelliği ilkesi ile kast edilen; yasama organının anayasaya aykırı olmaksızın istediği konuyu, dilediği ayrıntıda düzenleyebilmesi; bununla ilgili de yürütme organına “mahfuz” bir düzenleme yetkisinin bırakılmamış olmasıdır. Bununla birlikte, Kıt’a Avrupası Hukuk sisteminde yaygın olarak kabul edilen, merkezileşmiş bir anayasaya uygunluk denetimi sistemidir. Denetimin *a priori* ya da *a posteriori* yapılması, denetimi harekete geçirebilecek kişi, kurum veya makamların değişmesi söz konusu olsa da sistemin temelinde, anayasal kurumların hakemi; temel hak ve özgürlüklerin bekçisi bir yapı öngörülmektedir<sup>79</sup>. Buna karşılık AYM’nin son yıllarda artan bir şekilde içtihatlarında yasama yetkisinin genelliği ilkesine atıf yaparak çekinik konumda kaldığı belirtilmektedir<sup>80</sup>.

Bununla birlikte, yasama organının “*takdir hakkının*” bulunduğu yönünde içtihatlar da göstermektedir ki AYM takdir marjı doktrinini kullanmaktadır. Burada cevaplanması gereken soru şudur. Takdir marjı doktrini ile yasamanın genelliği ilkesi birbirini karşılayan iki kavram mıdır? Keza, soyadı hakkına ilişkin olarak AYM önüne gelen iki davada, yasama organının “*takdir hakkının*” bulunduğu çıkarımından hareketle, takdir marjı doktrininin belli ölçülerde yasama yetkisinin genelliği ilkesini karşıladığı belirtilmektedir<sup>81</sup>.

Bu çerçevede, yasama organının anayasaya aykırı olmayan bir hususta tüm detaylarıyla bir kanun hazırladığını farz edelim. Bu durumda olağan hukuk yolları tüketildikten sonra İHAM’a ihlal iddialarıyla başvurulduğunda, İHAM ilgili kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını değerlendirmeyecektir. İHAM önünde yapılacak denetim sırasında İHAS kapsamında başvurucunun bir hak ve özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği dikkate alınacaktır. Fakat ulusal bir makam olan yasama organı bir hususu, taraf devletin egemenlik yetkisi gereğince dilediği gibi düzenleme yönünde

---

<sup>77</sup> **Özbudun**, Anayasa., s.209. Yürütme organına bırakılan mahfuz alanların olduğu görüşü için bkz. **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku., s.887.

<sup>78</sup> **Özbudun**, Anayasa., s.209; **Başlar**, s.23, 24.

<sup>79</sup> **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku., s.395 vd.

<sup>80</sup> **Şirin**, “Takdir Marjı.”, s.387.

<sup>81</sup> **Şirin**, “Takdir Marjı.”, s.386.

bir yetkiye; bir başka deyişle takdir marjına sahiptir. Ancak bu yetki sınırsız olmayıp, yasama organının bir konuyu ele alış biçiminin ve içeriğinin Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklere uygunluğu İHAM’ın denetimine tâbidir.

Örnek mahiyetinde ifade etmek gerekirse, İHAS’a taraf bir devletin, usul kanununda gözaltı sürelerini yerleşik içtihatlarla aykırı bir biçimde daha uzun olarak belirlemesi ihtimalinde, hakkında mevzuat hükümleri uygulanan ilgili kişinin başvurusu sonucunda söz konusu mevzuata ilişkin uygulama içtihatlar kapsamında değerlendirilecektir. Takdir marjını kullanan ulusal makamlardan biri olan yasama organının bir yasama işlemi, örnekte belirtildiği üzere hak ve özgürlüklere yönelik olarak bir ihlale yol açabilecektir. Bu nedenle yasama organı, yasamanın genelliği ilkesi çerçevesinde dilediği konuyu dilediği ayrıntıda yasama işlemi olarak düzenleyebilse de yasama organının bu yetkisi ulusal makamlara tanınan takdir marjının kullanılış biçimi olduğundan, hakkında mevzuat hükümleri uygulanan kişinin başvurusu neticesinde İHAM’ın denetimiyle karşılaşma ihtimali mevcuttur. Söz konusu örnekte yerleşik içtihatlarla aykırı bir şekilde şüphelinin gözaltı veya tutukluluk sürelerini belirleyen bir usul kanunu, başvurusunun İHAS’ın 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline neden olacaktır. Bu kapsamda taraf devletin ulusal hukuku uyguladığı yönünde yaptığı savunmalar ise yeterli görülmeyecektir.

Öğretide, yasama yetkisinin genelliği ilkesi ile takdir marjı doktrini arasındaki farkların ölçülülük ilkesinden hareketle ortaya konulduğu görülmektedir. *Barak*, ölçülülük ilkesinin unsurlarını irdelerken, ölçülülük alanı kavramını ortaya atmış ve bu kavramı takdir marjı doktriniyle karşılaştırmaya tâbi tutmuştur<sup>82</sup>. Ölçülülük alanı, yargıç ile yasa koyucuyu karşılıklı konumlandıran bir teoriyi yansıtmaktadır. Yasama yetkisine sahip olan yasa koyucu ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde hak ve özgürlükleri sınırlayabilmektedir. Ölçülülük ilkesi yasama yetkisini ortadan kaldırmamakta, fakat yasama yetkisini daraltmaktadır. Yasama yetkisinin daralıp genişlediği alan, ölçülülük alanını ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesi, ölçülülüğün gereklerini yerine getiren yasama yetkisi alanını tanımakta; yasama yetkisinin kullanıldığı ilk etapta, uygun amacı tespit etme ve hangi konuda yasama yetkisinin

---

<sup>82</sup> **Barak**, Aharon; *Proportionality Constitutional Rights and Their Limitations*, (çev.: Doron Kalir), Cambridge University Press, Cambridge 2012, s.419.

kullanılacağına karar vermede bu alan oldukça geniş kabul edilmektedir. Oysaki yasama süreci ilerledikçe yasama yetkisi alanının daraldığı ileri sürülmektedir.

Yazara göre takdir marjı, insan hakları ve kamu menfaatinin göreceli toplumsal önemine ilişkin olarak Avrupa düzeyinde bir anlaşma bulunmamasına rağmen, uluslararası sözleşmeler tarafından korunan insan haklarını orantısız bir şekilde sınırladığı ileri sürülen devletin kanaatine belirli bir ağırlık tanınması gerektiğine dayanmaktadır<sup>83</sup>. Ölçülülük alanı ise insan haklarını sınırlandırmanın anayasallığını ulusal bir açıdan incelemekte; yasa koyucunun insan haklarına geçerli bir sınırlama getirebileceği olgusal ve normatif çerçeveyi belirlemektedir<sup>84</sup>. Takdir marjı doktrini ise hakları sınırlamanın anayasallığını uluslararası toplum açısından incelemekte; takdir marjının varlığı uluslararası topluluğun ulusal makamlar tarafından yapılan olgusal ve normatif belirlemelere önemli bir ağırlık verilmesini sağlayan olgusal ve fiili çerçeveyi tespit etmektedir<sup>85</sup>. Yazar bu tespitlerinden hareketle her iki doktrinin ulusal ve uluslararası niteliğini ortaya koyarak farklılığını işaret etmekte; bu nedenle ulusal yargıcın karar verirken ölçülülük alanına, diğer bir deyişle yasama yetkisine dayanması gerektiğini önermektedir<sup>86</sup>.

Bu çerçevede takdir marjı doktrini, idarenin takdir yetkisine ilişkin açıklamalarda vurgulandığı üzere, tüm ulusal makamların haiz olduğu bir yetkidir. Yasamanın genelliği yetkisi ise sadece yasama organının dilediği konuda ve ayrıntıda kanun çıkarabilmesini ifade eden bir ilke olarak ulusal niteliktedir. Tüm bu açıklamalardan hareketle denilebilir ki takdir marjı doktrini ile yasamanın genelliği ilkesi aynı kavramlar değildir. İHAM önünde tüm ulusal makamlar belirli derece ve sınırdaki takdir marjına sahiptirler.

Böylelikle, takdir marjı tanınan ulusal makamlardan biri olan yasama organının, yasamanın genelliği ilkesi çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu yasama işlemi, takdir marjının yasama organı tarafından kullanıldığını göstermektedir. Nitekim bir taraf devletin sınırları içerisinde, ulusal düzlemde yasamanın genelliği

---

<sup>83</sup> Barak, s.418.

<sup>84</sup> Barak, s.419, 420.

<sup>85</sup> Barak, s.420.

<sup>86</sup> Barak'a göre ölçülülük alanı kuvvetler ayrılığı ilkesinden kaynaklanmakta; takdir marjı doktrininin ise ulusal makamlar olan yasama, yürütme, yargı organları ile uluslararası yargıcın yetkisini ayıran çizgiyi yansıttığı belirtilmektedir. Takdir marjı doktrininin ulusal hukukun, uluslararası sözleşmeyle olan özel ilişkisinden kaynaklandığının altı çizilerek ayırım yapılmaktadır. Bu konuda bkz. Barak, s.421.

ilkesi çerçevesinde yasama yetkisini kullanacak olan yalnızca yasama organıdır. Oysaki İHAM'ın taraf devletin sahip olduğu değerlendirme ve manevra alanı niteliğinde bırakmış olduğu takdir marjı doktrini; yalnızca yasama organının haiz olduğu bir yetki değildir. Ulusal makamlar sadece yasama organıyla sınırlı olmamakta; yasama, yürütme ve yargı organları takdir marjına sahip olan makamlar olarak değerlendirilmektedir. Görüldüğü gibi İHAM'ın ortaya koyduğu takdir marjı doktrini, nitelik itibarıyla ulusal nitelikteki yasamanın genelliği ilkesinden daha geniş kapsamlıdır. Yasamanın genelliği ilkesi, ulusal makam olan yasama organının, takdir marjını ulusal düzeyde kullanım biçimidir.

## II- TAKDİR MARJI DOKTRİNİNİN KÖKENLERİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

### A- Takdir Marjının Kökenleri ve Dayanakları

Takdir marjı doktrini ne İHAS'ın hazırlık çalışmalarında (*travaux préparatoires*) ne de İHAS'ın metninde yer alan bir ifadedir<sup>87</sup>. Ancak Sözleşme metninde yer almayan ve içtihadî hukuk aracılığıyla gelişen takdir marjı doktrini, 15 No'lu Ek Protokol ile Başlangıç metnine eklenmiştir. Buna rağmen 24 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılan 15 No'lu Ek Protokol, Sözleşme'ye taraf devletlerin tümü tarafından onaylanmadığı için henüz yürürlüğe girmemiştir<sup>88</sup>. Sözleşme'ye taraf olan bütün devletlerin Protokol'ün bağlayıcı olması hususundaki rızalarını bildirdikleri tarihten itibaren üç aylık sürenin sona ermesini izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girecek olan 15 No'lu Ek Protokol, her yüksek sözleşmeci tarafın Mahkeme'nin denetleyici yetkisine tâbi bir takdir marjına sahip olduğunu Sözleşme'nin Başlangıç metnine eklemiştir. Böylelikle takdir marjı doktrini dayanağını, 15 No'lu Ek Protokol yürürlüğe girdikten sonra doğrudan Sözleşme metninin kendisinden alacaktır. Ancak takdir marjı doktrininin kökenleri idarenin takdir yetkisine ve sıkıyönetim hukukuna dayandırılmakta; Sözleşme sistemi içerisinde takdir marjı doktrininin dayanağını oluşturan ortaya çıkış nedenleri hakkında çeşitli gerekçeler ileri sürülmektedir. Bununla birlikte takdir marjı doktrininin taraf devletler ile Sözleşme organları arasında sorumluluk paylaşımını yansıttığından bahisle dayanağını anayasa yargısının meşruiyeti ile kuvvetler ayrılığı ilkesinden aldığı kanaati paylaşılmaktadır.

<sup>87</sup> Greer, The Margin of Appreciation., s.5.

<sup>88</sup> 15 No'lu Ek Protokol tüm taraf devletlerin Protokol'ün bağlayıcı olması hususundaki rızalarını bildirdikleri tarihten itibaren üç aylık sürenin sona ermesini izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girecektir.

Öğretide takdir marjı doktrininin kökenleri, Fransa Danıştayı'nın (*Conseil d'Etat*) idarenin eylemlerinin ve işlemlerinin yasallığının denetiminde, idarenin belirli bir takdir yetkisini haiz olduğu yönünde içtihatlarına dayandırılmaktadır<sup>89</sup>. Diğer yandan da savaş ve ulusun bütünlüğünü tehdit eden belirli hallerde İHAS hükümlerini askıya almaya cevaz veren İHAS'ın 15. maddesi ile taraf devlete bırakılmış olunan takdir marjının kökeni ise Kıt'a Avrupası idare hukukunun yanı sıra, sıkıyönetim hukukuna (*martial law*) dayandırılmaktadır<sup>90</sup>. Aynı zamanda, takdir marjı doktrininin kökeni irdelenirken, idarenin takdir yetkisinin Fransa Danıştayı uygulaması ile Almanya uygulaması (*Ermessensspielraum*) karşılaştırılmaktadır<sup>91</sup>. İdarenin takdir yetkisine ilişkin olarak Almanya uygulamasında, hiçbir Avrupa devletinde görülmeyecek derecede, detayları derinlemesine ortaya konan bir ilke geliştirilmiş; ancak idareye bırakılmış olan takdir yetkisi diğer Avrupa devletleri ile karşılaştırıldığı zaman ise daha dar kapsamda kabul edilmiştir<sup>92</sup>. Buradan hareketle de idarenin takdir yetkisinin doğuşuna kadar izleri sürülerek ilk olarak Fransa uygulamasında ortaya çıktığı kabul edilen takdir marjı doktrininin (*marge d'appréciation*), İHAM uygulaması söz konusu olduğunda idarenin takdir yetkisine nazaran daha kapsamlı olduğu belirtilmektedir<sup>93</sup>. Almanya uygulamasında idarenin takdir yetkisine ilişkin kapsamlı çalışmalar üretilse de Fransa uygulamasına nazaran daha dar kapsamda kaldığı belirtilerek, idarenin takdir yetkisinin İHAM içtihatları çerçevesinde ortaya konan takdir marjı doktrininden farklı bir nitelik taşıdığı ifade edilmektedir. Ancak

<sup>89</sup> Takdir marjı doktrininin kökeni açıklanırken Fransa Danıştayı'nın bu yöndeki içtihatları vurgulanmakta; bunun yanında, diğer Kıt'a Avrupası Hukuku kurumlarının da idari makamlara takdir yetkisi tanımış olduğu belirtilmektedir. Bkz: **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.14; **Macdonald**, "Margin of Appreciation.", s.83; **Brauch**, Jeffrey A.; "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", Columbia Journal of European Law, C.XI, 2004, S.1, s.116.

<sup>90</sup> İHAS'ın 15. maddesi uyarınca askıya almaya ilişkin koşulları değerlendirmede taraf devletler belirli bir takdir marjına sahiptirler. Bu durumun kökeni olarak "*classical martial law doctrine*" belirtilmektedir. **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.15; **Lorenz/Groussot/Petursson**, s.73.

<sup>91</sup> **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.14 ve oradaki atıflar.

<sup>92</sup> Bu durum II. Dünya Savaşı sonrası temel hak ve özgürlükleri daha güçlü bir şekilde güvenceleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. **Arai-Takahashi**, Yutaka; "Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited", European Public Law, C.VI, 2000, S.1, s.69 vd. Burada Alman hukukçuların idarenin takdir yetkisine temkinli yanaştığını belirtmekte yarar vardır. II. Dünya Savaşı sonrasında Almanya'nın hukuk dünyasında, yürütmeye karşı bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma eğilimi göze çarpmaktadır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi Eski Yargıcı *Hans Huber*'in, "Takdir yetkisinin kullanımı, klasik idare hukukunun Truva atıdır." ifadesine atıfla Alman Hukuku'nda takdir yetkisini irdeleyen *Ernst Pakuscher*, takdir yetkisinin tam olarak hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmayacağını vurgulamaktadır. **Pakuscher**, Ernst; "The Use of Discretion in German Law", Chicago Law Review, C.XLIV, 1976, S.94, s.105.

<sup>93</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.3. Aynı görüşte bkz. **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.14, 15; **Şirin**, "Takdir Marjı.", s.364.



yine de Almanya uygulamasının, elbette ki nitelik farkı ve dar kapsamda kaldığı bir yana takdir marjı doktrinine sunduğu katkı yadsınamaz<sup>94</sup>.

Fransa Danıştayı'nın idarenin takdir yetkisine ilişkin içtihatlarına sıklıkla yapılan atıflarla açıklanmaya çalışılan takdir marjı doktrininin kökeninin, bu yönde belirlenmeye çalışılmasına karşı çıkan yazarlar da mevcuttur. *Matscher*'a göre; takdir marjı doktrini, sadece Fransa Danıştayı'nın içtihatlarından doğan bir doktrin değil; aslında idari yargılamanın görüldüğü her yerde var olan bir doktrindir<sup>95</sup>. Nitekim takdir marjı doktrini esasen hukuki dayanağını, idare mahkemelerinin gerçekleştirdiği yargısal denetime ilişkin olarak yapılan ikili ayırım temel alınarak, kamu hukukundan almaktadır. Bu bağlamda ilk olarak, belirsiz hukuki kavramların yorumlanması yoluyla alınan idari kararların yargısal denetimi belirtilmektedir. İkinci olarak da hukuk kuralının idareye belirsiz hukuki kavramlar dışında bir yetki tanınması sonucunda, alınan idari kararların yargısal denetimi ifade edilerek ikili bir ayırım yapılmaktadır. İlk durumda, hukuk kuralı tarafından belirsiz hukuki kavramların yorumlanması yoluyla idare yetki kullandığı için idare mahkemeleri tarafından kapsamlı bir denetim yapılmaktadır. Oysaki ikinci durumda, hukuken tanınan yetkinin hukuka uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı, başka bir deyişle bu yetkinin sınırının aşıp aşılmadığı denetlenmektedir. Yazar bu ayrımı belirtirken çeşitli hukuk sistemlerinde farklı ayırımların söz konusu olabileceğini de belirtmektedir. Bu ayrımı netleştirmek adına belirtmek gerekir ki idarenin nasıl davranması gerektiği, işlemin sebebi ve yapılacak işlem kanun tarafından açıkça belirtilmeyerek, idarenin tercihinin bırakılması durumunda, ilk ihtimal ortaya çıkmaktadır. İdarenin hangi durumda nasıl karar vereceği hukuk kurallarıyla belirlenmiş ise yargıç, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığına, mevcut düzenlemeye bakarak karar vermektedir. İkinci ihtimale denk düşen bu durumda, yargıç, kanunda açıkça tanımlanan yetkinin aşıp aşılmadığını denetlemektedir.

İHAS sistemine baktığımız zaman, mevcut durumda taraf devletlerin hangi konuda ve hangi oranda takdir marjına sahip olduğu hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. *Matscher*'a göre de İHAS'da tanınan hak ve özgürlükler ve bu hak ve özgürlüklerin ikinci fıkrasında belirtilen genel ahlak, başkalarının şöhret ve haklarının korunması gibi meşru amaçlar genel ifadelerdir. Ayrıca, taraf devletlerin

<sup>94</sup> Şirin, "Takdir Marjı.", s.364 ve oradaki atıflar.

<sup>95</sup> Matscher, s.76 ve dn.67.

hak ve özgürlükleri sınırlandırırken dayandıkları bu hususların içeriği veya taraf devletlere tanıdığı yetki belirtilmemektedir<sup>96</sup>. Dolayısıyla yazara göre; yukarıdaki paragrafta açıklanan ilk durumda belirsiz hukuki kavramın yorumlanması yoluyla alınan idari kararlarda söz konusu olduğu gibi, İHAM'ın taraf devletlerin hak ve özgürlüklere yönelik müdahalesi denetlenirken kapsamlı bir denetim gerçekleştirilmelidir. Böylelikle, İHAM gerçekçi bir tavır ortaya koyarak, ikinci durumda ifade edildiği üzere taraf devletlere İHAS kapsamında açıkça bir yetki tanınmış gibi *de facto* olarak taraf devletlerin ulusal makamlarına belirli bir takdir marjı tanımaktadır. İHAM bu noktada sadece, taraf devletlere tanınan takdir marjının makul bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını ve sınırlarının aşıp aşılmadığını denetlemektedir<sup>97</sup>. Dolayısıyla takdir marjı doktrininin kökeni belirtilirken idare hukuku temel alınarak, idare mahkemelerinin gerçekleştirdiği yargısal denetime ilişkin olarak yapılan ikili ayırım dikkate alınmaktadır<sup>98</sup>. İHAM da taraf devletlere İHAS metninde yer almayan bir yetkiyi tanıyarak, takdir marjı doktrininin temellerini atmıştır. Aslında açıkça belirtilmeyen bir yetkiye ilişkin olarak -ulusal hukukta olduğu gibi- kapsamlı bir denetim gerçekleştirilmesi gerekirken; taraf devletin takdir marjının sınırları içerisinde kalıp kalmadığı denetlenmektedir. Yazarın takdir marjının sınırları içerisinde kalıp kalınmadığına ilişkin gerçekleştirilen sınırlı denetimi “*gerçekçi bir tavır*” olarak değerlendirmesini, İHAM'ın bölgesel bir insan hakları koruma mekanizması olarak ikincil niteliğine bir vurgu mahiyetinde belirttiğini ifade etmekte bir sakınca görülmemelidir. Zira İHAM'ın ulusal makamlara tanınan takdir marjına yönelik olarak kapsamlı bir denetim gerçekleştirmesi, ulusal makamlara hiçbir hareket alanı bırakılmaması sonucunu doğuracağından, ikincil nitelikte bir yargısal mekanizmanın sınırlı denetim gerçekleştirmesi gerçekçi bir tavır olarak belirtilebilir.

---

<sup>96</sup> Matscher, s.77.

<sup>97</sup> Matscher'a göre; İHAS metninde geçmeyen ve dolayısıyla açıkça tanınmayan bir yetkinin taraf devlet tarafından kullanılması sonucunda, İHAM'ın gerçekleştireceği denetim kapsamlı olmalıdır. Ancak, İHAM gerçekçi olarak sanki taraf devlete açıkça bir yetki tanınmış gibi, takdir marjı doktrininin sınırının aşıp aşılmadığını denetlenmektedir. Yazarın takdir marjı doktrininin kökenini, aslında idare hukukunda yapılan yargısal denetime ilişkin yapılan ayırım ışığında belirtmesi ve bunun da sadece Fransa Danıştay'ına mâl edilemeyeceğine yönelik saptamaları dikkat çekicidir. Ayrıca yazarın, takdir marjı doktrininin açıkça tanınan bir yetki olmadığı ve İHAM/İHAK tarafından taraf devletlere tanıdığı saptamaları isabetlidir. Ancak İHAS'ın, uluslararası hukukun süjesi olan devletlerin taraf olduğu bölgesel nitelikte bir sözleşme olduğunun belirtilmesi gerekli görülmüştür. Bu bağlamda idare hukuku açısından ulusal nitelikteki yargısal denetim temel alınarak, bölgesel bir mahkemenin kapsamlı denetim yapması gerektiği yorumu gerçekçi kabul edilemez. Bu nedenle yazarın, İHAM'ın kapsamlı denetim yerine sınırlı denetim gerçekleştirdiği görüşü isabetlidir. Bu konuda bkz. Matscher, s.76, 77.

<sup>98</sup> Matscher, s.76, 77.

Bununla birlikte, insan hakları hukukunda takdir marjı doktrinine farklı açılardan yaklaşıldığını belirtmek gerekmektedir. Takdir marjının anlaşılması güç ve kaygan bir zemin olduğu belirtilmiş olduğu gibi<sup>99</sup>; uluslararası sözleşmelere iradeleriyle taraf olan devletler ile uluslararası organlar arasında iş birliğini temin eden yargısal bir araç olduğunu dile getirenler de bulunmaktadır<sup>100</sup>. İnsan haklarının evrenselliği ve rölativizm/kültürel görecelik tartışmalarından yola çıkarak; takdir marjı doktrininin, İHAM içtihatlarında yer alan zayıf kültürel rölativizmin bir göstergesi olduğunu ileri sürenler de mevcuttur<sup>101</sup>. Bu tartışmaların yanı sıra, ulusal makamlara hareket alanı tanıyan takdir marjı doktrininin dayanaklarını oluşturan ortaya çıkış nedenlerine ilişkin olarak çeşitli gerekçeler ileri sürülmektedir.

Genel olarak, insan haklarını koruma ve denetleme mekanizması olan İHAM'ın ulusal makamlara takdir marjı tanımının iki nedeni olduğu belirtilmektedir<sup>102</sup>. Birincisi; insan haklarını ilk elden korumakla görevli olan ulusal makamların uhdesinde bulunan hususlarda, ilgili ulusal makamların yerine geçmek, İHAM'ın denetleme yetkisine uygun düşmemektedir. Nitekim İHAM, ulusal mahkemelerin kararlarını denetleyen temyiz mercii değildir<sup>103</sup>. Bu ilk durumda İHAM, yargılama yetkisini kullanmayı reddetmektedir. Ayrıca, İHAS'ın 1. maddesi uyarınca da Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlükleri tanıma, öncelikli olarak taraf devletlerin yükümlülüğüdür. Bu durum Mahkeme'nin ulusal makamların yanında tali rolünü göstermektedir. Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlükleri korumak ilk olarak

---

<sup>99</sup> Lester, takdir marjı doktrinini “yılan balığı”na benzetmiştir. Takdir marjının kaygan bir zemin olduğu yönünde Lester'ın bu görüşünü akt. Legg, s.1-6. Takdir marjının çok farklı tanımları olduğu ve belirsiz niteliği vurgulanarak, halen daha bir sır perdesi ile örtülü olduğu da ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz. Kratochvíl, Jan; “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, Netherlands Quarterly of Human Rights, C.XXIX, 2011, S.3, s.325. Takdir marjı doktrininin nasıl uygulandığına dair basit bir tanım yapılamayacağı yaygın olarak kabul edilmekte ve İHAM içtihatları bakımından; kazuistik, belirsiz ve öngörülemez doğası en dikkat çekici özelliği olarak belirtilmektedir. Bu görüş için bkz. Greer, “Universal Principle.”, s.3.

<sup>100</sup> İHAM yargıcı tarafından takdir marjı; Sözleşme'nin ve kurumsal sistemin ayrılmaz bir parçası olarak “cezbedici (temptation)” olarak nitelendirilmiştir. Akt. Macdonald, “Margin of Appreciation.”, s.83.

<sup>101</sup> Brems, “The Margin of Appreciation.”, s.308; Şirin, “Takdir Marjı.”, s.385. Takdir marjı doktrini açısından kültürel rölativizm ve evrensellik tartışması için bkz. Sweeney, James; “Margins of appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold Era”, International and Comparative Law Quarterly, C.LIV, 2005, S.2, s.459 vd.

<sup>102</sup> Macdonald, “Margin of Appreciation.”, s.85.

<sup>103</sup> İHAM ulusal makamları denetleyen bir temyiz mercii değildir. İHAM, devletin sahip olduğu marjla, kendi durumunu değerlendirebilecek bir konumda olduğunu kabul etmelidir. Bu görüş hakkında bkz. Von Luttichau, Anne Marie; “What Is the Meaning and Effect of the Principle of Margin of Appreciation within the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights? Is This Principle Compatible with the Concept of Effective Protection of Rights?”, Bracton Law Journal, C.XXVI, 1994, s.100.

her bir taraf devletin kendisine ait olmaktadır. Böylelikle, ikincillik ilkesi takdir marjı doktrininin esas dayanağı olarak kabul edilmektedir<sup>104</sup>.

İkincisi ise, İHAM'ın denetleme yetkisini kullandığı; ancak İHAS kapsamında bir ihlal bulmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu ihtimalde takdir marjı doktrini yargısal denetimin diğer bir yönü olarak kabul görmektedir. İHAM, yargısal niteliği haiz bir denetim gerçekleştirmekte; fakat hakka yönelen müdahaleyi ölçülü bulduğu için somut vak'a kapsamında bir ihlal tespit etmemektedir. Başka bir deyişle, ulusal makamların İHAS'da korunan bir hak ve özgürlüğe yönelen ölçülü müdahalesi takdir marjı sınırları içerisinde kalmaktadır. Buradan hareketle de *Macdonald*'a göre takdir marjı gerçekten de İHAM'ın gerçekleştirdiği yargısal denetimin diğer bir yönü olarak adlandırılmaktadır<sup>105</sup>. Buna göre takdir marjı, İHAM tarafından yargısal denetimin uygun sınırları içerisinde ulusal makamlara bırakılan bir genişlik miktarıdır.

Bunun yanı sıra takdir marjı doktrininin ortaya çıkış nedenleri olarak çeşitli gerekçeler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu kapsamda öğretide, takdir marjı doktrininin ortaya çıkış nedenleri olarak; taraf devletlerin egemenlik yetkisine saygı göstermek, demokrasi ilkesi gereği kendini sınırlamak, Sözleşme sisteminin devamlılığını temin etmek, Sözleşme hükümlerinin gelişimini sağlamak, ikincillik ilkesi ve ulusal makamların sorunlara yakınlığı, ortak Avrupa konsensüsü, kültürel görecelik, Mahkeme'nin Sözleşme'yi yorumlaması gibi çeşitli gerekçeler ortaya konmaktadır<sup>106</sup>. Esasen ortaya çıkış nedenleri olarak gösterilen hususlar; kimi zaman takdir marjı doktrininin sınırlarının belirlenmesine katkı sunmakta, kimi zaman ise eleştirilen noktaların gerekçesini oluşturmaktadır. Keza, ortak Avrupa konsensüsü ve ulusal makamların sorunlara yakınlığı kriterleri takdir marjı doktrininin ortaya çıkış nedenini veya gerekçesini oluşturmanın yanında, esasen somut vakalar nazara alınarak takdir marjı doktrininin sınırlarını çizmeye yardımcı olmaktadır. Bununla birlikte, bir

---

<sup>104</sup>**Mahoney**, "Marvellous Richness.", s.2; **Schokkenbroek**, Jeroen; "The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights", HRLJ, C.XIX, 1998, S.1, s.31; **Radacic**, Ivana; "The Margin of Appreciation, Consensus, Morality and the Rights of the Vulnerable Groups", Zbornik Pravnog Fakulteta Sveucilista u Rijeci, C.XXXI, 2010, S.1, s.601.

<sup>105</sup> **Macdonald**, "Margin of Appreciation.", s.85.

<sup>106</sup> **Şirin**, "Takdir Marjı.", s.365-386; **Mahoney**, "Marvellous Richness.", s.2. Söz konusu hususların takdir marjı doktrininin bileşenleri olduğu, bu bileşenlerin analiz edilmesinin öngörülebilirlik ve şeffaflığı sağlayabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.236 vd. Mahkeme'nin takdir marjı doktrininin geliştirilmesinin ilkesel ve pragmatik nedenleri olduğu kabul edilmektedir. İlkesel nedenler demokrasiye saygı ve ikincillik ilkesi iken; pragmatik nedenler Mahkeme'nin kendi otoritesini kabul ettirme ve taraf devletleri Sözleşme sistemi içerisinde tutmak olarak gösterilmektedir. Bu konuda bkz. **Çoban**, s.192.

diğer ortaya çıkış nedeni olarak gösterilen kültürel görecelik ve demokrasi ilkesi gereği kendini sınırlamak ise takdir marjı doktrininin eleştirilmesinde birer argüman olarak kullanılmakta ve bu durum Mahkeme'nin kimi zaman etkili bir yargısal denetim gerçekleştirme hedefinden el çektiği yönünde değerlendirmelere yol açmaktadır<sup>107</sup>.

Öğretide takdir marjı doktrininin meşruiyeti ve dayanağı irdelenmekte, takdir marjının Sözleşme kapsamında uygulanmasının gerekçelerinin ortaya konmaya çalışıldığı görülmektedir<sup>108</sup>. Takdir marjı doktrininin bir yorum aracı olarak kullanılması gerektiğini belirten *Mahoney*'e göre; takdir marjı Sözleşme'de koruma altına alınan hak ve özgürlükleri ilk olarak korumakla görevli olan taraf devletler ile nihai karar yetkisine sahip İHAM arasında hak ve özgürlükleri korumak için paylaşılan bir sorumluluktur<sup>109</sup>. Hak ve özgürlüklerin Sözleşme sistemi içerisinde korunmasında taraf devletler ve Strasbourg organları arasında “sorumluluk paylaşımı”nı yansıtan takdir marjı doktrini, aynı zamanda kuvvetler ayrılığının doğal ve kaçınılmaz bir ürünü mahiyetinde kabul edilmektedir<sup>110</sup>. Ulusal düzlemde hak ve özgürlükleri güvence altına alan anayasalar gibi Sözleşme de belirli alanlarda ulusal makamların demokratik yetkisini devre dışı bırakmaktadır. Yazarın Sözleşme'nin doğasından kaynaklandığını belirttiği bu husus; seçilmiş olan ulusal yasama organlarının iradelerinin anayasal denetime tâbi tutulmasıyla karşılaştırılarak açıklığa kavuşturulmaktadır. Keza, yasaların anayasaya uygunluk denetiminde bireylerin özgürlüğü çoğunlukçu görüşler karşısında korunmakta, Sözleşme sistemi içerisinde de takdir marjı doktrini aracılığıyla tıpkı anayasal denetimde söz konusu olduğu gibi, bireylerin menfaatleri ile kamunun menfaatleri dengelenmektedir. Böylelikle *Mahoney*'in belirttiği üzere denge

---

<sup>107</sup> **Feingold**, Cora S.; “Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights”, Notre Dame Law Review, C.LIII, 1977, s.105.

<sup>108</sup> *Mahoney*, takdir marjı doktrininin ortaya çıkış nedenleri ile paralel bir biçimde doktrinin dayanağı olarak; Sözleşme'nin dinamik yorumu, ikincillik ilkesi, demokratik toplum kriteri ve kültürel çeşitliliği göstermiştir. Bu konuda bkz. **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.2.

<sup>109</sup> Bahsedilen gerekçenin ikincillik ilkesinin dayanak olarak gösterilmesini yansıttığı söylenebilir. Bu konuda bkz. **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.3.

<sup>110</sup> **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.3; **Schokkenbroek**, “Margin of appreciation.”, s.31. Bu yaklaşımın belirsizlik yarattığını düşünerek, karşı çıkan bir görüş söz konusudur. *Itzcovich*'e göre, takdir marjının iki şekilde yeniden oluşturulması mümkündür. İlki, taraf devletlerin egemenlik yetkisi nedeniyle Sözleşme'nin asgari standartları oluşturmasını ifade eden ve bu durumla uyumlu olan sınırlayıcı yorum ölçütü; ikincisi ise bireysel menfaat ile kamusal menfaatin dengelenmesini açıklayan denge ölçütü olarak ifade edilmektedir. Bu durumda takdir marjına gerekçesiz atıfların sona ereceğini ileri sürmektedir. **Itzcovich**, Giulio; “One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case”, Human Rights Law Review, C.XIII, 2013, S.2, s.300 vd. Buna karşılık sınırlayıcı ölçütten hareketle sadece açık insan hakları ihlallerine odaklanılması gerektiği görüşü isabetli değildir. Zira yalnızca açık insan hakları ihlallerine odaklanmak, belirli grup ihlalleri görmezden gelmeye neden olacaktır.

ve fren mekanizması olarak çoğunlukçu görüşleri engelleyen anayasa yargısının meşruiyeti ve kuvvetler ayrılığı ilkesi takdir marjı doktrininin dayanağını oluşturmaktadır<sup>111</sup>.

Ancak bireyler ve toplum arasında uygun bir adil dengenin kurulabilmesi için bireyler tarafından özgürce seçilenlerin tercihine saygı duyulması gerektiği belirtilerek, yargının kendi kendini sınırlaması ilkesinin kaçınılmaz olduğu vurgulanmaktadır. Uluslararası yargıçların taraf devletlerin egemenlik yetkisine saygı duymaları gerektiğinden, demokrasi gereği yargının kendi kendini sınırlaması ilkesi takdir marjı doktrininin dayanağı olarak kabul edilmektedir. Nihayet bu açıklamalar ışığında takdir marjı doktrini, temelde kuvvetler ayrılığı ilkesinin kaçınılmaz bir ürünü mahiyetinde görülmektedir<sup>112</sup>.

Anayasa yargısına ilişkin teorilerden hareketle, kuvvetler ayrılığının takdir marjı doktrinine dayanak olarak gösterilmesi bu örnekle sınırlı kalmamaktadır<sup>113</sup>. Nitekim idari organın tercihinin hukuka uygunluğu denetlenirken, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturulmaksızın bir denetim gerçekleştirmek gerekmektedir. Bunun yanı sıra, üst derece mahkemesinin ilk derece mahkemesinin saptadığı bulgular hakkında sahip olduğu yetkiye saygı göstermek bir gereklilik şeklinde ortaya çıkmaktadır. Böylece bir mahkeme diğer bir kurumu denetlerken aynı zamanda iki hususu gerçekleştirmektedir. İlk olarak söz konusu eylemi değerlendirmek veya yargılamak; ikinci olarak ise dolaylı ya da doğrudan kurumlar arasında söz konusu olan görev ve sorumlulukların paylaşımını göz önüne alarak, diğer kurum ile ilişkiler üzerine görüşlerini ortaya koymaktır<sup>114</sup>. Bu çerçevede kuvvetler ayrılığı ilkesinin takdir marjı doktrininin dayanağı olarak ele alınabileceği belirtilmektedir<sup>115</sup>.

Esasen, takdir marjı doktrininin meşruiyeti, temelde çoğulcu demokrasi anlayışı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında taraf devletler ve Strasbourg organlarının sorumluluk paylaşımına dayandığından, Sözleşme metnine herhangi bir şey eklenmiş değildir<sup>116</sup>. Bu görüşe göre, takdir marjı doktrini Sözleşme'nin doğası gereği var olan bir kavram kabul edildiğinden, 15 No'lu Ek Protokol ile Sözleşme

<sup>111</sup> Mahoney, "Marvellous Richness.", s.3

<sup>112</sup> Mahoney, "Marvellous Richness.", s.3, 4.

<sup>113</sup> Diğer örnekler için bkz. Schokkenbroek, "Margin of appreciation.", s.30.

<sup>114</sup> Schokkenbroek, "Margin of appreciation.", s.30, 31.

<sup>115</sup> Schokkenbroek, "Margin of appreciation.", s.30, 31; Mahoney, "Marvellous Richness.", s.3.

<sup>116</sup> Mahoney, "Marvellous Richness.", s.3, 6.

metnine doktrinin eklenmesi önemli bir gelişme olarak nitelendirilemeyecektir. Nitekim bu görüşe göre; takdir marjı doktrininin içtihadî olarak ortaya çıkması; Sözleşme sisteminin, insan haklarının ulusal düzlemde korunmasını güvence altına alan mekanizmaları tamamlayıcı olmasından ve bu sorumluluk paylaşımından kaynaklanmaktadır. Takdir marjı doktrini, açıkça Sözleşme metninde yer almasa dahi Sözleşme'nin doğasında, uluslararası yargıcın kendi kendini sınırlaması ilkesinin bir uygulaması ve ulusal makamların yetkisini ne zaman ve ne genişlikte kullanması gerektiği hakkında Strasbourg yargıçlarının karar vermesini mümkün kılmaktadır<sup>117</sup>.

## **B- Takdir Marjı Doktrininin İçtihatlarda Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi**

### **1- Takdir Marjı Doktrininin Doğuşu: Kıbrıs Vakası**

Takdir marjı doktrininin belirlediği ilk yer olarak, savaş sonrası Avrupası'nda yaratılan uluslararası insan hakları kurumlarının, insan haklarına ilişkin normlar ve süreçler hakkında yapılan tartışmalara ilişkin, 1949 tarihli Avrupa Hareketi'nin teklifleri gösterilmektedir<sup>118</sup>.

Takdir marjı doktrininin Avrupa insan haklarını koruma mekanizması içerisinde doğuşu için “*Kıbrıs vakası*” olarak da bilinen 1958 tarihli *Yunanistan/Birleşik Krallık* davası işaret edilmektedir<sup>119</sup>. İlgili davanın konusunu Birleşik Krallık makamlarının, Kıbrıs Türkleri ile Kıbrıs Rumları arasındaki çatışmaya müdahale etmesi meselesi oluşturmaktadır. Takdir marjı doktrini ise bu davaya ilişkin olarak sunulan Komisyon raporuna dayanmaktadır<sup>120</sup>.

Kıbrıs vakasında Sözleşme'nin ihlal edildiği iddiası üzerine Birleşik Krallık'a karşı Yunanistan tarafından yapılan bu devlet başvurusunda; Kıbrıs'ta meydana gelen sivil çatışmalardan ötürü, Birleşik Krallık tarafından İHAS'ın askıya alınmasına ilişkin olarak 15. maddenin gereklerinin yerine getirildiği iddia edilmiştir. İHAS'ın 15.

<sup>117</sup> Bu görüş için bkz. **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.6.

<sup>118</sup> **Greer**, “Universal Principle.”, s.2. Avrupa Hareketi, Winston Churchill ve Duncan Sandys'nin “*Birleşik Avrupa*” kurmak fikrinin sonucu olarak 1947'de faaliyetlerine girişmiştir. En büyük başarısı olarak da Avrupa Konseyi'nin kuruluşu gösterilir. **Heinrich**, Mario; “The Process that Led to the Creation of the Council of Europe and Its Assembly”, in: Council of Europe, (ed.: Tanja Kleinsorge), Kluwer Law International, The Netherlands 2010, s.57.

<sup>119</sup> **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.15; **Brauch**, “The Margin of Appreciation.”, s.117; **Greer**, “Universal Principle.”, s.2; **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.5; **Brems**, “The Margin of Appreciation.”, s.242. *Yunanistan/Birleşik Krallık*, 176/56, 26.09.1958.

<sup>120</sup> **Gross**, Oren/Ni Aolain, Fionnuala; “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, Human Rights Quarterly, C.XXIII, 2001, s.631.

maddesi uyarınca, “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.” Buna karşılık olarak Komisyon tarafından da başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilmiş; Strasbourg organlarının, hem İHAS’ın askıya alınmasının haklı bir gerekçesinin olup olmadığına hem de alınan önlemlerin “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” kalıp kalmadığına karar vermekle yetkili oldukları belirtilmiştir<sup>121</sup>. Yine de Komisyon, ikinci hususa ek olarak hükümetin bu konuda belirli bir takdir yetkisini haiz olduğunu vurgulamıştır<sup>122</sup>. Başka bir deyişle, durumun gerektirdiği ölçünün genişliği değerlendirilirken, hükümetin belirli bir takdir yetkisi kullanabilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir<sup>123</sup>. Bu bağlamda, takdir marjı doktrininin *-belirli bir takdir yetkisi (a certain measure of discretion)-* olarak Komisyon tarafından ilk kez kullanımı, İHAS’ın 15. maddesi uyarınca, Sözleşme’de garanti altına alınan hak ve özgürlüklerin askıya alınması ve sonucunda taraf devletlerin Sözleşme’den doğan yükümlülüklerle aykırı tedbirler alması ile bağlantılı bir davada söz konusu olmuştur<sup>124</sup>. Komisyon, Kıbrıs davasında, olağanüstü hal içerisinde bulunan taraf devletlerin İHAS’tan doğan yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıkları noktasında, taraf devletler lehine bir yorum aracı olarak takdir marjına başvurmuştur<sup>125</sup>. Ancak başvuruya ilişkin olarak Bakanlar Komitesi’nin 59/12 sayılı kararı ile öngörülen dostane çözüm nedeniyle, doktrinin çerçevesini ortaya koymaya yarayacak bir nitelendirme söz konusu olmamıştır<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.16.

<sup>122</sup> İlgili davada, Komisyon tarafından takdir marjına karşılık gelen ifade olarak takdir yetkisi “*measure of discretion*” kullanılmıştır. **Greer**, The Margin of Appreciation., s.8, 9.

<sup>123</sup> **Brauch**, “The Margin of Appreciation.”, s.117.

<sup>124</sup> Aynı yönde bkz. **O’Donnell**, Thomas A.; “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, Human Rights Quarterly, C.IV, 1982, S.4, s.477; **Gross/Ni Aolain**, s.630; **Von Luttichau**, s.99; **Tümay**, “Margin of Appreciation.”, s.207-209. Olağanüstü rejim standartlarına ilişkin Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, İHAS ve İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi’nin karşılaştırmalı olarak değerlendirildiği bir çalışma için bkz. **Gemalmaz**, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1994, 67 vd.

<sup>125</sup> Bu görüş hakkında bkz. **Feingold**, s.92.

<sup>126</sup> **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.16; **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.79, 80.



## 2- Komisyon'dan Mahkeme'ye Bir Öneri Olarak “Takdir Marjı”:

### Lawless/İrlanda Davası

Takdir marjı doktrinine ilişkin olarak İHAM'ın ilk kararının, her ne kadar bu kararda açıkça takdir marjından söz edilmese de *Lawless/İrlanda* davası olduğu belirtilmektedir<sup>127</sup>. Takdir marjı doktrini, Kıbrıs davasında, yargısal niteliği haiz bir karar niteliğinde olmayan Komisyon raporu içeriğinde, sadece “*belirli bir takdir yetkisi (a certain measure of discretion)*” şeklinde ortaya çıkmışken; ardından Lawless davasında İHAS'ın 15. maddesinin koşulları değerlendirilirken, Komisyon tarafından ilk kez “*takdir marjı doktrini (the margin of appreciation)*” olarak adlandırılarak ortaya konulmuştur<sup>128</sup>. Belirtmek gerekir ki İHAM Lawless davasında, Komisyon'un raporunda vurguladığı “*belirli bir takdir marjı (a certain margin of appreciation)*” kavramını dikkate alarak, başvuru çerçevesinde, İHAS'ın 15. maddesinin koşullarını değerlendirmişti<sup>129</sup>. Esasen bu durum, yükümlülüklerin askıya alınmasında gereken koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinde, İHAM tarafından içtihat aracılığıyla taraf devletlere takdir marjı tanındığının bir göstergesidir. Fakat Lawless davasındaki değerlendirme sırasında, Komisyon'un aksine İHAM tarafından, takdir marjı doktrini açıkça dile getirilmemiştir<sup>130</sup>.

Lawless davasındaki koşullara bakılacak olursa; başvuru Lawless, İrlanda'nın Dublin şehrinde yerleşik olup, 1936 doğumlu bir inşaat işçisidir<sup>131</sup>. 1956 yılının Ocak ayında IRA üyesi olduğunu kabul etmekte; ancak aynı yılın Haziran ayında IRA'dan ayrıldığını kendi ifadeleriyle anlatmaktadır. IRA örgütü, kararda ifade

<sup>127</sup> Yourow, Margin of Appreciation Doctrine., s.16, 17.

<sup>128</sup> Spielmann, “Allowing the Right Margin.”, s.386.

<sup>129</sup> Hutchinson, Michael; “The Margin Of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights”, International and Comparative Law Quarterly, C.XLVIII, 1999, s.639.

<sup>130</sup> Öğretide “*Belirli takdir yetkisinden geniş takdir marjına*” şeklinde bir başlık ile takdir marjı doktrininin erken dönem içtihadî durumu ortaya konulmuştur. Gerçekten de Komisyon tarafından Kıbrıs vakasında, taraf devletlerin sahip olduğu belirli bir takdir yetkisinden söz edilmiştir. Ardından Lawless/İrlanda davasında, ilk olarak Komisyon tarafından takdir marjı doktrini zikredilmiştir. Ancak, İHAM bu başvuruda verdiği kararında, Komisyon'un işaret ettiği üzere hatta bu hususları geliştirerek, İHAS'ın 15. maddesi çerçevesinde, taraf devletlerin takdir marjına ilişkin bir değerlendirme yapsa da bu başvuruda “*takdir marjı doktrini*” kavramını kullanmamıştır. Takdir marjı doktrininin İHAM tarafından açıkça kullanılması, İrlanda/Birleşik Krallık davasında söz konusu olmuştur. Tarihsel süreç için bkz. Gross/Ni Aolain, s.630, 631. İHAM tarafından takdir marjı doktrinine, İrlanda/Birleşik Krallık davasından önce, 1971 tarihli *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* kararında “*takdir yetkisi (power of appreciation)*” şeklinde atıf yapılmıştır. Bu kararda takdir marjı doktrinine atıf yapılmamıştır.

<sup>131</sup> Lawless/İrlanda (No: 3), 332/57, 01.07.1961, “as to the facts”, p.3-4.

edildiği üzere, Kuzey İrlanda'daki Birleşik Krallık hakimiyetine son verme amacı doğrultusunda kurulmuştur.

Söz konusu IRA örgütüne yönelik olarak gerçekleştirilen mücadeleler kapsamında, yasama organı özel kuvvetlere duruşma yapılmaksızın tutuklama yapma yetkisini içeren bazı yetkiler tanımıştır. Kronolojik olarak gerçekleşen olaylar özetlenecek olursa; 1938 yılının Mayıs ayında tüm politik mahkumlar serbest bırakılmış, 1939 yılının başlarında IRA “*Büyük Britanya’ya savaş ilanı*” olarak belirtilen bir bildirme yayımlamıştır<sup>132</sup>. Takip eden dönemde de Büyük Britanya’da, IRA’nın gerçekleştirdiği şiddet eylemleri yoğunlaşmıştır. Ardından IRA’nın faaliyetlerine karşılık olarak 1939 yılının Haziran ayında Devlete Karşı Suçlar Kanunu yürürlüğe girmiştir. İlgili yasa ile devlet güvenliği ve kamu düzenine karşı zararlı eylemleri tanımlanmış; yasadışı eylemleri engellemek amaçlı çeşitli tedbirler öngörülmüş ve Devlete Karşı Suçlara İlişkin Kanunu ihlal edenlere karşı özel yetkili ceza mahkemeleri kurulmuştur<sup>133</sup>.

Başvurucu Lawless, 1956 yılının Eylül ayında üç kişiyle birlikte çeşitli ateşli silahlarla birlikte yakalanmıştır. Mahkeme’ye çıkarıldığında Lawless, liderleri olduğunu belirten bir arkadaşının; IRA’nın askerleri olarak Mahkeme sürecinin bir parçası olmayı reddettiğini söylemesi üzerine, arkadaşının bu sözlerini onayladığını belirtmiştir<sup>134</sup>. Ardından Devlete Karşı Suçlara İlişkin Kanun’un 21. maddesi uyarınca yasadışı örgütlere üye olmak suçu ile itham edilmiştir. Bu süreçte, ilgili suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir tutanak bulunmadığı gerekçesiyle dava esastan reddedilmiştir. İlk dava sürecinden sonra başvuru Lawless, 1957 yılının Temmuz ayında İngiltere’ye kaçma girişimi sırasında yakalanmıştır ve aynı suç ile ikinci kez itham edilmiştir. Bu süreçte çeşitli gözaltı merkezleri ile cezaevlerine sevk edilen başvuru Lawless’a, herhangi bir yasadışı örgütün üyesi olmadığı; ayrıca İrlanda hukuku ve Anayasası’na saygı duyduğunu taahhüt eden bir belge imzalaması karşılığında serbest bırakılacağı belirtilmiştir<sup>135</sup>. Lawless ise bu taahhüdü imzalamayı reddetmiş; yine de 1957 yılının Aralık ayında serbest bırakılmıştır. Beş aylık tutulu

---

<sup>132</sup> Lawless/İrlanda (No: 3), 332/57, 01.07.1961, p.6.

<sup>133</sup> Lawless/İrlanda (No: 3), 332/57, 01.07.1961, p.8.

<sup>134</sup> Lawless/İrlanda (No: 3), 332/57, 01.07.1961, p.19-20.

<sup>135</sup> Lawless/İrlanda (No: 3), 332/57, 01.07.1961, p.21.

kaldığı süreç içerisinde hâkim önüne çıkarılmamasından ötürü ulusal makamlara yaptığı başvurular ise reddedilmiştir.

Bunun üzerine Komisyon'a başvuran Lawless, İHAS'ın 5. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile 7. maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. İrlanda hükümeti yaptığı savunmada İHAS'ın 15. maddesine dayanarak, olağanüstü hal koşullarının varlığını ileri sürmüştür. Komisyon da raporunda Kıbrıs davasında sunduğu görüşe paralel olarak; olağanüstü halin varlığı için ulusun bütünlüğünü tehdit eden haklı bir gerekçenin varlığı ve böyle bir gerekçenin mevcudiyeti halinde kişinin yargılama yapılmaksızın tutulmasının durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde bir tedbir olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>136</sup>. Ancak Kıbrıs davasından farklı olarak Komisyon, taraf devlete takdir marjı tanınması gerektiğini açık bir şekilde vurgulamıştır. Komisyon'a göre;

*“Bir devletin ulusun varlığına yönelik herhangi bir tehdit karşısında halkını korumak için gerekli olan yüksek sorumluluğunu göz önünde bulundurarak, ulusun varlığını tehdit eden ve İHAS'ın öngördüğü yükümlülüklerin askıya alındığı, istisnai tedbirlerin öngörüldüğü olağanüstü halin söz konusu olup olmadığının değerlendirilmesinde, devlete belirli bir takdir yetkisi -belirli bir takdir marjı-bırakılması gerektiği aşikârdır.”<sup>137</sup>.*

İHAM istisnai rejimlerde, İHAS'da öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alırken, Komisyon tarafından belirtilen tüm bu hususları göz önünde bulundurarak bir denetim gerçekleştirmiştir. Fakat İHAM, ilgili koşulları denetlerken takdir marjından söz etmemiş ve aşağıda belirtildiği gibi, kademeli bir biçimde denetim gerçekleştirmiştir<sup>138</sup>.

<sup>136</sup> Lawless/İrlanda (No: 3), 332/57, 01.07.1961, p.29.

<sup>137</sup> Lawless davasında, Komisyon raporunda ilk defa ifade edilen “takdir marjı doktrini/margin of appreciation” kısmı için bkz. **Gross/Ni Aolain**, s.631; **Hutchinson**, s.639. Lawless davasında, Komisyon tarafından bu şekilde ifade edilen takdir marjı doktrinini reddeden Komisyon üyeleri de bulunmaktadır. Takdir marjı doktrinini reddeden Komisyon üyeleri; olağanüstü halin varlığının değerlendirilmesinde, gelecekteki gelişmelere ilişkin öznel tahminleri dikkate almaksızın, sadece mevcut koşullara dayanılması gerektiğini tartışarak, takdir marjı doktrinini reddetmişlerdir. **Gross/Ni Aolain**, s.631.

<sup>138</sup> *Gemalmaz*, İHAM'ın Lawless davasında, Komisyon'un aksine takdir marjı sorunu üzerinde yoğunlaşmadığını belirtmektedir. Yazara göre bu kararın özelliği; kamusal tehlike ya da olağanüstü duruma ilişkin olarak “istisnai bir kriz ya da tehlike durumu olup, tüm nüfusu etkileyen ve devleti

İlk olarak; 05.07.1957’de RG’de yayımlanarak “*kamu güvenliğini ve huzurunu güvence altına almak*” amacıyla Devlete Karşı Suçlara İlişkin Kanun’un yürürlüğe girdiği belirtilerek, 20.07.1957 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bilgi verildiği vurgulanmıştır. Hükümet tarafından çeşitli gruplar ve IRA tarafından Kuzey İrlanda’da gerçekleştirilen yasadışı faaliyetlerin sürekliliği sebebiyle, ulusun varlığına yönelik yakın tehlikenin mevcut olduğu işaret edilmiştir<sup>139</sup>. Bu nedenle de İHAM, ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü bir hale ilişkin haklı gerekçenin var olduğuna karar vermiştir.

İkinci olarak; İHAM tarafından Komisyon’un da belirttiği üzere, İHAS’da öngörülen yükümlülüklerin askıya alınmasının, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olup olmamasıyla ilgili olarak bir değerlendirme yapılmıştır. Ayrıca, başvuru Lawless’in 5 ay süreyle yargılama yapılmadan tutulu kalmasının durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olduğunu saptamıştır. Bu hususun gerekçesi olarak da mevcut hukuk aracılığıyla İrlanda’nın karşı karşıya olduğu tehlikenin giderilmesinin mümkün olmadığı gösterilmiştir. Bununla birlikte, İrlanda Hükümeti’ne, yargılama yapılmadan idari tutuklama yetkisi veren ilgili yasanın gerekli usuli güvenceleri içerdiği vurgulanmıştır<sup>140</sup>. Nitekim kanunla, tutulu olan her kişinin, anayasaya saygı duyduğunu ve herhangi bir yasadışı örgütle bağı olmadığını taahhüt ederek serbest bırakıldığı üç yargıçlı bir tutuklama komisyonu öngörülmüştür. Başvurucunun bu ifadeleri içeren bir taahhütte bulunmaktan kaçındığı, ardından bu kanunun öngördüğü biçimde yasadışı bir örgüte üye olmadığını belirtmesiyle derhal serbest bırakıldığı gözlenmiştir.

Üçüncü olarak, alınan tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle aykırı bir tedbir olup olmadığı değerlendirilmiştir<sup>141</sup>. Mahkeme’ye ulaşan bilgiler ışığında, İHAS’ın 15. maddesi uyarınca, İrlanda Hükümeti’nin Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı olarak aldığı tedbirlerin, uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle çatışmadığının tespiti yapılmıştır.

Sonuç olarak İHAM, başvurunun koşullarını değerlendirerek, ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü halin mevcudiyetini ortaya koymuş; bu duruma ilişkin olarak

---

oluşturan toplumun örgütlü yaşamına yönelen bir tehdit” tanımının yapılmış olması, İHAM hükmünün çarpıcı özelliğini oluşturmaktadır. **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.82.

<sup>139</sup> *Lawless/İrlanda (No: 3), 332/57, 01.07.1961, “the law”, p.29-30.*

<sup>140</sup> *Lawless/İrlanda (No: 3), 332/57, 01.07.1961, p.37-38.*

<sup>141</sup> *Lawless/İrlanda (No: 3), 332/57, 01.07.1961, p.40.*

yürürlüğe giren kanunun öngördüğü idari tutulma usulünün, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olduğunu ve ilgili tedbirin de uluslararası diğer yükümlülüklerle aykırı düşmediğini saptamıştır. Bu bağlamda İHAM tarafından, başvuruçunun İHAS'ın 5. maddesinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ve İHAS'ın 7. maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin bir ihlal tespit edilmemiştir.

Burada belirtilmesi gerekli olan husus; İHAM Lawless davasında, açıkça ya da üstü kapalı olarak takdir marjı doktrininden söz etmemektedir<sup>142</sup>. Ancak olayın koşullarına ilişkin olarak; İHAM tarafından, başvuruçunun güvence altına alınan hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalenin -olağanüstü halde İHAS'da yer alan yükümlülüklerle aykırı tedbir almaya cevaz veren- İHAS'ın 15. maddesine uygunluğu denetlenirken, İrlanda Hükümeti'nin kamu düzenine yakın tehlike teşkil eden olaylara dayanarak, olağanüstü halin varlığını bildirmeye yetkili olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, İHAM; İrlanda hükümeti tarafından, ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü halin varlığı, çeşitli unsurların birleşiminden “*makul bir şekilde çıkarıldığı*” sonucuna varmıştır<sup>143</sup>. Dolayısıyla açıkça yahut üstü kapalı bir biçimde söz konusu doktrin zikredilmese de İHAM'ın kararında tam olarak belirttiği nokta, takdir marjı doktrini çerçevesinde ulusal makamların haiz olduğu yetkidir. Komisyon'un Lawless başvurusunda İHAS'ın 15. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken hususların altını çizmesi ve “*takdir marjı (the margin of appreciation)*” olarak adlandırma yapması sonucunda; İHAM başvurunun koşullarını bu yönde değerlendirmiş bulunmakta ve bir nevi İrlanda Hükümeti'nin iç hukuku uyarınca almış olduğu tedbirlerin; sahip olunan yetki çerçevesinde ve takdir marjı doktrini sınırları içerisinde kalmış olduğunu saptamaktadır. Böylece olağanüstü halin varlığı çeşitli unsurların bir araya gelmesinden makul bir şekilde çıkarıldığı için bu konuda taraf devletin yetki sahibi olduğu sonucuna varılmaktadır.

Lawless başvurusuna ilişkin diğer önemli husus ise ilgili başvurunun görüşülmesi sırasında Mahkeme huzurunda, Komisyon Başkanı olan *Sir Humphrey Waldock* tarafından Komisyon kararı lehine dile getirilen ifadelerdir. Öğretide,

---

<sup>142</sup> Aynı yönde bkz. **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.17; **Brauch**, “The Margin of Appreciation.”, s.118; **Brems**, “The Margin of Appreciation.”, s.243.

<sup>143</sup> İHAM tarafından, Lawless davasında takdir marjı zikredilmese de taraf devletlerin takdir marjına sahip olduğu, İrlanda hükümetinin almış olduğu tedbirlerin çeşitli unsurların bileşiminden “*makul bir şekilde çıkarıldığı (reasonably deduced)*” belirtilerek kabul edilmiştir. **Gross/Ni Aolain**, s.632; **Macdonald**, “Margin of Appreciation.”, s.86; **Brems**, “The Margin of Appreciation.”, s.243.

Waldock'un tanıklığının, takdir marjı doktrininin gerekçelerine ilişkin en iyi tanımı sunduğu belirtilmektedir<sup>144</sup>.

*“Komisyon, İHAS’ın 15. maddesinde yer alan istisnai yetkinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun, bir devlet için özellikle de devletlerin kamusal düşüncenin etkisine karşı her zaman hassas olduğu bir demokraside, yetki ve zamanlama problemlerini içerdiğinin farkındadır. Aynı zamanda Komisyon’un farkına vardığı diğer bir husus da şudur; eğer devlet durumu düzeltmek istiyorsa, temel hak ve özgürlüklerin geçici olarak sınırlandırılmasını ihtiva eden sorunları, halk için mevcut durumdan daha kötü sonuçlar doğurması ve belki de temel hak ve özgürlüklerin daha fazla zarar görmesi karşısında dengelemek gerekmektedir. İHAS’ın 15. maddesi bağlamında takdir marjı doktrininin altında yatan anlayış, İHAS’ın 15. maddesinin özel bir ana fikirle okunması gereğini ortaya koymaktadır. Bu ana fikir de savaş hali ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü hal durumunda, devletin hukuk ve düzeni temin etmek sorumluluğudur. Takdir marjı kavramı özü itibarıyla, bir devletin bu sorumluluklarını yerine getirmesinin; karmaşık unsurları takdir etme ve çatışan kamu çıkarlarını dengelemesinin hassas bir sorununu teşkil etmektedir. Ayrıca, takdir marjı doktrini; Komisyon veya Mahkeme’nin İHAS’ın 15. maddesinde belirtilen yetkinin uygun sınırlar içerisinde kalması hususunda, en azından devletin yetkisini kabul ettikten sonra, kamunun etkili bir yönetime sahip olma çıkarı ile düzenin korunması çıkarının, devletin olağanüstü hale ilişkin istisnai yetkisinin meşruluğu lehine bir kararı haklı çıkarması ve gerektirmesidir.”<sup>145</sup>.*

Takdir marjı doktrininin Komisyon tarafından açıkça ifade edildiği Lawless davasında; Komisyon Başkanı Waldock’un, takdir marjının özüne ilişkin yaptığı açıklamalar da göstermektedir ki takdir marjı doktrini; başlangıçta olağanüstü hal dönemine ilişkin, İHAS’da öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbir almanın gerekçesi olarak öne sürülen bir doktrin şeklinde kurumsallaşmıştır<sup>146</sup>. Görüldüğü üzere, Komisyon Başkanı Waldock’a göre; taraf devletin, her halükârda hukuk ve düzeni temin etme sorumluluğu bulunduğundan, olağanüstü halde bu sorumluluklar yerine getirilirken, hassas bir dengeleme faaliyeti olarak takdir marjı doktrini devreye

---

<sup>144</sup> Feingold, s.92.

<sup>145</sup> Yourow, Margin of Appreciation Doctrine., s.17 ve dn.29; Feingold, s.92, 93; Şirin, “Takdir Marjı.”, s.366; Brauch, “The Margin of Appreciation.”, s.117; Shany, Yuval; “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, C.XVI, 2006, S.5, s.920, dn.82; Macdonald, “Margin of Appreciation.”, s.87.

<sup>146</sup> Aynı yönde bkz. O’Donnell, s.477; Gross/Ni Aolain, s.630.

girmektedir. Böylece olağanüstü hal süresince kamu düzenini tekrar temin etmek gerekliliği vuku bulduğundan, kamunun etkili bir yönetime sahip olma çıkarı ile düzenin korunması çıkarı taraf devletın takdir marjının meşruiyetini oluşturmaktadır.

### 3- Yunanistan Albaylar Cuntası Vakaları

Takdir marjı doktrininin, İHAS'ın 15. maddesi uyarınca istisna rejimine dayandığına ilişkin bir başka vaka ise Yunanistan Albaylar Cuntası döneminde<sup>147</sup> (1967-1974) yaşanan gelişmelere ilişkin olarak, dört devletin Yunanistan'a karşı yapmış oldukları devlet başvurularıdır<sup>148</sup>. 21.04.1967 tarihinde Yunanistan'da gerçekleşen ve nihai sonuca ulaşan darbe girişimine ilişkin olarak, 20.09.1967 tarihinde Danimarka, Norveç ve İsveç tarafından İHAS'ın 5., 6., 8., 9., 10., 11., 13. ve 14. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle devlet başvurusu yapılmış; 27.09.1967 tarihinde de Hollanda tarafından aynı adım atılmıştır<sup>149</sup>. 25.03.1968 tarihinde bu şikâyetlere ek olarak İHAS'ın 3., 7., ve 1 No'lu Ek Protokolün 1. ve 3. maddelerinin ihlal edildiği iddiaları söz konusu olmuştur. Darbe girişimi sırasında 280 sayılı Kraliyet Kararnamesi'ne dayanarak -Kralın onayı hilafına- İHAS'ın çeşitli hükümlerine denk düşen hak ve özgürlükleri de içerecek şekilde Yunanistan Anayasası askıya alınmıştır. Bunun yanı sıra, darbe neticesinde gerçekleşen eylemlerin amacı olarak “*demokratik yaşamı yeniden tesis etmek*” gösterilmiş ve eylemler hakkında “*ülkeyi komünist tehdidinden koruyan ulusal devrim*” adlandırması

<sup>147</sup> Albaylar cuntası dönemi, 21 Nisan 1967 tarihinde Yunan Kara ve Hava Kuvvetlerinden bir grup muhafazakâr ve antikomünist subayın siyasi kargaşadan faydalanarak iktidarı ele geçirdiği dönemdir. Başta darbe planının içinde olan Kral II. Konstantinos'un, darbe tarihinin öne çekilerek saf dışı bırakıldığı plan karşısında, Kral tarafından başarısız bir karşı darbe gerçekleştirilmiş; ancak bu başarısızlık sonucunda Yunanistan'da monarşi fiilen son bulmuştur. 1952 Yunanistan Anayasası'nın teminat altına aldığı hak ve özgürlükler askıya alınmıştır. Beşten fazla kişinin bir araya gelmesi, silah taşıma, silah bulundurma, kapalı salon toplantıları yasaklanmıştır. Ayrıca siyasi suçlarda görev yapacak özel mahkemeler teşkilatlandırılmış, ölüm cezaları ve işkence yasallaştırılmıştır. Bütün siyasi partilerin, derneklerin kapatıldığı, liderlerin tutuklandığı bir ortamda halkoyuna sunulan Anayasa % 92 oy oranıyla kabul edilmiştir. Siyasi çalkalanmalar ve ardından gelen darbe sonucunda hak ve özgürlüklerin kısıtlanması karşısında İskandinav ülkeleri devlet başvurusunda bulunmuşlardır. Bu döneme ilişkin olarak darbenin ideolojik arka planı ve tarihsel süreçteki gelişmeler için bkz. **Kılıçoğlu Cihangir**, Çiğdem; “Modern Yunanistan'ın Karanlık Çağı: Albaylar Cuntası: 1967-1974”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 4, 2016, S.37, s.518-539.

<sup>148</sup> *Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan*, 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, 3323/6. Komisyon tarafından bu başvurulara ilişkin olarak, 24.01.1968 ve 31.05.1968 tarihlerinde kabul edilebilirlik kararı verilmiştir. İlk başvuruda İHAS'ın 5., 6., 8., 9., 10., 11., 13. ve 14. maddelerinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Daha sonra bu şikâyetlere ek olarak 25.03.1968 tarihinde İHAS'ın 3., 7., ve 1 No'lu Ek Protokolün 1. ve 3. maddelerinin ihlal edildiği iddiaları ileri sürülmüş, Komisyon 31.05.1968 tarihinde bu iddiaları da kabul edilebilir bulmuştur. Bir diğer başvuru 10.04.1970 tarihinde yapılmıştır. Yunanistan'a karşı devlet başvuruları için bkz. **Yearbook**, Vol.12, s.5 vd.

<sup>149</sup> **Becket**, James; “The Greek Case Before the European Human Rights Commission”, Human Rights, C.I, 1970, S.1, s.94; **Buergenthal**, Thomas; “Proceeding Against Greece under the European Convention of Human Rights”, American Journal of International Law, C.LXII, 1968, s.441.

yapılmıştır<sup>150</sup>. Başlangıçta yapılan ilk başvuru ile ardından yeni iddialarla genişletilen başvuruya ilişkin söz konusu iki kararda eski İHAS'ın 31. maddesinin 1. fıkrası uyarınca irdelenen hususlar şunlardır<sup>151</sup>:

1. Kraliyet Kararnamesi, diğer yasal tedbirler ve idari uygulamaların İHAS'ın 5., 6., 8., 9., 10., 11., 13. ve 14. maddelerini ihlal edip etmediği,
2. 1967 tarihli Kanunun İHAS'ın 7. maddesini ve 1 No'lu Ek Protokolün mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddesini ihlal edip etmediği,
3. Siyasi tutukluların kolluk kuvvetleri tarafından işkenceye veya insanlıkdışı ya da alçaltıcı muameleye maruz kalıp kalmadığı ve eğer öyleyse bu durumun idari uygulama anlamına gelip gelmediği,
4. Davalı devletin olağanüstü hallerde yükümlülüklerini askıya almasının İHAS'ın 15. maddesi anlamında haklı olup olmadığı<sup>152</sup>.

Bu hususlara ilişkin olarak İHAS'ın 15. maddesiyle bağlantılı bir biçimde, Kıbrıs ve Lawless vakalarında Komisyon'un ifade ettiği, ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hal süreci çerçevesinde taraf devletin ulusal makamlarına tanınan takdir marjı doktrini, Komisyon'un Yunanistan vakasına ilişkin raporunda da tartışılmıştır. Yapılan ilk şikâyet neticesinde, Yunanistan hükümeti, Komisyon'un vakayı incelemeye yetkili olmadığını, durumun İHAS'ın 15. maddesi sınırları içerisinde kaldığını ve takdir marjı doktrininin "*devrim hükümetlerinde*" evleviyetle/a *fortiori* uygulanacağını ileri sürmüştür<sup>153</sup>. Ancak Yunanistan hükümetinin bu itirazı, "*bir devrim sonrası sürecinde olduğu gibi olağandışı nitelik arzeden siyasi durum hakkında dahi Komisyon'un hükümetlerin eylemlerini denetlemeye yetkili olduğu*" vurgusuyla reddedilmiştir<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> **Becket**, s.93.

<sup>151</sup> İHAS eski sistemi içerisinde koruma mekanizması organı olarak iki kurum öngörülmüştü. Komisyon ve Divan şeklinde çalışan denetim mekanizmasına belli safhadan sonra Bakanlar Komitesi katılmaktaydı. Burada belirtilen, İHAS'ın eski metninin 31. ve 32. maddelerinde öngörülen ikili sistemdir. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.26, 27.

<sup>152</sup> **Yearbook**, Vol.12, s.24.

<sup>153</sup> **Yearbook**, Vol.12, s.7, 31.

<sup>154</sup> **Yearbook**, Vol.12, s.32; **Becket**, s.97; **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.83. Yunanistan'a karşı yapılan devlet başvurusunun insan hakları hukuku açısından asıl önemi, Bakanlar Komitesi'nin İHAS'ın 31. ve 32. maddesi uyarınca alenileştirdiği rapor sonucunda, Yunanistan'ın 13.06.1970 tarihinde İHAS'ın 65. maddesi uyarınca İHAS sisteminden çıkmasıdır. Ardından yükümlülüklerin yerine getirilmesi sonucunda Yunanistan yeniden Avrupa Konseyi ve İHAS sisteminin bir parçası haline gelmiştir. Süreç hakkında bkz. **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.18 dn.30; **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.83.



Yunanistan'a karşı yapılan devlet başvurusunun Komisyon raporunda, olağanüstü halin varlığına ilişkin gerçek ve yakın tehlike olması gerektiği belirtilmiş olup, etkisinin tüm ulusu kapsamaması, toplumun birlikte yaşamasının devamlılığının tehdit altında olması, kamu sağlığı veya kamu düzenini korumak için olağan önlemlerin yetersiz kalması ve kriz veya tehdidin istisnai nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir<sup>155</sup>. Bununla birlikte ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü halin mevcudiyeti irdelenirken, Sözleşme'nin askıya alınmasına ilişkin 15. madde uyarınca alınan tedbirlerin meşruluğuna ilişkin koşulların, takdir marjı doktrininin göz önüne alınarak değerlendirilmeye devam edilmesi gerektiği işaret edilmiştir. Nitekim olayda davalı devlet, 03.05.1967 tarihinde devletin güvenliğini ve kamu düzenini tehdit eden iç tehditleri gerekçe göstererek İHAS'ı askıya almış ve anayasal hükümlerin askıya alındığına ilişkin bir metinle birlikte Kraliyet Kararnamesini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne iletmiştir. Başvurucu devletler ise iki gerekçeyle İHAS'ın askıya alınmasının geçerli olmadığını ileri sürmüşlerdir. Yunanistan hükümeti ne ulusun varlığını tehdit eden savaş veya olağanüstü halin varlığını ortaya koymuştur ne de alınan önlemler durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüdedir<sup>156</sup>.

Öğretide, Yunanistan Albaylar Cuntası vakaları ile bağlantılı olarak, takdir marjı doktrininin tartışıldığı iki karşı oy işaret edilmektedir<sup>157</sup>. Komisyon üyesi *Eustathiades* karşı oyunda, Albaylar Cuntası vakalarında Komisyon'un takdir marjı doktrininin uygulaması ile Kıbrıs vakası ve Lawless davasında takdir marjı doktrininin uygulamasını karşılaştırmaktadır<sup>158</sup>. *Eustathiades*'e göre, takdir marjı doktrininin önceki uygulamalarında, olağanüstü hale ilişkin bir tedbir alındığı zaman hem taraf devlette olağanüstü halin söz konusu olup olmadığı hem de alınan tedbirin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde bulunup bulunmadığı Komisyon tarafından denetlenmektedir. Ayrıca, Kıbrıs vakasında Komisyon, Birleşik Krallık'ın olağanüstü hale ilişkin alternatif tedbirler uyguladığını belirterek, bu tedbirlerin Kıbrıs'taki olağanüstü hal durumu ile etkin bir şekilde başa çıkmaya yeterli olup olmadığını değerlendirmektedir. Benzer bir biçimde, Lawless davasında, suç isnadı ve duruşma olmaksızın uygulanan tutuklama tedbirinden daha hafif olan alternatif çözüm yollarının, İrlanda'da uygulanan olağanüstü hal ile ilgili olarak yeterli olup olmayacağı

---

<sup>155</sup> *Yearbook*, Vol.12., s.72.

<sup>156</sup> *Buergenthal*, "Greece.", s.444.

<sup>157</sup> *Feingold*, s.93.

<sup>158</sup> *Yearbook*, Vol.12, s.81, 82.

irdelenmektedir. Bu saptamalardan hareketle *Eustathiades*, Komisyon'un olaydaki vakaların tespiti sürecinde, Yunanistan hükümetinin takdir marjına sahip olup olmadığı yönünde, yeterli bir değerlendirme yapmadığını belirterek Komisyon raporunu eleştirmektedir.

Takdir marjı doktrinine ilişkin saptamalar içeren diğer bir karşı oy ise Komisyon üyesi *Susterhenn*'e aittir. Komisyon üyesi *Susterhenn* karşı oyunda takdir marjı doktrinin varoluş gerekçesini, bir başka deyişle ortaya çıkış nedenini saptamaktadır. *Susterhenn*'a göre;

*“Ulusun varlığını tehdit eden bir hususun söz konusu olup olmadığını değerlendirmede karar verme hakkı, iyiniyet/bona fide sınırları içerisinde sorumlu hükümettedir. Komisyon bu kararın denetiminde, sorumlu hükümetin yerine geçerek karar vermeye yetkili değildir ve bir çeşit yüksek hükümet işlevi üstlenemez. Komisyon daha ziyade, sorumlu hükümetin yetkisini kullanırken açıkça makul olmayan ve keyfi bir tutumla hareket edip etmediğini denetlemelidir.”*<sup>159</sup>.

Görüldüğü üzere her iki karşı oyda da genel itibarıyla takdir marjı doktrininin sınırlarına ilişkin vakaların daha dikkatli ele alındığı kapsamlı bir denetim beklentisi olduğu aşikârdır. Belirtmek gerekir ki Yunanistan Hükümeti'nin Yunanistan Anayasası'nı ve hukukun üstünlüğünü tamamen askıya alması, İHAS'ın 15. maddesinde ulusal makamlara tanınan, ulusun varlığını tehdit eden bir halin söz konusu olduğuna karar verme yetkisi, takdir marjı doktrini kapsamında değerlendirilmemiştir.

### **C- Takdir Marjı Doktrininin Açıkça Uygulanması ve Kapsamının Genişlemesi**

*De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*<sup>160</sup> davası, takdir marjı doktrininin uygulandığı ilk İHAM kararı olarak işaret edilmektedir<sup>161</sup>. Mahkeme içtihatları incelendiğinde İHAM'ın takdir marjı doktrinine atıf yaptığı ilk davanın 1971 tarihli *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* davası olduğu görülmektedir. Ancak bu davada doktrine sadece atıf yapmakla yetinilmiş; *“takdir marjı doktrini (the margin of appreciation doctrine)”* yerine, *“takdir yetkisi (power of appreciation)”* terimi

<sup>159</sup> *Yearbook*, Vol. 12, s.86, 87.

<sup>160</sup> *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18.06.1971.

<sup>161</sup> **Brauch**, “The Margin of Appreciation.”, s.329; **Brems**, “The Margin of Appreciation.”, s.243; **Kratochvíl**, s.329.

kullanılmıştır. İHAM *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* davasında, İHAS'ın 8. maddesinde koruma altına alınan, tutuklu başvuru hakkına yönelik olarak gerçekleşen bir müdahalenin ihlal teşkil edip etmediği yönünde yapılan değerlendirmede, davalı Belçika ulusal makamlarının “*takdir yetkisinin (power of appreciation)*” sınırlarını aşmadığını tespit etmiştir<sup>162</sup>. Bunun yanı sıra, İHAS'ın 8. maddesinin 2. fıkrasının taraf devletlere takdir yetkisi tanıdığı belirtilmiş; somut olayda başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak, genel ahlak ve genel sağlık, suç işlenmesinin önlenmesi gibi gerekçelerle davalı hükümetin aldığı tedbirlerin gerekli olduğuna ilişkin yeterli gerekçelerin var olduğuna hükmetmiştir.

İHAM'ın açıkça takdir marjı doktrinine başvurması ise Komisyon'un ilk uygulamalarına paralel bir biçimde İHAS'ın 15. maddesinin yorumunda söz konusu olmuştur. Komisyon'un daha önce Kıbrıs vakasında, “*belirli bir takdir yetkisi (a certain measure of discretion)*” olarak işaret ettiği; *Lawless* davasında ise “*belirli bir takdir marjı (a certain margin of appreciation)*” şeklinde kavramsallaştırdığı takdir marjı doktrini *İrlanda/Birleşik Krallık* davası<sup>163</sup> ile İHAM nezdinde açıkça kullanılmıştır<sup>164</sup>. Keza, *İrlanda/Birleşik Krallık* davası ile takdir marjı doktrininin çerçevesi çizilmeye çalışılmış ve açıkça takdir marjı doktrini doğrultusunda karar verilmiştir<sup>165</sup>.

*İrlanda/Birleşik Krallık* davasındaki koşullara bakılacak olursa; Kuzey İrlanda'da süregelen trajik kriz bu davanın temelini oluşturmaktadır<sup>166</sup>. Davalı devlet

---

<sup>162</sup> *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18.06.1971, p.93. İHAS'ın 8. maddesi bağlamında haberleşme hakkına ilişkin “*takdir yetkisi/power of appreciation*” teriminin kullanıldığı diğer bir başvuru için bkz. *Golder/Birleşik Krallık*, 4451/70, 21.02.1975, p.45.

<sup>163</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.01.1978. Başvurucu İrlanda Hükümeti tarafından, İHAM İçtüzüğü'nün 80. maddesi uyarınca, sorgu sırasında kullanılan tekniklerin İHAS'ın 3. maddesi kapsamında insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele olarak değil; işkence olarak değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle son kararın düzeltilmesi talebinde bulunmuş ve başvuru hakkına talepleri 20.03.2018 tarihinde İHAM tarafından, son karar üzerinde belirleyici etki oluşturmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Yeni tarihli kararda, takdir marjı doktrinine ilişkin bir husus bulunmamaktadır. Bu karar için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 20.03.2018, p.137.

<sup>164</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.5; **Spielmann**, “Allowing the Right Margin.”, s.386; **Kratochvíl**, s.326; **Tümay**, “Margin of Appreciation.”, s.209; **Gross/Ni Aolain**, s.632.

<sup>165</sup> Öğretide, *İrlanda/Birleşik Krallık* davası için yaygın olarak; takdir marjı doktrininin detaylı bir şekilde bahsedildiği ilk karar, takdir marjı doktrinine açıkça dayanılan ilk karar şeklinde yorumlar yapılmaktadır. Bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.5; **Spielmann**, “Allowing the Right Margin.”, s.386; **Kratochvíl**, s.326; **Tümay**, “Margin of Appreciation.”, s.209; **Gross/Ni Aolain**, s.632; **Bakircioğlu**, Önder, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, German Law Journal, C.VIII, 2007, S.7, s.714. *Yourow*'a göre; *İrlanda/Birleşik Krallık* davası ile İHAS'ın 15. maddesine ilişkin diğer başvurular hakkında takdir marjı doktrininin parametreleri açıklığa kavuşturulmuştur. **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.19.

<sup>166</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.01.1978, p.11.

bu durumu “İrlanda adasının her bir parçasının tanık olduğu en uzun ve şiddetli terör eylemleri” olarak tanımlamaktadır. 1971 yılında Kuzey İrlanda hükümeti IRA örgütüne karşı, yargılama yapılmaksızın toplu tutuklama ve gözaltına alma tedbirlerini içeren bir takım özel yetkiler yürürlüğe koymuştur<sup>167</sup>. Dönemin Ceza Kanunu’nun öngördüğü hükümlerin yanı sıra, örgüt üyelerine karşı sınırsız bir zaman periyodu boyunca önleyici gözaltı, sorgu için uzatılmış gözaltı ve ön tutuklamayı içeren caydırıcı tedbirler öngörülmüştür. Bununla birlikte, davalı Birleşik Krallık tarafından Kuzey İrlanda’da süregelen iç kargaşanın kontrol altına alınması gerekçesiyle, İHAS’dan doğan yükümlülükler İHAS’ın 15. maddesi uyarınca askıya alınmıştır. Bu nedenle de İrlanda hükümeti, Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda hükümetleri aleyhine İHAS’ın 3., 5., 6., 14. ve 15. maddelerinin ihlali iddialarıyla Komisyon’a başvuru gerçekleştirmiştir.

İHAM ise kararında “*trajik kriz*” olarak adlandırdığı olayların sosyal ve siyasi arka planını aktarmış<sup>168</sup>; Kuzey İrlanda’da yaşananların bir kesim tarafından sivil itaatsizlik, bir kesim tarafından da terörizm olarak tanımlandığını belirtmiştir<sup>169</sup>. Krizin tarihsel aşamalarını da yansıtarak Kuzey İrlanda’da yaşanan durumu ortaya koymaya çalışmıştır<sup>170</sup>.

Kararda takdir marjı doktrininin ele alındığı kısım ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yer aldığı İHAS’ın 5. maddesiyle birlikte İHAS’ın askıya alınmasına ilişkin 15. maddesinin irdelendiği başlıklardır<sup>171</sup>.

İlk olarak, Lawless davasında belirtilen olağanüstü hal rejim standartlarını bu başvuruda da kullanan İHAM, başvurunun koşullarından anlaşıldığı gibi ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü halin varlığının aşikâr olduğunu ve bu durumun Komisyon ve Mahkeme tarafından tereddütsüz bir biçimde kabul edildiğini belirtmiştir.

İkinci olarak, İHAS’da öngörülen yükümlülüklerin askıya alınmasının durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olup olmadığının değerlendirmesi yapılmıştır. Bu değerlendirme sırasında da İHAM tarafından açıkça takdir marjı doktrinine

---

<sup>167</sup> Kuzey İrlanda makamları, Ağustos 1971 tarihinden Aralık 1975 tarihine kadar yargılama işlemi yapılmaksızın bir dizi tutuklama ve gözaltı tedbiri uygulama yetkisine sahiptir.

<sup>168</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.01.1978, p.13-19.

<sup>169</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.01.1978, p.12.

<sup>170</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.01.1978, p.20-76.

<sup>171</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.01.1978, p.202 vd.

dayanılarak karar verildiği anlaşılmaktadır. Keza taraf devletlerin zorunlu toplumsal ihtiyaçlar ile kurmuş oldukları doğrudan temas nedeniyle; olağanüstü halin varlığı konusunda ulusal makamların uluslararası yargıçlara kıyasen daha iyi konumda buldukları belirtilmektedir. Bu nedenle de İHAS'ın 15. maddesinin ulusal makamlara geniş takdir marjı tanıdığı; ancak takdir marjının ulusal makamlara sınırsız bir yetki vermediği işaret edilmektedir. Buna göre takdir marjı doktrini ile İHAM denetimi birlikte ele alınması gereken hususlar olup ilgili kısım şu şekildedir:

*“Olağanüstü hal aracılığıyla ulusun varlığının tehdit edilip edilmediğini belirlemek hususunda sorumluluk ve olağanüstü hali ortadan kaldırmanın ne kadar gerekli olduğuna ilişkin karar vermek ilk etapta taraf devletlere aittir. Taraf devletlerin, zorunlu toplumsal ihtiyaçlar ile doğrudan ve sürekli kurmuş oldukları ilişkiler nedeniyle; ulusal makamlar, uluslararası yargıçlara kıyasla olağanüstü halin varlığı ile yükümlülüklerin askıya alınması/derogasyon kavramı ve doğası üzerine kural olarak daha iyi konumdadır. Bu gerekçelerle İHAS'ın 15. maddesinin 1. fıkrası, ulusal makamlara geniş takdir marjı tanımaktadır.*

*Buna rağmen, taraf devletler sınırsız bir yetkiye sahip değildirler. İHAM ve Komisyon, ilgili devletlerin olağanüstü hale ilişkin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşıp aşmadığını denetlemekle yetkilidir. Sonuç olarak, ulusal takdir marjı Avrupa denetimi ile el ele yürümektedir.”<sup>172</sup>.*

Bu değerlendirmeden sonra İHAM, Birleşik Krallık'ın İHAS'ın 15. maddesinin taraf devletlere tanıdığı geniş takdir marjının sınırlarını aşmadığını belirtmektedir. Buna göre:

*“İHAM'ın işlevi Birleşik Krallık'ın yerine geçerek terörle mücadelede en uygun politikanın ne olabileceği yönünde değerlendirmeler yapmak değildir. Mahkeme, 9 Ağustos 1971 tarihinden beri davalı hükümet tarafından alınan tedbirlerin İHAS çerçevesinde uygunluğunu denetlemek dışında daha fazlasını yapmamalıdır. Bu amaçla; Mahkeme, sadece alınan tedbirlerin etkililiğinin geriye dönük denetimi değil, fakat başlangıçta tedbir alındığı ve sonradan uygulandığı zaman hüküm süren koşullar ışığında karar almalıdır.*

<sup>172</sup> İrlanda/Birleşik Krallık, 5310/71, 18.01.1978, p.207.

*Mahkeme, bu yaklaşımı doğrultusunda, davalı devlet Birleşik Krallık tarafından Ağustos 1971 ve Mart 1975 dönemleri arasında, yargılama yapılmaksızın hürriyetten yoksun bırakma tedbirinin gerekli görülmesi ile İHAS'ın 15. maddesi tarafından taraf devletlere bırakılan takdir marjının sınırlarının aşılmadığını kabul etmektedir.”<sup>173</sup>.*

Öğretide, Komisyon ve İHAM tarafından denetim işlevi yerine getirilirken yükümlülüklerin askıya alınması durumunda ulusal takdir yetkisinin genişletildiği belirtilmektedir. Buradan hareketle, olağanüstü rejime ilişkin olarak *İrlanda/Birleşik Krallık* devlet başvurusunda, Batı Avrupa’da kayda değer bir istikrar önerildiğinin altı çizilmektedir<sup>174</sup>.

Böylece, söz konusu başvuruda İHAS’ın askıya alınması hususunda taraf devletin ulusal makamlarına tanınan; ancak İHAM’ın denetimine tâbi olan geniş takdir marjı ve ikincilik ilkesi vurgusuyla, takdir marjı doktrininin ilk kez açıkça uygulama alanı bulduğu söylenebilir.

Yukarıda belirtildiği üzere; takdir marjı doktrini, insan haklarının bölgesel korunma mekanizması Avrupa sistemi içerisinde, İHAS’ın öngördüğü yükümlülüklerin askıya alınmasına ilişkin olarak İHAS’ın 15. maddesi çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Ancak zamanla uygulama alanı bununla sınırlı kalmayıp İHAS’ın koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin geneline sirayet etmeye başlamıştır. Takdir marjı doktrininin İHAM tarafından açıkça uygulandığı 1978 tarihli *İrlanda/Birleşik Krallık* davasından önce; takdir marjı doktrini, İHAS’ın 15. maddesi dışında da uygulama alanı bulmuştur.

Bir görüşe göre *Handyside/Birleşik Krallık* davası, İHAM’ın takdir marjı doktrinini açıkça telaffuz ettiği ilk karardır<sup>175</sup>. İHAS’ın 8-11. maddelerinin ortak sınırlama sebeplerinden “*genel ahlak*” konusuyla ilgili olan başvuru, müstehcen içerikli çocuk kitabının Birleşik Krallık genelinde el konulup imha edilmesine ilişkindir. Avrupa genelinde tek tip bir ahlak anlayışının mümkün olmadığını belirtildiği kararda, sınırlama ölçütlerinin yer aldığı İHAS’ın 10. maddesinin 2.

<sup>173</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.01.1978, p.210.

<sup>174</sup> **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.20.

<sup>175</sup> Bu görüş için bkz. **Hutchinson**, s.639; **Radacic**, s.603. Bununla birlikte; öğretilerde, takdir marjı doktrinine ilişkin *Handyside/Birleşik Krallık* davasının belirleyici bir karar olduğu hususunda tereddüt yoktur. Bkz. **Brauch**, “The Margin of Appreciation.”, s.118; **Radacic**, s.603, **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.7.

fıkrasının taraf devletlere takdir marjı bıraktığı ifade edilmiştir<sup>176</sup>. Bununla birlikte, takdir marjı doktrininin Avrupa denetimiyle el ele yürüdüğü belirtilerek, İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasının taraf devletlere sınırsız bir takdir marjı tanıdığı anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır<sup>177</sup>. Ayrıca, bu bağlamda “gereklilik” kavramı tarafından ima edilen zorunlu toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanların, ulusal makamlar olduğunun altı çizilmiştir. Buna göre kararın takdir marjı doktrinine ilişkin kısmı şu şekildedir:

*“Taraf devletlerin değişen iç hukuklarında tek tip bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkililerinin ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerinin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları ‘yasak’ veya ‘ceza’nın gerekliliği hakkında görüş bildirirken, uluslararası yargıçtan genellikle daha iyi konumdadırlar. (...) Bununla birlikte, bu bağlamda gereklilik kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar ulusal makamlardır.*

*Sonuç olarak, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası, taraf devletlere bir takdir marjı bırakır. Takdir marjı hem ulusal yasa koyucuya hem de diğer organlarla birlikte yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş yargılama makamına tanınmıştır.*

*Bununla birlikte, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası taraf devletlere sınırsız bir takdir marjı tanımaz. Mahkeme gereklilik konusunda nihai kararı vermeye yetkilidir. Ulusal takdir marjı Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir.”<sup>178</sup>*

Belirtmek gerekir ki *Handyside/Birleşik Krallık* başvurusunda altı çizilen hususlar, takdir marjı doktrininin mantığına hizmet eden ve İHAM’ın takdir marjı doktrinine ilişkin anlayışını yansıtmaktadır. Ancak 1976 tarihli bu kararda, takdir marjının ne zaman geniş veyahut dar kapsamda olacağını açıklayan bir derecelendirilme söz konusu değildir. 1976 tarihli *Handyside/Birleşik Krallık* bireysel başvurusu ile 1978 tarihli *İrlanda/Birleşik Krallık* devlet başvurusunu temelde ayıran

<sup>176</sup> *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, p.48.

<sup>177</sup> *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, p.49.

<sup>178</sup> *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, p.48, 49.

husus budur. Komisyon tarafından İHAS'ın 15. maddesinin yorumunda ortaya çıkan takdir marjı doktrininin; *İrlanda/Bileşik Krallık* başvurusunda, İHAS'ın öngördüğü yükümlülüklerin askıya alınması söz konusu olduğu anda, taraf devlete geniş bir takdir marjı bırakıldığı belirtilmektedir. *Handyside/Birleşik Krallık* başvurusunda ise -somut olayda genel ahlak olan- sınırlama ölçütleri ile ilgili olarak taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjına ilişkin bir analiz ilk örneği sunulmuştur. Ayrıca Strasbourg organları tarafından, ulusal makamların bireyin hak ve özgürlükleri ile kamunun menfaati arasında tam olarak adil denge sağlanıp sağlanamadığını değerlendirmede takdir marjına sahip oldukları vurgulanarak, genel kapsamda doktrinin uygulama alanı genişletilmiştir<sup>179</sup>. Kısacası başlangıçta Komisyon'un olağanüstü halde Sözleşme'den doğan yükümlülüklerin askıya alınması ile bağlantılı olarak ortaya koyduğu takdir marjı doktrini, sınırlama ölçütlerinin taraf devletlere takdir marjı tanıdığı yorumuyla Sözleşme'nin diğer hükümlerine uygulanmaya başlanmıştır.

### III- TAKDİR MARJI DOKTRİNİNİN KAPSAMINI BELİRLEYEN KRİTERLER

İHAM'ın çatışan değerler arasında adil denge kurma amacını yerine getirmeye hizmet eden takdir marjı doktrini hakkında, içtihatlar çerçevesinde oluşan birtakım kriterlerin söz konusu olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>180</sup>. Her ne kadar takdir marjı doktrininin kendisine ve Mahkeme tarafından kullanım biçimine yöneltilen eleştirilerin mevcudiyeti göz ardı edilemese de içtihatlar çerçevesinde takdir marjı doktrininin kapsamını belirlemeye ilişkin kriterleri ortaya koymak mümkün gözükmemektedir<sup>181</sup>. Ancak İHAM içtihatları çerçevesinde, takdir marjı doktrininin tüketici bir şekilde genel teorisi ve kriterleri belirlenememekte; öğretilerde de kriterler konusunda görüş birliği bulunmamaktadır<sup>182</sup>. Takdir marjı doktrininin sistematik bir

<sup>179</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.8.

<sup>180</sup> Takdir marjı doktrinin sistematik analizinin zor olduğunu kabul etmekle birlikte, takdir marjının dar veya geniş olarak uygulanmasını etkileyen bazı unsurları işaret etmek mümkündür. Aynı yönde bkz. **Von Luttichau**, s.101. Takdir marjı doktrininin açıkça sınırlandırılmış genel bir teorisinin bulunmadığı; fakat kararlarda sadece nasıl uygulanacağına ilişkin olarak genel referanslar olduğu belirtilmektedir. Bu kriterler çok yönlü işlevsel kullanımının ana ilkeleri kabul edilerek doktrinin meşruiyet gerekçeleri sayılmaktadır. Bu konuda bkz. **De la Rasilla del Moral**, Ignacio; "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine", German Law Journal, C.XII, 2006, S.6, s.615.

<sup>181</sup> **Mahoney**, "Marvellous Richness.", s.5; **Schokkenbroek**, "Margin of appreciation.", s.34, 35.

<sup>182</sup> **Van Dijk/Van Hoof**, s.87; **De la Rasilla del Moral**, s.115. Takdir marjına ilişkin uygulanan testin tamamen muğlak olduğu, marjın aslında genişliğinin bile bir karakteri olduğu; ancak geniş takdir marjının ve daha tutarlı uygulandığı ileri sürülen dar takdir marjının uygulandığı davaların mevcut olduğu belirtilmektedir. Yazara göre; Mahkeme kararlarının bir ilkeye ya da kurala dayandığı güçlüğü ve nadiren söylenebilir. Bu görüş için bkz. **Kratochvíl**, s.347-354.



analizi ve genel teorisi yapılamasa da içtihadî birikim göz önüne alınarak, belirli alanlarda unsurların ortaya konduğunu dile getirmek mümkündür.

Nitekim, takdir marjı doktrinin karşılaştığı riskleri bertaraf etmek, detaylı ve katı bir şekilde kriterlerini ortaya koymak için, doktrinin uygulamasının geliştirilmesine ihtiyaç olduğu belirtilmektedir<sup>183</sup>. En azından Sözleşme sistemi içerisinde söz konusu içtihadî birikim göz önüne alındığında, takdir marjı doktrinine ilişkin kavramsal çerçevenin çizilebildiği belirli alanların olduğunu kabul etmenin mümkün olduğu görülmektedir<sup>184</sup>. Bu kapsamda, belirli alanlarda ulusal makamlara tanınan takdir marjının derecelendirilmesi söz konusu olabildiğinden, konuyu açıklığa kavuşturmak adına bu alanların ortaya konulmasının sunacağı katkılar göz ardı edilmemelidir. Ancak unutulmamalıdır ki takdir marjı doktrini Mahkeme'nin kullandığı “*sabit bir ölçü birimi*” değildir<sup>185</sup>.

#### **A- Taraf Devletin İçinde Bulunduğu Koşullar**

Takdir marjı doktrini, Strasbourg organları tarafından derogasyon hükmüyle bağlantılı olarak ortaya çıkıp uygulanmaya başlamıştır. Erken dönem içtihatlarında Komisyon raporlarında olağanüstü rejimde yükümlülüklerin askıya alınmasının koşulları ortaya konmuştur. Ardından takdir marjı doktrini; Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 15. maddesi uygulamasında *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında açıkça uygulanmıştır<sup>186</sup>. Takdir marjı doktrininin bu bağlamdaki anlamı, bir kriz halinde yetkili ulusal makamlara krizi belirleme ve buna uygun olarak bir olağanüstü rejimi

<sup>183</sup> Yargıç *Ganshof van der Meersch*'in görüşünü akt. **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.5.

<sup>184</sup> *Spielmann* tarafından, takdir marjının genişliği için öğretide ileri sürülen unsurlar şu şekilde sıralanmıştır: i) uygulanan hüküm, ii) olaydaki söz konusu değerler, iii) müdahaleyi izleyen meşru amaç, iv) müdahalenin kapsamı, v) konsensüs etkisi, vi) müdahalenin ölçülülüğünün derecesi, vii) ulusal yüksek mahkemelerin karşılaştırmalı analizi. Sıralanan unsurlar hakkında bkz. **Spielmann**, “Allowing the Right Margin.”, s.394 vd. Öğretide kriterler konusunda görüş birliği olmadığı ve tüketici bir şekilde kriterlerin sunulamayacağını belirten yazarlar tarafından; iki anahtar unsurun, taraf devletin takdir marjı ile Avrupa denetimi karışımından hangisinin üstün geldiğini belirleme eğiliminde olduğu ileri sürülmektedir. İlki müdahalenin niteliği olup, yerine göre müdahale edilen hak ve iddia edilen haklı sebebe dönüşebilir; ikincisi ise taraf devletlerin uygulamalarından kaynaklanan Avrupa standardının genişliğidir. Bu konuda bkz. *Van Dijk/Van Hoof'un* görüşünü akt. **Greer**, The Exceptions., s.16, 17. **Gerards** tarafından, üç başlık altında takdir marjının genişliğini belirleyen unsurlar şu şekilde sıralanmıştır: ortak zemin (konsensüs), daha iyi konumda bulunma argümanı, etkilenen hakkın veya menfaatin niteliği. Bu konuda bkz. **Gerards**, Janneke; “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, European Law Journal, C.XVII, 2011, S.1, s.105 vd. **Brems** tarafından ise i) daha iyi konumda bulunma argümanı, ii) konsensüs, iii) hakkın özü olmak üzere kriterler üçlü bir şekilde tasnif edilmiştir. **Brems**, “Accommodating Diversity.”, s.105, 106.

<sup>185</sup> Bu yönde bkz. **Spielmann**, Dean; “Whither the Margin of Appreciation”, Current Legal Problems, C.LXVII, 2014, S.1, s.56.

<sup>186</sup> Bu konudaki Mahkeme içtihatlarındaki gelişmeler ve değerlendirmeler için Takdir Marjı Doktrininin İHAM İçtihatlarında Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi başlığı altında açıklamalar yapılmıştır.

ilan edip yürürlüğe koyma hususunda tanınmış olan karar verme gücünün dokusunu belirleyen bir esneklik payıdır<sup>187</sup>. Takdir marjı doktrini, olağanüstü rejiminin hukuka uygunluğunu belirleme probleminin zorlu boyutu olarak değerlendirilmektedir. Bu zorlu boyutlar ise iki boyutlu olarak krizin nitelik ve niceliğini belirleyip istisnai yönetim usullerine başvurmak konusunda hareket serbestisi tanınması, diğer yandan sahip kılınan bu olanak aracılığıyla da takdir marjının insan hakları ihlallerini kolaylaştırıcı rolünü oluşturmasında ortaya çıktığı tartışmalarına yol açmaktadır<sup>188</sup>.

Belirtmek gerekir ki taraf devletlerin olağanüstü halin varlığına ilişkin gerekli koşulları ortaya koyup koymadığı İHAM'ın denetimi altındadır<sup>189</sup>. Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilen normatif nedenler olan savaş zamanı veya ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hal durumlarında, herhangi bir taraf devlet, 2. fıkrada sayılan hükümler dışında, alınan tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle çelişmemesi koşuluyla Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinden sapan önlemler alma yetkisine sahiptir<sup>190</sup>. Bu doğrultuda istisnai hukuk rejimi içerisinde taraf devletler, insan haklarına saygılı ve hukuka bağlılık sınırları içerisinde olağan döneme nazaran daha ağır tedbirlere başvurabilmekte, krizin çözülerek olağan döneme geçilmesi amacıyla Sözleşme'nin öngördüğü yükümlülükleri askıya alabilmektedir<sup>191</sup>. Olağan ve özgürlükçü hukuk düzenine bir an önce geçmek için son çare olarak istisnai olağanüstü hukuk rejimi aracılığıyla, olağan hukuk düzeninde önlenmesi mümkün olmayan ulusun varlığına yönelik tehditin sona erdirilmesi hedeflenmektedir. Bu nedenle hak ve özgürlüklerin ağır sınırlamalarla kullanımının durdurulması, yükümlülüklerin askıya alınması ya da kullanım alanlarının daraltılması söz konusu olmaktadır<sup>192</sup>. Bu çerçevede insan haklarının uluslararası ve ulusal düzlemde korunmasının aracı olan hukuki metinlerde

<sup>187</sup> Tanım için bkz. **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.30.

<sup>188</sup> **Gemalmaz**'a göre; sınırların belirginleştirilmesi problemin asıl odağıdır. **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.31.

<sup>189</sup> Sözleşme'nin 15. maddesinin koşulları istisnai rejime geçildiğinin bildirim, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde tedbir alınması, uluslararası yükümlülüklerle aykırı olmama koşulu, çekirdek hakların askıya alınma yasağı olarak belirtilmektedir. **Macdonald**, Ronald-St. John; "Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights", Columbia Journal of Transnational Law, C.XXXVI, 1998, s.233-249.

<sup>190</sup> *Lawless/İrlanda (No: 3)*, 332/57, 01.07.1961, p.22; *Şahin Alpay/Türkiye*, 16538/17, 20.03.2018, p.74.

<sup>191</sup> Meşruluk koşulları için bkz. **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.225 vd.

<sup>192</sup> **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku., s.292.

olağanüstü hukuk rejimleri öngörülmektedir<sup>193</sup>. Ulusal makamların olağanüstü rejime geçiş yapmak yetkisinin yanı sıra, uluslararası makamların da sınırsız olmayan bu yetki kullanımının, ilgili uluslararası belgenin öngördüğü standartlara uygunluğunu değerlendirmekle görevli olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>194</sup>.

Öğretide, olağanüstü hal rejimi çerçevesinde çatışan iki gereksinim bulunduğu dile getirilmektedir<sup>195</sup>. İlk olarak, tehlikeyle karşılaşan demokratik modelin varlığının sürdürülmesi gereksinimi açığa çıkarken; diğer bir yandan birey hak ve özgürlüklerinin kurumsallaştırılması gereksinimi belirmektedir. Böylelikle ilk durum istisnai tedbirleri zorunlu ve gerekli kılmakta; diğer durum her koşulda geçerliliğini dayatmasıyla ilk durumu çevrelemektedir<sup>196</sup>. Bununla birlikte, olağanüstü hal rejimi istisnai; ancak keyfi olmayan birer hukuk rejimi niteliğiyle devlet makamlarının genişletilmiş yetkilerini hukuk kuralları çerçevesinde kullanmaları anlamına gelmekte; özgürlük ve güvenlik dengesinin gözetilmesi gerektiğini açıklığa kavuşturmaktadır<sup>197</sup>.

Ulusal makamların istisnai rejime geçme kararı bağlı bir yetki olup, bu husus olağanüstü rejim için belirli olan evrensel insan hakları standartlarına uygun bir biçimde durumu değerlendirip tasarrufta bulunabileceğini anlatmaktadır<sup>198</sup>. Ulusun varlığı sorumluluğu ile birlikte ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü halin var olup olmadığını belirlemek her bir taraf devletin kendisine düşmektedir<sup>199</sup>. Ulusal makamların anın zorunlu ihtiyaçlarıyla kurmuş oldukları doğrudan ve sürekli ilişki nedeniyle, olağanüstü halin varlığına ve olağanüstü hali gidermek için gerekli olan askıya alma tedbirlerinin niteliğine ve kapsamına karar vermek için ulusal makamlar uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda bulunmaktadır<sup>200</sup>. Bu nedenle, olağanüstü halin varlığına karar vermek ve olağan hukuk düzenine geçebilmek

---

<sup>193</sup> 1982 Anayasası'nda "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması" başlığı altında istisnai rejim öngörülmektedir. Bu konuda bkz. **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku., s.366 vd.; **Özbudun**, Anayasa., s.121-124. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.292 vd.

<sup>194</sup> **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.35.

<sup>195</sup> **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.227, 228.

<sup>196</sup> Bu iki durum aynı zamanda birbirlerinin çıkar odağıdır. İlk durumda, politik toplumun çıkarı mevcutken; ikinci durumda sivil toplumun çıkarı bulunmaktadır. **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.228.

<sup>197</sup> **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku., s.292.

<sup>198</sup> Olağanüstü rejimin ilanına karar verme yetkisinin bağlı ve sınırlı olması, kararı veren makamın demokratik rejimin üstünde değil, içinde olmasının doğal ve mantıki sonucudur. Böylece, kararı veren mercii hukukun üstünlüğü genel kuralı ile çevrelenmektedir. Bu konuda bkz. **Gemalmaz**, Olağanüstü Rejim Standartları., s.232.

<sup>199</sup> *A ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 3455/05, 19.02.2009, p.173.

<sup>200</sup> *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, 14553/89, 14554/89, 26.05.1993, p.43; *Şahin Alpay/Türkiye*, 16538/17, 20.03.2018, p.75.

amacıyla gerekli olan tedbirleri almak hususunda ulusal makamlara geniş bir takdir marjı tanınmaktadır. Belirtmek gerekir ki olağan döneme kıyasla ulusal makamların takdir marjı daha geniş olup, söz konusu geniş takdir marjı ise müdahalenin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması ve uluslararası yükümlülüklerle ters düşmemesi koşullarıyla sınırlandırılmıştır.

## B- Avrupa Konsensüsü

### 1- Avrupa Konsensüsü Üzerine Tartışmalar

Latince kökenli olan konsensüs kavramı, kelime anlamı itibarıyla bir fikir üzerinde uzlaşma anlamına gelmektedir<sup>201</sup>. İHAM tarafından kullanılan “*Avrupa konsensüsü*” ibaresinin, içtihatlarda açıkça bir tanımı yapılmamaktadır<sup>202</sup>. Mahkeme’nin kararlarında sıklıkla Avrupa konsensüsüne değinilmesine rağmen; net, öngörülebilir ve etkili bir Avrupa konsensüsü standardı oluşturulmadığı belirtilmektedir<sup>203</sup>. İnsan haklarının bölgesel düzlemde korunması için asgari ve ortak Avrupa standartları oluşturan Mahkeme, ortak Avrupa anlayışının varlığı veya yokluğunu ortaya koymak için çeşitli ifadeler kullanmaktadır<sup>204</sup>. Mahkeme, Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında “*ortak standart*”<sup>205</sup>, Konsey’e üye devletler arasında “*Avrupa konsensüsü*”<sup>206</sup>, “*ortak Avrupa standardı*”<sup>207</sup>, “*genel eğilim*”<sup>208</sup>, “*ortak zemin*”<sup>209</sup> şeklinde kullanımlar benimsemektedir. Mahkeme, Man adasındaki

<sup>201</sup> www.tdk.gov.tr, (e.t.: 17.10.2018).

<sup>202</sup> **Dzehtsiarou**, Kanstantsin; *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s.11; **Regan**, Daniel; “European Consensus: A Worthy Endeavour for the European Court of Human Rights”, *Trinity College Law Review*, C.XIV, 2011, s.53; **Karadağ**, Nergiz; “AİHM Kararlarında Kullanılan Bir Kavram Olarak Avrupa Konsensüsü”, (Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan), Der Yayınları, İstanbul 2012, s.584.

<sup>203</sup> *Brauch*’a göre otuz yıllık süreçte Mahkeme, konsensüsün ne olduğunu ve konsensüsün nasıl var olduğunu açıkça ortaya koymamıştır. Hatta İHAM’ın bu tutumu, Amerika Federal Yüksek Mahkeme uygulaması ile karşılaştırılmış ve Yüksek Mahkeme’nin konsensüs standardı oluşturmaya çalışmaktan vazgeçmesi gerektiği belirtilmiştir. **Brauch**, Jeffrey; “The Dangerous Search For an Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the ECHR”, *Howard Law Journal*, C.LII, 2009, s.277, 278, 317. Takdir marjı doktrininin kapsamını belirlemek noktasında Avrupa konsensüsünün faydalı bir kriter olmadığı yönünde bkz. **Brems**, “Accommodating Diversity.”, s.106.

<sup>204</sup> **Dzehtsiarou**, *European Consensus.*, s.11.

<sup>205</sup> *T./Birleşik Krallık*, 24724/94, 16.12.1999, p.72.

<sup>206</sup> Kararda aynı zamanda uluslararası konsensüs veya Avrupa konsensüsü kavramı kullanılmaktadır. Bkz. *Evans/Birleşik Krallık*, 6339/05, 10.04.2007, p.77.

<sup>207</sup> Kararda ortak Avrupa standardı, eğilim ve Avrupa konsensüsü kullanılmaktadır. İlgili karar için bkz. *X., Y. ve Z./Birleşik Krallık*, 21830/93, 22.04.1997, p.44.

<sup>208</sup> *Ünal Tekeli/Türkiye*, 29865/96, 16.11.2004, p.62.

<sup>209</sup> *S.H. ve diğerleri/Avusturya* kararında, taraf devletler arasında konuya ilişkin düzenlemeler yapıldığı tespit edilerek bu durumun konsensüsün oluşumunu yansıttığı belirtilmektedir. Ancak konsensüsün ortaya çıkmaya başlaması, taraf devletlerin dar takdir marjına sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Kararda taraf devletler arasında Avrupa konsensüsü ve ortak zemin (*common ground*) kavramları kullanılmıştır. Bkz. *S.H. ve Diğerleri/Avusturya*, 57813/00, 03.11.2011, p.83, 96.

15 yaşındaki çocuğa karşı yargısal bedensel ceza uygulamasına ilişkin *Tyrer/Birleşik Krallık* davasında, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu ve günümüz koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir<sup>210</sup>. Mahkeme önündeki davada, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin ceza politikalarında kabul edilen ortak standartların ve gelişmelerin etkisinden uzak duramayacağını vurgulayarak, kurumsallaşmış yargısal bedensel cezayı aşağılayıcı ceza olarak nitelendirmiştir<sup>211</sup>. Keza Mahkeme *Tyrer* davasında, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ceza politikalarını dikkate alarak bir değerlendirme yaptığı için Avrupa konsensüsü mantığını bu davada geliştirdiği kabul edilmektedir<sup>212</sup>. Böylece, Sözleşme sisteminde konsensüsün rolü üzerine gerçekleştirilen ve yargıçlardan oluşan organizasyonda, genel olarak ortak standartlar ışığında Sözleşme'nin gelişim göstereceğinin kabul edildiği görülmektedir<sup>213</sup>.

Öğretide, konsensüs kavramının “*herkesin belirli bir konu üzerinde anlaşması*” yönündeki anlamından hareketle; ancak tüm taraf devletlerin bir konuyu sadece benzer veya aynı şekilde düzenlemeleri halinde, o konu hakkında bir konsensüsün varlığının işaret edilebileceği belirtilmektedir<sup>214</sup>. Ancak konsensüsün kelime anlamı kabul edilirse, bir taraf devletin bile farklı bir çözüme sahip olması halinde, ilgili konu üzerinde konsensüsün oluşmadığı kabul edilebilecektir<sup>215</sup>. Bu nedenle de Mahkeme'nin Avrupa konsensüsü ifadesi ile tüm taraf devletler nezdinde bir konu hakkında tek tip ve aynılık içeren düzenlemelerin anlaşılacağı aşikârdır. Mahkeme içtihatlarından, Avrupa konsensüsünün; Sözleşme ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki etkileşim ve Sözleşme sisteminin temelini oluşturan kolektif yaklaşımın gerektirdiği ortak zeminin bir ifadesi olduğu anlaşılmaktadır<sup>216</sup>. Keza, bir

<sup>210</sup> *Tyrer/Birleşik Krallık*, 5856/72, 25.04.1978, p.31.

<sup>211</sup> *Tyrer/Birleşik Krallık*, 5856/72, 25.04.1978, p.31-34.

<sup>212</sup> **Kovler**, Anatoly/**Zagrebelky**, Vladimiro/**Garlicki**, Lech/**Spielmann**, Dean/**Jaeger**, Renate/**Liddell**, Roderick; “The Role of Consensus in the System of the European Convention on Human Rights”, Dialogue Between Judges, Council of Europe, 2008 Strasbourg, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2008\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_ENG.pdf), (e.t.:18.10.2018). İHAM'ın erken dönem kararlarında “Avrupa konsensüsü” kavramı gelişim göstermiştir. İlgili kararlar için bkz. *Tyrer/Birleşik Krallık*, 5856/72, 25.04.1978, p.31.; *Marckx/Belçika*, 6833/74, 13.06.1979, p.41; *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, p.56.

<sup>213</sup> Konsensüsün ortak standartlara erişildiğinde, Sözleşme içtihatlarının gelişim göstereceği düşüncesine dayandığının kabul edildiği görülmektedir. Aynı yönde bkz. **Regan**, s.53

<sup>214</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.12.

<sup>215</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.12.

<sup>216</sup> Organizasyon komitesinin hazırladığı metne göre; Mahkeme'nin Avrupa konsensüsü deyi, içtihatlar aracılığıyla Sözleşme standartlarının evriminin dayanağı olarak anlaşılmalıdır. Bu konuda bkz. **Kovler/Zagrebelky/Garlicki/Spielmann/Jaeger/Liddell**, aynı yer, (e.t.:18.10.2018).

konu üzerinde konsensüsün yokluğu, Sözleşme'nin dinamik yorumuna engel olmayacağı gibi; Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında konsensüsün ve ortak gerekçelerin varlığı Sözleşme güvencelerini zayıflatmak için uygulanamaz<sup>217</sup>. Buradan hareketle, Avrupa konsensüsü, taraf devletler arasında bir konu üzerindeki uygulamaların veya hukuki düzenlemelerin aynılığını ve fikir birliğini, bir başka deyişle eşdeğerliğini yansıtmamakta, taraf devletler arasındaki eğilimi ortaya koymaktadır<sup>218</sup>.

Bununla birlikte, öğretilerde sıklıkla eleştiri konusu olan Avrupa konsensüsü hakkında; Mahkeme tarafından bilinçli ya da bilinçsiz bir şekilde yeterli bir tanım ortaya konulmadığı, konsensüs arayışında etkenin Avrupa Konseyi'ne üye olan gelişmiş devletlerin uygulamalarının ve mevzuatının örnek oluşturduğu ideal normlar olduğu ya da tüm taraf devletlerin çoğunluğunun uygulamalarının Avrupa konsensüsünü oluşturduğu yönünde bir belirsizliğin hakim olduğu ileri sürülmektedir<sup>219</sup>. Buna göre Mahkeme, konsensüsün varlığı ya da yokluğuna ilişkin arayışı sırasında taraf devletlerin ulusal hukuklarında mevcut uygulamalara ve mevzuata odaklandığı için taraf devletlerin “*yerçekimsel etkisi*”<sup>220</sup> altında kalmakta ya da Avrupa konsensüsü Mahkeme'nin Avrupa kamu düzeninin temini için bir “*ilham*

<sup>217</sup> Kovler/Zagrebel'sky/Garlicki/Spielmann/Jaeger/Liddell, aynı yer, (e.t.:18.10.2018).

<sup>218</sup> *Dzehtsiarou*, çalışması çerçevesinde bir kısmı görevde olan İHAM yargıçlarıyla görüşmüştür. Yargıçlara göre; Mahkeme ulusal yasama organlarının yerine geçemez ve kural koyucu bir organ değildir. Günün koşulları ışığında Sözleşme'yi yorumlamak gerektiğini belirten yargıçlar, günün koşulları ışığında yorum faaliyetlerini konsensüsü göz önüne alarak yaptıklarını belirtmişlerdir. Konsensüs yoksa veya henüz konsensüs oluşmadıysa, bu durumda öncülük edemeyecekleri anlamına gelmediğini vurgulamışlardır. Yeni çözümler konusunda bir eğilime (*trend*) ihtiyaçları olduğunu dile getirmişlerdir. Bu konu hakkında bkz. **Dzehtsiarou**, *European Consensus*, s.12 ve dn.16.

<sup>219</sup> *Martens*, Avrupa konsensüsü arayışında bir kaynak olarak sadece ulusal hukuka dayanmak gerektiğine göre, İHAM'ın kaçınılmaz bir şekilde, tamamen ulusal hukukun normatif alanının yerçekimsel etkisi içerisinde kalacağını belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. **Martens**, Paul; “Perplexity of the National Judge Faced with the Vagaries of European Consensus”, in: *Dialogue Between Judges*, Council of Europe, Strasbourg 2008, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2008\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_ENG.pdf), (e.t.:19.10.2018). *Regan*'a göre; Mahkeme Avrupa konsensüsü aramayı bırakarak, insan haklarının korunmasında kendi anlayışını ortaya koymalıdır. Taraf devletlerin anayasal gelenekleri, Mahkeme'nin kendi anlayışını ortaya koyma konusunda sadece başlangıç noktası teşkil edebilir. Yazar, Avrupa konsensüsünün net bir tanımı olmadığını belirttikten sonra, karşılaştırmalı hukukun değerlendirilmesini gerektiren konsensüs arayışı sırasında, usuli bir şeffaflık eksikliği olduğunu belirtmektedir. **Regan**, s.51-76. Eleştiriler için ayrıca bkz. **Dzehtsiarou**, *European Consensus*, s.115 vd.

<sup>220</sup> *Martens*'ın öğretilerden alıntıladığı ifade için bkz. **Martens**, aynı yer, (e.t.:19.10.2018). Ulusal hukuktaki mevcut uygulamalara ve mevzuata dayanarak, karşılaştırmalı bir şekilde konsensüs arayışına girildiği belirtilse de *Helfer*'e göre; konsensüsün kanıtı için İHAM tarafından üç faktöre dayanılmaktadır. Bu faktörler; Avrupada bölgesel nitelikte düzenlemeler, uluslararası antlaşmalar ve ulusal hukukun işaret ettiği hukuki konsensüs (*legal consensus*), uzman konsensüsü (*expert consensus*) ve Avrupa kamusal konsensüsü (*European public consensus*) olarak ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. **Helfer**, Laurence R.; “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, C.XXVI, 1993, s.139 ve oradaki atıflar.

*kaynağı*<sup>221</sup>, bir başka deyişle diğer taraf devletlerle gerçekleştirilen diyalogun bir aracı olmaktadır. Ancak Avrupa konsensüsüne ilişkin olumlu ya da olumsuz tek ve basit bir cevap bulmanın zorluğu karşısında, sadece Mahkeme tarafından kullanımı konusunda değil; insan haklarının ihlal edilip edilmediğini denetleyen uluslararası bir Mahkeme'nin konsensüs arayışına girmesi, meşruiyete yönelik olarak önemli soruları beraberinde getirmektedir<sup>222</sup>. Nitekim, görevi evrensel insan haklarını güvence altına almak, özellikle de azınlıkların haklarını korumak olan bir Mahkeme, nasıl olur da kararlarında çoğunluğun iradesine başvurmaktadır?<sup>223</sup> Konsensüs arayışına girmek Sözleşmeye taraf olan egemen devletler arasındaki çeşitliliğe saygı ile bağdaşmakta mıdır?<sup>224</sup>

Tüm bu eleştirel tutumların yanı sıra; konsensüs arayışı, ulusal demokratik süreçlere saygı gösterirken, taraf devletlerin kademeli bir biçimde yeni standartlar oluşturarak, kendi uygulamalarını güncellemeye teşvik etmek için çok yönlü bir mekanizma olarak tasvir edilmektedir<sup>225</sup>. Keza Mahkeme'nin meşruiyet algısında Avrupa konsensüsünün önemli bir yeri olduğu, kamu güvenliğine yönelen tehditlerin çözüm metodu olarak algılanması gerektiği belirtilmektedir<sup>226</sup>. Buna ek olarak, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin önemli bir çoğunluğu arasında benzerlik içeren uygulamaların -Avrupa konsensüsünün- Mahkeme'nin yetkisinin revizyonu mahiyetinde dinamik yorumu meşrulaştırdığı ileri sürülmektedir<sup>227</sup>. *Dzehtsiarou*'a göre; Mahkeme'nin meşruluğu, ilgililer hakkında verilecek hükümden kaynaklanan, Mahkeme'ye duyulan saygı ve destek; bir başka deyişle insan hakları enstrümanı olarak Sözleşme'ye ve Mahkeme'nin yargı yetkisine riayet etmek olarak anlaşılmalıdır<sup>228</sup>. Nihayet, tutarlı bir şekilde uygulanan ve doğruluğu kanıtlanabilir

<sup>221</sup> *Rozakis*, İHAM'ın diyaloga açık olması gerektiğini belirtmektedir. **Rozakis**, Christos L.; "The European Judge as Comparatist", Tulane Law Review, C.LXXX, 2005, s.257-279.

<sup>222</sup> **Murray**, John L.; "Consensus: Concordance, or Hegemony of the Majority?", in: Dialogue Between Judges, Council of Europe, 2008 Strasbourg, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2008\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_ENG.pdf), (e.t.:20.10.2018).

<sup>223</sup> **Murray**, aynı yer, (e.t.:20.10.2018).

<sup>224</sup> **Murray**, aynı yer, (e.t.:20.10.2018).

<sup>225</sup> *Benvenisti*, konsensüs kavramını savunanların gerekçesini belirttikten sonra, teorikte ve pratikte problematik noktalarını ortaya koyarak dikkatli olunması gerektiğini dile getirir. **Benvenisti**, s.851, 852.

<sup>226</sup> **Bassok**, Or; "The European Consensus Doctrine and the ECtHR Quest for Public Confidence", in: Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond, (ed.:Kapotas/Tzevelekos), Cambridge University Press, Cambridge 2018, s.1-18.

<sup>227</sup> Hakların geniş yorumlanmasında konsensüs savunulabilir bir argüman olarak kullanılmakta; ancak daraltıcı yorum söz konusu olduğunda ise çifte standart yapıldığı belirtilerek eleştiriye tâbi tutulmaktadır. Bu konuda bkz. **Draghici**, Carmen; "The Strasbourg Court between European and Local Consensus: Anti-Democratic or Guardian of Democratic Process?", Public Law, 2017, s.11, 17.

<sup>228</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.143.

verilere dayanan Avrupa konsensüsünün, Mahkeme'nin meşruiyetini geliştirebileceği kabul edilmektedir<sup>229</sup>. Gerçekten de uluslararası nitelikteki mahkemelerin, kararların yerine getirilmesi için sahip oldukları zorlayıcı mekanizmaların eksiklikleri nedeniyle, uluslararası mahkemelerin kararlarının infazı, bu organların meşruiyetlerine dayandırılmaktadır<sup>230</sup>. Böylece, Avrupa konsensüsü tutarlı bir şekilde uygulandığı sürece, Avrupa Konseyi'ne taraf devletler arasında “*genel bir anlaşma*” niteliğinde anlaşılabilir görünmekte ve Mahkeme'nin meşruiyetine katkı sunma potansiyeline sahip bulunmaktadır<sup>231</sup>.

Elbette ki bireylerin devlete karşı Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerinin korunması merkezli bir misyona sahip olan İHAM, insan haklarına ilişkin kendi anlayışını ortaya koyarken yorum araçlarına ihtiyaç duymaktadır. Ancak Mahkeme'nin içtihatlarında Sözleşme'nin yaşayan belge niteliği işaret edilmekte, bunun gereği olarak da Mahkeme günün koşulları ışığında dinamik yorum aracılığıyla ortak bir insan hakları anlayışı geliştirmektedir. Bu yüzden Mahkeme'nin konsensüs arayışına girmesi her ne kadar söz konusu denetimi kolaylaştırmaya yarayan bir yargısal araç; bunun yanı sıra taraf devletler karşısında Mahkeme'nin meşruiyetini sağlamlaştıran bir argüman olsa da Avrupa konsensüsü Sözleşme'ye taraf devletlerin egemenlik endişelerini gidermek adına kullanılmamalıdır. Taraf devletlerin egemenlik yetkisi ile Sözleşme'den doğan yükümlülükleri arasında denge kurmakla yükümlü olan Mahkeme her davada ilgili konuya ilişkin, konsensüsün varlığını veya yokluğunu ya da oluşmakta olduğunu; hukuki kaynaklar, uluslararası örgütlerin raporları, Avrupa Konseyi organlarının faaliyetleri çerçevesinde ortaya koymalıdır. Nitekim konsensüs üzerine Mahkeme yargıçlarının da vurguladığı üzere, bir konu üzerinde konsensüsün yokluğu, Sözleşme'nin dinamik yorumuna engel olmamalı; Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında konsensüsün varlığı Sözleşme güvencelerini zayıflatmak için uygulanmamalıdır<sup>232</sup>.

<sup>229</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.2; Aynı yönde bkz. **Draghici**, s.6.

<sup>230</sup> **Dzehtsiarou**, Kanstantsin; “Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights”, Public Law, 2011, s.553.

<sup>231</sup> **Dzehtsiarou**, bu görüşün ikna edici olduğunu; çünkü demokratik yollarla seçilmiş olan organların kararlarına dayanıldığını, Mahkeme'nin gerekçelerinin olumlu etkisini dile getirmektedir. Bu nedenle, Avrupa konsensüsü, sadece Mahkeme'nin yorum aracı olarak ve insan haklarının ahlaki değerlerini sarsan bir kavram olarak görülmemelidir. Bu görüş için bkz. **Dzehtsiarou**, “Legitimacy.”, s.553.

<sup>232</sup> Aynı yönde bkz. **Kovler/Zagrebel'sky/Garlicki/Spielmann/Jaeger/Liddell**, aynı yer, (e.t.: 20.10.2018). **Arai-Takahashi**'e göre; çoğunluk görüşü Sözleşme'nin gelişen yapısıyla uyumlu olmayabilir. Bununla birlikte, çoğunluk görüşü Sözleşme organlarının yargısal politikasının yönünü dikte etmemelidir. **Arai-Takahashi**, “Margin of Appreciation.”, s.216.



## 2- Avrupa Konsensüsü ve Takdir Marjı Doktrini

Avrupa konsensüsünün, takdir marjı doktrini ile dinamik yorum ışığında uygulanmakta olduğu kabul görmekte; her ikisinin de Sözleşme sisteminin devamlılığını sürdürmek için zorunlu olduğu kabul edilmektedir<sup>233</sup>. Keza, takdir marjı doktrini ile gelişen insan hakları standartlarında gereğinden fazla ileriye gidilmesinin önüne geçildiği, dinamik yorum sayesinde de Sözleşme'nin imzalanıp kabul edildiği yılların görüşlerini koruyarak, anlamsız bir araç haline dönüşmesine engel olunduğu dile getirilmektedir<sup>234</sup>.

Mahkeme tarafından da Sözleşme'nin günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiği belirtilerek, Avrupa konsensüsünün ilk dönemki kararlara atıfla uygulandığı gözlemlenmektedir<sup>235</sup>. Böylece Mahkeme'ye göre, söz konusu kararlar üzerine inşa ederek içtihadî birikim oluşmakta; Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin birçoğunun uygulamaları konsensüs oluşturmakta<sup>236</sup> ya da yeterli genişlikte konsensüs bulunmamakta<sup>237</sup> veya çok küçük bir ortak zeminin varlığı<sup>238</sup> mevcut olmaktadır<sup>239</sup>. Buradan hareketle, takdir marjının dar veya geniş olup olmadığını belirleyen unsurlar arasında Avrupa konsensüsü yer almaktadır<sup>240</sup>. Eğer Sözleşme'nin ihlali iddiası hakkında başvuruya konu olan olaylara ilişkin olarak, Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında bir konsensüs oluşmuşsa, bu durumda ilgili konuya ilişkin taraf devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini nasıl yerine getireceği hususunda dar

<sup>233</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.129. Öğretide, takdir marjı doktrininin eleştirilebilir yanları mevcut olsa bile Mahkeme için kullanışlı, etkili ve esnek bir araç olduğu; Avrupa konsensüsünün ise Mahkeme'nin çoğunlukla takdir marjının etkisi altında işlettiği bir kavram olduğu belirtilmektedir. Keza takdir marjı doktrini ile Avrupa konsensüsü arasındaki ilişki ters orantılı olarak nitelendirilmekte; Avrupa konsensüsü kavramının azınlık değerlerin korunmasında tehdit oluşturabileceğine dikkat çekilmektedir. Bu görüş için bkz. **Karadağ**, "Konsensus.", s.582-592.

<sup>234</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.129.

<sup>235</sup> **Wildhaber**, Luzius/**Hjartarson**, Arnaldur/**Donnelly**, Stephen; "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights", HRLJ, C.XXXIII, 2013, S.7-12, s.249. Bu kararlar için bkz. *Tyres/Birleşik Krallık*, 5856/72, 25.04.1978, p.31; *Marckx/Belçika*, 6833/74, 13.06.1979, p.41; *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, p.56.

<sup>236</sup> Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin bir çoğunun uygulamaları (*great majority*) kullanımları için bkz. *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, p.60; *Marckx/Belçika*, 6833/74, 13.06.1979, p.41; *Sitaropoulos ve Giakoumopoulos/Yunanistan*, 42202/07, 15.03.2012, p.74.

<sup>237</sup> Yeterli genişlikte konsensüs bulunmadığının (*no sufficiently broad*) ifade edildiği karar için bkz. *B./Fransa*, 13343/87, 25.03.1992, p.48.

<sup>238</sup> Çok küçük bir ortak zeminin varlığına (*little common ground*) ilişkin kararlar için bkz. *Schalk ve Kopf/Avusturya*, 30141/04, 24.06.2010, p.92; *X., Y. ve Z./Birleşik Krallık*, 21830/93, 22.04.1997, p.44; *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, 28957/95, 11.07.2002, p.85.

<sup>239</sup> Mahkeme'nin eski kararlarının eksik yönleri ve bulanıklığı kimi yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Ancak *Wildhaber/Hjartarson/Donnelly*'e göre; hâlâ eleştiriler yapılmasına rağmen, "yeni Mahkeme" daha dikkatli bir şekilde desteklenmiş, gelişmiş ve daha çeşitli içtihatlarıyla güçlenmektedir. Bu görüş için bkz. **Wildhaber/Hjartarson/Donnelly**, s.249.

<sup>240</sup> **Wildhaber/Hjartarson/Donnelly**, s.249.

takdir marjına sahip olduğu belirtilebilir. Aksine, başvuruya konu olaylarla ilgili olarak, Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında herhangi bir konsensüs yoksa, bu durumda taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmesiyle bağlantılı bir biçimde, geniş takdir marjına sahip olduğu söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki bu konunun net bir formülasyonunun olduğunu söylemek oldukça güç gözükmektedir. Böylelikle “Avrupa konsensüsü yoksa; takdir marjı geniştir ve ihlal yoktur” ya da tam aksi bir şekilde, “Avrupa konsensüsü varsa; takdir marjı dardır ve ihlal vardır” demek mümkün değildir. Avrupa konsensüsü oluşmasa da Mahkeme genel eğilimlere atıfla bir ihlalin varlığını saptayabilmekte<sup>241</sup> ya da oluşan konsensüse rağmen Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar verebilmektedir<sup>242</sup>. Nitekim, takdir marjının sınırının çizilmesinde, Avrupa konsensüsü tek unsur olarak görülmemektedir<sup>243</sup>.

Bununla birlikte, Avrupa konsensüsün bulunduğu veya bulunmadığı hususlar incelemeye tâbi tutularak, taraf devletlere dar veya geniş takdir marjı tanınan konular saptandığı ölçüde ortaya konulabilmektedir<sup>244</sup>. Böylece Avrupa konsensüsü, ölçülülük

<sup>241</sup> Cinsiyet kimliğine ilişkin *Goodwin/Birleşik Krallık* davasında; Mahkeme, transseksüellerin yeni cinsel kimliklerinin tanınması yönünde ortak bir Avrupa yaklaşımı bulunmamasına rağmen; devam eden uluslararası eğilimin bulunduğu dair açık ve tartışmasız kanıtların varlığına odaklanmıştır. *Goodwin/Birleşik Krallık*, 28957/95, 11.07.2002, p.85; Mahkumların genel kapsamda ve istisnasız bir çimde oy haklarının engellenmesinin Sözleşme'ye aykırılık oluşturup oluşturmadığına ilişkin *Hirst/Birleşik Krallık (No 2)* davasında; ortak Avrupa yaklaşımı bulunmamasına rağmen, bu durum tek başına belirleyici olmamıştır ve Sözleşme'nin 1 No'lu Ek Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen seçim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. *Hirst/Birleşik Krallık (No 2)*, 74025/01, 06.10.2005, p.81, 82.

<sup>242</sup> Mahkeme kürtaj hakkına ilişkin kararında, kürtaja izin verilmesi için Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde öngörülen gerekçelerin daha geniş olduğu yönünde eğilimi belirtmiştir. Ancak bu konsensüs, taraf devletlerin takdir marjının genişliğini belirleyici bir şekilde daraltmamaktadır. Dolayısıyla konuya ilişkin konsensüs mevcut olmasına rağmen taraf devletin takdir marjı daraltılmamıştır. *A, B ve C/İrlanda*, 25579/05, 16.12.2010, p.235-241. Kürtaj hakkına ilişkin olarak öngörülen gerekçeler Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında daha geniş olmasına rağmen, İrlanda ulusal makamlarına tanınan takdir marjı daraltılmamıştır. Öğretide, *A, B ve C/İrlanda* kararında uygulanan takdir marjı doktrini iki yönden eleştirilmektedir. Bu konuda açıkça bir konsensüs olmasına rağmen, Mahkeme'nin bu durumu uygulanamaz kabul ettiği belirtilmiştir; ayrıca Mahkeme'nin ulusal makamlara tanınan takdir marjına dayanarak, insan hakları hukukunun temel ilkelerinden geriye dönüşe neden olduğu vurgulanmıştır. Bu görüş için bkz. **Ryan**, Christine; “The Margin of Appreciation in A, B and C v Ireland: A Disproportionate Response to the Violation of Women's Reproductive Freedom”, *University College London Journal of Law And Jurisprudence*, C.III, 2014, s.261.

<sup>243</sup> **Wildhaber/Hjartarson/Donnelly**, s.250.

<sup>244</sup> **Dzehtsiarou**, *European Consensus*, s.17 vd. Öğretide, konsensüsten hareketle takdir marjının derecesinin dar ya da geniş olup olmadığı ve konsensüsün, daha ziyade “*destek*” veya “*kontrol*” olarak anlaşılması gerekip gerekmediği hususunda karar vermek için, ortak anlayışın varlığının Sözleşme'nin yorumlanmasına yardımcı olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle de Mahkeme'nin gerçekleştirdiği konsensüs analizine ilişkin yapılan yorumların, yalnızca -kontrol ve destek olmak üzere- iki etkiden birini yansıtacak ve vurgulayacak bir biçimde dile getirilmesinin kafa karıştırıcı olduğunun altı çizilmektedir. Konsensüsün uygulanmasına ilişkin hatalı uygulamaların olabileceği kabul edilmekte; ancak insan hakları standartlarını geliştirmeyi desteklediği (*destek etkisi*) veya dizginlediği (*kontrol etkisi*) yönünde söz konusu etkilerinden yalnızca birinin ön plana çıkarılması kabul edilmemektedir. Böylece, yazarlar tarafından konsensüs analizinin makul bir uygulaması olduğu belirtilmekte ve örnekleri ortaya konmaktadır. Bu konuda bkz. **Wildhaber/Hjartarson/Donnelly**, s.251. Konsensüsün

ilkesi, takdir marjı doktrini, Sözleşme'nin özerk anlamı, dinamik yorumu ile birlikte yorum araçlarından biri olarak görülmektedir<sup>245</sup>. Mahkeme'nin Avrupa konsensüsü arayışına yönelik zorlu testinde, ilk olarak karşılaştırmalı hukuk verileri toplanarak başlangıç aşaması gerçekleşmekte, ardından değerlendirme ve uygulama aşaması söz konusu olmaktadır<sup>246</sup>. Uygulama aşamasında ise Avrupa konsensüsünün yoksunluğu; somut olaydaki uygulama ve hukuk kuralı hakkında Avrupa konsensüsünün oluştuğu; ne oluşan konsensüsün ne de buna ilişkin eksikliğin kararda belirleyici olmadığı tespiti; konuya ilişkin Avrupa konsensüsünün oluştuğu, fakat somut olaydaki uygulamanın veya kuralın Avrupa konsensüsüyle çelişmesi sonuçlarından birine varılmaktadır<sup>247</sup>.

İlk duruma ilişkin olarak, Avrupa konsensüsünün bulunmadığı alanlara pek çok örnek arasından yaşamın başlangıcı hakkında kararlar veya eşcinsel evlilikler örnek verilebilir. Mahkeme'ye göre; yaşamın başlangıcının bilimsel ve hukuki tanımı konusunda Avrupa konsensüsü oluşmamıştır<sup>248</sup>. Keza, Avrupa düzeyinde embriyo ve ceninin niteliği ve statüsü konusunda henüz konsensüs oluşmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında doğmamış çocuğun kişi sayılıp sayılmamasına ilişkin soruyu soyut bir biçimde cevaplamanın makul ve istenir olmadığına kanaat getirmiştir. Avrupa konsensüsünün bulunmadığı diğer bir durum için eşcinsel evlilikleri belirtilebilir. Zira Mahkeme; kırk yedi üye devletten sadece altısının eşcinsel evliliği hukuken kabul ettiğini belirtmiş, on üç üye devletin ise evlilikleri kabul etmese de eşcinsel ilişkileri tanıyan hukuki düzenlemeler

---

hakların geniş yorumlandığı örneklerde övüldüğü; aksi durumda ise eleştirildiği belirtilerek çifte standart yapıldığı görüşü için bkz. **Draghici**, s.17.

<sup>245</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.17. *Brauch* ise aksi yönde; ne zaman konsensüs oluşacağını, eğilimin yeterli olup olmadığını, yoksa konsensüse mi ihtiyaç duyulduğunu ya da uluslararası veya Avrupa genelinde konsensüsün hangisinin geçerli olacağını bilinemeyeceğini belirtmekte ve cevaplanamayan sorular olduğunu ileri sürmektedir. **Brauch**, "The Margin of Appreciation.", s.145, 150.

<sup>246</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.24.

<sup>247</sup> Bu ayırımı yanı sıra, *Mahoney/Kondak* tarafından dört grup halinde iki kural ve iki istisna ayırımı yapılmaktadır. Birinci grubu mevcut Avrupa konsensüsünün ihlal bulgusunu desteklediği kararları oluşturmaktadır. İkinci grup ise bu kuralın istisnası olan Avrupa konsensüsünün oluştuğu; ancak ihlalin bulunmadığı kararları içermektedir. Üçüncü grup kararlar ise kural olarak, Avrupa konsensüsünün bulunmadığı, takdir marjının geniş olduğu ve ihlalin bulunmadığı kararlardan oluşmaktadır. Dördüncü grup da bahsedilen bir önceki kuralın istisnası olarak, konsensüs eksikliğine rağmen Sözleşme'nin ihlali ile sonuçlanan kararlardan meydana gelmektedir. Yararlanılan ayırım ve *Mahoney/Kondak* tarafından yapılan tasnif için bkz. **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.24, 29. Yanlış sayılmayacak şekilde, Mahkeme'nin Avrupa konsensüsünü kullandığı durumların iki başlık altında toplanarak, kamu ahlakını ilgilendiren davalar ile toplumda siyasal gerilim ve çatışma konusu teşkil eden davalar olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Çoban**, s.214.

<sup>248</sup> *Vo/Fransa*, 53924/00, 08.07.2004, p.82.

gerçekleştirdiklerini işaret etmiştir<sup>249</sup>. Böylece eşcinsel evlilikler ile ilgili olarak Avrupa konsensüsü oluşmadığını dile getirmiştir<sup>250</sup>. 2017 tarihli bir kararında ise bu sayıların gelişim gösterdiğini vurgulamış, kırk yedi üye devletten yirmi yedisinin ya evliliğin tanınması ya da medeni birliktelik olarak taraf devletler arasında düzenlemeler gerçekleştirildiğini belirtmiştir<sup>251</sup>. 2010 tarihli *Schalk ve Kopf/Avusturya* davasında; eşcinsel evliliklere müsaade etmeyen ama birliktelikleri tanıyan son on yılda meydana gelen hukuki gelişmeleri dikkate alan Mahkeme, eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınması noktasında konsensüs oluşmaya başladığını not etmiştir<sup>252</sup>. Ancak eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınmasına ilişkin alan, henüz konsensüs oluşmadığından taraf devletlerin takdir marjına sahip olduğu bir alan ve gelişen haklardan biri olarak görülmüştür<sup>253</sup>. Belirtmek gerekir ki eşcinsel evliliklerin hukuken kabul edilmesi noktasında taraf devletlerin takdir marjı bulunmakta ise de Mahkeme, *Oliari ve diğerleri/İtalya* davasında; eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınmasının genel gerekliliği ve başvurucuların esas koruma alanına odaklanmıştır<sup>254</sup>. Uygulanan marjla ilgili olarak bireyin kimliğinin ve varlığının önemli yönünü teşkil eden cinsel yaşamı ve hızla artan uluslararası eğilimi dikkate alarak, eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınması konusunda ulusal makamların takdir marjını sınırlandırmıştır. Nitekim, eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınması ve korunmasını sağlayan erişilebilir bir yasal çerçeve sunulmadığından, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile yaşamına saygı hakkı bağlamında pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğini ve takdir marjının aşıldığını tespit etmiştir<sup>255</sup>.

<sup>249</sup> Belçika, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç eşcinsel evlilikleri tanımakta iken; Andora, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İzlanda, Lüksemburg, Slovenya, İsviçre, Birleşik Krallık devletleri eşcinsel ilişkileri tanıyan hukuki düzenlemeler gerçekleştirmişlerdir. On dokuz devlet ise ne eşcinsel evliliklerini ne de ilişkileri tanımaktadır. Söz konusu gelişmeler için bkz. *Schalk ve Kopf/Avusturya*, 30141/04, 24.06.2010, p.27-34.

<sup>250</sup> *Schalk ve Kopf/Avusturya*, 30141/04, 24.06.2010, p.52.

<sup>251</sup> *Orlandi ve diğerleri/İtalya*, 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12, 14.12.2017, p.205. Mahkeme, bir önceki kararı *Oliari ve diğerleri/İtalya* davasında, yirmi dört taraf devletin evlilik ya da medeni birliktelik şeklinde hukuki tanıma sağladığı işaret ederek, eşcinsel birlikteliklerin yasal olarak tanınması noktasında yaygın eğilimin varlığını belirtmiştir. Başvurucuların birlikteliklerin yasal olarak tanınmamasının Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açmıştır. Söz konusu karar için bkz. *Oliari ve diğerleri/İtalya*, 18766/11, 36030/11, 21.07.2015, p.55, 178.

<sup>252</sup> *Schalk ve Kopf/Avusturya*, 30141/04, 24.06.2010, p.105; *Orlandi ve diğerleri/İtalya*, 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12, 14.12.2017, p.205.

<sup>253</sup> *Schalk ve Kopf/Avusturya*, 30141/04, 24.06.2010, p.105; *Oliari ve diğerleri/İtalya*, 18766/11, 36030/11, 21.07.2015, p.55, 163; *Orlandi ve diğerleri/İtalya*, 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12, 14.12.2017, p.204-206.

<sup>254</sup> *Oliari ve diğerleri/İtalya*, 18766/11, 36030/11, 21.07.2015, p.177.

<sup>255</sup> Aksi takdirde, Mahkeme günün değişen koşullarına önem vermekte ve Sözleşme'yi pratik ve etkili bir şekilde uygulamakta isteksiz görünür. Başvurucuların birlikteliklerin yasal olarak tanınmamasının

Avrupa konsensüsü arayışı sırasında varılan ikinci sonuç, somut olaya ilişkin uygulama veya hukuk kuralının mevcut Avrupa konsensüsü ile uyumlu olmasıdır. Bu ihtimalde her zaman aynı sonuç çıkmasa da konsensüsle uyumlu bir uygulamanın Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyeceği dile getirilmektedir<sup>256</sup>. Örnek vermek gerekirse, *Stoll/İsviçre* davasında, gizli bilgilerin açığa çıkmasını engellemek için uygun cezai yaptırımlara ihtiyaç olduğu konusunda Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında konsensüsün varlığı ortaya konulmuştur. Somut olayda başvurucuya gizli bilgilerin ifşasına ilişkin olarak hükmedilen para cezasının orantılı olduğuna ve Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir<sup>257</sup>.

Üçüncü durumda ise nihai olarak Mahkeme, konuyla bağlantılı ne bir Avrupa konsensüsünün oluşmuş olduğunu ne de yokluğunu ortaya koymaktadır. Öğretide bu söz konusu sıra dışı durumun, sınırlı sayıda devletin bir konuyu düzenlemesi durumunda ve karşılaştırmalı analizin çıktılarının her iki şekilde de varsayım kurmaya mani olduğu alanlarda gerçekleşebileceği belirtilmektedir<sup>258</sup>. Bu konuyla bağlantılı olarak, *X ve diğerleri/Avusturya* davası örnek verilebilir<sup>259</sup>. Mahkeme bu davada, eşcinsel birlikteliklerde bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesini istemesine ilişkin başvuruda, evli olmayan heteroseksüel bir çiftin durumuyla karşılaştırıldığında, bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi hakkının eşcinsel çiftlere tanınmamasının geleneksel ailenin muhafazası veya çocuğun çıkarlarının korunması için gerekli olduğunu ortaya koyacak çok sağlam ve inandırıcı nedenler sunulmadığı kanaatinde<sup>260</sup>. Bu nedenle Mahkeme, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin ihlaline karar vermiştir<sup>261</sup>. Kararın konumuz bakımından ilgi çekici noktası, Mahkeme'nin örneklerin azlığından dolayı Avrupa konsensüsü arayışından bir sonuç

---

Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açmıştır. Mahkeme'nin bu kararı verirken İtalya Yüksek Mahkeme kararları ve İtalya kamuoyunun yaklaşımının zıt olmadığını tespit ederek, İtalya'daki konuya ilişkin mevcut durumu ortaya koymuştur. Ancak eşcinsellerin birlikteliklerinin en azından medeni birliktelik şeklinde hukuken tanınmasında konsensüs oluşmaya başlamıştır. Mahkeme bu konudaki eğilimi ve hakkın birey bakımından önemini, hakkın niteliğini dikkate alarak, takdir marjını sınırlamıştır. Bkz. *Oliari ve diğerleri/İtalya*, 18766/11, 36030/11, 21.07.2015, p.185-187.

<sup>256</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.26.

<sup>257</sup> *Stoll/İsviçre*, 69698/01, 10.12.2007, p.155.

<sup>258</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.26.

<sup>259</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, p.9 vd.

<sup>260</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, p.151.

<sup>261</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, p.153.

çıkartılmayacağı kanaatine varmış olmasıdır<sup>262</sup>. Hükümet Avrupa konsensüsü oluşmadığını ileri sürmüştü; Mahkeme ise eşcinsel birlikteliklerde bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi hakkının tanınmasıyla bağlantılı genel hususla ilgili değil, eşcinsel çiftler ile heteroseksüel çiftler arasında iddia edilen muamele farklılığı ile bağlantılı bir karar vermek gerektiğini belirtmiştir<sup>263</sup>. Böylece evli olmayan çiftler arasında evlat edinmenin tanındığı Avrupa Konseyi üyesi on üye devlet arasından, sadece altı devletin heteroseksüel çiftler ile eşcinsel çiftler arasında ayırım yapmadığı tespit edilmiş; örneklerin azlığından dolayı olası Avrupa konsensüsünün varlığı konusunda herhangi bir sonucun çıkarılmayacağına karar verilmiştir<sup>264</sup>.

Bununla birlikte, iki kadın ve bir çocuk başvurusunun söz konusu başvurusu hakkında, biyolojik babanın evlat edinmeye rızasının bulunmadığı, çocuğun çıkarımın kararda tartışılmadığı, Avusturya mevzuatının ilgili hükmünün evlat edinmek isteyen bireylerin cinsel yönelimlerine dayanarak ayırım yapılmaksızın tüm durumlara uygulanabilir olduğu ve dinamik yorumun olağan sınırlarının ötesine geçildiğinden bahisle Sözleşme'nin ihlal edilmediğini ileri süren karşı oy görüşü önem arz etmektedir<sup>265</sup>. Avrupa konsensüsü hakkında yargıçlar arasındaki görüş ayrılığını yansıtması bakımından altı çizilmesi gerekli olan bu davada, karşı oy sahibi yargıçlar; konsensüs arayışı konusunda metodolojik ve terminolojik açıdan Mahkeme'nin kararına eleştiri getirmektedirler.

Metodolojik açıdan, Avrupa konsensüsünü değerlendirme ve uygulama aşamasında, davalı devlet ile karşılaştırma yapılması için uyumlu hukuk sistemleri mi tercih edilmeli; yoksa daha geniş kapsamda mı karşılaştırma yapılması gerektiği bir sorun olarak ileri sürülmüştür<sup>266</sup>. Buna rağmen ilk yaklaşım kabul edildiğinde dahi Mahkeme'nin örneklerin azlığından dolayı herhangi bir sonuç çıkarılmayacağına dair "tuhaf gerekçelerinin", kullanılan metodun doğru olmadığını açıklığa kavuşturduğu belirtilmiştir<sup>267</sup>. Davalı devletle karşılaştırma yapmak için bir eşin diğer eşin çocuğunu

---

<sup>262</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, p.149. *Dzehtsiarou*'a göre, söz konusu davada Mahkeme, Avrupa konsensüsünün varlığı ya da yokluğunun değerlendirmede faydalı olmayacağından bahisle, diğer yorum araçlarını kullanarak ihlal sonucuna varmaktadır. Bu görüş için bkz. **Dzehtsiarou**, *European Consensus*, s.27.

<sup>263</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, p.149.

<sup>264</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, p.57, 149.

<sup>265</sup> Yargıçlar Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano ve Sicilianos'un karara kısmen karşı olan ortak görüşleri için bkz. *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, karşı oy, p.1-23.

<sup>266</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, karşı oy, p.12, 13.

<sup>267</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, karşı oy, p.14.

evlat edinmesi konusunda, taraf devletler arasında sadece on devlet arasında evli olmayanlar arasında bu durum kabul edilmiştir. Karşı oyda, söz konusu taraf devletler arasında bu durumdan aynı şekilde eşcinsellerin de yararlandığı sadece altı devletin olduğunu, bu keskin ayrımın da konsensüs olmadığını ortaya koyduğu dile getirilmiştir<sup>268</sup>. Bununla birlikte terminolojik açıdan, gerçek hayatta nadiren karşılaşılan konsensüs kavramı yerine, uluslararası hukukta daha detaylı incelemeye yönlendireceği düşünülen “*trend/egilim*” kavramının daha uygun olacağı düşüncesi ifade edilmiştir<sup>269</sup>.

Son ihtimal olarak Mahkeme, taraf devletin somut olaydaki uygulamasının veya mevzuatının Avrupa konsensüsü ile çeliştiğini ortaya koymaktadır. Bu durumda konuyla bağlantılı bir biçimde Avrupa konsensüsünün varlığı, bir başka deyişle konsensüsün oluştuğu aşikârdır. Ancak taraf devlet konsensüsünün aksine bir uygulama geliştirmektedir<sup>270</sup>. Öğretide, oluşan Avrupa konsensüsüne rağmen, uygulama veya mevzuatıyla konsensüs dışında kalan taraf devletin “*kara koyun*” olarak adlandırıldığı görülmektedir<sup>271</sup>. Bu bağlamda, aile birliğini korumak ve kamu düzeni gerekçeleriyle evlendikten sonra kadının tek başına soyadını kullanamamasının özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının ihlaliyle birlikte ayrımcılık teşkil ettiğine karar veren Mahkeme, taraf devletlerin ortak aile adı seçmeksizin de aile birliğini koruyabildiklerini gözlemlemiştir<sup>272</sup>. Keza Mahkeme, Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında aile soyadını seçmede çiftlerin eşit söz hakkına sahip olması hususunda Avrupa konsensüsü oluştuğunu belirtmiştir<sup>273</sup>. Böylece Mahkeme’nin uygulamalarıyla tek başına konsensüs dışında kalan taraf devletleri kara koyun olarak işaret ettiği söylenebilir.

Bu açıklamalar ışığında, Mahkeme öncelikle başlangıç aşamasında verileri toplamakta, ardından değerlendirme ve uygulama safhasında; genel olarak Avrupa konsensüsünün yoksunluğuna, oluştuğuna ya da oluşmakta olduğuna kararlarında yer

<sup>268</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, karşı oy, p.14.

<sup>269</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, karşı oy, p.15.

<sup>270</sup> **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.27.

<sup>271</sup> **Wildhaber/Hjartarson/Donnelly**, s.260.

<sup>272</sup> *Ünal Tekeli/Türkiye*, 29865/96, 16.11.2004, p.61-62.

<sup>273</sup> *Ünal Tekeli/Türkiye*, 29865/96, 16.11.2004, p.61.

vermektedir. Bunun sonucunda yukarıda açıklanan dörtlü tasniften birine ilişkin durum ortaya çıkmaktadır<sup>274</sup>.

Avrupa konsensüsünün eksikliği, diğer bir deyişle henüz oluşmadığı ortaya konarsa taraf devletin takdir marjı daha geniş kabul edilmektedir. Ancak geniş takdir marjına sahip olan taraf devletin hak ve özgürlüğe yönelen müdahalesi, aynı zamanda ölçülülük incelemesine tâbi tutulmaktadır. Dolayısıyla Avrupa konsensüsünün oluşmadığı konularda, taraf devletlerin geniş takdir marjına sahip olduğu söylenebilirse de bu durumda davanın her zaman Sözleşme'nin ihlal edilmediği yönünde bir kararla sonuçlanacağı söylenememektedir. *Mahoney/Kondak*'ın tasnifinde bu durum; kural olarak Avrupa konsensüsünün henüz oluşmadığı, taraf devletin geniş takdir marjına sahip olduğu ve kararın Sözleşme'nin ihlal edilmediği yönünde kararla sonuçlandığı şeklinde tasnif edilmiştir<sup>275</sup>. Yazarlar tarafından bu kuralın istisnası olarak da Avrupa konsensüsü henüz oluşmamasına rağmen, Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verilmesi durumu ifade edilmektedir.

Mahkeme, denetimi yapılan konuda Avrupa konsensüsü oluştuğu kanaatinde ise taraf devletlerin takdir marjı daha dar kabul edilmektedir. Keza hak znelerinin Sözleşme'de listelenen haklarını korurken bir yandan da ortak insan hakları standartları geliştirmeye özgülenen bir denetleme mekanizması, ortak anlayış oluşan konularda taraf devletlerin değerlendirme yapma yetkisini daraltma yoluna gitmektedir. Avrupa konsensüsünün oluştuğu konularda dar takdir marjına sahip olan taraf devletlerin uygulamalarının, her zaman Sözleşme'nin ihlaline yol amadığını belirtmek gerekmektedir. *Mahoney/Kondak*'ın tasnifinde, Avrupa konsensüsünün oluştuğu durumlar; kural olarak, mevcut Avrupa konsensüsünün ihlal bulgusunu desteklediği kararlar şeklinde ifade edilmektedir<sup>276</sup>. Bu kuralın istisnasını da oluşan Avrupa konsensüsüne rağmen, somut olaydaki uygulamanın konsensüs ile bağdaşması nedeniyle, Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar verilmesi durumu teşkil etmektedir.

---

<sup>274</sup> İlk ihtimalde Avrupa konsensüsünün yoksunluğu tespit edilmektedir. İkinci ihtimalde, Avrupa Konseyi'ne ye devletler arasında Avrupa konsensüsü oluşmuş bulunmakta; istisnai olarak, somut olaydaki uygulama bu konsensüsle bağdaşmakta ve Sözleşme'ye uyumluluk söz konusu olmaktadır. nc ihtimalde, konsensüsün ne varlığı ne de yokluğu ortaya konmakta ve kararda Avrupa konsensüsünün belirleyici etkisi bulunmamaktadır. Dördüncü ihtimalde ise Avrupa konsensüsü oluşmuş bulunmasına rağmen; davalı devletin uygulamaları ve mevzuatı konsensüs ile bağdaşmamaktadır.

<sup>275</sup> Akt. bkz. **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.29, dn.107.

<sup>276</sup> Akt. bkz. **Dzehtsiarou**, European Consensus., s.29, dn.107.



Sonuç mahiyetinde, Mahkeme'nin Avrupa konsensüsü arayışı sırasında kimi zaman zorlu davalarla karşılaştığını söylemek mümkündür. Öğretide ve kimi zaman yargıçlar arasında dahi bir davada konsensüsün oluşup oluşmadığının tespiti konusunda zıt düşünceler ortaya çıkabilmektedir. Yargıçlar arasındaki görüş ayrılığına, Avrupa konsensüsünün tespiti ve tayini konusunda ortaya çıkan muhtelif ihtilaflar diyerek, bu durumu görmezden gelmek bir tercih olsa da yukarıda işaret edildiği üzere özellikle ahlaki veya siyasi meselelere ilişkin davalarda karmaşıklığın ortaya çıktığını belirtmek gerekmektedir<sup>277</sup>. Mahkeme sürekli gelişim gösteren Avrupa toplumuna uyum sağlayarak, Sözleşme'yi günün koşullarına uyarlamak durumundadır. Bunu yaparken de taraf devletlerin egemenlik yetkisi doğrultusunda tercihlerine saygı göstermesi gerekmektedir. Sözleşme'yi günün koşulları ışığında yorumlayarak denetleme mekanizmasının güncelliğini sağlamak ve taraf devletlerin egemenlik yetkisine saygı göstermek arasında kalmaması önem arz etmektedir. Bu nedenle, Sözleşme sisteminin etkililiği ve devamlılığı için tutarlı bir uygulama ortaya koyması elzemdir. “Öngörülebilirlik” için ikna edici gerekçelerle her vakada hem Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasındaki mevcut gelişmeleri hem de uluslararası hukuktaki eğilimleri ve gelişmeleri birlikte ele almasında yarar görülmektedir. Zira Avrupa konsensüsünün ikna edici ve açık gerekçelerle varlığının ya da yokluğunun ortaya konmasının, aynı zamanda takdir marjı doktrininin içeriğini ve anlamını güçlendireceği gerçeği yadsınamaz.

### **C- Korunan Hakkın Niteliği**

Takdir marjı doktrini; ilk etapta, Sözleşme organları tarafından olağanüstü halde yükümlülüklerin askıya alınmasını düzenleyen Sözleşme'nin 15. maddesiyle bağlantılı olarak tasarlanmıştır. Ancak 1976 tarihli *Handyside/Birleşik Krallık* davası aracılığıyla takdir marjı doktrininin uygulama alanı genişlemiştir<sup>278</sup>. Böylece takdir marjı doktrini korunan hakkın niteliğiyle uyduğu ölçüde uygulanabilir hale gelmiş ve Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin geneline sirayet etmiştir.

---

<sup>277</sup> Yargıçlar arasında konsensüsün oluşup oluşmadığı hususunda görüş ayrılıkları çıkabilmektedir. İşkence eylemine ilişkin olarak hukuk davalarında yargı yetkisi konusunda konsensüsün bulunmadığına karar veren Mahkeme'nin yanı sıra; Yargıç Dedov işkenceye karşı etkili tedbirler alınması gerektiği konusunda Avrupa konsensüsünün oluştuğu kanaatindedir. Görüldüğü gibi, Avrupa konsensüsünün oluşup oluşmadığının tespitinde, davanın konusuna ilişkin hangi noktaya odaklanılacağı tartışma konusu olabilmektedir. Bkz. *Nait-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, *Yargıç Dedov'un karşı oyu*.

<sup>278</sup> Takdir marjı doktrininin İHAM içtihatlarında ortaya çıkışı ve tarihi gelişimi başlığında bu konu ele alındığından sadece değinmekle yetinilmiştir.

Korunan hakkın niteliğiyle bağdaştığı ölçüde takdir marjı doktrini uygulanacak, hatta kimi hak ve özgürlükler Sözleşme’de düzenlendiği şekliyle çekirdek haklar olduğundan taraf devletin takdir marjının bulunmadığı alanlar olarak ortaya çıkacaktır<sup>279</sup>. Nitekim Sözleşme’nin 15. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, Sözleşme sistemi olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacak birtakım hükümler içermektedir. Yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve kulluk yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi olağanüstü hallerde askıya alınamayacak hükümler olarak düzenlendiğinden, Sözleşme’nin diğer hükümlerine nazaran hiyerarşik üstünlüğe sahip olduğu ileri sürülmektedir<sup>280</sup>. Dolayısıyla bu durumun doğal sonucunu yansıtacak bir biçimde, bir hak ve özgürlük ne kadar önemliyse; ulusal makamlara ilgili hak ve özgürlüğü sınırlamak ve yorumlamak için tanınan takdir marjı o kadar dar kabul edilmektedir<sup>281</sup>.

Öğretide, bu durumu netleştirmek için “*solar sistem*” veya “*atomik sistem*” olarak adlandırılan iç içe geçmiş çember bir şema yardımıyla açıklamaya girişildiği görülmektedir<sup>282</sup>. Buna göre; Sözleşme metni, amacı ve hedefi birlikte değerlendirildiğinde, çemberin atomunu ve iç noktasını çekirdek haklar oluşturmaktadır. Çekirdek haklar atomunun hemen dışında ise “*daha az önemli*” haklar konumlanmaktadır. Ancak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve adil yargılanma hakkından oluşan usuli haklar, Sözleşme’ye taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde daha fazla benzerlik taşığundan, sosyal değişimlere daha az maruz kalmaktadırlar. Bu nedenle çekirdek haklar atomunu, usuli haklar çevrelemekte; usuli haklar dışında Sözleşme’de düzenlenen diğer kişisel hak ve özgürlükler ise usuli haklardan sonra gelerek bir diğer çemberi oluşturmaktadır. Bu atomik sistemin en dış çemberini de olağanüstü hallerde Sözleşme hükümlerini askıya almaya cevaz veren Sözleşme’nin 15. maddesi çevrelemektedir. Böylece bu şemadan çıkarılan sonuca göre; çemberin atomunu ve iç noktasını oluşturan çekirdek haklardan uzaklaştıkça taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirme noktasında değerlendirme yapma

---

<sup>279</sup> İkincellik ilkesinin bir sonucu olarak, İHAM ulusal makamlar karşısında tamamlayıcı niteliktedir. İnsan haklarını korumak için taraf devletler gerekli araçların seçimi konusunda takdir marjına sahiptir. Ancak bu husus taraf devletin sınırsız bir şekilde dilediği gibi serbest bir alana sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme çekirdek haklara ilişkin erken dönem kararlarında, pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda dahi taraf devletlerin takdir marjına sahip olduğunu dile getirmekten imtina etmekteyken; şimdilerde bu alanda takdir marjı tanındığını kararlarında belirtmektedir. Bu konunun İHAM içtihatları ışığında değerlendirilmesi ikinci bölümde yapılacaktır.

<sup>280</sup> Brems, “The Margin of Appreciation.”, s.264.

<sup>281</sup> Brems, “The Margin of Appreciation.”, s.264.

<sup>282</sup> İlgili şema ve açıklamalar için bkz. Yourow, Margin of Appreciation Doctrine., s.188, 189, 190.

yetkisi artmaktadır. Sözleşme'nin özündeki merkezi kuvvetten daha uzakta olan dış çember, Sözleşme'nin 15. maddesinde düzenlenen derogasyon hükmünün taraf devlete tanıdığı artan değerlendirme yetkisini sembolize eden merkezkaç kuvvetine daha fazla eğilimli görülmektedir<sup>283</sup>.

Belirtmek gerekir ki uluslararası hukukta, kimi insan haklarının diğerlerine nazaran üstün olup olmadığı tartışmalı bir konu teşkil etmektedir<sup>284</sup>. Diğer bir deyişle, uluslararası düzenlemeler içerisinde insan hakları hukukunun diğer alanlardan üstün olduğu; bunun yanı sıra kimi hak ve özgürlüklerin de diğerleri karşısında üstünlük içerdiği tartışılmaktadır<sup>285</sup>. Hak ve özgürlükleri hiyerarşik üstünlüğüne göre değerlendirme eğiliminin, belirsiz hukuki değerlerin, düşük nitelikte insan hakları enstrümanlarının yaygınlaşmasına bir cevap niteliğinde olduğu belirtilmektedir<sup>286</sup>. Bununla birlikte, kimi hak ve özgürlüklerin hiyerarşik üstünlüğünün dayanağı olarak; uluslararası hukukta geçerli kabul edilen ve uluslararası toplumun ortak çıkarlarını korumayı gerekli kılan, uluslararası topluma karşı devletin *erga omnes* yükümlülükleri ve emredici nitelikte *jus cogens* kurallar ileri sürülmektedir<sup>287</sup>. Ayrıca, uluslararası sözleşmelerde, anayasalarda sınırlandırılmayan birtakım hak ve özgürlüklerin varlığı; söz konusu hakların mutlak hak olarak diğer haklardan hiyerarşik üstünlüğünün göstergesi mahiyetinde kabul edilmektedir<sup>288</sup>. *Meron*'a göre; insan hakları ve uluslararası hukukun diğer normlarının çatışmasında hiyerarşik terimlerin kullanılması, üstün olan hakların ahlaki ve hukuki engeller olarak, insan hakları

---

<sup>283</sup> Sözleşme'nin 15. maddesinin merkezkaç kuvvetine daha eğilimli olduğu ifadesiyle anlatılmak istenen husus, taraf devletin takdir marjının en geniş olarak değerlendirildiği alan ile Sözleşme'nin özünden sapmaya eğilimli olan alanın söz konusu derogasyon hükümleri olduğu değerlendirmesidir. Bu görüş için bkz. **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.189.

<sup>284</sup> Uluslararası normatif bir hiyerarşik düzen, üstün normların varlığını haklı gösterecek uluslararası değerler sisteminin varlığını gerektirir. *Erga omnes* etkili uluslararası yükümlülükler ve *jus cogens* normlar bu değerler sistemine örnek olarak gösterilmektedir. Bu tartışma için bkz. **Vidmar**, Jure; "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?", in: Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights, (ed.: E. de Wet ve J. Vidmar), Oxford University Press, Croydon 2012, s.13-41.

<sup>285</sup> BM Antlaşması'nın diğer antlaşmalarla çatışması durumunda üstünlüğünü düzenleyen 103. maddesi ile barışı ve insan haklarını korumak yönünde amaçlarını düzenleyen 1. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; insan hakları hukukuna ilişkin antlaşmaların, diğer konuda düzenlenen uluslararası antlaşmalar söz konusu olduğunda üstün olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Shelton**, Dinah; "Hierarchy of Norms and Human Rights: Of Trumps and Winners", Saskatchewan Law Review, C.LXV, 2002, s.301, 303.

<sup>286</sup> **Meron**, Theodore; "On a Hierarchy of International Human Rights", The American Journal of International Law, C.LXXX, 1986, S.1, s.21.

<sup>287</sup> **Shelton**, s.319; **Meron**, s.22; **Vidmar**, s.13 vd. Aksi yönde bkz. **Tahvanainen**, Annika; "Hierarchy of Norms in International and Human Rights Law", Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter, C.XXIV, 2006, S.3, s.191-205.

<sup>288</sup> *Erga omnes* yükümlülükler, *jus cogens* kurallar ve sınırlandırılmayan hakların hiyerarşik üstünlüğün dayanağı olup olamayacağını irdelemektedir. Bu konuda bkz. **Tahvanainen**, s.191 vd.

ihlallerinde ve söz konusu hakların askıya alınmasında uygulanabildiği normatif bir düzen arayışını yansıtmaktadır<sup>289</sup>.

Bununla birlikte, hangi insan haklarının bir bütün olarak uluslararası toplumların değerlerini ve çıkarlarını koruduğu konusunda bir uzlaşma olmadığı, hiyerarşik olarak üst kabul edilen hak ve özgürlüklerden açıkça bahsedilen kararların olmadığı, BM İnsan Hakları Komitesi'nin belirttiği üzere insan hakları arasında hiyerarşi bulunmadığı<sup>290</sup>, insan hakları hukukunda hiyerarşinin hakların bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılık ilişkisiyle bağdaşmadığı dile getirilmektedir<sup>291</sup>. Bu anlayışın savunduğu görüşe göre, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmaz nitelikte oluşu ve olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacağı belirtilmesinin üstünlüğü göstermediği, aksine tüm hak ve özgürlüklerin bölünmez bir biçimde algılanarak birinin diğerine üstünlüğünün reddedildiği savunulmaktadır. Böylece, bütünsellik fikri tarafından, farklı normlar farklı değerleri korusa da hak ve özgürlüklerin tek bir paket oluşturduğu, bir hakkın anlamlı ve tam manada kullanılabilmesi için diğer tüm hak ve özgürlüklere sahip olmak gerektiği kabul edilmektedir<sup>292</sup>. Zaten olağanüstü hallerde kullanımı kısıtlanabilen hak ve özgürlüklerin sınırsız ve denetimsiz bir şekilde tamamen askıya alınması mümkün olmamaktadır. Ne hak ve özgürlüklerin olası sınırlama ölçütleri ne de istisnai durumda sınırlamaları aşan daha ağır olası kayıtlamalara tâbi tutulması hak ve özgürlükler arasında hiyerarşik bir düzen öngörüldüğü anlamına gelmemektedir<sup>293</sup>.

Dolayısıyla takdir marjı doktrininin sınırının belirlenmesi açısından çekirdek hakların merkezde kabul edilerek şema çizilmesi ve diğer hak ve özgürlüklerin bu

---

<sup>289</sup> **Meron**, s.21.

<sup>290</sup> İnsan hakları arasında hiyerarşi olmadığı; ancak sınırlandırılmayan hakların öneminin altının çizildiği İnsan Hakları Komitesi'nin görüşü için bkz. **General Comment No. 24**: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant: 04/11/94 CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, General Comment No. 24. (General Comments), p.10.

<sup>291</sup> **Tahvanainen**, s.201-205. İnsan haklarının karşılıklı bağımlılık ilişkileri ve bölünmezliği ilkesi gereğince bütünselliğini savunan; ancak olağanüstü dönemde hiyerarşinin varlığını kabul eden görüş hakkında bkz. **Anayurt**, Ömer; "Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi", in: Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE, Ankara 2000, s.57.

<sup>292</sup> **Tahvanainen**, s.204, 205.

<sup>293</sup> Hak ve özgürlüklerin hiyerarşik değerinin olmadığı, bütün ve bölünmezliğinin soyut bir uzlaşmadan ziyade hukuksal gerçek olduğu hakkında bkz. **Gemalmaz**, C.II Genel Teori., s.613. İHAM ise yaşam hakkının uluslararası korunma mekanizmaları içerisinde üstünlüğünü belirtmektedir. *Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya* kararında; yaşam hakkının devredilemez niteliği olduğuna ve insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer oluşturduğuna işaret etmektedir. *Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya*, 34044/96, 35532/97, 44801/98, 22.03.2001, p.94.

merkez etrafında konumlanması, çekirdek hakların hiyerarşik açıdan üstünlüğünü kabul eden bir yaklaşımı yansıtmaktadır. İHAS'ın 15. maddesinin ikinci fıkrasında olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayan hak ve özgürlüklerin ayrıksı konumunu ortaya koymak önemli olmakla birlikte, tümüyle bu hak ve özgürlüklerin diğerlerinden üstün olduğu algı ve anlayışı kabul edilmemelidir. Takdir marjı doktrininin daha kolay anlaşılmasına hizmet eden yapay bir sınıflandırma sadece açıklık ve anlayış kolaylığı sunmak adına pedagojik amaçla mümkün olabilir<sup>294</sup>. Aksi halde bir insan hakkının korunması bir başka insan hakkının korunması adına ertelenemez<sup>295</sup>. Keza ertelenebileceğini ileri sürmek insan haklarının ne olduğunu bilmekten ya da belirli bir hakkın içeriğini açıkça görmekten kaynaklanan bir yanılğı olarak değerlendirilmektedir<sup>296</sup>. Zira çekirdek haklar dışında koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin demokratik toplumda kurucu değerler olduklarının altı çizilmekte; bunun yanı sıra olağanüstü halde askıya alınması mümkün olan hak ve özgürlüklerin her durumda koşulsuz kısıtlanması söz konusu olmamaktadır.

Sınırlama ölçütü içermeyen ya da sınırlandırılması ağır koşullara tâbi olan hak ve özgürlüklerin, diğer hak ve özgürlüklerden ayrı düşünülemeyeceğini belirterek; söz konusu çekirdek hakların denetlenmesi sırasında taraf devletlere tanınan takdir marjı doktrininin kararlarda belirleyici olmadığını dile getirmek gerekmektedir. Öğretide, çekirdek hakların korunması yönünde taraf devletin pozitif yükümlülükleri olduğundan çok küçük bir alan da olsa pozitif yükümlülüklerle bağlantılı olarak takdir marjının tanındığı kabul edilmektedir<sup>297</sup>. Nitekim pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, örneğin yaşam hakkının korunmasında seçilecek araçların niteliği konusunda en azından küçük bir alanda takdir marjının tanındığı belirtilmektedir<sup>298</sup>. Ancak kural olarak, çekirdek haklar içerisinde takdir marjının yeri yoktur<sup>299</sup>. Yaşam hakkına yönelen bir müdahalede mutlak gerekli ölçüde kuvvet kullanımının değerlendirilmesi söz konusu ise takdir marjı doktrini uygulanmamakta ve ulusal

---

<sup>294</sup> **Anayurt**, s.57.

<sup>295</sup> **Kuçuradi**, İonna; “Felsefe ve İnsan Hakları”, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, (yay.haz.: İonna Kuçuradi), 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1996, s.52.

<sup>296</sup> **Kuçuradi**, s.52.

<sup>297</sup> Bu yönde bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.226

<sup>298</sup> Taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin gerektirdiği alanlarda dahi, çekirdek haklara müdahalelerde takdir marjı için çok az bir alan tanınmaktadır. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.226.

<sup>299</sup> **Şirin**, “Takdir Marjı.”, s.369; **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.5; **Spielmann**, “Allowing the Right Margin.”, s.395.

makamların sorunlara yakınlığı dikkate alınmamaktadır<sup>300</sup>. Taraf devletlere tanınan takdir marjının gereği olarak, bazı devletlerin işkence yasağını ihlal etme konusunda diğer devletlerden daha fazla kötü muamelede bulunabilme ihtimali bulunmamaktadır<sup>301</sup>. Bir davada değerlendirilen olayların işkence yasağının koruma alanına girmesi için müdahalenin işkence teşkil edip etmediği, asgari ağırlık düzeyine erişip erişmediği konusu, takdir marjı doktrinini kapsamamaktadır<sup>302</sup>. Ayrıca, Sözleşme'nin 4. maddesinde düzenlenen zorla çalıştırma yasağında takdir marjına yapılan bir referans mevcut olmadığı belirtilmektedir<sup>303</sup>. Nihayet hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında takdir marjının bulunmadığı; en azından sadece pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde en dar kabul edildiği alan olarak, çekirdek haklar kabul edilmektedir. Öğretide, pozitif yükümlülüklerin kapsamının genişliği, koşulların öngörülemezliği ve belirsizliği bakımından, Strasbourg makamlarının açıkça veya zımni bir biçimde çekirdek haklar açısından takdir marjını tanımayı reddettiği belirtilmektedir<sup>304</sup>. Böylece Strasbourg makamları insan haklarının etkili bir şekilde korunmasında taraf devletlerin eylemsizlik ve ihmali işaret edebilmekte, etkili korumayı sağlamak için zorunlu görülen pozitif yükümlülüklerin derecesini kendi belirlemek istemektedir<sup>305</sup>. Ancak daha yeni tarihli kararlarda, pozitif yükümlülükler yerine getirilirken gerekli araçların seçilmesi konusunda taraf devletlerin takdir marjına sahip olduğu vurgulanmaktadır<sup>306</sup>.

Çekirdek hakların aksine, olağanüstü halde askıya alınması mümkün olan; fakat demokratik toplumun ana temelleri ve Avrupa demokrasisinin kurucu değerleri kabul edilen diğer hak ve özgürlükler taraf devletlerin takdir marjını daraltmakta; davalı hükümet tarafından alınan tedbirleri Mahkeme'nin ölçülülük incelemesi aracılığıyla denetlemesinin dikkat ve özenini kuvvetlendirmektedir<sup>307</sup>. Demokratik

<sup>300</sup> **Callewaert**, Johan; "Is there a Margin of Appreciation in the Application on Articles 2, 3 and 4 of the Convention?", HRLJ, C.XIX, 1998, S.1, s.9; **Greer**, The Margin of Appreciation., s.27.

<sup>301</sup> **Callewaert**, s.9.

<sup>302</sup> **Spielmann**, "Allowing the Right Margin.", s.395; **Greer**, The Margin of Appreciation., s.27.

<sup>303</sup> **Şirin**, "Takdir Marjı.", s.369; **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.255.

<sup>304</sup> Yazar bu yaklaşımı yaşam hakkı ve işkence yasağı bakımından ileri sürmüştür. Bu konuda bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.220.

<sup>305</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.220.

<sup>306</sup> *Ciechońska/Polonya*, 19776/04, 14.06.2011, p.65; *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.110; *Cevrioğlu/Türkiye*, 69546/12, 04.10.2016, p.53; *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, 20.03.2008, p.134, 135; *Vilnes ve diğerleri/Norveç*, 05.12.2013, p.220; *Brincat ve diğerleri/Malta*, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, p.101; *Beganović/Hırvatistan*, 46423/06, 25.06.2009, p.80; *Valiulienė/Litvanya*, 33234/07, 26.03.2013, p.85; *Wenner/Almanya*, 62303/13, 01.09.2016, p.60, 61.

<sup>307</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.226.

toplumun ana temelleri kabul edilen hak ve özgürlükler; Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen kişinin keyfi bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmasını koruma altına alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde özel ve aile hayatının asli öğeleri, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü bağlamında özellikle basın özgürlüğü, sanatsal ve bilimsel ifadeler kural olarak takdir marjının daraldığı ve ölçülülük incelemesinin özenle yapıldığı alanlar olarak ortaya çıkmaktadır<sup>308</sup>.

Bunun yanı sıra, ayrımcılık yasağına ilişkin olarak Sözleşme'nin kurucu değerleri arasında bulunan eşitlik gereğince ırk temelli farklı muamelenin haklılık nedeninin gösterilmesi mümkün değildir<sup>309</sup>. Dolayısıyla ırk temelli ayrımcılık iddialarında taraf devletlerin takdir marjının bulunmadığı; sadece pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde taraf devletlere sıkı denetim altında çok dar bir takdir marjı tanındığı söylenebilir. Keza kural olarak ırk, cinsiyet, ulusal köken temelinde farklı muamelelere dayanan ayrımcılığın taraf devletlere çok sınırlı bir takdir marjı bıraktığı dile getirilmektedir<sup>310</sup>.

Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükler içerisinde; 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, diğer hak ve özgürlüklere nazaran taraf devletlere daha geniş takdir marjı tanımaktadır<sup>311</sup>. Ancak mülkiyet hakkında taraf devletlerin takdir marjı, müdahalenin kapsamından ve dava konusunun niteliğinden etkilenmektedir<sup>312</sup>.

Bununla birlikte taraf devlete takdir marjının tanındığı en geniş alan ise olağan döneme geçebilme amacıyla Sözleşme hükümlerinden sapmaya cevaz veren Sözleşme'nin 15. maddesidir. Başlangıçta olağanüstü halde Sözleşme hükümlerinin askıya alınmasına ilişkin hüküm özelinde tasarlanan takdir marjı doktrininin, bu alanda en geniş şekilde yorumlandığını belirtmek gerekmektedir.

#### **D- Sınırlamanın İzlediği Meşru Amaç**

Sözleşme'de güvencelenen hak ve özgürlükler için koşulsuz ve kayıtsız bir biçimde hukuken tanıma kabul edilmemiş; hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilir

<sup>308</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.226.

<sup>309</sup> *Timishev/Rusya*, 55762/00, 55974/00, 13.12.2005, p.58.

<sup>310</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.223.

<sup>311</sup> **Radacic**, s.604; **Macdonald**, "Margin of Appreciation.", s.118.

<sup>312</sup> **Macdonald**, "Margin of Appreciation.", s.109, 118.

nitelikte olanları için ilgili koşullar ölçüsünde sınırlandırma rejimi öngörülmüştür. Böylelikle genel olarak hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerin ikinci fıkralarında sınırlama ölçütleri düzenlenmiştir. Hak ve özgürlüklerin sınırlama ölçütleri, bir başka deyişle sınırlamanın meşru amaçları takdir marjının sınırının belirlenmesinde bir kriter olarak değerlendirilmektedir<sup>313</sup>. Hak ve özgürlüğe yönelik müdahalenin meşru amacı, korunan hakkın taraf devlete tanıdığı takdir marjının sınırını belirlemekte ve aynı hak ve özgürlük için taraf devletin değerlendirme yapma yetkisini etkileyerek değiştirmektedir<sup>314</sup>. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki Sözleşme’de düzenlenmiş, müdahalenin meşru amacını oluşturan tüm sınırlama ölçütleri, takdir marjının sınırını oluşturmak konusunda belirleyici olmamaktadır<sup>315</sup>. Zira her bir sınırlama ölçütünün, takdir marjının dar veya genişliği hususunda doktrinin bir kriterini teşkil ettiğini söylemek mümkün gözükmemektedir.

Hak ve özgürlüklerin genel ahlak, ulusal güvenlik gerekçeleriyle sınırlandırılması söz konusu olduğunda, taraf devletlerin geniş takdir marjı bulunmaktadır<sup>316</sup>. İHAM, *Handyside/Birleşik Krallık* davasında; taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde tek tip bir ahlak anlayışı bulmanın mümkün olmadığını, her bir ülke hukukunun ahlaki gerekliliklere yaklaşımlarının zamana ve yere göre değişiklik gösterdiğini vurgulamıştır<sup>317</sup>. Ayrıca, ulusal makamların devletin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkileri nedeniyle, ahlaki gerekliliklerin içerikleri ve bu gereklilikleri karşılamak için uygulanan sınırlamanın gerekliliği hakkında görüş belirtmek noktasında, devlet yetkililerinin uluslararası yargıçlara kıyasen daha iyi konumda olduklarını eklemiştir<sup>318</sup>. Daha önce de belirtildiği gibi, bu davada genel ahlak gerekçesiyle gerçekleşen sınırlamanın taraf devlete geniş takdir marjı tanıdığı açıkça zikredilmemiştir. Ancak Kuzey İrlanda’da yetişkinler arasında rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin cezai yaptırımlara tâbi tutulmasının Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlaliyle sonuçlandığı *Dudgeon/Birleşik Krallık* davasında, *Handyside/Birleşik Krallık*

<sup>313</sup> Mahoney, “Marvellous Richness.”, s.5.

<sup>314</sup> Mahoney, “Marvellous Richness.”, s.5.

<sup>315</sup> Brems, “The Margin of Appreciation.”, s.263.

<sup>316</sup> Radacic, s.604.

<sup>317</sup> *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, p.48; Müller ve diğerleri, 10737/84, 24.05.1988, p.35.

<sup>318</sup> *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, p.48; Müller ve diğerleri, 10737/84, 24.05.1988, p.35.



davasındaki söz konusu ifadelerle atıfla genel ahlaka dayalı konuların taraf devletlere geniş takdir marjı tanıdığı belirtilmiştir<sup>319</sup>.

Tıpkı ahlaki konuların değerlendirilmesinde olduğu gibi; Mahkeme, ulusal güvenlik gerekçesiyle sınırlandırılan hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda taraf devletlere geniş takdir marjı tanımaktadır. Mahkeme bu yaklaşımını istihbarat faaliyetleri çerçevesinde teknik izleme ve iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlarında vurgulamaktadır<sup>320</sup>.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin 1 No'lu Ek Protokolü'nün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılmasıyla bağlantılı olarak, taraf devletlerin sosyal ve ekonomik politikalarıyla ilgili davalarda taraf devletlerin geniş takdir marjına sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>321</sup>. Nitekim, yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının korunması gerekçeleriyle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında taraf devletlerin dar takdir marjı bulunmaktadır<sup>322</sup>. Kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ölçütlerinde takdir marjının sınırının belirlenmesinde diğer kriterler daha belirleyici olmaktadır<sup>323</sup>.

Dolayısıyla her bir sınırlama ölçütünün, somut vakada taraf devletin takdir marjının sınırını çizdiğini, dar veya genişliğini tayin ettiğini söylemek söz konusu değildir. Her ne kadar geniş olsa da sınırsız olmayan ve Mahkeme tarafından denetlenen takdir marjının kriterleri olan sınırlama ölçütlerinin, yukarıda belirtilenlerle sınırlı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bununla birlikte, müdahalenin gerekçesini oluşturan aynı meşru amaçların, taraf devletlere farklı sınırdaki takdir marjı tanınması mümkün olabilmektedir<sup>324</sup>. Öğretide, takdir marjının kriterinin belirlenmesinde; korunan hakkın niteliği, söz konusu müdahalenin niteliği ve hakkın kişi için önemini değişken olarak belirtildiği dikkate alındığında, takdir marjının bir yönden diğer bir

<sup>319</sup> *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, p.52.

<sup>320</sup> *Weber ve Saravia/Almanya*, 54934/00, 29.06.2006, p.106; *Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, 13.09.2018, p.314.

<sup>321</sup> **Spielmann**, "Allowing the Right Margin." s.402; **Radacic**, s.604; **Kratochvíl**, s.348; **Macdonald**, "Margin of Appreciation.", s.118.

<sup>322</sup> *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, p.69. Bu yaklaşımın diğer kararlarda tekrar edilmediği belirtilmiştir. Ayrıca bkz. **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.260.

<sup>323</sup> **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.261-263.

<sup>324</sup> **Mahoney**, "Marvellous Richness.", s.5.

yöne çekilmesi durumu ortaya çıkabilmektedir<sup>325</sup>. Zira müdahaleden etkilenen birey için hakların önemi, demokratik süreç için söz konusu hakların anlamı ve genel olarak toplum için önem teşkil eden hak ve özgürlükler takdir marjının sınırını etkileyebilmektedir<sup>326</sup>. Demokratik toplumun temel değerleri kabul edilen ve işleyişi açısından önem arz eden; basın özgürlüğü, ırk ve cinsiyet ayrımcılığının yasaklanması, bireyin özel yaşamının temel değerlerine saygı duyulması hakkı geniş olan takdir marjının sınırını daraltmaktadır<sup>327</sup>.



---

<sup>325</sup> **Şirin**, “Takdir Marjı.”, s.378; **Radacic**, s.603. Meşru amaç aynı olsa bile, ilgili faaliyetlerin niteliği ulusal yetkinin sınırlarını elbette ki bir yönden diğer bir yöne çekmelidir. Bu değerlendirme için bkz. **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.5.

<sup>326</sup> **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.5.

<sup>327</sup> Benzer yönde bkz. **Macdonald**, “Margin of Appreciation.”, s.98, 108.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDE ORTAK SINIRLAMA VE GÜVENCE REJİMİ ÖNGÖRÜLEN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE KRİTERLERİN UYGULANMASI

Egemenliğin serüveni içerisinde cismani iktidarın ruhani iktidardan ayrılması sonucunda sınırsız bir egemen yaratılmış; ancak klasik anlamda mutlak, sürekli, devredilemez olan sınırsız egemenlik teorisi değişim göstermeye başlayarak yerini sınırlandırılmış bir egemene bırakmıştır<sup>1</sup>. Bireyin hak ve özgürlükleriyle var olduğu görüşü devlet aygıtına sınırlar çizmiş olsa da insan haklarının kurumsallaşarak bireyin korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır<sup>2</sup>. Zira İkinci Dünya Savaşı'na kadar insan haklarının korunması ve güvence altına alınması iç hukuk sorunu olarak görülmüş; bu döneme kadar da insan haklarının güvence altına alınması ve bu yönde ilgili koruma mekanizmaları oluşturulması anayasal sorun niteliğinde değerlendirilmiştir<sup>3</sup>. Keza hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceye kavuşturulması yönünde bir çaba harcanmış; bir nevi uzlaşma belgesi olan anayasanın bireylere bir takım hak ve özgürlükler tanınması gerektiği görüşü yeterli sayılmıştır<sup>4</sup>. Ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bu görüşün yeterli olmadığı anlaşılmış, XX. Yüzyılın ikinci yarısı insan hakları alanında

<sup>1</sup> Fransız Devrimi öncesi ve sonrası devletin gelişimi için bkz. **Okandan**; Recai G.; Umumî Âmme Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968, s.251 vd. Modern egemenlik XVI. Yüzyılın sonunda ortaya çıkmaktadır. 1789 Fransız Devrimine kadar egemenlik krala ait görülürken; Fransız Devrimi sonrası egemenlik genel iradeye, ulusa aittir. **Saygılı**, Abdurrahman; Kutsal Canavar Devlet Bir Çalışma Taslağı, 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s.137, 138.

<sup>2</sup> İnsanın sadece insan olarak hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve devletin bunlara dokunamayacağı düşüncesi sistemli bir şekilde XVII. Yüzyılda ortaya konmuştur. Böylece doğal haklar kuramına göre, hak ve özgürlüklerin kökeni doğa hali ve toplum sözleşmesi ile açıklanmakta; toplumun kurulması için gerekli ölçüde bazı haklar devlete devredilmektedir. Devredilmeyen hak ve özgürlükler devletin dokunamayacağı alanları oluşturmaktadır. Fransız devrimiyle ise varsayıma ihtiyaç olmayan yeni bir yaklaşım gelişerek, bireyin varoluşundan kaynaklı hak ve özgürlüklere sahip olduğu bireyci kuram ortaya konmuştur. İnsan varoluşuyla bir değere sahip kabul edilmektedir. Devleti kamu düzeninin bekçisi gören söz konusu klasik liberal özgürlük anlayışı sonraları yeterli görülmemiş; herkesin bu haklardan yararlanması için devletin edimde bulunması gerektiği anlayışıyla sosyal devlet anlayışı gelişim göstermiştir. Bu iki özgürlük anlayışının bir arada bulunduğu kabul edilmektedir. **Uygun**, Oktay; "İnsan Hakları Kuramı", in: İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s.13-44. İnsan haklarının tarihsel gelişimi için bkz. **Aybay**, Rona; İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s.25-50.

<sup>3</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.4. Anayasacılık hareketleri ile insan hakları ve özgürlüklerinin uygulamaya konulması döneminin açılması birbirini tamamlayan olgudur. Bu konuda bkz. **Mumcu**, Ahmet/**Küzeci**, Elif; İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.81.

<sup>4</sup> Sözleşme sistemi insan hakları alanında bireyi uluslararası hukuk süjesi haline getirmiştir. İnsan hakları devletlerin içişleri olmaktan çıkmıştır. Bkz. **Özdek**, Yasemin; Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, 2. Baskı, Kırmızıkaşık, İstanbul 2004, s.28.

ulusal ve uluslararası nitelikte insan haklarını koruma mekanizmalarının kuruluşuna sahne olmuştur<sup>5</sup>.

Aynı zamanda İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı yıkım sonrasında, zaman içerisinde yasama organının düzenlediği yasaların anayasaya uygunluk denetimine tâbi olması gerektiği yönünde bir kanaat yaygınlaşmaya başlamıştır<sup>6</sup>. Yasama organının halkın iradesini yansıttığı, bu nedenle halk iradesine yönelik bir müdahalenin kabul edilemeyeceği ileri sürülse de söz konusu gerilimli ilişki neticesinde, anayasa yargısının yasama organının çoğunlukçu eylemlerine karşı bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması gerektiği fikri kabul görmüştür<sup>7</sup>. Bu bağlamda ulusal ve uluslararası düzlemde bireyin iktidara karşı korunması gerektiği yönünde liberal anlayış hakim olmuştur. Bu durumun neticesi olarak insan haklarını

<sup>5</sup> XX. Yüzyılda insan haklarına ilişkin gelişmeler için bkz. **Mumcu/Küzeci**, s.92-125; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s.63 vd. İnsan haklarının tarihsel gelişimi hakkında bkz. **Kapani**, Münci; Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.17 vd. Birleşmiş Milletler (BM), 26.06.1945'de imzalanan ve 24.10.1945'de yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Antlaşması ile kurulmuştur. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin ilanı ve BM'in kuruluşu çerçevesinde insan haklarına ilişkin gelişmeler için bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.5-7. Bir diğer önemli gelişme ise Avrupa Konseyi'nin kuruluşudur. Avrupa Konseyi Statüsü, 03.08.1949 tarihinde 7 devletin onaylamasıyla yürürlüğe girmiştir. Konsey amaçlarını gerçekleştirmek üzere insan hakları belgelerinin üretilmesi sürecinin temelini ve ilk halkasını *İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Avrupa Sözleşmesi* (İHAS) oluşturmaktadır. İHAS, 04.11.1950 tarihinde imzalanıp 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **Gemalmaz**, C.II Genel Teori., s.12, 13.

<sup>6</sup> Anayasa yargısına ilişkin yaygın denetim, merkezileşmiş denetim ve karma modeller söz konusudur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa genelinde merkezileşmiş bir sistem benimsenmiştir. **Kaboğlu**, İbrahim; Anayasa Yargısı, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2007, s.22. Türkiye'de anayasaya uygunluk denetimi kurumsallaşmamışken, 1949 yılında somut vakada anayasaya aykırı kanunu ihmal ederek doğrudan anayasayı uygulayan Akşehir Asliye Hukuk Mahkemesi yargıci Refik Gür'ü anmak gerekir. Anayasaya uygunluk denetimi fikrinin yaygınlaşmaya başladığı döneme ışık tutması adına bkz. **Çelik**, Demirhan Burak; "Yargıya Refik Gür'ün Penceresinden Bakmak: Yargı Eliyle Hukuk Üretimi Üzerine Bir Bilanço Denemesi", in: Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar Kuramsal ve Uygulamalı Yeni Çalışmalar, (ed.: Bertil Emrah Oder), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.489-515.

<sup>7</sup> Anayasa yargısı modern anayasal devletin kaçınılmaz sonucu değildir. Ancak hukuk devleti ilkesinin en etkili araçlarından biridir. Bkz. **Göztepe**, Ece; "Anayasa Yargısının Meşruluğu", in: Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler, (haz.: Ece Göztepe, Aykut Çelebi), Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s.414. AYM'nin yaptığı yorumla anayasayı anlamlandırdığı ve bu anlamın değişebileceği yönünde "yaşayan anayasa" fikrine karşı olan görüşler de mevcuttur. Bu yönde *Gözler*'e göre; anayasa yargısı anayasacılıkla bağdaşmaz. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde AYM'nin yorumunun daha doğru olduğunu kanıtlayan bir olgu yoktur. Anayasa yargısının olmadığı sistemde kanunun anayasaya uygunluğunun yorumunu yapacak olan yasama organıdır. Bu görüş için bkz. **Gözler**, Kemal, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", AÜSBFD, C.LXI, 2006, S.3, s.131-166. Egemenlik ve özgürlük kavramlarının karşıtlığı üzerinden sınırlı iktidar anlayışı ve Türkiye'de anayasa yargısının meşruluğu hakkında çalışmada; yazar ideolojik eksenli yaklaşımdan ziyade, hak temelli bir yargısal aktivizmin meşruluk sorununa çözüm oluşturacağını belirtmektedir. Bu görüş için bkz. **Gülener**, Serdar; Türkiye'de Anayasa Yargısının Meşruluğu, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.355-365. Anayasa yargısının demokratik hukuk devletinin sürdürülmesinde şimdilik zorunlu olduğunu vurgulayan, ancak anayasa yargısının sınırlarını çizebilmek için yargısal kendi kendini sınırlandırma kavramının anayasada yer almasını ve gerektiğinde AYM'nin kararlarına karşı Meclis'in geçici veto yetkisi verebilmesini öneren görüş için bkz. **Uslu**, Ferhat; Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.339 vd.

korumak ve gözetmekle yükümlü olan devlet bir yandan da sahip olduğu olanaklarla bireylerin hak ve özgürlükleri karşısında ciddi tehdit oluşturan bir kurum olduğundan, bireyi korumak adına ulusal ve uluslararası güvenceleme mekanizmaları öngörülmüştür<sup>8</sup>.

Ulusal güvence mekanizmaları içerisinde anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirerek, hukuki işlemlerin anayasallığı hakkında nihai yorumu yapan AYM, bu şekilde bireylerin hak ve özgürlüklerini korumaktadır. Bunun yanı sıra; yasama, yürütme ve yargı organları birer ulusal güvence mekanizması olsa da AYM bir hak ve özgürlüğün ihlali iddiası söz konusu olduğunda tamamlayıcı niteliği ile ihlalin giderimini sağlamak ve devlet organlarına yol göstermektedir. Bununla birlikte, ulusal güvence mekanizmaları çerçevesinde hak ihlalinin sona ermediği durumlarda uluslararası güvence mekanizmaları devreye girmektedir. Uluslararası güvence mekanizmaları çerçevesinde evrensel veya bölgesel nitelikte koruma mekanizmaları söz konusu olmaktadır<sup>9</sup>.

Bu bağlamda Avrupa Konseyi bünyesinde 04.11.1950'de imzalanan ve 03.09.1952'de yürürlüğe giren İHAS, bölgesel nitelikte ikincil bir koruma mekanizması ortaya koymaktadır. İHAS kurumsallaştırdığı denetim mekanizması aracılığıyla en etkili bölgesel denetim mekanizmalarından biri olarak görülmektedir<sup>10</sup>. Sözleşme ile kurumsallaşan denetim mekanizması yapılacak bir başvuru ile başlamaktadır<sup>11</sup>. Bu başvuru da bir taraf devletin, Sözleşme'ye taraf başka bir devlet tarafından Sözleşme hükümlerinden birini çiğnediği iddiası ile Mahkeme'ye yapmış olduğu devlet başvurusu ve bireyin ihlal iddiası ile yapmış olduğu bireysel başvuru olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>12</sup>.

Mahkeme'yi harekete geçirebilecek başvuruyu yapmakla yetkili olanlar ise taraf devletler, gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi gruplarıdır. Belirtmek gerekir ki bireysel başvuru hakkını kullanan başvuru ilgililer taraf devletin bir eylem

---

<sup>8</sup> **Kaboğlu**, İbrahim; Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, 7. Baskı, Ankara 2013, s.76.

<sup>9</sup> Bu ayırım için bkz. **Gözler**, Kemal; İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınevi, 2017, s.474-475.

<sup>10</sup> **Gemalmaz**, C.II Genel Teori., s.25 ve oradaki atıflar; **Özdek**, s.27, 28.

<sup>11</sup> İHAS 11 No'lu Ek Protokol'ün getirdiği sistemle taraf devletler, bireysel başvuru usulünü kabul etmek zorundadırlar.

<sup>12</sup> Devletlerarası başvuru İHAS'ın 33. maddesinde, bireysel başvuru ise İHAS'ın 34. maddesinde düzenlenmiştir. **Gözbüyük/Gölcüklü**, s.35; **Gözler**, İnsan Hakları., s.501-502.

veya işlemini nedeniyle “mağdur” olmalıdır<sup>13</sup>. Sözleşme’nin 34. maddesi bağlamında mağdur kavramı, iddia edilen ihlalden doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen kişileri ifade etmektedir. Bu nedenle sadece ihlal edilen hakkın doğrudan mağdurları değil, ayrıca ihlalin zarar verdiği veya ihlalin sonlandırılması için geçerli ve kişisel menfaati olanlar da mağdur statüsünde değerlendirilmektedir.

İHAM tarafından Sözleşme’nin teminat altına aldığı hak veya özgürlüklerden birinin ihlali iddiası ile başvuru yapan başvurucunun iddiaları kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin incelemeye tâbi tutulmaktadır. Mahkeme’nin inceleme yetkisinin dayanağı olarak ise insan haklarına saygı yükümlülüğü başlıklı Sözleşme’nin 1. maddesi gösterilmektedir<sup>14</sup>. Ayrıca Mahkeme’nin yargı yetkisi başlıklı Sözleşme’nin 32. maddesinin de belirttiği üzere 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca Mahkeme kendisine intikal eden konuyu denetlemektedir.

Bununla birlikte uluslararası güvence mekanizmaları çerçevesinde bölgesel nitelikte bir koruma sistemi olarak İHAM, taraf devletlerin egemenlik yetkileri ile yükümlülüklerini dengeleyen bir araç olarak takdir marjı doktrinini geliştirmiştir. Takdir marjı doktrinini açıklığa kavuşturmak adına; birinci bölüm kapsamında takdir marjı doktrininin İHAM’ın erken dönem içtihatlarında doğuşu, ele alınış biçimi, kriterleri ve benzer kavramlarla karıştırılmasının önüne geçmek amacıyla karşılaştırmalı bir usul benimsenerek kavramsal boyutları ortaya konmuştur. İkinci bölüm kapsamında ise takdir marjı doktrininin uluslararası düzeyde ilk uygulamalarını ortaya koyan İHAM’ın uygulamaları ışığında, ortak sınırlama ve güvence rejimi öngörülen hak ve özgürlükler bağlamında takdir marjı doktrininin genel çerçevesi ele alınacaktır. Bunun yanı sıra, takdir marjı doktrininin, ulusal düzeyde İHAM içtihatlarını dikkate alarak yargısal denetim gerçekleştiren AYM tarafından da

---

<sup>13</sup> Sadece ihlal edilen hakkın doğrudan mağdurları değil, ayrıca ihlalin zarar verdiği veya ihlalin sonlandırılması için geçerli ve kişisel menfaati olanlar da mağdur statüsünde değerlendirilmektedir. Mağdurluk statüsü için başvurucunun ihlal sebebiyle zarar görmüş olması gerekmez, etkilenmiş olması yeterlidir. **Practical Guide on Admissibility Criteria**, Council of Europe, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf), (e.t.: 28.09.2018), s.10. Başvurucu, kural olarak Sözleşme’ye taraf bir devlet tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia edebilir olmalı ve söz konusu ihlalin giderilmemiş olması ve güncelliğini koruması gerekir. Yani gerçek, doğmuş, somut ve güncel mağdurluk olmalıdır. Başvurucunun zarar görmüş olması gerekmez. Bununla birlikte doğrudan mağdurla özel ilişki bulunması durumunda geçerli ve kişisel menfaati olanlar dolaylı mağdur olarak kabul edilmektedir. **Gemalmaz**, C.II Genel Teori., s.61; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.46-47; **Gözler**, İnsan Hakları., s.508-509; **Poroy**, Mehmet Akif, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü”, TBB Dergisi, 2006, S.66, s.121-132; **Baysal**, Mustafa; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuruda Mağdur Kavramı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.5, S.5, s.193-233.

<sup>14</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.40; **Tezcan/Ertem/Sancakdar**, s.69.

kullanıldığı görülmektedir. Özellikle 2010 anayasa değişikliğiyle anayasa şikâyetinin kabul edilmesi sonrasında; başvurucular Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, İHAS kapsamındaki hak ve özgürlüklerinin ihlali iddiasıyla başvuru yaptığından, İHAM içtihatlarının AYM'nin denetiminde etkisi artmıştır<sup>15</sup>. Keza, 5982 sayılı Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun gerekçesinde; AYM'ye bireysel başvuruları inceleme görevi verilmek suretiyle, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu yüklendiği ve bu şekilde ihlal iddialarının ulusal düzeyde çözülerek İHAM'da verilecek ihlal kararlarının sayısının azaltılacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda ihlal iddialarını ulusal düzeyde tüketmek ve çözüme bağlamak algısıyla kabul edilen anayasa şikâyeti aracılığıyla vaka denetimi yapan AYM, takdir marjı doktrinini kararlarında çeşitli adlandırmalarla kullanmaktadır. Böylece AYM'nin takdir marjı doktrinini ulusal düzeyde uygulaması söz konusu olmakta; fakat bu uygulamanın aynı zamanda İHAM içtihatlarıyla uyum içermesi gerekmektedir. Dolayısıyla takdir marjı doktrinini uygulamasının AYM'nin gerçekleştireceği yargısal denetim için yol gösterici nitelikte olduğu söylenebilir. Ancak İHAS'ın 53. maddesi uyarınca Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi taraf devletin yasalarında ve taraf olduğu sözleşmelerde tanınan hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Bu nedenle ortak asgari kriterleri ortaya koyan Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin iç hukukta yorumlanmasında, ulusal makamlara tanınan takdir marjının hak ve özgürlükler lehine yorumlanması gerekmektedir. Yine de Sözleşme sisteminin asgari kriterleri teşkil ettiği, AYM'nin hak ve özgürlükler lehine ulusal makamlara tanınan geniş takdir marjını daraltarak daha fazla sınırlayabileceği, diğer bir deyişle hak ve özgürlükler lehine yorum yapabileceği kabul edilebilir. Zira uluslararası bir niteliğe sahip olan takdir marjı doktrinini, hak ve özgürlükleri dar yorumlamanın gerekçesi olamayacaktır<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> 07.05.2010 tarihinde kabul edilen ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 148. maddesine "*bireysel başvuruları karara bağlar*" ibaresi eklenmiştir. İlgili anayasa değişikliğine ilişkin kanun 12.09.2010 tarihli halkoylaması sonucunun 23.09.2010 tarihinde 27580 sayılı RG'de yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Ancak Anayasa'nın Geçici 18. maddesi ile anayasa şikâyeti için iki yıllık geçiş dönemi öngörülmüştür. 23.09.2012 tarihinde ise anayasa şikâyeti hakkı kullanılmaya başlanmıştır.

<sup>16</sup> İHAM'a göre takdir marjı doktrinini, her zaman ulusal makamlar ve Mahkeme arasındaki ilişkileri belirleme amaçlı bir araç olarak algılanmıştır. Bu nedenle ulusal düzeyde devlet organları arasındaki ilişkilerde aynı şekilde uygulanamaz. *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık, 3455/05, 19.02.2009, p.184*. Takdir marjı doktrininin ortaya çıkış nedenleri, uluslararası niteliği dikkate alındığında, doktrin ulusal düzeyde aynı şekilde uygulanmayacağı aşikârdır. Yargılamayı yapan ulusal mahkemeler, diğer tüm devlet organları gibi değerlendirme yapma yetkisine, diğer deyişle takdir marjına sahip makamlardır. Bu nedenle ulusal düzeyde İHAM içtihatlarıyla uyumlu bir takdir marjı doktrinini uygulaması için dar ve sınırlı takdir marjı tanınan alanları genişletmek mümkün değildir. Ancak İHAM'ın ulusal makamlara geniş takdir marjı tanıdığı alanlar hak ve özgürlüklerin dar yorumlamanın gerekçesi olamaz. Bu nedenle

Takdir marjı doktrininin birinci bölümde ele alınan kriterlerinin bütüncül bir biçimde ele alınarak uygulandığı hak ve özgürlüklerin, ortak sınırlama rejiminin öngörüldüğü Sözleşme'nin 8-11. maddeleri olduğu göze çarpmaktadır. Oluşan içtihadî birikim dikkate alındığında takdir marjı doktrininin dar veya geniş şeklinde çerçevesinin çizildiği hak ve özgürlüklerin, özellikle Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin olduğu saptanmaktadır. Bununla birlikte, takdir marjı doktrininin Sözleşme'nin güvence altına almış olduğu hak ve özgürlüklerin geneline sirayet etmiş olduğu gözlemlenmektedir. İkinci bölüm kapsamında ise sınırlama ve güvence rejimi ele alındıktan sonra; İHAM tarafından ortak sınırlama rejimi öngörülen Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde takdir marjı doktrininin kriterler ışığında uygulanması incelenecektir.

## I- SINIRLAMA VE GÜVENCE REJİMİ

İHAS ortak Avrupa kamu düzenini amaçlayan bir uluslararası antlaşma niteliğinde olmasının yanı sıra, *sui generis* bir sözleşmedir<sup>17</sup>. Uluslararası hukuk açısından klasik anlamda çok taraflı bir antlaşma olmanın ötesinde, Başlangıç metninde ifade edilen amaçları gerçekleştirmeye ve korumaya yönelik bir “*yasa antlaşma*”dır<sup>18</sup>. Böylelikle Sözleşme'nin büyük bir bölümünü içeren birinci kuşak hak ve özgürlüklerin; diğer bir deyişle geniş ölçüde klasik anlamda liberal hak ve özgürlüklerin korunması amaçlanmaktadır. Bunun yanı sıra, hak ve özgürlüklerin belirli ölçütlerle sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin bir kısmı mutlak nitelikte korunurken; diğer kısmı ise sınırlamalara tâbi tutulmaktadır. Örneğin işkence yasağı mutlak nitelikte korunmaktayken; özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlükleri ise ilgili hükümlerin ikinci fıkralarında yer alan sınırlama ölçütleri gerekçe gösterilerek sınırlandırılmaktadır. Söz konusu sınırlama ölçütleri ise

---

geniş takdir marjı tanınan alanlarda denetimden el çekilmemeli, ölçülülük ilkesi ışığında yargısal denetim gerçekleştirilmelidir. Devlet organları arasındaki takdir marjının, İHAM’ın uygulamasıyla tamamen aynı olamayacağı yönünde bkz. **Şirin**, “Takdir Marjı.”, 389-395; **Spielmann**, “Allowing the Right Margin.”, s.412 vd.; **Doğru**, Takdir Marjı., s.67, 68.

<sup>17</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.24. İHAS ortak bir güvence sistemi yaratmayı amaçlayan devletlerin subjektif haklarına ve karşılıklılık esasına dayanmamaktadır. Sözleşme'nin taraf devletlere yüklediği sorumluluk objektif olup, Sözleşme kamu düzenine ilişkin bir belge niteliğini taşımaktadır. Bu konuda bkz. **Özdek**, s.29.

<sup>18</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.24. Yazarlar bu durumu “*kural koyucu sözleşme*” olarak belirtmektedirler. Bkz. **Tezcan/Erдем/Sancakdar**, s.68.



sınırlamanın sınırı ölçütü olan demokratik toplumda gereklilik ile denetim altına alınmaktadır<sup>19</sup>.

Mahkeme özellikle Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin koruduğu hak ve özgürlüklere yönelen müdahalenin haklılığını denetlerken; müdahalenin ilgili maddelerin ikinci fıkralarında yer alan şartlara uygun olmasını aramaktadır. Böylelikle, müdahalenin haklılığı denetlenirken sırasıyla; müdahalenin hukuken öngörülmüş olması, müdahalenin sınırlama ölçütlerinden olan ikinci fıkralardaki meşru amaçlardan birini izlemesi ve müdahalenin demokratik toplumda gereklilik ölçütünü taşıyor olması gerekmektedir<sup>20</sup>. Bu çerçevede hukukilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik kriterlerini taşıyan bir müdahale Sözleşme'ye uygun görülerek taraf devletin takdir marjı sınırları içerisinde kalmaktadır. Ortak sınırlama rejimi öngörülen Sözleşme'nin 8-11. maddelerine yönelen bir müdahalenin meşru amaçlardan hangisini hedeflediği, demokratik toplumda gerekli bir müdahale niteliğini taşıması, yani meşru amacın zorunlu toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesi ve izlenen meşru amaçla orantılı bir müdahale olması bakımından başlangıç değerlendirmesini ulusal makamlar yapmaktadır. İHAM ise başlangıç değerlendirmesini yapmak konusunda takdir marjına sahip olan taraf devletlerin adil dengeyi tesis edip etmediği hususunda nihai denetimi gerçekleştirmektedir. Bu kapsamda İHAM'ın Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde öngörmüş olduğu sınırlama rejimi ikinci fıkralarda düzenlenen sınırlama ölçütleri aracılığıyla ortaklaşmakta; Mahkeme sırasıyla müdahalenin hukukiliği, müdahalenin sınırlama ölçütleri olan meşru amaçlardan birine karşılık gelmesi ve sınırlamanın sınırını oluşturan demokratik toplumda gereklilik ölçütleriyle müdahalenin haklılığını denetlemektedir.

### **A- Hukukilik**

Öğretiye; yasayla sınırlanmış olma, hukukilik, hukuken öngörülmüş olma, kanunilik olarak geçen bu kriter, özü itibarıyla; hak ve özgürlüklere yönelen

<sup>19</sup> Demokratik toplumda gereklilik ölçütünün, liberal hukuk düzeninde haklar ve kamu menfaatlerini birlikte koruma iddiasının neden olduğu gerilimin uzlaştırılmasının özel bir aracı olduğu söylenir. Böylece devleti haklarla, hakları ise kamu menfaatleriyle sınırlayan gereklilik denetimi aracılığıyla devlet aygıtı hem sınırlandırılmakta hem de güçlendirilmektedir. Bu görüş için bkz. **Demir Gürsel**, Esra; "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014, s.3.

<sup>20</sup> **Doğru**, Osman/**Nalbant**, Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.II, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s.10, 136, 226; **Harris/O'Boyle&Warbrick**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (çev.: Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s.345-365; **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.9.

müdahalenin keyfi olmaması ve iç hukukta bir yasal dayanağının bulunması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>21</sup>. Hukuk kaynağı; anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi mevzuat hükümlerinde yer alabileceği gibi, içtihat hukukunun gelişmiş olduğu Common Law hukuk sisteminde yazılı olmayan hukuk da yasal dayanak teşkil etmektedir<sup>22</sup>. Dolayısıyla ikinci fıkralarda yer alan hukuken öngörülmüş olma deyişinden anlaşılması gereken; biçimsel anlamda değil, maddi anlamda hukuktur<sup>23</sup>.

*Greer*, hukukun üstünlüğü testi olarak adlandırdığı müdahalenin hukuken öngörülmüş olma şartı; diğer deyişle kanunilik kriteri için, Mahkeme'nin dört adet soru cevapladığını belirtmektedir<sup>24</sup>. Buna göre Mahkeme ilk olarak, ulusal hukuk sisteminde müdahalenin yasal dayanağının var olup olmadığını irdelemektedir. İkinci olarak, hukuk kuralının vatandaşlar tarafından erişebilir olup olmadığı denetlenmektedir. Mahkeme'ye göre, uygulanacak hukuk kuralı erişilebilir olmalı; diğer deyişle vatandaşlar olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kuralı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler<sup>25</sup>. Mahkeme tarafından hukukun üstünlüğü testinde üçüncü olarak yanıtlanması gereken soru, hukuk kuralının, bir eylemin neden olabileceği sonuçları makul bir şekilde öngörebilmesi için yeterince açık olup olmadığına ilişkindir. Keza Mahkeme'ye göre vatandaşların davranışlarını kontrol edebilmelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, hukuk kuralı olarak kabul edilemez<sup>26</sup>. Bununla birlikte Mahkeme son olarak, hukuk kuralının, kişisel hak ve özgürlüklere yönelen keyfi müdahaleye karşı etkili güvence mekanizması temin edip etmediğini denetlemektedir<sup>27</sup>. Mahkeme'ye göre, bir hukuk kuralının, uygulanan tedbirin meşru amacını göz önüne alarak, keyfi müdahalelere

<sup>21</sup> Bu kullanımlar için bkz. **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.11; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.394; **İnceoğlu**, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s.29. *Greer* ise hukukilik kriterini, hukukun üstünlüğü testi (*rule of law test*) olarak adlandırmaktadır. **Greer**, Steven; *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1997, s.7.

<sup>22</sup> *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, p.46, 47; *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, p.44; *Chappell/Birleşik Krallık*, 10461/83, 30.03.1989, p.52.

<sup>23</sup> *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18.06.1971, p.93.

<sup>24</sup> Mahkeme, *Huvig ve Kruslin* davasında dört soruyu ifade etmektedir. **Greer**, *The Exceptions*, s.9; *Huvig/Fransa*, 11105/84, 24.04.1990, p.27, 28; *Kruslin/Fransa*, 11801/85, 24.04.1990, p.28-36. İHAM'ın hukukilik kriteri için ayrıca bkz. **Lautenbach**, Geranne; *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2013, s.70-124.

<sup>25</sup> *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, p.49.

<sup>26</sup> *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, p.49.

<sup>27</sup> *Kruslin/Fransa*, 11801/85, 24.04.1990, p.36.

karşı yeterli koruma sağlamak için ilgili makama tanınan yetkinin kapsamını ve yeterli açıklıkta uygulanma biçimini ortaya koyması gerekmektedir<sup>28</sup>.

Böylelikle müdahalenin ulusal hukukta dayanağı olarak gösterilen hukuk kuralı erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Bununla birlikte mevcut olan erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte bir hukuk kuralının olması, hukukun üstünlüğü ilkesine uygunluk bakımından yeterli görülmemekte; söz konusu hukukun bireylere keyfi müdahalelere karşı koruyucular sağlaması gerekmektedir. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü testi olarak adlandırılan bu test, bir hukuk kuralının niteliklerini ortaya koymaktadır.

### **B- Meşru Amaç**

Uluslararası insan hakları metinlerinde yer alan hak ve özgürlüklerin bir bölümü sınırlandırılabilir nitelikte iken; bir bölümü tam aksine sınırlandıramayan bir niteliğe sahiptir<sup>29</sup>. Buradan hareketle, sınırlandırılabilir nitelikte olan hak ve özgürlüklerin ilgili sınırlama ölçütleri gerekçe gösterilerek, sınırlama için öngörülen koşullar ve teknikler bağlamında sınırlamaya tâbi tutulması mümkündür<sup>30</sup>. Uluslararası nitelikte insan hakları belgelerinin düzenleniş biçimine uygun olarak, İHAS'da da sınırlama ölçütleri ile ilgili genel sınırlama sebepleri öngörülmemiş, hak ve özgürlüğü düzenleyen maddenin ikinci fıkrasında ilgili hak ve özgürlüklerin doğası ve niteliğine uygun bir biçimde sınırlama ölçütlerine yer verilmiştir<sup>31</sup>.

Hakların sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler, özellikle Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin ikinci fıkralarında yer alan; kamu düzeni, kamu güvenliği, genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, ulusal güvenlik, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi şeklinde belirtilmektedir. Keza sınırlama ölçütleri ilgili maddelerin ikinci fıkralarında ifade edildiği gibi olup, öngörülebilir sınırlama ölçütlerinin tümü bu listede yer almaktadır. Sınırlama ölçütü olarak, Sözleşme'de

<sup>28</sup> *Malone/Birleşik Krallık*, 8691/79, 02.08.1984, p.68.

<sup>29</sup> İnsan hakları listesini sınırlandırma rejimi açısından, sınırlandırılan ve sınırlandırılmayan haklar şeklinde sınıflandıran görüş için bkz. **Gemalmaz**, C.II Genel Teori., s.681.

<sup>30</sup> Hakların sınırlandırılmasında olağan rejim sınırlama ölçütleri, bireysel yarar ile toplumsal yarar ve düzen arasında bir denge arayışının ürünüdür. Öğretide meşru amaçlar için sınırlama ölçütleri, meşru amaç, sınırlama sebepleri şeklinde çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. **Gemalmaz**, C.II Genel Teori., s.681, 682; **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.14.

<sup>31</sup> **İnceoğlu**, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s.27. Sözleşme sisteminde, ilgili hak ve özgürlüklerin doğası ve niteliğine uygun olarak, ilk fıkrada norm alanı belirtildikten sonra, ikinci fıkrada sınırlama ölçütlerine yer verilmiştir. Greer ise net sınırları çizilemese de sınırlama ölçütlerinin tasnifinin zorluğunu belirterek, kamusal menfaat (*public interests*) ve kişisel menfaat (*private interests*) ayrımı yapmaktadır. Bu ayrım için bkz. **Greer**, *The Exceptions.*, s.18 vd.

tanınan bir hak ve özgürlüğün ilgili maddesinin ikinci fıkrasında belirtilenin dışında bir ölçüte dayanarak bir sınırlama yapılamamaktadır. Sınırlama ölçütleri, diğer bir deyişle meşru amaçlar, açık ve sınırlı sayım yöntemiyle belirlenmiş bulunmaktadır<sup>32</sup>. Buna göre taraf devlet bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılması için meşru amaçlardan birine dayanarak, haklılığını ikna edici bir şekilde ortaya koymak yükümlülüğündedir. Ayrıca ilgili devlet, bu meşru amaçlar dışında yeni bir amaç ileri sürerek sınırlama yapamamakta; bir hak ve özgürlüğün ilgili maddesindeki meşru amacı başka bir hak ve özgürlük için sınırlama nedeni olarak gösterememektedir<sup>33</sup>.

Belirtmek gerekir ki hak ve özgürlüklere yapılan bir müdahalenin izlemesi gereken meşru amaçları karşılamadığını ortaya koymak ve kanıtlamak zor olduğundan; Mahkeme somut olayı incelerken, kavramların unsurlarını belirtmek ve meşru amacın varlığı ya da yokluğu üzerinden denetim yapmak yerine, genellikle müdahalenin meşru amacı izlediği varsayımıyla haklılık incelemesini sürdürmektedir<sup>34</sup>.

### C- Demokratik Toplumda Gerekliklik

Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüğe yönelen bir müdahalenin meşru amacının olması, tek başına o sınırlama ya da müdahaleyi haklı kılmamaktadır<sup>35</sup>. Hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının ölçütü, diğer bir deyişle meşru amaç aracılığıyla, müdahalenin nedeni, ayrıca hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının sebebi ortaya konmaktadır. Ancak hak ve özgürlüğü sınırlamanın sınırı da demokratik toplumda gerekliklik ölçütü yardımıyla çizilmektedir<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.393; **Korkmaz**, Ömer; *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.149 ve oradaki atıflar. Öğretide, İHAM tarafından başkalarının haklarının korunması ölçütünün, açıkça dile getirilmeyen ölçütleri de içerecek bir biçimde genel bir düzenleme olarak ele alındığı belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s.445. **İnceoğlu**, meşru amaçların sınırlı sayıda olduğunu belirttikten sonra, hak ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamaların öngörülükleri amaç dışında uygulanamayacağına ilişkin Sözleşme’nin 18. maddesine atıf yapmaktadır. **İnceoğlu**, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, s.28.

<sup>33</sup> **Korkmaz**, *Düşünce*, s.212.

<sup>34</sup> **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.14; **Arai-Takahashi**, *Margin of Appreciation*, s.11.

<sup>35</sup> **İnceoğlu**, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, s.28.

<sup>36</sup> **Gemalmaz**’a göre, olası sınırlamanın nihai sınırı, sınırlandırmanın sınırı ölçütleri ile belirlenmektedir. **Gemalmaz**, C.II Genel Teori., s.681. **Kaboğlu**, genel ve özel sınırlama sebeplerinin yer aldığı 1982 Anayasası’nın 2001 değişikliği önceki sınırlama sistemini ortaya koyarken, İHAS’dan esin kaynağı olan demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini, sınırlamanın sınırı şeklinde ifade etmiştir. **Kaboğlu**, İbrahim; *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Basımevi, Diyarbakır 1989, s.218, 270, 271. Demokratik toplum düzeniyle taraf devletler arasında genel ve ortak standart yaratılmaktadır. Bu konuda bkz. **Uygun**, Oktay; 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s.179-183. Öğretide, demokratik toplumda gerekliklik kriterine yöneltilen tutarlı eleştiriler tespit edilmiştir. Demokratik toplumda gerekliklik denetiminin, Sözleşme

Sözleşme sistemi içerisinde “*demokratik toplumda gereklilik*”<sup>37</sup> deyiimi, başlangıçtan beri en önemli kriterlerden biridir; öğretilde, bu kriterin Strasbourg organlarına, Sözleşme’nin 8-11. maddelerinin ikinci fıkralarında yer alan meşru amaçlardan bir veya birkaçının referansı aracılığıyla, taraf devletlerin gerekçelendirmeye çalıştığı hak ve özgürlüklere yönelen müdahalelerini kabul etmek ya da reddetmek hususunda makul olan en geniş yetkiyi verdiği ileri sürülmektedir<sup>38</sup>. Bununla birlikte, Mahkeme’nin en zor ve anahtar görevlerinden biri; meşru amaç kapsamında ileri sürülen sebebin, sadece siyasal tercih olması değil, demokrasinin gerçek çıkarlarıyla uyumlu olmasını sağlamak için böyle bir savunmanın ikna ediciliğini test etmek olduğu belirtilmektedir<sup>39</sup>. Bu bağlamda demokratik toplumda gereklilik kriterinin üç temel unsuru olarak; gereklilik kavramının niteliği, ölçülülük ilkesi ve takdir marjı doktrini gösterilmektedir<sup>40</sup>.

Mahkeme’ye göre; “*gereklilik*” sıfatı, “*vazgeçilemez*” kavramıyla eş anlamlı olmayıp, vazgeçilemez ile makul ve uygun ifadeleri arasında bir yerde değerlendirilmektedir<sup>41</sup>. Demokratik toplumun çoğulcu, açık fikirli ve hoşgörülü olması gerektiği belirtilmektedir<sup>42</sup>. Mahkemece “*gereklilik*” kavramı zorunlu

---

içtihadında en karmaşık ve sonucu belirsiz bir faaliyet şeklinde nitelendirildiği görülmektedir. Zira gereklilik denetimi için geliştirilen ilkelerin sonucun öngörülebilirliğine yardımcı olmadığı, geliştirilen ilkelerin tutarsız bir şekilde uygulandığı ya da geliştirilen ilkelerin kendisinin belirsiz olduğu ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. **Demir Gürsel**, “Demokratik Toplumun Sınırı.”, s.134, 147.

<sup>37</sup> Demokratik gereklilik anlayışının gelişmesi, Strasbourg organlarının aslında istisnai özellikleri görülen olağanüstü hal benzeri durumlar (*quasi-emergency situation*) kavramını uygulamasıyla olmuştur. Mevcut olağanüstü hal durumundaki mantıkla hareket eden Komisyon, *Iversen/Norveç* davasında bu yaklaşımı sergilemiştir. *Handyside/Birleşik Krallık* kararıyla birlikte, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının değerlendirilmesinde en önemli ölçüt olmuştur. **Tümay**, Murat; “The Concept of Necessary in a Democratic Society in Restriction of Fundamental Rights a Reflection From European Convention on Human Rights”, *Human Rights Review*, C.I, 2011, S.2, s.1-15. *Iversen/Norveç*, 1468/62, 17.12.1963.

<sup>38</sup> Demokratik toplumda gereklilik ölçütü kapsamında ele alınan kriterler için, “*demokratik gereklilik testi (the democratic necessity test)*” terimi kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. **Greer**, *The Exceptions.*, s.14.

<sup>39</sup> **Greer**, *The Exceptions.*, s.14.

<sup>40</sup> Mahkeme; *Handyside*, *Lingens* ve *Silver* davalarında bu kavramların yorumunu büyük ölçüde geliştirmiştir. **Greer**, *The Exceptions.*, s.14.

<sup>41</sup> **Greer**, *The Exceptions.*, s.14; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.397. Mahkeme, *Handyside* kararında, gereklilik kavramının vazgeçilmezlik ile eş anlamlı olmadığını; kabul edilebilir, sıradan, olağan, makul ve uygun kavramları kadar da esnek olmadığını belirtmiştir. Demokratik toplumda gereklilik kriterleri için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, p.48, 49; *Barthold/Almanya*, 8734/79, 25.03.1985, p.55; *Lingens/Avusturya*, 9815/82, 08.07.1986, p.40, 41; *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, p.49.

<sup>42</sup> Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokratik toplumu tarif ederken kullanılan kavramlar olduğundan, Mahkeme’nin demokrasi anlayışını yansıtmaktadır. Bu yönde bkz. **İnceoğlu**, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, s.28.

toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ifade etmektedir<sup>43</sup>. Bununla birlikte, hak ve özgürlüğe yönelik bir müdahalenin meşru amaçlardan bir veya birkaçı ile ilgili olarak zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılaması gerekmekte ve izlenen meşru amaçla orantılı olması aranmaktadır<sup>44</sup>. Böylece zorunlu toplumsal ihtiyaç ile ölçülülük kriterlerini de birbirini tamamlayan iki kriter olarak düşünmek mümkün gözükmektedir<sup>45</sup>. Nitekim Mahkeme ölçülülük açısından inceleme yaparken, birey ile toplumun yarışan menfaatleri arasında “*adil denge*”nin kurulmuş olup olmadığını incelemektedir<sup>46</sup>.

Bununla birlikte, taraf devletin sınırlama sebebi olarak ileri sürdüğü gerekçelerin ilgili ve yeterli olması gerekmektedir<sup>47</sup>. Böylece ileri sürülen gerekçeler ışığında sınırlamanın meşru amaçla orantılılığı incelenmektedir. Sınırlamanın meşru amaçla orantılılığı denetlenirken, İHAM’ın demokratik toplumda gereklilik ölçütünün temelinde, anayasalarda öngörülen ölçülülük ilkesinin yattığı görülmektedir<sup>48</sup>. Hak ve özgürlüğü sınırlamak için seçilen aracın, sınırlama amacı ile ilişkisini yansıtan ölçülülük ilkesi, sınırlama aracı ve amacının denetlenmesi anlamına gelmektedir<sup>49</sup>. Ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlüğe müdahale edilirken, amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli, diğer bir deyişle zorunlu aracın seçilmesini, bireylerin hak ve özgürlüğüne orantısız bir şekilde müdahale edilmemesini gerektirmektedir<sup>50</sup>. Buradan hareketle, ölçülülük ilkesi; seçilen araç ile amaç arasındaki makul bağlantıyı yansıtan elverişlilik, hak ve özgürlüğü en az sınırlayan aracın seçilmesi gerektiğini ortaya koyan zorunluluk ve araç ile amaç arasındaki dengeyi sağlayan orantılılık ilkesinden oluşmaktadır<sup>51</sup>. İHAM, içtihatlarında açıkça elverişlilik ve zorunluluk ölçütlerini kullanmasa da

<sup>43</sup> *Scharsach ve News Verlagsgesellschaft/Avusturya*, 39394/98, 13.11.2003, p.30; *Lingens/Avusturya*, p.39-40; *Sunday Times/Birleşik Krallık* (No. 2), 13166/87, 26.11.1991, p.50.

<sup>44</sup> *Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 5947/72 6205/73 7052/75 7061/75 7107/75 7113/75 7136/75, 25.03.1983, p.97; *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, p.48, 49.

<sup>45</sup> Bu yönde bkz. **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.15.

<sup>46</sup> **Harris/O’Boyle&Warbrick**, s.364.

<sup>47</sup> İspat yükünü belirlemek her zaman kolay olmamaktadır. Meşru amaçlar dar yorumlanmalı, ilgili ve yeterli gerekçeler belirtilmeli ve gerekçeler ikna edici bir şekilde ortaya konmalıdır. Bu konuda bkz. **Greer**, *The Exceptions.*, s.15.

<sup>48</sup> **Metin**, “Ölçülülük ve Evrensellik.”, s.27. Ölçülülük ilkesinin kendisi Sözleşme’nin hiçbir yerinde yoktur. Ancak Sözleşme’nin 15. maddesi ve demokratik toplumda gereklilik ölçütünün uygulandığı Sözleşme’nin 8-11. maddelerinde örtülü gibi gözükse fakat açık bir biçimde ölçülülük ilkesinin bulunduğu; diğer hükümlerde ise görünmez bir biçimde ölçülülük ilkesinin varlığı ortaya konulmaktadır. Bu görüş için bkz. **Eissen**, Marc-André; “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, in: *The European System for the Protection of Human Rights*, (ed.: Ronald-St. John Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1993, s.125-146.

<sup>49</sup> **Metin**, “Ölçülülük ve Evrensellik.”, s.6.

<sup>50</sup> **Metin**, “Ölçülülük ve Evrensellik.”, s.7.

<sup>51</sup> **Yüksel**, Saadet; *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, Alfa Yayınları, İstanbul 2015, s.223-242.

müdahalenin ağırlığı ve müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında yapılan tartım neticesinde, sınırlama için seçilen aracın meşru amaçla ölçülülüğünü irdelemektedir.

İHAM her ne kadar çeşitli ilkelerle adil dengeyi sağlamaya yönelik çaba ortaya koysa da bu ilkeler kural değildir; ancak her başvuruda kümülatif bir şekilde uygulanmaktadır<sup>52</sup>. Mahkemece, demokratik toplumda gereklilik ölçütü ışığında; korunan hakkın önemi, demokratik toplumun çoğulcu, hoşgörülü ve açık fikirli nitelikleri, Avrupa konsensüsü, müdahalenin önemi ile korunacak menfaatlerin nesnelligi ve ağırlığı göz önünde bulundurularak ölçülülük değerlendirilmesi yapılmaktadır<sup>53</sup>.

Demokratik toplumda gereklilik ölçütü kapsamında bireyin menfaatleri ile kamunun menfaatleri arasında adil denge gözetilirken; taraf devletlere takdir marjı tanınmakta, çatışan hak ve özgürlüklerin tartım sorununu çözmek öncelikli olarak ulusal makamlara bırakılmaktadır. Böylece hak ve özgürlüklerin uygulanmasında, hem ulusal makamlar ile Sözleşme organları arasında denge kurulmakta hem de birey ile toplumun yarışan menfaatlerine ilişkin olarak çatışan değerleri uzlaştırılmaktadır<sup>54</sup>. Keza taraf devletlere, demokratik toplumda gereklilik ölçütü aracılığıyla, pozitif yükümlülüklerin uygulanması ve yerine getirilmesi, bireylere Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin tanınması alanında takdir marjı tanınmaktadır. Nihayet Mahkeme’ye yapılan başvuru neticesinde de Sözleşme standartları ile ilgili olarak ulusal makamların sınırlama tedbirlerinin ölçülülüğü değerlendirilmekte ve takdir marjının sınırının aşılmadığı incelenmektedir<sup>55</sup>.

## II- ORTAK SINIRLAMA VE GÜVENCE REJİMİ ÖNGÖRÜLEN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN UYGULANMASI

Takdir marjı doktrininin, İHAM tarafından gerçekleştirilen somut vaka denetiminin yoğunluğunu belirleyen değişken ölçekli bir model olarak kullanıldığı ortaya konmaktadır<sup>56</sup>. Her ne kadar katı ve sıkı bir biçimde takdir marjı doktrininin kriterleri ortaya konulmasa da Mahkeme içtihatları göz önüne alınarak birtakım

<sup>52</sup> Aynı yönde bkz. **Harris/O’Boyle&Warbrick**, s.355.

<sup>53</sup> **Harris/O’Boyle&Warbrick**, s.353-363.

<sup>54</sup> **Tümay**, “Necessary in a Democratic Society.”, s.5.

<sup>55</sup> Yapılan başvuru neticesinde, Strasbourg organları tarafından ulusal düzlemde hak ve özgürlüklerin dengeleme faaliyetinin haklılığı ve bu sürecin çıktıları analiz edilmekte; Sözleşme standartları ile ilgili olarak ulusal makamların tedbirleri denetlenmektedir. Bu görüş için bkz. **Tümay**, “Necessary in a Democratic Society.”, s.14.

<sup>56</sup> **Gerards**, “Pluralism.”, s.105.

kriterleri belirlemek mümkün olmaktadır. Böylece birinci bölümde kavramsal açıklamalar yapıldıktan sonra takdir marjı doktrininin kriterleri saptanarak açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak bu kriterler birbirlerine etki edebilmekte; taraf devlete geniş takdir marjı tanınan bir konuda diğer bir kriterin varlığıyla takdir marjının sınırı daralabilmektedir. Bu bağlamda ulusal makamların takdir marjı, müdahalenin demokratik süreç ve genel olarak toplum açısından önemine ve müdahaleden etkilenen bireyin varlığı için önemine bağlı olarak bir yönden diğer bir yöne çekilebilmektedir<sup>57</sup>. Bahse konu olan durumu açıklamak gerekirse; genel ahlakla ilgili konularda ulusal makamların geniş takdir marjına sahip olduğu açık bir şekilde kabul edilmekle beraber, ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için önemi göz önüne alındığında geniş takdir marjı sıkı bir denetime tâbi tutulmaktadır. Böylece taraf devlete tanınan geniş takdir marjı sıkı bir denetime tâbi tutularak daraltılmaktadır<sup>58</sup>.

Bu durumu açıklığa kavuşturmak, Mahkeme içtihatları ışığında bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Özellikle takdir marjı doktrininin uygulama alanı bulunduğu durumlara odaklanılarak, Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükler kapsamında taraf devletin ulusal makamlarına tanınan takdir marjının ne zaman dar veya geniş kabul edildiği; bir diğer deyişle takdir marjının genişliği/derecesi kriterlerle birlikte ortaya konacaktır. Bununla birlikte, takdir marjının geniş kabul edildiği alanların ne zaman daraldığı ayrıca inceleme konusu yapılacaktır. Nitekim takdir marjının genişliğinin Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükler nazara alınarak tespit edilmesi, ölçülülük incelemesi yapılırken kolaylık sağlayacaktır.

Bu kapsamda Sözleşme’de güvencelenen hak ve özgürlükler içerisinde ortak sınırlama rejimi öngörülen İHAS’ın 8-11. maddelerinin ikinci fıkralarında sınırlama sebepleri belirtildiğinden, Mahkeme’nin özellikle söz konusu hak ve özgürlüklere ilişkin olarak, takdir marjı doktrininin kriterlerini diğer hak ve özgürlüklere nazaran daha kapsamlı bir şekilde uyguladığı saptanmıştır. Böylece ölçülülük ilkesi ışığında özel ve kamusal menfaatler arasında adil denge kurulurken, dar veya geniş nispette takdir marjının sınırı çizilmektedir. Nitekim, aynı yaklaşımın diğer hak ve özgürlükler için kabul edildiğini benimsemek mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda, takdir

<sup>57</sup> Mahoney, “Marvellous Richness.”, s.5.

<sup>58</sup> Konuyu açıklığa kavuşturmak adına, bu başlık altında içtihatlarla birlikte açıklama yapılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki geniş takdir marjının sıkı denetime tâbi tutulduğu durumlara ilişkin olarak belirtilen bu durumlar söz konusu olduğunda, Mahkeme takdir marjının daraltıldığını ifade etmemektedir. Durumun doğal sonucu olarak ulusal makamların sıkı denetime tâbi tutulduğu bu gibi durumlarda takdir marjının daraldığı söylenebilir.



marjı doktrininin daraldığı ve genişlediği alanlar belirlenerek bir çerçeve sunulacak, Mahkeme'nin takdir marjı doktrininin uygularken ortaya çıkan tartışmalı yaklaşımlar ele alınacaktır.

### A- Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı

Sözleşme'nin 8. maddesi; özel yaşam ile aile yaşamına saygı hakkını, konuta ve haberleşmeye saygı hakkını düzenleyerek, dört alt kategori hakkı güvence altına almaktadır<sup>59</sup>. Madde metninde koruma altına alınan özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının tüm unsurlarını birbirinden tamamen ayrı düşünmek söz konusu olmayıp, birlikte gündeme gelebilen haklar aynı anda söz konusu olabilmektedir<sup>60</sup>. Ancak Sözleşme'nin 8. maddesi geniş bir uygulama alanına sahip olup, madde metninde yer alan özel yaşam, aile yaşamı, konut, haberleşme kavramları otonom bir biçimde yorumlanmakta; Mahkeme madde metninde yer alan birbirleriyle bağlantılı olan hakların ulusal düzeyde yapılan yorumlarıyla kendisini bağlı saymamaktadır<sup>61</sup>. Bununla birlikte, Mahkeme madde metninde yer alan özel yaşam ve aile yaşamı gibi kavramların içeriğinin belirlenmesine yönelik olarak tüketici tanım vermekten kaçınmakta; her somut olayın koşullarını dikkate alarak günün koşulları ışığında dinamik yorum yapmaktadır<sup>62</sup>. Mahkeme kişinin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, tıbbi müdahaleyi reddetme hakkı, bireysel özerklik ile bağlantılı konuları Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanı içerisinde değerlendirmektedir. Böylece, doğrudan Sözleşme'nin normatif düzenlemesi içerisinde yer almayan hususlar, madde metninde yer alan kavramların yorumlanması yoluyla koruma alanı içerisine dâhil edilmektedir.

<sup>59</sup> **Arslan Öncü**, Gülay; “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.301; **Roagna**, Ivana; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması (çev.: Ayşe Gül Alkış Schäling), Avrupa Konseyi, Strasbourg 2012, s.10.

<sup>60</sup> **Arslan Öncü**, “İHAS ve Anayasa.”, s.302; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.351, 352. Madde metninde koruma altına alınan dört alt kategoride sayılan haklar farklı olsa da birbiriyle ilgilidir. Bu kavramlar bütünüyle aynı alanı korumamakta; ancak birbiriyle ilgili olduklarından bir arada bulunabilmektedirler. Bu konuda bkz. **Salihpaşaoğlu**, Yaşar; “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, GÜHFD, C.XVII, 2013, S.3, s.236, 237.

<sup>61</sup> **Arslan Öncü**, “İHAS ve Anayasa.”, s.301; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.367. Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamı sınırsız değildir. Bu konuda bkz. **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence**, Council of Europe, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf), (e.t.: 21.01.2019), s.7.

<sup>62</sup> Kazuistik metodla somut olayın koşulları dikkate alınmaktadır. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.349. Bu durum bir yandan Sözleşme metninin güncel tutulması anlamına gelmekte; diğer yandan ise takdir marjının tespitini zorlaştırmaktadır. Bu yönde bkz. **Doğru**, Takdir Marjı., s.141.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin 8. maddesinin esas amacı bireyleri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır<sup>63</sup>. Bu husus taraf devletlerin negatif yükümlülüğünü yansıtmakta; fakat taraf devletlerin müdahaleden kaçınma yönünde negatif yükümlülüklerinin yanı sıra; özel ve aile yaşamına saygı hakkının özünde olan taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>64</sup>. Özel ve aile yaşamına saygı hakkının korunması için taraf devletin bireylerarası ilişkiler alanında tedbirler uygulaması gerekebilmektedir<sup>65</sup>. Söz konusu pozitif yükümlülüklerin içeriğinin belirlenmesinin belirli unsurlarla ilintili olduğu dile getirilmektedir. Böylece, söz konusu menfaatin önemi, konunun özel yaşamın asli öğeleri veya temel değerleri teşkil edip etmediği, sosyal gerçeklik ile hukuk arasındaki uyumsuzluğunun başvuru üzerindeki etkisi, ulusal hukuk sistemi içerisinde idari ve hukuki uygulamaların uyumu Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında pozitif yükümlülüklerin içeriğinin belirlenmesinde önemli unsurlar olarak değerlendirilmektedir<sup>66</sup>. Pozitif yükümlülüğün diğer bir boyutu kapsamında ise diğer hak ve özgürlüklerde geçerli olduğu gibi, taraf devletin usuli yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, taraf devletlerin Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanı içerisinde negatif yükümlülüğü, koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğünü yansıtan pozitif yükümlülüğü ve pozitif yükümlülüğün usuli yönünü yansıtan soruşturma/usuli yükümlülüğü bulunmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilirliği için başvurucunun şikâyetinin korunan haklardan birinin kapsamına girip girmediği incelenmektedir. Böylelikle, içtihat hukuku hangi alanların uygulanabilir sayıldığına ilişkin olarak bir perspektif sunmakta ise de maddenin koruma alanının bütüncül bir şekilde sunulması kendine has özel bir çalışma konusu teşkil etmektedir<sup>67</sup>. Bu nedenle,

---

<sup>63</sup> *Kroon ve diğerleri/Hollanda, 18535/91, 27.10.1994, p.31.*

<sup>64</sup> *X ve Y/Hollanda, 8978/80, 26.03.1985, p.23.*

<sup>65</sup> *X ve Y/Hollanda, 8978/80, 26.03.1985, p.23.*

<sup>66</sup> *Hämäläinen/Finlandiya, 37359/09, 16.07.2014, p.66.*

<sup>67</sup> Öğretide, Sözleşme ve Mahkeme içtihatlarına uygun bir biçimde, Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanı; özel yaşam, aile yaşamı, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı şeklinde ifade edilmektedir. Ancak her bir koruma alanı içinde yapılan tasnifler farklılıklar içermektedir. Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanının bütüncül bir şekilde incelendiği kapsamlı bir çalışma için bkz. **Arslan Öncü**, Gülay; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.83 vd.; Mahkeme özel yaşama ilişkin tanım vermekten kaçınmakta, fakat içtihat yoluyla özel yaşama dâhil olan unsurlar belirginlik kazanmaktadır. Sözleşme'nin koruma alanı içerisinde giren bir husus söz konusu ise Sözleşme'nin 8. maddesi uygulanabilir bulunmaktadır. Ancak bu durum ihlalin varlığı için yeterli değildir. Mahkeme müdahalenin varlığını araştırmakta ve ardından bir müdahalenin haklılığını denetlerken, ortak sınırlama ve güvenleme rejimini uygulamaktadır. Bu konuda Sınırlama ve

daha önce izlenen usul takip edilerek, madde metnine dâhil olan tüm konuların tek tek ayrıntılı bir şekilde incelenmesi yerine, ulusal makamlara ne derece takdir marjı tanındığı açıklığı kavuşturulacaktır.

Takdir marjı doktrininin kriterleri ışığında diğer hak ve özgürlüklerin ortak olduğu alanlar, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında mevcudiyetini korumaktadır. Bunun yanı sıra Mahkeme içtihatlarında; (i) *korunan hakkın niteliği*, (ii) *müdahalenin niteliği*, (iii) *hakkın birey bakımından önemi* ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırını belirlemektedir<sup>68</sup>. Takdir marjı doktrini kriterleri ışığında; Sözleşme'de koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin çekirdek hak niteliği, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerdeki hukuki durum ve uygulamalar, sınırlama ölçütleri, taraf devletlerin içinde bulunduğu olağanüstü hal rejimi takdir marjı doktrininin dar veya genişliğini tayin etmektedir<sup>69</sup>. Ancak Sözleşme'nin 8. maddesi uygulamasında, ortak sınırlama rejimi öngörülen diğer hak ve özgürlüklerde söz konusu olduğu gibi, kriterler ışığında geniş veya dar olduğu ortaya konan takdir marjı bir yönden diğer bir yöne çekilebilmektedir<sup>70</sup>. Zira genel ahlak meşru amacına dayanarak gerçekleştirilen sınırlandırmada ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmakta; ancak bireyin özel yaşamının “temel değerlerine” ve “esaslı yönlerine” ilişkin konularda ise daha sıkı bir denetim gerçekleştirilmektedir<sup>71</sup>. Keza Avrupa konsensüsünün bulunmadığı alanlar ile hassas ahlaki ve etik konularda gerek söz konusu menfaatin görece önemi gerekse hakkı korumada seçilecek en iyi araçla ilgili olarak, taraf devletlerin takdir marjının genişlediği ifade edilmektedir<sup>72</sup>. Mahkeme tarafından ayrıca, çatışan özel ve kamusal menfaatler ile Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlükler arasında denge kurmak gerektiğinde, taraf devletlere geniş takdir marjı tanındığı dile getirilmekte<sup>73</sup>; ancak

---

Güvence Rejimi başlığına atf yapmakla yetinilmektedir. Ayrıca bkz. **Salihpaşaoğlu**, s.256; **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.2; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.349; **Roagna**, s.11.

<sup>68</sup> *Buckley/Birleşik Krallık*, 20348/92, 25.09.1996, p.74; *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, p.52.

<sup>69</sup> Bu konuda Takdir Marjı Doktrininin Kapsamını Belirleyen Kriterler başlığına atf yapmakla yetinilmiştir.

<sup>70</sup> **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.5.

<sup>71</sup> Taraf devletler, tıpkı negatif yükümlülüklerinde söz konusu olduğu gibi, pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken belirli takdir marjına sahip olmaktadır. Ulusal makamlara tanınan takdir marjı, bireyin varlığına ve kimliğine ilişkin önemli konularda daralmaktadır. *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, 28957/95, 11.07.2002, p.90; *X ve Y/Hollanda*, 8978/80, 26.03.1985, p.24.

<sup>72</sup> *Hämäläinen/Finlandiya*, 37359/09, 16.07.2014, p.66; *X., Y. ve Z./Birleşik Krallık*, 21830/93, 22.04.1997, p.44; *Frette/Fransa*; 36515/97, 26.02.2002, p.41.

<sup>73</sup> Belirtmek gerekir ki bu husus, Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca, taraf devletlerin yetki alanlarında bulunan herkese, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlaması gerektiğini ve Mahkeme'nin ikincil yetkisini vurgulamaktadır. Aksini düşünmek, Mahkeme'nin işlevini anlamsız kılmaya yol açabilir. Nitekim, Sözleşme'nin ihlal edildiği iddiası, özel veya kamusal menfaatin veya

takdir marjı doktrininin kapsamı belirlenirken, her somut olayın kendine özgü koşulları değerlendirilmektedir<sup>74</sup>. Bu nedenle; bir bireyin varlığı veya kimliği ile ilgili önemli bir husus söz konusuysa, özel yaşamın esaslı yönleri sayıldığından takdir marjı daralmakta; her somut olayın kendine özgü koşulları göz önüne alındığından, öğretilerde bu husus “*takdir marjının göreliliği*” olarak adlandırılmaktadır<sup>75</sup>.

Somut olayın koşullarına göre değerlendirilen takdir marjı ise ulusal makamlara başlangıç değerlendirmesinin yapılmasında iki ayrı aşamada tanınmış bulunmaktadır<sup>76</sup>. İlki, meşru amacın seçilmesinde ve içeriğinin doldurulmasında, ikincisi ise meşru amacı gerçekleştirmek üzere yapılan sınırlamanın gerekliliği aşamasında, zorunlu toplumsal ihtiyaç baskının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde ve ölçülülük ilkesinde ortaya çıkmaktadır. Nihayet, ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırının aşıp aşılmadığı ölçülülük ilkesiyle belirlenmektedir<sup>77</sup>. Takdir marjı doktrini, ölçülülük ilkesini bünyesinde barındırmakta; fakat takdir marjı doktrini, farklı yoğunluktaki yargı denetimini mümkün kılan bir “*referans çerçevesini*” ortaya koymaktadır<sup>78</sup>. Zira bir yandan müdahalenin meşru amacının seçiminde ve içeriğinin belirlenmesinde tanınan takdir marjı; diğer yandan

---

Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklerin adil dengesinin kurulamadığına yönelik bir iddiayı bünyesinde barındırmaktadır. Taraf devletler ise Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri, yetki alanlarındaki herkese nasıl tanıyacağını belirlemek ve adil dengeyi tesis etmek hususunda gereken araçları seçerek, Sözleşme’den doğan yükümlülüklerini yerine getirmede serbestiye sahiptir. Ancak, somut olayda çatışan menfaatler veya hak ve özgürlükler arasında adil dengenin kurulup kurulmadığı ise yapılan şikâyet üzerine İHAM’ın denetimine tâbidir. Kısacası, adil dengeyi tesis etmek öncelikle ulusal makamların görevi olmakla beraber, Mahkeme ulusal makamların öncelikli görevini yerine getirip getirmediğini denetlemekte; takdir marjı gerekçesiyle ihlal iddialarının yargısal denetimini yapmak görevinden el çekmemektedir. Söz konusu içtihatlar için bkz. *Evans/Birleşik Krallık*, 6339/05, 10.04.2007, p.77; *Frette/Fransa*; 36515/97, 26.02.2002, p.42; *S.H. ve Diğerleri/Avusturya*, 57813/00, 03.11.2011, p.94, 96; *Odievre/Fransa*, 42326/98, 13.02.2003, p.44-49; *Dickson/Birleşik Krallık*, 44362/04, 04.12.2007, p.78. Çatışan değerler arasında adil denge kurma faaliyetinin öncelikle ulusal makamları tarafından yerine gerilmesini somutlaştıran söz konusu ifade; Mahkeme içtihatlarına geniş takdir marjı yerine, ulusal makamların kamusal ve bireysel menfaatler arasında denge kurmak noktasında belirli takdir marjı bulunduğu şeklinde kararlara yansımaktadır. Dolayısıyla bu ifade, ulusal makamların adil dengeleme faaliyetini yerine getirmesi gerektiğini ortaya koymaktan başka bir anlamı çağrıştırmamalıdır. Belirli takdir marjı olarak geçen kararlar için bkz. *Keegan/İrlanda*, 28867/03, 18.07.2006, p.49; *Van Hannover/Almanya*, 59320/00, 24.06.2004, p.57; *Sousa Goucha/Portekiz*, 70434/12, 22.03.2016, p.40.

<sup>74</sup> **Macdonald**, “Margin of Appreciation.”, s.108.

<sup>75</sup> Bu konuda bkz. **Arslan Öncü**, *Özel Yaşamın Korunması*, s.378-381. Zorunlu toplumsal ihtiyaç baskısının olup olmadığını değerlendirmede ulusal makamlara takdir marjı tanınmıştır. Takdir marjı doktrini, esasın tam anlamıyla denetlemesinden kaçınmayı haklı göstermek için kullanılan birkaç teknikten biridir. Bu konuda bkz. **Arai-Takahashi**, Yutaka; “The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, C.XVI, 1998, s.41, 42.

<sup>76</sup> **Arslan Öncü**, *Özel Yaşamın Korunması*, s.378-381; **Arai-Takahashi**, “Article 8.”, s.41.

<sup>77</sup> **Arai-Takahashi**, “Article 8.”, s.43 vd.

<sup>78</sup> **Roagna**, s.45.

sınırlamanın sınırını teşkil eden demokratik toplumda gereklilik ölçütünün değerlendirilmesinde tanınmaktadır<sup>79</sup>. Bir diğer boyutunu ise pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, uygun araçları seçecek olan ulusal makamlara tanınan takdir marjı oluşturmaktadır<sup>80</sup>.

Tüm bu hususlar ışığında Mahkeme içtihatları irdelenerek, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvencelenen özel ve aile yaşamına saygı hakkının uygulamasında, ulusal makamlara hangi konularda ve ne derece takdir marjı tanındığı üzerine bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

### 1- Özel Yaşama Saygı Hakkı

Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanlarından biri *özel yaşam* olup, kişinin kimliğiyle ve bireysel özerkliğiyle bağlantılı haklar, fiziksel, psikolojik ve ahlaki bütünlük hakkı, mahremiyet hakkı bireyin özel yaşamına dâhil olmaktadır<sup>81</sup>.

#### a- Kimlik

Kişinin kendi kimliğini belirlemesi ve kimliğinin tanınmasını istemesi, özel yaşamın esaslı yönlerinden birini oluşturmaktadır. Bu kapsamda, ebeveynin çocuklarının ismini belirlemesinin duygusal yönüne dikkat çeken Mahkeme, isim hakkını özel yaşam kapsamında görmekte<sup>82</sup>; isimlerin düzenlenmesinde uygun politikaların seçiminde ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>83</sup>. Keza, kişinin kendi ismini değiştirmek istemesi durumunda, Mahkeme isim değişikliğinin kabul veya reddi konusunda ulusal makamlara geniş takdir marjı tanımakta; ancak ret gerekçesinin ilgili ve yeterli gerekçeye dayandırılması ve sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olması gerekmektedir<sup>84</sup>. Soyadı konusunda ise Mahkeme, cinsiyete

<sup>79</sup> Ovey, Clare; "The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention", HRLJ, C.IXX, 1998, S.1, s.10.

<sup>80</sup> Ovey, s.10.

<sup>81</sup> **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights**, s.18, 29, 39.

<sup>82</sup> *Guillot/Fransa*, 22500/93, 24.10.1996, p.22. İsim verme ve değiştirme hakkı bağlamında Avrupa konsensüsü oluşmadığından taraf devletlerin geniş takdir marjı bulunmaktadır. **Kılınç**, Ümit; "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", TBB Dergisi, 2010, S.89, s.260, 267.

<sup>83</sup> *Guillot/Fransa* davasında, tuhaf bir ismin çocuğun çıkarı dikkate alınarak reddedilmesini Sözleşme'ye uygun bulan Mahkeme, *Johansson/Finlandiya* davasında ise resmi makamların daha önce kabul ettiği bir ismi reddetmesini geniş takdir marjına rağmen, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur. *Johansson/Finlandiya*, 10163/02, 06.09.2007, p.31.

<sup>84</sup> *Garnaga/Ukrayna*, 20390/07, 16.05.2013, p.39; *Stjerna/Finlandiya*, 18131/91, 25.11.1994, p.39. Bu konuda ulusal makamlar takdir marjını, tıpkı diğer konularda olduğu gibi, özel menfaat ile kamusal menfaat arasında denge kurarak kullanmalıdır. İsimlerin kullanımı tarihsel, dilsel, dinsel, kültürel birçok boyutu içermesi nedeniyle, ulusal makamlar uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda bulunmaktadır. Bu konudan bkz. **Salihpaşaoğlu**, s.238, 239.

dayalı farklı muamelenin çok ciddi gerekçeler içermesi gerektiğinin altını çizmekte; kadının evlendikten sonra kendi soyadını kullanamaması durumunda oluşan konsensüsü dikkate alarak takdir marjı tanımamakta ve söz konusu farklı muameleyi Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmaktadır<sup>85</sup>. Aile birliğini yansıtmak noktasında taraf devletler belirli takdir marjına sahip olsa da cinsiyete dayalı farklı muamele söz konusu olduğunda ise çok ciddi gerekçeler olması gerektiğinden bahisle, objektif ve makul gerekçe arayan Mahkeme, ilkesel olarak kadın ve erkeğe eşit davranmanın öngörüldüğünü yinelemektedir<sup>86</sup>. Bu nedenle, cinsiyet ayrımcılığına neden olan uygulamalarla aile birliğini korumak mümkün olmamakta; ulusal makamların bu şekilde aile birliğini koruma tercihleri Sözleşme'yle bağdaşmadığından, takdir marjı bulunmamaktadır.

- Bireyin cinsiyet kimliği, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında özel yaşama dâhil olmakta; transseksüellerin gerçekleştirdiği ameliyatların hukuki koşulları, ameliyat sonrası cinsiyet kimliğinin ve ismin hukuken tanınması bu kapsamda denetlenmektedir<sup>87</sup>. Nitekim Mahkeme tarafından ameliyat sonrası cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının yarattığı problemlerin ulusal hukuk düzeyinde çözülmesinde, taraf devletlere geniş takdir marjı tanınmaktadır. Ancak Mahkeme ortaya çıkan yasal ve pratik sorunların çözümüne yönelik olarak ortak bir yaklaşımın bulunmamasına, transseksüellerin artan toplumsal kabulleri ve yeni kimliklerinin hukuken tanınması lehine devam eden uluslararası eğilimin açık ve tartışmasız kanıtları karşısında daha

---

<sup>85</sup> Kararda kadının evlendikten sonra, tek başına önceki soyadını kullanamadığı tek üye ülkenin Türkiye olduğuna dikkat çekilmiştir. *Ünal Tekeli/Türkiye*, 29865/96, 16.11.2004, p.58, 61. *Ünal Tekeli/Türkiye* davasında verilen karar sonrasında, Türkiye'de kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanabilmesi gerektiği aşikârdır. Ancak ihlal kararının gereği henüz yerine getirilmiş değildir. Bir an önce yapılması gereken ise hukuki dayanak teşkil eden TMK'nın 187. maddesinin değiştirilmesidir. Kadının evlenmeden önceki soyadını kullanabilmesi için halihazırda yargı yoluna başvurması gerekmekte ve nihai olarak yapılan anayasa şikâyeti neticesinde, AYM tarafından Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir. İHAM kararı sonrasında Türkiye'de kadının evlenmeden önceki soyadına ilişkin hukuki süreç için bkz. **Demir**, Nazlı Hilal; "The Surname of Married Women: An Everlasting Problem", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C.IX, 2017, S.88, s.10-13. Kadının evlenmeden önceki soyadı sorununun çözüme kavuşturulmadığı ve yasal değişikliğin gerektiği yönünde bkz. **Helvacı**, Serap; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", *MHB*, C.XXXV, 2015, S.1, s.165-167; **Moroğlu**, Nazan; "Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'", *TBB Dergisi*, 2012, S.99, s.266; **Öcal Apaydın**, Bahar; "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş mudur?", *İNÜHFD*, C.VI, 2015, S.2, s.457; **İnce**, Nurten; "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, C.III, 2017, S.2, s.55; **Erbek Odabaşı**, Özge; "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *DEÜHFD*, C.IXX, 2017, S.1, s.102.

<sup>86</sup> *Ünal Tekeli/Türkiye*, 29865/96, 16.11.2004, p.62.

<sup>87</sup> İHAM içtihatlarında cinsel kimlik ve cinsel yönelim için ayrıca bkz. **Karadağ**, Nergiz; *Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s.26 vd.

az önem verdiği görülmektedir<sup>88</sup>. Bununla birlikte, güncel içtihatlarda transseksüellerin hukuken tanınmasının bireyin varlığı ve kimliğinin önemli yönünü teşkil ettiğinden takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla, Mahkeme transseksüellerin cinsiyet kimliklerinin hukuken tanınmasında uluslararası eğilimlere ve cinsel kimliğin özel yaşamın önemli yönünü oluşturduğuna odaklanarak takdir marjını daraltmış bulunmaktadır<sup>89</sup>. Hatta Sözleşme sistemi içerisinde taraf devletler transseksüel bireylerin yeni cinsiyet kimliklerini hukuken tanımak yükümlülüğü altındadırlar; ancak hukuken tanınmanın bir mevzuatla düzenlenmesi gerektiği konusunda ise konsensüs bulunmadığından henüz bu yönde bir pozitif yükümlülük kabul edilmiş değildir<sup>90</sup>.

Mahkeme'nin ayrıca cinsiyet kimliğine ilişkin *Van Kück/Almanya* kararında, kişinin kendini erkek veya kadın olarak tanımlama özgürlüğünü bireysel özerklik kapsamında değerlendirdiği görülmektedir<sup>91</sup>. Bu yaklaşım daha sonra cinsiyet kimliği konulu davalarda takdir marjının daraltılması yönündeki eğilimi yansıtmaktadır. Mahkeme'nin cinsiyet değişikliği ameliyatı sonrası hukuki tanınmayı incelediği yeni tarihli *A.P., Garçon And Nicot/Fransa* davasında, ulusal makamlara tanınan takdir marjınının sınırını çizmiş bulunmaktadır. Söz konusu davada, başvuruçuların cinsiyet kimliklerinin hukuken tanınması istemiyle yaptığı başvurular; fiziksel görünümündeki değişimin geri dönüşmez nitelikte olması gerektiği, cinsiyet kimliği bozukluğunun kanıtlanması ve tıbbi tedavi yükümlülüğü gerekçelerinin yerine getirilmemesi nedeniyle reddedilmiştir. İHAM tarafından, sadece ikinci ve üçüncü

---

<sup>88</sup> *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, 28957/95, 11.07.2002, p.85.

<sup>89</sup> Üreme yeteneğinden yoksun kalmanın cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılabilmesi için şart koşulması, özel yaşama orantısız bir müdahale teşkil etmekte ve takdir marjının sınırını aşmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. *Y.Y./Türkiye*, 14793/08, 10.03.2015, p.101. **Doğru**, *Takdir Marjı*, s.151; **Seyhan**, Serkan; "European Court of Human Rights (ECHR) Former Second Section Case of Y.Y. v. Turkey (Application no. 14793/08), 10.06.2016", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C.IX, 2017, S.88, s.14-18.

<sup>90</sup> Mahkeme, devletin cinsiyetini değiştiren bir kişinin evliliği sürerken yeni hukuki durumunun tanınması yönünde pozitif yükümlülüğün bulunup bulunmadığı incelemiştir. Başvuruçunun ameliyat sonrası yeni cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için eşinden boşanması ya da evlilik durumunun medeni birliktelik şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir. Taraf devletlerde cinsiyet değişikliği sonucunda hukuki tanıma hakkında bir mevzuat düzenleme konusunda konsensüs bulunmadığından ve başvuru konusu ahlaki, etik bir konuya ilişkin olduğundan ulusal makamların pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede geniş takdir marjı bulunmaktadır. Başvuruçunun bu durumu kabul etmemesi nedeniyle cinsiyet değişikliğinin tanınmamasının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmediği yönünde bkz. *Hämäläinen/Finlandiya*, 37359/09, 16.07.2014, p.66.

<sup>91</sup> Cinsiyet değiştirme ameliyatının sigorta tarafından karşılanmaması, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaliyle sonuçlanmıştır. *Van Kück/Almanya*, 35968/97, 12.06.2003, p.69. **Salihpaşaoğlu**, s.239; **Doğru**, *Takdir Marjı*, s.150.

başvurucular açısından, fiziksel görünümünde geri dönülmez nitelikteki değişimin aranmasının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir<sup>92</sup>.

Mahkeme, Fransa hukukunda cinsiyet değiştirmenin hukuken tanınması için, fiziksel görünümün geri dönülemez bir biçimde olması gerektiği kriterinin aranması yoluyla, hukuki tanınmanın sterilizasyon ameliyatı veya tedavisi koşuluna bağlandığını tespit etmektedir<sup>93</sup>. Keza hukuki tanınma için sterilizasyon şartı aranması hususunda üç gerekçeyle takdir marjı daralmaktadır. Birincisi, başvuru bir yandan fiziksel bütünlük, diğer yandan cinsel kimlikle ilgili olduğundan, söz konusu hususlar bireyin varlığı ve kimliğinin önemli yönünü oluşturmaktadır<sup>94</sup>. İkincisi, söz konusu koşul on bir taraf devlette kaldırılmış bulunmakta ve diğer devletlerde ise benzer reformlara konu olarak tartışmalı bulunmaktadır<sup>95</sup>. Son olarak ise Avrupa'da ve uluslararası alanda insan haklarını koruyan ve geliştiren mekanizmaların açık bir şekilde sterilizasyon koşulunun kaldırılmasını dile getirdiği vurgulanmaktadır<sup>96</sup>. Bu gerekçeler ışığında Mahkeme, taraf devletin takdir marjını sınırlandırmış; bireysel menfaat ile kamusal menfaat arasında denge kurulamadığından bahisle özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiş bulunmaktadır<sup>97</sup>. Dolayısıyla, sterilizasyonun gerek cinsiyet değişikliği ameliyatının öncesinde gerekse de cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması noktasında bir koşul mahiyetinde kabul edilmesi Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

- Bireyin etnik kimliği, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında özel yaşama dâhil olan unsurlardan biri olarak görülmekte; bireyin adı, cinsiyeti, dini ve cinsel yönelimi gibi etnik kimlik de özel yaşamın esaslı yönlerinden birini oluşturmaktadır<sup>98</sup>. Mahkeme, etnik azınlığın geleneksel yaşam tarzına uygun bir biçimde yaşamlarını sürmelerini sağlayan karavanlarını yerleştirmelerinin engellenmesini, planlama nedeniyle tedbir uygulanmasını özel ve aile yaşamına müdahale olarak gördüğü

<sup>92</sup> A.P., *Garçon And Nicot/Fransa*, 79885/12, 52471/13, 52596/13, 06.04.2017, p.135.

<sup>93</sup> A.P., *Garçon And Nicot/Fransa*, 79885/12, 52471/13, 52596/13, 06.04.2017, p.116.

<sup>94</sup> A.P., *Garçon And Nicot/Fransa*, 79885/12, 52471/13, 52596/13, 06.04.2017, p.123.

<sup>95</sup> A.P., *Garçon And Nicot/Fransa*, 79885/12, 52471/13, 52596/13, 06.04.2017, p.124.

<sup>96</sup> A.P., *Garçon And Nicot/Fransa*, 79885/12, 52471/13, 52596/13, 06.04.2017, p.125.

<sup>97</sup> Mahkeme cinsiyet kimliğinin özel yaşamın önemli yönünü oluşturmasına rağmen, psikolojik teşhis koşulu uygulayıp uygulamama konusunda taraf devletlere geniş takdir marjı tanımaktadır. Psikolojik teşhisin fiziksel bütünlüğe doğrudan müdahale etmediği, Dünya Sağlık Örgütü'nün yaklaşımı, hukuki tanınma konusunda psikolojik teşhis konmasıyla ilgili olarak neredeyse fikir birliği olduğu dikkate alınarak geniş takdir marjı tanınmış bulunmaktadır. A.P., *Garçon And Nicot/Fransa*, 79885/12, 52471/13, 52596/13, 06.04.2017, p.140-144.

<sup>98</sup> *Ciubotaru/Moldova*, 27138/04, 27.04.2010, p.53.



davada, yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirmede ulusal makamların daha iyi konumda olduklarını belirtmekte<sup>99</sup>; azınlıkların özel ihtiyaçlarını tanımada oluşmakta olan uluslararası konsensüsü gözlemlemesine rağmen konsensüsü yeterli görmeyerek, genel nüfus ve azınlığın menfaatlerini dengeleyen politikalarla ilgili sorunların hassasiyeti ve karmaşıklığını ve Mahkeme'nin denetleyici rolünü vurgulamaktadır<sup>100</sup>. Dolayısıyla, Mahkeme yerel koşulların dikkate alınması gerektiğini düşünerek, sosyal ve ekonomik politikalarla ilgili bu konuda ulusal makamlara geniş takdir marjı tanımış bulunmaktadır. Ancak Mahkeme *Connors/Birleşik Krallık* davasında, etnik azınlık olan çingenelerin kendilerine tahsis edilen alanda başkalarına rahatsızlık vermeleri gerekçesiyle tahliye edilmelerini incelemiş ve çingenelerin yaşam tarzını kolaylaştırma noktasında pozitif yükümlülüğün bulunduğunu kabul etmiş görünmektedir<sup>101</sup>. Zira Mahkeme tarafından, *Connors/Birleşik Krallık* davasının, geniş takdir marjı tanınan *Chapman/Birleşik Krallık* davasından ayrı tutulması gerektiği belirtilmekte; tahliyenin usuli güvenceler gerektirdiği gerekçesiyle müdahalenin ciddiyeti dikkate alınarak, ulusal makamlara tanınan takdir marjı daraltılmaktadır<sup>102</sup>. Görüldüğü üzere, sosyal ve ekonomik politikalar söz konusu olsa da müdahalenin ciddiyeti ve ağırlığı takdir marjının daralmasına yol açmaktadır<sup>103</sup>. Nitekim, özel menfaat ile kamusal menfaat arasında adil denge kurulup kurulmadığı, somut olayın koşulları ışığında denetlenmekte; özel yaşamın önemli yönünü teşkil eden etnik kimliğin korunması için pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği önem arz etmektedir.

- Bireyin sosyal kimliği, özel yaşam çerçevesinde başkalarıyla iletişim kurma hakkını kapsamakta<sup>104</sup>; bir kimsenin kendi kökeni ile üstsoyu hakkında bilgi edinme hakkı, özel yaşam ve aile yaşamı kapsamında korunan kişisel kimliğinin bütünleyici parçasını oluşturmaktadır<sup>105</sup>. Bu hususta, Mahkeme önüne giden başvurular ise sosyal

<sup>99</sup> *Chapman/Birleşik Krallık*, 27238/95, 18.01.2001, p.91, 92.

<sup>100</sup> Çevrenin korunması amacıyla başkalarının haklarının korunması meşru amacını izleyen müdahale orantılı bulunarak, özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. *Chapman/Birleşik Krallık*, 27238/95, 18.01.2001, p.92-104.

<sup>101</sup> *Connors/Birleşik Krallık*, 66746/01, 27.05.2004, p.94.

<sup>102</sup> Usuli güvence eksikliği nedeniyle izlenen meşru amaca karşılık müdahalenin orantsız olduğundan bahisle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. *Connors/Birleşik Krallık*, 66746/01, 27.05.2004, p.85, 86.

<sup>103</sup> *Connors/Birleşik Krallık*, 66746/01, 27.05.2004, p.82.

<sup>104</sup> *Mikulic/Hrvatistan*, 53176/99, 07.02.2002, p.53.

<sup>105</sup> *Odievre/Fransa*, 42326/98, 13.02.2003, p.42. Kökenini bilme hakkının boyutları için bkz. **Zengin**, Mehmet Ali; *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.130 vd.; **Arslan Öncü**, *Özel Yaşamın Korunması*, s.245. Soybağı ve

hizmet kurumunda yetişen çocuğun kökenini bilme hakkı<sup>106</sup>, iç hukukta açılan babalık davası neticesinde DNA testi yapılmasını reddetme<sup>107</sup>, evlatlık verilen çocuğun kökenlerini bilme hakkı<sup>108</sup> özelinde yoğunlaşmaktadır. Mahkeme kökenini bilme hakkı çerçevesinde, Sözleşme'nin 8. maddesini güvence altına alırken takdir marjına sahip olan ulusal makamların takdir marjının sınırının çizmekte; sadece hakkın niteliğinin değil her bir hak için söz konusu menfaatin niteliğinin de dikkate alındığını ortaya koymaktadır<sup>109</sup>. Böylelikle, başvuruçunun menfaati ile üçüncü kişinin menfaati arasında adil denge kurmak gerekmektedir. Ancak, çocuğun bulunduğu davalarda çocuğun üstün ve öncelikli menfaatinin dikkate alınması gerekmektedir<sup>110</sup>. Zira, ulusal makamlar ebeveyn olduğu iddia edilen bireyin hakları ile kökenini bilmek isteyen bireyin hakları arasında adil denge kurmak yükümlülüğü altındadır. Mahkeme, ulusal makamlar tarafından bu hususta adil denge kurulup kurulmadığının sıkı denetimini gerçekleştirmektedir<sup>111</sup>. Avrupa uygulamalarının incelenmesi neticesinde, DNA testinin yapılmasının reddedilmesine hukuki sonuç bağlanması Sözleşme'ye uygun görülmekte ise de taraf devletlerin bireylere yeterli usuli güvenceler öngörmesi gerektiği ortaya konmaktadır. Bireyin kökenini bilme hakkı açısından, ilgili mevzuatın mutlaka kökenler hakkında kimlik saptayıcı olmayan bilgilere erişimi mümkün kılması ve üçüncü kişilerin rızası dâhilinde ebeveynler veya kökenler hakkında kimliğin öğrenilmesine imkân tanınması gerekmektedir<sup>112</sup>.

---

kökenini bilme hakkı konusunda Mahkeme içtihatlarının gelişimi için bkz. **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.28-34.

<sup>106</sup> *Gaskin/Birleşik Krallık*, 10454/83, 07.07.1989; Mahkeme, takdir marjını belirtirken ise konunun hassas ve karmaşık yapısını dikkate alarak, ulusal makamların takdir marjını aşmadığına kanaat getirmiştir. Bu konuda bkz. *Odievre/Fransa*, 42326/98, 13.02.2003, p.49.

<sup>107</sup> Başvuruçunun çocuk olduğu davada, üçüncü kişinin DNA testini reddetmesi ile çocuğun kökenini bilme hakkı arasında adil denge kurulması gerektiği belirtilmiş, DNA testinin reddedilmesi durumunda yeterli usuli vasıta bulunmadığından bahisle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. *Mikulic/Hırvatistan*, 53176/99, 07.02.2002; Başvuruçunun bu sefer baba olduğu iddia edilen kişidir ve başvuruçunun DNA testini reddetmesi sonucunda diğer kanıtlar değerlendirilerek, baba olduğuna hükmedilmiştir. Bir yandan başvuruçunun fiziksel bütünlüğüne müdahale, diğer yandan çocuğun kökenini bilme hakkı söz konusudur. DNA testine uyulmamasının hukuki sonuçlarının bulunmasının Sözleşme içtihatlarına uygunluğu gerekçesiyle, açıkça dayanaktan yoksun bulunan başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmiştir. *Canonne/Fransa*, 22037/13, 02.06.2015.

<sup>108</sup> *Godelli/İtalya*, 33783/09, 25.09.2012.

<sup>109</sup> *Godelli/İtalya*, 33783/09, 25.09.2012, p.52.

<sup>110</sup> *Odievre/Fransa*, 42326/98, 13.02.2003, p.40, 45.

<sup>111</sup> *Godelli/İtalya*, 33783/09, 25.09.2012, p.52, 53.

<sup>112</sup> Bu yönde Fransa'daki mevzuat Sözleşme'ye uygun bulunmuş; ancak İtalya'daki mevzuat her iki duruma imkân tanımadığından Sözleşme'ye aykırılık oluşturmuştur. *Odievre/Fransa*, 42326/98, 13.02.2003, p.49; *Godelli/İtalya*, 33783/09, 25.09.2012, p.58. Ayrıca bkz. **Roagna**, s.53, 54.

## **b- Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük**

Bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü veya maddi veya manevi bütünlüğü, özel yaşama dâhil unsurlar arasında yer almaktadır<sup>113</sup>. Dolayısıyla, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü geniş kapsamda bir koruma alanı sunmakta; fiziksel veya cinsel saldırılar ve bireylerin bu saldırılardan korunması, tıbbi müdahaleler, çevresel konular, cinsel yaşama ve cinsel yönelime ilişkin konular, üreme hakkı, şeref ve itibarın korunması, mesleki faaliyetler bu çerçevede değerlendirme konusu olmaktadır<sup>114</sup>.

- Bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen bir müdahale, özel yaşamın çok geniş bir koruma alanı içermesi nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağına aykırılık teşkil edebilmektedir<sup>115</sup>. Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulanabilmesi için müdahalenin asgari şiddet eşiğini aşması gerekmekte; ancak Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanı içerisinde bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelen müdahalenin, her ne kadar her müdahale ihlal teşkil etmese de belirli bir şiddet eşiğini aşması aranmamaktadır. Böylelikle, asgari şiddet eşiğini aşmayan müdahaleler Sözleşme'nin 8. maddesinin koruması altındadır. Ayrıca, kimi müdahalelerde, Mahkeme tarafından her iki maddenin ihlal edildiğine karar verildiği görülmektedir<sup>116</sup>.

Bireylerin fiziksel bütünlüğüne üçüncü kişiler tarafından yönelen eylemlere karşı, taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunmakta; gereken araçların seçimi noktasında takdir marjı tanınmış olsa da özel yaşamın temel değerlerini ve esaslı yönlerini tehdit eden cinsel saldırılarda etkili caydırıcılık yaratılması için etkin ceza sisteminin varlığı gerekmektedir<sup>117</sup>. Nitekim Mahkeme, pozitif yükümlülüğün usuli boyutunun yerine getirilmesi için soruşturmanın gereken özenle yapılıp yapılmadığını ve ceza kanunlarının etkili bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir.

<sup>113</sup> **Salihpaşaoğlu**, s.247; **Roagna**, s.24. Fiziksel ve psikolojik bütünlüğün, bedenin üzerinde tasarruf hakkı ve bedenin şiddetten korunması başlıkları altında incelendiği görülmektedir. Bu konuda bkz. **Arslan Öncü**, *Özel Yaşamın Korunması*, s.83.

<sup>114</sup> Mahkeme tarafından, Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanını içeren dört kategori hak birbiriyle bağlantılı olduğu gibi, söz konusu koruma alanlarının unsurları da birbiriyle bağlantı içermektedir. Bu nedenle öğretide, koruma alanlarının unsurlarının tasnifi hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Nitekim, fiziksel ve psikoloji bütünlük kapsamında bireyin özerkliğinin birlikte söz konusu olduğu görülmektedir. Unsurlar konusunda bkz. **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights**, s.18-29; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.373; **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.3, 4.

<sup>115</sup> **Salihpaşaoğlu**, s.248; **Roagna**, s.24.

<sup>116</sup> **Roagna**, s.25, 26. Maddenin diğer hükümlerle ilişkisi için bkz. **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights**, s.11 vd.

<sup>117</sup> Mahkeme, çocuk ve kadınlara yönelen müdahalelerde daha hassas bir denetim gerçekleştirmektedir. *Ebcin/Türkiye*, 19506/05, 01.02.2011, 41-61; *M.C./Bulgaristan*, 39272/98, 04.12.2003, p.150.

Dolayısıyla, fiziksel bütünlüğe yönelen ağır müdahalelerde etkili ceza hukuku mekanizması kurmak gerekmektedir. Aksi bir ihtimali düşünmek ve takdir marjının varlığını ileri sürmek ise mümkün değildir. Cinsel saldırıda yeterli korumayı sağlayan araçlar bakımından, kültürel nitelikteki algılar, yerel koşullar ve geleneksel yaklaşımlara atıfla geniş takdir marjının bulunduğunu belirten Mahkeme, takdir marjının Sözleşme hükümleriyle çevrildiğinin altını çizmektedir<sup>118</sup>. Nitekim söz konusu davada Mahkeme, cinsel saldırı sırasında mağdurun direnmemesine hukuki sonuç atfeden hukuk kuralının ve uygulamasının etkili koruma sağlamadığı şikâyetini incelerken, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin mevzuatı ile uygulamalarını ve uluslararası ceza hukuku mekanizmalarının kararlarını dikkate alarak takdir marjını sınırlandırmaktadır<sup>119</sup>.

- Tıbbi müdahaleler, özel yaşama saygı hakkı bağlamında bireyin fiziki ve psikolojik bütünlüğüne, bireysel özerkliğe müdahale oluşturabilmektedir. Zorla tıbbi müdahale yapılması (zorla besleme<sup>120</sup>, jinekolojik muayene<sup>121</sup>, delil elde etmek için tıbbi müdahale<sup>122</sup>) durumunda söz konusu olabileceği gibi, kürtajın engellenmesi yönünde bireyin yapılmasını istediği tıbbi müdahalenin reddedilmesi<sup>123</sup> kapsamında dava konusu teşkil etmektedir<sup>124</sup>. Ulusal makamlar, söz konusu tedbirin zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevap verip vermediği ve izlenen amaçla orantılı olup olmadığı konusunda belirli takdir marjına sahip olmakta; takdir marjının sınırının aşılp aşılmadığı ise Mahkeme tarafından denetlenmektedir. Mahkeme takdir marjını özellikle kürtaj hakkına ilişkin kararlarında uygulamakta; kürtaj hakkının ahlaki ve etik konulara ilişkin olduğunu ortaya koyduktan sonra ise kürtaj nedenlerinin genişliği

<sup>118</sup> *M.C./Bulgaristan*, 39272/98, 04.12.2003, p.154, 155.

<sup>119</sup> Pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğinden bahisle, Sözleşme'nin 3. maddesi ile 8. maddesinin ihlaline karar verilmiştir. *M.C./Bulgaristan*, 39272/98, 04.12.2003, p.157 vd.

<sup>120</sup> Komisyon tarafından verilen eski tarihli *X./Almanya* kararında yaşam hakkı ve fiziksel bütünlük menfaatlerinin çatıştığı açlık grevinde, bireyin özerkliği karşısında üstün olan yaşam hakkına ağırlık verilmiştir. Ancak Mahkeme 2005 tarihli kararında, tıbbi gerekliliklerin varlığında insan onuruna aykırı olmayan bir biçimde açlık grevinde zorla beslemenin mümkün olabileceğine; ancak rıza hilafına tıbbi gereklilik bulunmadan kelepçe, ağız açıcı, özel yemek borusu kullanarak gerçekleştirilen müdahaleleri Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulmuştur. *X./Almanya*, 10563/83, 09.05.1984; *Nevmerzhitsky/Ukrayna*, 54825/00, 12.10.2005, p.29-33. Bu konuda bkz. **Arslan Öncü**, *Özel Yaşamın Korunması*, s.117 vd.; **Cengiz**, Serkan; "Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, 2010, S.88, s.425-428.

<sup>121</sup> *Y.F./Türkiye*, 24209/94, 22.07.2003, p.33.

<sup>122</sup> Şüpheliden kan ve tükürük örneği almak gibi zorunlu tıbbi süreçler özel yaşama müdahale teşkil etmekte ise de doğrudan aykırılık teşkil etmez. Ulusal makamlar, özel yaşam ile suç işlenmesinin önlenmesi ve ulusal güvenlik arasında adil denge kurmak hususunda belirli takdir marjına sahiptir. *Jalloh/Almanya*, 54810/00, 11.07.2006, p.70; *Schmidt/Almanya*, 32352/02, 05.01.2006, p.1.

<sup>123</sup> *A. B. ve C./İrlanda*, 25579/05, 16.12.2010, p.229 vd.

<sup>124</sup> **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.3; **Arslan Öncü**, *Özel Yaşamın Korunması*, s.86-124.

konusunda oluşan konsensüsü saptamaktadır. Ancak İrlanda hukukunun, annenin yaşamını kurtarmak gerekçesiyle son derece sınırlı bir şekilde kürtaja izin veren tek hukuki sistem olmasına rağmen, takdir marjını daraltmadığı görülmektedir<sup>125</sup>. Mahkeme söz konusu davada, sadece kanser hastası olan üçüncü başvuru hakkında, kürtaj olabildiğini ispatlayabileceği erişebilir ve etkili yasal hükümlerin ve prosedürün eksikliği nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde pozitif yükümlülüğün ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>126</sup>. Belirtmek gerekir ki kürtaj hakkının etkili ve erişilebilir olması için çatışan değerleri dengeleyen kapsamlı bir düzenleyici çerçeve ışığında kabul edilmesi ve erişilebilir olması adına gerekirse özel tedbirler alınması gerekmektedir.

Bununla birlikte, yaşamın sona ermesine ilişkin vakalarda; pasif ötanazinin tedaviyi reddetme hakkı ve bireysel özerklik kapsamında incelendiği görülmekte; ancak taraf devletlerin yardımcı intiharın yasaklanması şikâyetlerinin esası hakkında inceleme yapabilecek bir başvuru yolu kabul etmek hususunda pozitif yükümlülükleri bulunmamaktadır<sup>127</sup>. Yine de Yüksek Mahkeme kararıyla yardımcı intiharın mümkün olduğu İsviçre'de yasal düzenleme bulunmaması, Daire tarafından pozitif yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>128</sup>. Dolayısıyla, yardımcı intiharın kabul edildiği ülkelerde kapsamlı ve menfaatler arasında denge kuran bir yasal çerçeve oluşturulması gerekmektedir; fakat yardımcı intihar konusunda konsensüs oluşmadığından, söz konusu ahlaki, etik, sosyal ve felsefi nitelikler barındıran hassas konuda geniş takdir marjı tanınmakta; yardımcı intiharın ulusal hukuk sistemlerinde kabul edilmesi ise yasama organının tercihine bırakılmaktadır.

---

<sup>125</sup> *A. B. ve C./İrlanda, 25579/05, 16.12.2010, p.229 vd.* Mevcut konsensüsün takdir marjını daraltmadığı görülmektedir. Mahkeme'nin konsensüse rağmen takdir marjını daraltmaması eğilimi, isabetsiz bir yaklaşımdır. Öğretide ise bu durumun ilginç olduğu belirtilmiştir. Bu görüş için bkz. **Roagna**, s.49. Söz konusu karar yaşam hakkının başlangıcı ve sonra ermesi başlığı altında ayrıca irdelenmiştir.

<sup>126</sup> *A. B. ve C./İrlanda, 25579/05, 16.12.2010, p.267.* Kürtaj hakkına erişimin sağlanması için, güvenilir ve izlenebilir usullere erişim bireysel özerklikle doğrudan ilgilidir. Bilinçli karar verilmeyi sağlayacak etkin bir mekanizma bulunması gerekmekte ve bu husus pozitif yükümlülük kapsamında değerlendirilmektedir. Özel yaşamın korunması için gerektiğinde özel tedbirler öngörülmesi ve hukuki çerçeve oluşturulmalıdır. Kürtaj hakkının etkili ve erişilebilir olması için çatışan değerleri dengeleyen düzenleyici çerçeve kabul edilmeli ve gerekirse özel tedbirler alınmalıdır. Tecavüze uğrayan genç kızın kürtaja erişim konusunda sıkıntı yaşamaması hakkında bkz. *P. ve S./Polonya, 57375/08, 30.10.2012, p.94 vd.*; Hamile kadına bebeğin gelişimi hakkında eksik bilgi verilmesi ve kürtaja başvurmakta gecikme hakkında bkz. *R.R./Polonya, 27617/04, 26.05.2011, p.183 vd.*

<sup>127</sup> *Nicklinson ve Lamb/Birleşik Krallık, 2478/15, 1787/15, 23.06.2015, p.84.*

<sup>128</sup> *Gross/İsviçre, 67810/10, 14.05.2013.*

Mahkeme tarafından, hastanın yaşam hakkının korunması ile özel yaşama saygı hakkı ve bireysel özerklik arasında denge kurmayı sağlayan araçların seçiminde; ayrıca yaşamı sürdüren tedavinin durdurulması ve tedavinin durdurulmasının detaylı yöntemleri hakkında ulusal makamlara takdir marjı tanınmaktadır<sup>129</sup>. Zira, tedavinin durdurulmasına izin verilip verilmemesi ve tedavinin durdurulmasının detaylı düzenlemeleri hakkında Avrupa konsensüsü bulunmadığını, fakat hastanın rızasının dikkate alınması noktasında konsensüs olduğu saptanmaktadır. Böylece Mahkeme, hastanın yaşam hakkının korunması ve bireysel özerklik arasında denge kurma faaliyetini ulusal makamlara bırakmakta, hastanın tedaviyi reddetme hakkını bireysel özerklik içerisinde değerlendirmektedir<sup>130</sup>. Bu nedenle ulusal makamlar, hastanın rızası ışığında yaşamın korunması ve bireysel özerklik arasında adil denge tesis edebilmek için, hastanın tedaviyi reddetme hakkının koşulları ve kapsamını yasal düzenlemeyle erişilebilir ve etkili bir şekilde düzenlemelidirler. Ancak Avrupa konsensüsü bulunmadığından, bireysel özerklik ve hastanın rızasının dikkate alındığı yeterli usuli güvenceler öngören bir hukuki düzenleme Sözleşme'yle uyumlu olacaktır.

- Mahkeme tarafından, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı normatif olarak Sözleşme'de güvence altına alınmamasına rağmen, fiziksel ve psikolojik bütünlük bağlamında özel yaşama saygı hakkının koruma alanı içerisinde yer almaktadır<sup>131</sup>. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının uygulanabilmesi için maddenin koruma alanında yer alan dört kategorik haklardan biri veya birkaçı üzerinde doğrudan etkisi olması, ayrıca çevresel kirliliğin ciddi boyutta olup, başvuru üzerinde belirli bir şiddet derecesine ulaşması gerekmektedir<sup>132</sup>. Sağlıklı çevrede yaşama hakkının koruma alanı içerisinde taraf devletlerin takdir marjının sınırı; hakkın niteliği ve başvuru için önemine bağlı olmaktadır<sup>133</sup>. Bireyin sağlıklı çevrede yaşama hakkına müdahale edildiğinde, şikâyetin özel yaşama ilişkin olması durumunda, özel yaşam alanında

---

<sup>129</sup> *Lambert ve diğerleri/Fransa*, 46043/14, 05.06.2015, p.148; *Gard ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 39793/17, 27.06.2017, p.83, 84.

<sup>130</sup> **Oder**, s.24.

<sup>131</sup> Çevre hakkı, İHAS kapsamında; yaşam hakkı, işkence veya kötü muamele yasağı, özel ve aile yaşamına saygı hakkı, mülkiyet hakkı gibi diğer haklar aracılığıyla dolaylı olarak korunmaktadır.

<sup>132</sup> **Arslan Öncü**, "İHAS ve Anayasa.", s.305, 306.

<sup>133</sup> **Roagna**, s.58.

taraf devletlerin takdir marjı daha genel alan olan konut hakkına nazaran daralmaktadır<sup>134</sup>.

Mahkeme tarafından havaalanının neden olduğu gürültüye ilişkin şikâyetlerde, sosyal ve ekonomik politikalarda takdir marjının genişlediği belirtilmekte; Mahkeme'nin görevinin, zorlu sosyal ve teknik alanlarda en iyi politikanın ne olabileceği konusundaki değerlendirmesini, ulusal makamların değerlendirmesi yerine koymak olmadığı vurgulanmaktadır<sup>135</sup>. Keza, ulusal makamların, hak ve özgürlüğe yönelen müdahalenin gerekliliğinin başlangıç değerlendirmesini yaptığı belirtilmekte; yerel toplumun ihtiyaçları göz önüne alınarak, en uygun çevre politikaları ve bireysel tedbirleri belirlemede ulusal makamların, uluslararası mahkemeye nazaran daha iyi konumda bulunduğu dile getirilmektedir<sup>136</sup>. Ancak toplumun bütünü ile bireyin yarışan menfaatleri arasında adil denge kurulup kurulmadığı ve takdir marjının sınırının aşıp aşılmadığı Mahkeme'nin denetimine tâbi tutulmaktadır<sup>137</sup>. Bu kapsamda *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasında gürültü nedeniyle uyku problemi yaşayan başvurucunun, uykunun korunan hakkın önemli yönünü oluşturduğundan bahisle, takdir marjının daraltılması gerektiği iddiası kabul edilmemiştir<sup>138</sup>. Ancak *Lopez Ostra/İspanya* davasında, atık arıtma tesisinin neden olduğu rahatsızlığa karşılık belediye yetkililerinin eylemsiz kalmalarını inceleyen Mahkeme tarafından, şehrin ekonomik refahı ve sağlıklı çevrede yaşama hakkı arasında adil denge kurulamadığından bahisle, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği kanaatine ulaşılmıştır<sup>139</sup>.

Nitekim Mahkeme ulusal makamların başlangıç teşkil eden gereklilik nitelendirmesini, geniş takdir marjını göz önünde bulundurarak denetlemekte; endüstriyel faaliyetlerden doğan kirlilikler ve zararlı faaliyetlerin yönetilmesinde hukuki ve düzenleyici çerçevenin, kamu makamları ve başvurucunun menfaati

---

<sup>134</sup> **Roagna**, s.58.

<sup>135</sup> *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, 9310/81, 21.02.1990, p.44, 45; *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 36022/97, 08.07.2003, p.97, 100.

<sup>136</sup> Çevresel konularda ulusal makamlar geniş takdir marjına sahiptir. *Hardy ve Maile/Birleşik Krallık*, 31965/07, 14.02.2012, p.218.

<sup>137</sup> **Müllerová**, Hana; "Environment Playing Short-handed: Margin of Appreciation in Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Review of European Community & International Environmental Law*, C.XXIV, 2014, S.1, s.89.

<sup>138</sup> *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 36022/97, 08.07.2003, p.123.

<sup>139</sup> *Lopez Ostra/İspanya*, 16798/90, 09.12.1994, p.58.

arasında adil denge tesis edip etmediğini belirlemektedir<sup>140</sup>. Bu kapsamda, endüstriyel faaliyetler söz konusu olduğunda, bireyin özel yaşamının önemli yönünü teşkil eden fiziksel ve psikolojik bütünlüğe daha ciddi bir müdahale gerçekleştiğinden bahisle, ulusal makamların takdir marjının daraldığı, en azından daha sıkı bir denetim yapıldığı söylenebilir.

Mahkeme ilk olarak, ulusal makamların Sözleşme'nin 8. maddesini güvence altına almak için alınan kararların içeriğini, diğer deyişle maddi yönünü değerlendirmektedir. Ardından karar alma süreçlerinde bireysel menfaatlerin dengelenip dengelenmediğini incelemekte; bu husus ise tüm usuli süreçlerde menfaatler dengesinin kurulmasını ifade ederek usuli boyutun değerlendirilmesini yansıtmaktadır<sup>141</sup>. Öğretide, Mahkeme'nin çevre hakkının korunmasında ulusal makamların kararlarının maddi ve usuli yönü olmak üzere iki yönünü denetlediği; fakat maddi ve usuli boyutlar incelenirken usuli boyuta ağırlık verilmesi ise eleştiri konusu olmaktadır<sup>142</sup>. Bununla birlikte, çevresel konularda taraf devletlere geniş takdir marjı tanınması nedeniyle, Sözleşme sistemi içerisinde çevre hakkının korunmasının engellendiği ve taraf devletlerin geniş takdir marjından istifade ederek, çevreyi daha az koruma eğilimi içinde olmalarına neden olduğu belirtilmektedir<sup>143</sup>. Bu nedenle çevresel konularda ulusal makamlara tanınan geniş takdir marjının, çevre hakkının daha az korumaya tâbi tutulması yaklaşımının hala Sözleşme'yle uyumlu kalmasına neden olduğu vurgulanmaktadır. Çevresel konularda tanınan geniş takdir marjının, “*taraf devletlerin çevre hakkını tanımayı takdir etme marjı*” olduğu dile getirilmektedir<sup>144</sup>.

Sözleşme sistemi içerisinde çevre hakkının maddi boyutunun ve doğrudan korumanın nasıl sağlanacağı sorusuna yanıt vermek mahiyetinde şimdilik şu hususun altı çizilebilir. Öncelikle Sözleşme'de çevre hakkının doğrudan koruma altına alınmamasından dolayı Mahkeme'nin tutumu çekingen kalmaktadır. Belirtmek gerekir ki Sözleşme'de açıkça tanınmamış, ancak yorum yoluyla tanınan bir hak söz

---

<sup>140</sup> *Hardy ve Maile/Birleşik Krallık*, 31965/07, 14.02.2012, p.222. Ayrıca bkz. *Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, 46117/99, 10.11.2004, p.116; *Fadeyeva/Rusya*, 55723/00, 09.06.2005, p.124; *Brincat ve diğerleri/Malta*, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014, p.101, 102;

<sup>141</sup> *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 36022/97, 08.07.2003, p.99.

<sup>142</sup> Sözleşme sistemi içerisinde usuli boyuta ağırlık verildiğinden çevre hakkının korunmasının zayıf olduğu yönünde bkz. **Müllerová**, s.90, 91.

<sup>143</sup> **Müllerová**, s.91, 92.

<sup>144</sup> **Müllerová**, s.92.



konusu olduğunda da ulusal makamlara tanınan takdir marjının daraldığı alanlar ortaya çıkabilir. Zira tehlikeli endüstriyel faaliyetler, fiziksel ve psikolojik bütünlüğe ağır bir müdahale teşkil ettiğinden, taraf devletlere tanınan takdir marjının daraltıldığına açıkça ifade edilmesi, en azından takdir marjının sınırlandırılması için önemli bir adım teşkil edecektir. Nitekim bu öneri Mahkeme'nin yaklaşımına pek uzak sayılmayacaktır. Böylelikle korunan hakkın ve müdahalenin niteliği dikkate alınarak, takdir marjının sınırlandırıldığına açıkça belirtilmesinin tutarlı ve gerekli bir adım olduğu söylenebilir.

- Bireyin cinsel yaşamı ve cinsel yönelimi özel yaşamın en mahrem yönünü oluşturmakta; bu nedenle Mahkeme tarafından özel yaşamın esaslı yönlerinden biri sayılmaktadır<sup>145</sup>. Cinsel yaşama ilişkin konularda özel yaşama müdahale edilmesi ve sınırlamaların olması mümkün olmakla birlikte, hakka yönelen müdahalenin izlenen bir veya birkaç meşru amaçla ilgili olarak zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılaması ve izlenen meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir. Mahkeme tarafından genel ahlak sınırlama sebebine dayanılması durumunda, geniş takdir marjının bulunduğu yaklaşımı benimsenmekte; ancak Avrupa konsensüsü ve hakkın niteliği, müdahalenin niteliği ve hakkın birey bakımından önemi kriterleri ışığında takdir marjı daralmaktadır<sup>146</sup>.

Rızaya dayalı eşcinsel ilişkilere ceza hukuku yaptırımları öngörülmesi Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmekte; konsensüs ve müdahalenin niteliği ile hakkın birey bakımından önemi dikkate alınarak, takdir marjı ortadan kaldırılmaktadır<sup>147</sup>. Dolayısıyla, rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin yaptırıma tâbi tutulmasında ulusal makamların takdir marjı bulunmamaktadır. Ancak, Mahkeme rızaya dayalı ensest ilişkiler konusunda; ulusal hukuk sistemlerinin evlenme yasağı veya ensest ilişkinin suç olarak düzenlenmesi yönünde tercihte bulunduğunu, özel yaşamın önemli yönünü oluşturmasına rağmen, Avrupa konsensüsün bulunmadığı ve hassas ahlaki, etik konularda takdir marjının genişlediğini kabul etmektedir<sup>148</sup>. Dolayısıyla, rızaya dayalı

---

<sup>145</sup> *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, p.52; *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997, p.36.

<sup>146</sup> *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, p.52.

<sup>147</sup> *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, p.52.

<sup>148</sup> *Stübing/Almanya*, 43547/08, 12.04.2012, p.60.

ensest ilişkilerin iç hukukta nasıl karşılık bulması gerektiği konusunda, ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>149</sup>.

Benzer bir şekilde Mahkeme tarafından, rızaya dayalı sado-mazoşist cinsel ilişkilerin yaptırıma tâbi tutulmasında genel ahlakın ve sağlığın korunması gerekçesiyle devletin özel yaşama saygı hakkına müdahalesi, Sözleşme'nin 8. maddesine uygun bulunmaktadır<sup>150</sup>. Taraf devletlere, bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik tehditlere karşı korunması için takdir marjı tanındığı ve ceza hukuku aracılığıyla fiziksel zararlara yaptırım uygulamanın devletin görevi olduğu belirtilmekte; ayrıca mağdurun rızasının söz konusu olduğu ilişkilerde hukuk tarafından kabul edilen zararın seviyesinin belirlenmesinde, ceza hukukunun caydırıcılığı ve genel sağlık ile bireysel özerklik arasında denge kuracak olan ilk yerin taraf devlet olduğu kabul edilmektedir<sup>151</sup>. Dolayısıyla, söz konusu alanda taraf devlete takdir marjı tanınmış bulunmaktadır.

Cinsel yaşama ilişkin diğer bir konu da bireylerin cinsel yönelimi nedeniyle meslekten atılmalarıdır. Bireylerin cinsel yönelimi nedeniyle silahlı kuvvetlerden atılması takdir marjı kapsamında görülmemektedir. Askeri hizmetlerin etkili bir şekilde yürütülmesinde izlenen amaç ulusal güvenlik olduğundan, her bir taraf devletin askeri hizmetin yerine getirilmesinde yetkili olduğu ve bu alanda takdir marjı tanındığı belirtilmektedir<sup>152</sup>. Ancak Mahkeme ulusal güvenlik nedeniyle bireyin özel yaşamına müdahale edilmesinin ikna edici ve ciddi nedenlerle haklı olabileceğini işaret etse de cinsel yönelim nedeniyle ordudan atılmanın ve idari soruşturmaya maruz kalmanın Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında ihlal teşkil edeceği ve ikna edici, ciddi nedenlerin ileri sürülmediği kanaatindedir<sup>153</sup>. Sınırlama ölçütü olarak ulusal güvenlik, ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmasına neden olsa da bireyin özel yaşamının önemli yönünü oluşturan cinsel yönelim ve cinsel yaşama müdahale söz konusu olduğundan, takdir marjı sınırlandırılmış durumdadır. Dolayısıyla, cinsel yönelim nedeniyle meslekten uzaklaştırma ve tahkikatlar Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

---

<sup>149</sup> *Stübing/Almanya*, 43547/08, 12.04.2012, p.61.

<sup>150</sup> *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997, p.51.

<sup>151</sup> *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997, p.44.

<sup>152</sup> *Lustig-Prean ve Beckett/Birleşik Krallık*, 31417/96, 32377/96, 27.09.1999, p.82; *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, 33985/96, 33986/96, 27.09.1999, p.89.

<sup>153</sup> *Lustig-Prean ve Beckett/Birleşik Krallık*, 31417/96, 32377/96, 27.09.1999, p.103-105; *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, 33985/96, 33986/96, 27.09.1999, p.110-112.

- Üreme hakkı, özel yaşama saygı hakkı kapsamında maddenin koruma alanı kapsamında değerlendirilmektedir. Bireyin ebeveyn olma ya da olmama hakkındaki kararı, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında özel yaşama içkin bir konu teşkil etmekte ve Mahkeme tarafından bireyin üreme hakkına yapılan müdahalelerin, meşru amaçla orantılı olup olmadığı denetlenmektedir<sup>154</sup>. Bu çerçevede İHAM önünde kürtaj yasağı, kürtaja erişim ve kürtaj hakkına ilişkin konuların yanı sıra<sup>155</sup>; suni dölllenme<sup>156</sup> ve taşıyıcı annelik<sup>157</sup> meselelerine ilişkin mevcut sınırlamaların dava konusu olduğu görülmektedir<sup>158</sup>. Bu minvalde Mahkeme tarafından tıbbi destekli üreme ve taşıyıcı annelik konularında ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmaktadır.

Tıbbi destekli üreme tedavisi sırasında, ilişki sona erdikten sonra eski partnerin embriyo üretilmesi rızasını geri almasına olanak tanıyan mevzuata ilişkin özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği şikâyetini incelemiş; tıbbi destekli üremede Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında konsensüs oluşmamış olduğundan ve hassas ahlaki ve etik sorunlara yol açtığından taraf devletlerle geniş takdir marjı tanındığını belirtmiştir<sup>159</sup>. Yine sadece eşler arasında tıbbi destekli üremeye izin veren ve bunun dışında çok istisnai hallerde donörden sperm alınarak rahimde döllenmeye imkân tanınan Avusturya mevzuatına karşı yapılan başvuruyu incelemiş; hızla gelişen tıbbi ve bilimsel gelişmeler karşısında hassas ahlaki ve etik sorunlara neden olduğundan ve Avrupa konsensüsü bulunmadığından bahisle geniş takdir marjı tanındığını belirtmiş ve somut olayda adil denge kurulduğu kanaatini paylaşmıştır<sup>160</sup>. Mahkeme, tıbbi destekli üreme için elde edilmiş embriyoların bilimsel araştırma için bağışlanmasını yasaklayan mevzuata karşı yapılan başvuruda, insan embriyolarının yok olması konusunda Avrupa konsensüsü bulunmadığından ve yaşamın başlangıcının hassas ahlaki ve etik konu olmasından dolayı ulusal makamlara geniş takdir marjı tanımış;

<sup>154</sup> *Evans/Birleşik Krallık*, 6339/05, 10.04.2007, p.71.

<sup>155</sup> Kürtaj hakkına yukarıda değinildiğinden, tekrara düşmemek adına yeniden açıklama yapılmayacaktır. Üreme hakkı için ayrıca bkz. **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights**, s.20.

<sup>156</sup> *S.H. ve Diğerleri/Avusturya*, 57813/00, 03.11.2011.

<sup>157</sup> *Paradiso ve Campanelli/İtalya*, 25358/12, 24.01.2017.

<sup>158</sup> Kürtaj hakkı konusuna tıbbi müdahale içerisinde yukarıda değinildiğinden tekrardan ele alınmamıştır.

<sup>159</sup> Çatışan menfaatler arasında adil denge kurulduğundan ve mevzuat yeterince açık olduğundan Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. *Evans/Birleşik Krallık*, 6339/05, 10.04.2007, p.81.

<sup>160</sup> *S.H. ve Diğerleri/Avusturya*, 57813/00, 03.11.2011, p.97.

yasama organının ilgili kişilerin bireysel özerklikleri ile devletin embriyonun korunması konusundaki menfaatini hesaba katmıştır<sup>161</sup>.

Mahkeme, aynı yaklaşımı taşıyıcı annelik konusunda da göstermekte ve taraf devletlere geniş takdir marjı tanımaktadır. İtalya’da mevzuat tarafından yasaklandığı için Rusya’da taşıyıcı annelik üzerine hizmet veren kurum aracılığıyla çocuk sahibi olan çiftin çocukları İtalya’da tanınmamış ve sosyal hizmet kurumunda bakım altına alınmıştır. Mahkeme tarafından söz konusu dava özel yaşam bağlamında incelenmiş; ilgili vaka çocuğun kimliğini ve genetik kökenini bilme hakkı ve çocuğun genetik ailesini seçme hakkıyla bağlantılı olmadığından; ayrıca başvuru ile çocuk arasında biyolojik bağ bulunmadığından bahisle, ulusal makamlara tanınan takdir marjı sınırlandırılmamıştır<sup>162</sup>. Somut olayda, çocuğun bakımına ilişkin etik açıdan hassas bir konuyu oluşturan evlat edinme ve taşıyıcı annelik kurumu göz önünde bulundurularak, karşılaşılan sorunları çözmeye Mahkeme’nin denetimine tâbi geniş takdir marjı tanınmıştır<sup>163</sup>.

- Bireyin şeref ve itibarı, psikolojik bütünlük ve kişisel kimlik kapsamında özel yaşamın bir parçasını oluşturmakta; bireyin şeref ve itibarına yönelen müdahalelerin Sözleşme’nin 10. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğüyle dengelenmesi gerekmektedir<sup>164</sup>. Taraf devletler ise bireyin şeref ve itibarının korunması ile ifade özgürlüğü arasında adil denge kurulması hususunda belirli takdir marjına sahip olmaktadır. Kültürel, sosyal, politik tartışmalar hakkında geniş çerçevede tartışma ve bilgiye erişime imkânı sağlayan platformlarda, ulusal makamların ifade özgürlüğüne

<sup>161</sup> Başvurucunun ölen eşinin bu yönde rızasını açıklayan bir husus olmadığından bireysel özerkliğe üstünlük tanınmamış, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. *Parrillo/İtalya*, 46470/11, 27.08.2015, p.180, 188.

<sup>162</sup> Aile yaşamının kurulması için ne genetik ilişkinin varlığı ne de kan bağının yokluğu tek başına yeterli olmaktadır. Mahkeme’nin söz konusu davayı aile yaşamı içerisinde görmeyerek fiili aileyi dar yorumladığı söylenebilir. *Paradiso ve Campanelli/İtalya*, 25358/12, 24.01.2017, p.192-195.

<sup>163</sup> Başvurucu çocuğun üstün menfaatinin dikkate alınarak, takdir marjının sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmüştü; davalı hükümet ise taşıyıcı annelik ve tıbbi üreme teknikleri hakkında geniş takdir marjının bulunduğu yönünde savunma yapmıştır. Mahkeme, yukarıda açıklanan gerekçelerle hükümetin görüşünü benimsemiş ve geniş takdir marjı tanımıştır. Çocuğun korunması meşru amacı ışığında ilgili ve yeterli gerekçe ileri sürüldüğüne kanaat getirerek, ulusal makamlar tarafından çocukla kişisel ilişki kurma hakkına nazaran kamu menfaatine üstünlük tanınmasını Sözleşme’nin 8. maddesine uygun bulmuştur. Mahkeme, ulusal yargı makamlarının, çocuğun başvuruçulardan ayrılmasının ağır ve onarılamaz zarara neden olmadığını göz önüne alarak, adil dengenin kurulduğunu belirtmiştir. *Paradiso ve Campanelli/İtalya*, 25358/12, 24.01.2017, p.193, 215.

<sup>164</sup> Bireyin şeref ve itibarına yönelen müdahale belirli seviyeye ulaşmalı ve özel hayata saygı hakkından yararlanan birey hakkında belirli bir önyargıya neden olmalıdır. Bu konuda, müdahalenin normal hayat sürmesine engel olma potansiyeli taşıması gerekmektedir. **Salihpaşaoğlu**, s.243; **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.41-43.

ağırlık vermesinde geniş takdir marjı bulunmakta; bunun yanı sıra, taraf devletlerin bireylerin itibarını etkili bir şekilde koruması yönünde pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi beklenmektedir<sup>165</sup>. Bununla birlikte bireyin şeref ve itibarı ölümüyle sona ermemekte; Mahkeme tarafından bireyin hukuki kimliği sona ermiş olsa bile yakınlarının özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı ve dolaylı olarak aynı zamanda bireyin şeref ve itibarı korunmaktadır<sup>166</sup>.

### c- Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı

Özel yaşamın gizliliği hakkı, geniş bir kapsama sahip olup, özel yaşama saygı içerisinde farklı hukuksal değerleri korumaya hizmet etmektedir. Zira bireyin giz alanının açığa çıkarılması, topluma yanlış tanıtılması, toplumun utanç verici bulduğu düşünce ve eylemlerinin kamuya açıklanması aracılığıyla; bireyin manevi bütünlüğü, şeref ve itibarı, kimliği zedelenebilmektedir<sup>167</sup>. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin rızası alınmaksızın açıklanmaması, yayılmaması ve başkalarına iletilmemesi, diğer deyişle bu bilgilerin gizli kalması konusunda hukuksal çıkarının varlığı kabul edilmektedir<sup>168</sup>. Bireylerin kendileri hakkında bilgilerin işlenmesi, toplanması, uzun süre saklanması, yeterli güvenceler sağlanmaması durumları Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında uyuşmazlığın doğmasına neden olabilmektedir<sup>169</sup>.

<sup>165</sup> **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights**, s.32.

<sup>166</sup> Mahkeme tarafından mezardan çıkarma işlemi için iç hukukta öngörülen yasal prosedüre itiraz yolunun kapalı olmasına ilişkin şikâyetin incelendiği başvuruda, söz konusu kanunun hukukilik kriterini taşımadığından bahisle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline karar verilmiştir. Öğretide, isabetli bir biçimde mezardan çıkarma işlemleri bakımından bireyin şeref ve itibarı ile yakınlarının özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkına yapılan müdahalelerde takdir marjının daraldığı belirtilmektedir. Bu görüş için bkz. **Yıldız**, Ceren; “Ölünün Mezardan Çıkarılmasına Yönelik Tedbir Kararları Bakımından Taraf Devletlere Tanınan Takdir Marjı Daralıyor Mu? Solska ve Rybicka/Polonya Kararı”, *Fasikül Hukuk Dergisi* (Prof. Dr. Durmuş Tezcan Armağanı), Y.11, 2019, S.111, s.455-468.

<sup>167</sup> Öğretide, özel yaşamın gizliliği hakkı ya da mahremiyet hakkı kavramları tercih edilmekte; kişisel verilerin korunması hakkı ise zamanla söz konusu haktan ayrılarak, kendine özgü gereklilikleri nedeniyle ayrı bir alan olarak ele alınmaktadır. Her iki hakkın birbirinden ayrı düşünülmeceğini belirtmek mümkündür. Bu yönde bkz. **Küzeci**, Elif; *Kişisel Verilerin Korunması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.66 vd. Fiziki kişilik değerleriyle birlikte, duygusal kişilik değerleri, sosyal kişilik değerleri, en nihayetinde insan onuru korunmaktadır. Bu yönde bkz. **Korkmaz**, Ömer; “Türkiye’de Kişiliğin Korunması Hakkı: Mevzuat ve Uygulama Hakkında Değerlendirmeler, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2016, S.84, s.7.

<sup>168</sup> Kişinin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkı bulunmakta, bu husus enformasyonel özerklik olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda bkz. **Arslan Öncü**, “İHAS ve Anayasa.”, s.311.

<sup>169</sup> Bireyin görüntüsünün, fotoğrafının ve çeşitli bilgilerinin rızası dışında yayınlanması, verilerin korunması, bireyin kişisel bilgilerinin veya sağlığı hakkında bilgilerinin açıklanması, güvenlik güçlerinin topladıkları bilgi ve veriler, arama, el koyma ve iletişimin dinlenmesi tedbirleri özel hayatın gizliliği hakkına müdahale oluşturabilir niteliktedir. **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights**, s.30-39; **Arslan Öncü**, “Özel Yaşamın Korunması.”, s.181-191; **Roagna**, s.19; **Dülger**, Murat Volkan; “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin

Özel yaşamın gizliliği hakkının koruma alanı içerisinde hakkın öznesinin kim olduğu, mekânsal sınırları ve hakkın konusu önem arz etmektedir. Bu kapsamda, kamusal figürler hakkında kamunun bilgi edinme hakkı genişleyebilmekte; ancak politikacılar gibi kamusal figürler de özel yaşamın gizliliği hakkının koruma alanından yararlanmaktadır. Mahkeme, kamusal yarar sağlamayan bilgileri, hatta politikacılar gibi kamusal figüre sahip bireyler olsa dahi, özel yaşamın gizliliği hakkı çerçevesinde koruma altına almaktadır<sup>170</sup>. Ancak kamusal figürlerin özel yaşama saygı haklarının kapsamı ise önemli ölçüde daralmakta; bu durum evrensel hukukta açıkça kabul görmektedir<sup>171</sup>. Özel yaşamın gizliliği hakkının mekânsal sınırı sadece izole alanlarla sınırlandırılmayıp, meşru beklenti ilkesinden hareketle kamusal alanlarda da söz konusu olabilmektedir<sup>172</sup>.

Kamu makamları tarafından bireyin özel yaşamına ait verilerin saklanması özel yaşama müdahale teşkil etmekte ve bilginin niteliği taraf devletin takdir marjını belirlemektedir. Takdir marjının sınırını belirleyecek olan değişkenlerin ise korunan hakkın niteliği, hakkın birey için önemi ile müdahalenin amacı ve niteliği olduğu dile getirilmektedir<sup>173</sup>. Bireyin varlığının ve kimliğinin önemli yönünü oluşturan alanlarda takdir marjı daralmaktadır. Daha sıkı koruma gerektiren mahrem bilgileri ve kimlikle yakından bağlantılı konuları içermeyen finansal bilgiler hakkında taraf devletlere geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>174</sup>.

Şüphelinin DNA verilerinin ve parmak izlerinin saklanması konusundaki düzenlemeleri dikkate alan Mahkeme, özel yaşamın korunması ve DNA veri tabanlarının genişletilmesi arasında denge kurabilmek için verilerin kullanılması ve muhafaza edilmesi sınırlarının belirlenmesinde taraf devletlerin kapsamlı düzenlemeler kabul ettikleri ve bu alanda konsensüs olduğundan bahisle, ulusal

---

Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, S.1, 2018, s.112 vd. **Küzeci**, Kişisel Veriler., 142 vd.

<sup>170</sup> *Van Hannover/Almanya*, 59320/00, 24.06.2004, p.57.

<sup>171</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.354; **Bozlak**, Ayhan; “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, TBB Dergisi, 2013, S.109, s.70.

<sup>172</sup> Birey, kamusal yaşam içerisinde diğer insanlarla iletişimlerinde özerk bir alana sahiptir. Bu nedenle kamusal yaşam bağlamında bireyin özel yaşamının korunmasında meşru beklentisinin bulunması hakkın kapsamını kamusal alana doğru genişletmekte; ancak Mahkeme tarafından kimi zaman daraltıcı biri biçimde uygulanmaktadır. Meşru beklenti ilkesi için bkz. **Arslan Öncü**, Özel Yaşamın Korunması., s.181-191; **Roagna**, s.20; **Bozlak**, s.83.

<sup>173</sup> *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, 30562/04, 30566/04, 04.12.2008, p.102; *G.S.B/İsviçre*, 28601/11, 22.12.2015, p.93.

<sup>174</sup> *G.S.B/İsviçre*, 28601/11, 22.12.2015, p.93, 97.

makamların takdir marjını daraltmıştır<sup>175</sup>. Nitekim cezai sürecin ardından mahkum edilmeyen başvurucunun verilerinin saklanması Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, ulusal hukukta kişisel bilgilerin kullanılması durumlarında özel ve aile yaşamına saygı hakkını korumak için iç hukukta yeterli güvenceler düzenlenmelidir. Ulusal makamların bireylerin özel yaşamlarına ilişkin bilgileri veri tabanlarında kaydetmesi ve saklaması hususunda takdir yetkilerinin kapsamını ve şeklini yeterince açık bir şekilde öngörmek; keyfiyete karşı güvenceler içeren önlemler almak gerekmektedir<sup>176</sup>. Bu hususta, müdahalenin hukukiliğini sağlamak için keyfiliğe karşı güvenceler içeren, yeterli açıklıkta, erişilebilir ve öngörülebilir bir hukuki düzenlemenin varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla takdir marjının sınırı, hukuki düzenlemelerin yeterli açıklıkta, erişilebilir ve öngörülebilir olması kriterinden kaçış klozu olmayıp, ulusal makamların düzenlenen konunun niteliğini ele alarak, bireysel ve kamusal menfaat arasında adil denge kurulmasını sağlamak için yeterli açıklıkta hukuki düzenlemeler öngörmesi beklenmektedir. Bu durum ise hukukilik kriterinin bir gereği olup, takdir marjı doktrininin hukukilik kriterinin yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesinden sonra, ölçülülük ilkesinde ağırlık kazandığını belirtmek gerekmektedir.

Mahkeme komünist rejimden çıkarak Sözleşme sistemine dâhil olan taraf devletlere ilişkin olarak, geçiş dönemi kararlarını alma noktasında doğrudan demokratik meşruluğu, tarihsel ve siyasal deneyim hakkında üstün bilgileri bulunan ulusal makamların daha iyi konumda bulduklarını vurgulamakta; komünist rejimden çıkan taraf devletlerin mirasını nasıl sürdürecekleri konusunda tercih yaparken geniş takdir marjı içerisinde hareket ettiklerini belirtmektedir<sup>177</sup>. Bu nedenle Mahkeme, komünist rejimle bağlantılı olan kamu görevlilerinin sadece isimlerinin açığa çıkarılmasının, takdir marjı sınırları içerisinde kaldığı kanaatindedir<sup>178</sup>.

Suçun işlenmesiyle ilgili bilgi edinmek ve ceza muhakemesi sürecinde kullanmak amacıyla bireyin özel yaşamına ait ses, görüntü, yazı ve görüntülerinin tespit edilmesi, kaydedilmesi, dinlenmesi ve kullanılması adına alınan tedbirler, Sözleşme'nin 8. maddesinin koruduğu özel yaşam ve haberleşmeye saygı haklarına

<sup>175</sup> *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, 30562/04, 30566/04, 04.12.2008, p.112.

<sup>176</sup> Tıbbi verilerin korunması için yeterli açıklıkta mevzuat bulunması gerektiği hakkında bkz. *L.H./Letonya*, 52019/07, 29.04.2014, p.59, 60; İletişimin tespiti ve dinlenmesi hakkında bkz. *Kruslin/Fransa*, 11801/85, 24.04.1990, p.35, 36. Bu konuda bkz. **Dülger**, "Kişisel Veriler.", s.122.

<sup>177</sup> *Anchev/Bulgaristan*, 38334/08, 68242/16, 05.12.2017, p.101, 102.

<sup>178</sup> *Anchev/Bulgaristan*, 38334/08, 68242/16, 05.12.2017, p.113.

müdahale teşkil etmektedir<sup>179</sup>. Bu durumda müdahalenin meşru amacının ulusal güvenlik olduğu durumda, ulusal makamların geniş takdir marjı bulunmakta; demokrasiyi korumak adına, demokrasiyi tahrip edebilecek uygulamaların söz konusu olabileceği gerçeği karşısında her türlü gizli izleme tedbiri kabul edilmemekte; kötüye kullanmaya karşı etkili ve yeterli güvenceler içeren mekanizmasının kurulması gerektiği açıklıkla ifade edilmektedir<sup>180</sup>. Özel yaşama yönelen söz konusu müdahale ilgili ve yeterli gerekçe içermeli ve izlenen meşru amaçla orantılı bir müdahale gerçekleştirilmelidir. İstihbarat faaliyetleri çerçevesinde terörizmle mücadele ve ulusal güvenlik gerekçesiyle, geçmişte terör faaliyetleri nedeniyle suçlanan bireylerin kişisel bilgilerinin saklanması, ulusal güvenlik meşru amacını ve müdahalenin niteliğini göz önünde bulunduran Mahkeme, ulusal makamlara geniş takdir marjı tanımaktadır<sup>181</sup>. Ulusal makamların, taraf devletin terörle mücadele ve ulusal güvenlik menfaatlerini korumada, bireyin özel yaşamına saygı hakkı ile müdahalenin ciddiyeti arasında denge kurması beklenmektedir. İstihbarat faaliyetlerinin ulusal güvenliği korumak adına seçilecek araçların tespit ve tayininde ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmakta ise de asgari kriterleri *Weber ve Saravia/Almanya* davasında ortaya konmuş durumdadır<sup>182</sup>. Hangi suçların kısıtlamalar gerektirdiği, dinlemeye tâbi olan bireylerin kategorik tanımı, dinlemenin süresi, elde edilen verilerin kullanılması ve saklanması denetiminde izlenen usul, verinin üçüncü kişilere iletilirken alınması gereken önlemler, kayıtların ortadan kaldırılması ve silinmesi için öngörülen koşullar, hâkim veya bağımsız, tarafsız nitelikteki başka bir makamdan izin alınması gerektiği keyfiyete karşı güvenceler kapsamında kabul edilmelidir<sup>183</sup>. Bu nedenle, ulusal makamların keyfiyete karşı usuli güvenceler içeren bir hukuki rejim öngörmesi Sözleşme'yle uyumlu olabilecektir. Belirtmek gerekir ki ulusal güvenlik meşru amacına dayanan istihbarat faaliyetleri ve iletişimin dinlenmesi tedbirleri, ulusal makamların hukukilik kriteri ışığında keyfilığe karşı yeterli ve etkili güvenceler

<sup>179</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.354; **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.53; **Kılınç**, Ümit; “Teknik Araçlarla Yapılan Gizli İzlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Uygunluğu Sorunu”, TAAD, 2012, S.9, s.3. Elde edilen delillerin ulusal hukukta değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı alt başlığında incelenecektir.

<sup>180</sup> *Klass ve diğerleri/Almanya*, 5029/71, 06.09.1978, p.47-50. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.83, 84; **Doğru**, Takdir Marjı., s.154.

<sup>181</sup> *Segerstedt-Wiberg ve diğerleri/İsveç*, 62332/00, 06.06.2006, p.88, 104.

<sup>182</sup> **Roagna**, s.40.

<sup>183</sup> *Weber ve Saravia/Almanya*, 54934/00, 29.06.2006, p.95 vd. İletişim bilgilerinin toplu olarak ele geçirilmesinde, seçme ve ayıklama işleminde bağımsız bir denetim eksiliği nedeniyle hukukilik kriteri karşılanmamıştır. *Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, 13.09.2018, p.465 vd.



öngörmesi ve yeterli derecede demokratik bir şekilde yetkiyi kullanan idarenin söz konusu takdir yetkisinin denetlenmesi aracılığıyla bu alanda tanınan takdir marjı kayda değer nispette daraltılmıştır<sup>184</sup>.

Müdahalenin niteliği, takdir marjının sınırının belirlenmesinde bir kriter olarak ele alınmakta; bireyin özel yaşamına yönelen müdahalenin niteliği, diğer deyişle müdahalenin ağırlığı veya hafifliği ulusal makamlara tanınan takdir marjını sınırlandırmakta ya da genişletmektedir<sup>185</sup>. Mahkeme, müdahalenin niteliği konusundaki bu değerlendirmeleri nihai olarak kendisi takdir etmektedir. Bireyin düşüncelerini veya duygularını açığa çıkararak görüntü ya da ses kaydı yoluyla özel yaşama yönelen müdahaleler daha ağır kabul edilmekte; ancak sadece şüphelinin yerinin tespitini sağlayan GPS sistemi yoluyla takip sistemi ise daha hafif bir müdahale kabul edilmektedir<sup>186</sup>. Bunun yanı sıra; insan haklarının yatay etkisi doktrini gereğince bireyler sadece devletin müdahalelerine karşı değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı da korunmaktadır. Özel yaşama saygı hakkına müdahale eden tarafın üçüncü kişi olması durumlarında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde taraf devletlerin geniş takdir marjı bulunmakta; ancak devletin muhakeme koruma tedbirleri aracılığıyla özel yaşama müdahalesinde takdir marjı daralmaktadır<sup>187</sup>.

## 2- Aile Yaşamına Saygı Hakkı

Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma altına aldığı hukuksal değerlerden biri olan aile yaşamı, madde metninde yer alan diğer kategorik haklardan, özellikle de özel yaşamdan ayrı bir koruma alanı yaratmakta ise de özel yaşam ile aile yaşamını tamamen birbirlerinden ayrı bağlamda düşünmek ve değerlendirmek güç gözükmektedir. Ancak madde metninde korunan hukuksal değerler, zamanla özel yaşamdan bağımsız birer kimliğe bürünerek, ayrı birer hak niteliğini kazanmış bulunmakta; ancak söz konusu haklar kimi zaman benzer ya da aynı hukuksal değeri koruyarak iç içe geçmektedir<sup>188</sup>. Daha önce belirtildiği üzere, aile yaşamı madde

<sup>184</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.75.

<sup>185</sup> **Kılınç**, “Teknik Araçlarla İzleme.”, s.19.

<sup>186</sup> *Uzun/Almanya*, 35623/05, 02.09.2010. Ayrıca bkz. **Kılınç**, “Teknik Araçlarla İzleme.”, s.19-22.

<sup>187</sup> **Kılınç**, “Teknik Araçlarla İzleme.”, s.28, 29. Belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğü ile özel yaşamın gizliliğinin çatıştığı durumlarda hassas bir dengeleme faaliyeti gerçekleştirilmelidir. Zira kamu yararı ve ulusal güvenlik gibi muğlak sınırlama ölçütlerinin somut bir şekilde gerekçelendirilerek ortaya konması gerekmektedir; nihai olarak bu dengeleme faaliyetinin Sözleşme'ye uygunluğu ise Mahkeme'nin denetimine tâbi olmaktadır. Kamu yararı gibi sınırlama ölçütlerinin sihirli bir formülümüş gibi sıkça kullanıldığı, ancak gerekçelendirilmesinin önemi üzerine bkz. **Korkmaz**, “Kişilik.”, s.14.

<sup>188</sup> **Arslan Öncü**, “İHAS ve Anayasa.”, s.302; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.351, 352; **Salihpaşaoğlu**, s.236. Madde metninde yer alan her bir hakkın birbirinden ayrılabilmesi görüşü hakkında bkz. **Pekel**,

metninde düzenlenen diğerkoruma alanları gibi, özerk bir anlama sahip olup, yakın kişisel bağlar içeren *de facto* birliktelikler; birlikte yaşama, ilişkinin uzunluğu gibi unsurlar ışığında aile yaşamı içerisinde değerlendirilebilmektedir<sup>189</sup>. Bununla birlikte, genetik bağın varlığı veya kan bağının yokluğu tek başına aile yaşamının varlığına kanaat getirmekte belirleyici olmamakta; aile yaşamı içerisindeki bağlar ne kadar uzaksa devletten bu ilişkiye saygı göstermesini beklemek o kadar zor olmakta ve kamu makamlarının müdahalesi daha kolay haklı kılınabilmektedir<sup>190</sup>.

Sözleşme'nin 12. maddesinde yer alan evlilik hakkı ise Sözleşme'nin 8. maddesinde koruma altına alınan hak ve özgürlükler alanında yer alan aile yaşamından farklılık arz etmektedir. Nitekim Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde fiili birliktelikler aile yaşamı kapsamına dâhil olmakta; evlenme hakkı ise içerik bakımından daha dar bir kapsama sahip görülüp, her iki madde arasındaki ilişkide özel ve aile yaşamına saygı hakkının *lex specialis* nitelikte olduğu kabul edilmektedir<sup>191</sup>. Sözleşme'nin 12. maddesi gelecekte kurulacak evlenmeye yönelmekte; Sözleşme'nin 8. maddesi ise aile kurma hakkını içermemekte, fakat aile yaşamı içerisinde kabul edilen fiili birliktelikleri de içerecek şekilde, aile yaşamının mevcut olduğu kabul edilen durumlarda uygulanmaktadır<sup>192</sup>. Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkında herhangi bir sınırlama sebebi belirtilmemekte; evlenme ve aile kurma hakkının ulusal yasalara uygun olarak kullanılması öngörülmektedir<sup>193</sup>. Evliliğin resmiyeti ve aleniyeti gibi usul hükümleri ya da evlenme idaresi, evlenme ehliyeti ve engelleri gibi maddi hükümleri konusunda ulusal hukukta düzenlemeler yapılmakta; ulusal makamlara evlenme ve aile hakkının kurulmasında söz konusu

---

Abdulkadir; Aile Hayatına Saygı Hakkı AIHM'in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme, Liberte Yayınları, Ankara 2016, s.75.

<sup>189</sup> **Roagna**, s.27, 28. Mahkeme tarafından, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında aile yaşamının açıkça tanımı yapılmamıştır. Aile yaşamı, otonom kavramlar doktrini uyarınca özerk bir anlama sahip olup, Mahkeme dinamik yorum aracılığıyla kavramı genişletmiştir. Öğretide, aile yaşamının tüketici tanımı yapılamayacağından bahisle, resmi evliliklerden doğan aile ilişkileri ve evlilik dışı *de facto* ilişkiler olarak iki üst başlık altında inlenmiştir. Bu konuda bkz. **Pekel**, s.84-121.

<sup>190</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.381; **Arslan Öncü**, "İHAS ve Anayasa.", s.317; **Roagna**, s.29.

<sup>191</sup> **Karan**, Ulaş; "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.426. Diğer maddelerle ilişkisi için bkz. **Metin**, Yüksel; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı", Terazi Hukuk Dergisi, C.I, 2006, S.2, s.99-109.

<sup>192</sup> **Pekel**, s.81; **Çakmak**, Ufuk Ramazan; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Evlenme Hakkı", SÜHFD, C.XXV, S.2, 2017, s.173.

<sup>193</sup> Öğretide, evlenme hakkının, ulusal yasalara uygunluğun belirtildiği tek madde olduğu ifade edilse de ulusal hukuka uygunluk, hukuka uygun tutma şartını arayan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında da denetlenmektedir. **Çakmak**, s.166.

düzenleme yapma yetkisi hususunda geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>194</sup>. Bununla birlikte, ulusal hukukta kabul edilen hukuki düzenlemeler hakkın özünü ortadan kaldırmamalı ve evlenme hakkını ölçsüz nitelikte kısıtlamamalıdır<sup>195</sup>. Belirtmek gerekir ki ulusal makamlara Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme ve aile kurma hakkının koruma alanında, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen aile yaşamına saygı hakkına nazaran daha geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>196</sup>.

Yeni partneriyle evlenmek isteyen bir bireyin boşanma dilekçesinin reddedilmesine ilişkin şikâyetin incelenmesinde; Mahkeme, boşanma hukukunun düzenlenmesi ve somut olayda uygulanması bakımından, çatışan bireysel menfaatleri uzlaştırmak ve Sözleşme'yle uyumu sağlamak için atılan adımları belirlemek konusunda ulusal makamlara geniş takdir marjı tanımaktadır<sup>197</sup>. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin ne özel ve aile yaşamına saygı hakkını güvence altına alan 8. maddesinin ne de evlenme ve aile kurma hakkını koruyan 12. maddesinin boşanma hakkını güvence altına almadığını hatırlatmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk verileri incelendiğinde, bu kapsamda hemcinsler arasında evlenme hakkının veya kayıtlı ya da medeni birlikteliklerin ulusal hukuk düzenlerinde artan bir şekilde kabul edildiği görülmektedir<sup>198</sup>. Ancak Sözleşme'nin 12. maddesinin uygulamasının taraf devletlere, en azından bugün için eşcinsel evliliklerin veya medeni birlikteliğin kabul edilmesi yönünde pozitif yükümlülük yüklediği söylenebilmektedir<sup>199</sup>. Mahkeme başlangıçta madde metninde yer alan erkek ve kadın terimlerini biyolojik cinsiyete uygun bir biçimde uygulayıp, geleneksel evlilik yaklaşımını benimsemiş ise de 2002 tarihli cinsiyet kimliğinin tanınmasını isteyen transseksüel bireyin başvurusunu incelerken, biyolojik cinsiyet yaklaşımını kabul etmeyi hakkın özünü ihlal eder nitelikte değerlendirmiş bulunmaktadır<sup>200</sup>. Bu nedenle, Mahkeme'nin evlenme ve aile kurma hakkını yorumlarken; lafzi yorum metodu aracılığıyla biyolojik cinsiyete uygun bir yorum yapmak yükümlülüğü

<sup>194</sup> Doğru/Nalbant, C.II Açıklama., s.53; Çakmak, s.167; Karan, s.426; Harris/O'Boyle&Warbrick, s.568.

<sup>195</sup> F./İsviçre, 11329/85, 18.12.1987, p.32; Christine Goodwin/Birleşik Krallık, 28957/95, 11.07.2002, p.101.

<sup>196</sup> Pekel, s.81-83.

<sup>197</sup> Kararda Yargıç Pinto, takdir marjı uygulamasının tutarsız olduğu kanaatindedir. Babiarz/Polonya, 1955/10, 10.01.2017, p.47.

<sup>198</sup> Karadağ, Cinsel Azınlıklar., s.59-62.

<sup>199</sup> Harris/O'Boyle&Warbrick, s.571.

<sup>200</sup> Christine Goodwin/Birleşik Krallık, 28957/95, 11.07.2002, p.101. Trans bireylerin evlilik hakları konusunda takdir marjı sınırlandırılmıştır. Bu konuda bkz. Karadağ, Cinsel Azınlıklar., s.58.

bulduğunu iddia etmek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Ancak transseksüel bireylerin birliktelikleri, nihai olarak erkek ve kadın birlikteliğidir; eşcinsellerin birlikteliğini, evlenme hakkının düzenlendiği Sözleşme'nin 12. maddesi kapsamında güvencelemek ise ilgili maddenin biyolojik cinsiyeti çağrıştıran içeriği nedeniyle güçleşmektedir<sup>201</sup>. Zira Mahkeme, 2010 tarihli *Schalk ve Kopf/Avusturya* davasında altı devletin eşcinsellere evlilik hakkını tanıdığını belirterek, evliliğin derin toplumsal ve kültürel bağlar içeren anlamının değişiklik arz etmesi nedeniyle, taraf devletlerin bu yönde bir pozitif yükümlülüğü bulunmadığını; taraf devletlerin eşcinsel evlilikleri tanımak konusunda takdir marjı bulunduğunu kabul etmiştir<sup>202</sup>. Bu konudaki gelişmeler neticesinde Avrupa konsensüsünün oluşması durumunda, zaten geçmişteki biyolojik cinsiyet yaklaşımından uzaklaşan Mahkeme'nin, eşcinsel evlilikleri Sözleşme'nin 12. maddesinin kapsamında görmesi ihtimal dâhilindedir<sup>203</sup>. Ancak, Sözleşme sistemi içerisinde evlenme hakkının geleneksel biçimiyle tanınması ve madde metninin biyolojik cinsiyeti yansıtarak katı bir şekilde düzenlenmesi yorum güçlüğüne yol açsa da Avrupa konsensüsünün oluşması gerçeği karşısında, eşcinsel evliliklerinin özel yaşamın koruma alanı içerisinde değerlendirilmesi diğer bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>204</sup>. Bununla birlikte Mahkeme'nin ulusal hukukta eşcinsellerin evlenmesinin, tescilli ya da medeni birliktelik şeklinde hukuken tanınmasının mümkün olmamasına ilişkin başvuruda, cinsel yaşamın bireyin özel yaşamının önemli yönünü teşkil etmesi ve uluslararası eğilimi göz önünde bulundurarak, ulusal makamların takdir marjını sınırlamış olduğuna ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verdiğini hatırlatarak, konunun gelişmeye açık olduğunu vurgulamak gerekmektedir<sup>205</sup>.

Aile yaşamının, Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlilik hakkından ayrık yönünü ve niteliğini ortaya koyduktan sonra, aile yaşamına yönelen

<sup>201</sup> **Karan**, “Evlenme ve Aile Kurma Hakkı”, s.428; **Karadağ**, Cinsel Azınlıklar., s.55, 56.

<sup>202</sup> *Schalk ve Kopf/Avusturya*, 30141/04, 24.06.2010, p.61.

<sup>203</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.571.

<sup>204</sup> Yorum güçlüğü karşısında eşcinsel evliliklerinin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında ele alınabileceği yönünde bkz. **Arslan Öncü**, Özel Yaşamın Korunması., s.247-253. *Pekel'e* göre; Mahkeme'nin medeni birlikteliklerin eşcinsel ilişkileri kapsamamasının ayrımcılık yasağını ihlal etmesi karşısında; eşcinsel evliliğin ayrımcılık yasağını ihlal etmemesi yaklaşımı tutarsızdır. Zira her iki hukuki durum da eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınmasıdır. Belirtmek gerekir ki Mahkeme'nin evliliğin geleneksel bir kurum olarak kendisi tarafından nitelendirilmesi ve devletlere bu yönde pozitif yükümlülük yüklenmesi konusunda çekingenliği, Mahkeme'nin deyişiyle konunun hassas ve ahlaki niteliğinden kaynaklanır. Bu konuda bkz. **Pekel**, s.107-112.

<sup>205</sup> *Oliari ve diğerleri/İtalya*, 18766/11, 36030/11, 21.07.2015, p.55, 178. Avrupa konsensüsü başlığında söz konusu karar incelenmiştir.

müdahalelerde bireysel ve toplumsal menfaatler arasında adil denge tesis edilirken, taraf devletlere tanınan belirli takdir marjının sınırının tayin edildiği alanları belirlemek mümkündür. Bu kapsamda, çocukların devlet gözetiminde koruma altına alınması davalarında, ulusal makamların geniş takdir marjı bulunmaktadır<sup>206</sup>. Mahkeme ise alınan tedbirler hususunda ilgili ve yeterli gerekçe ileri sürülüp sürülmediğini, karar verme sürecinin adillliğini ve Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan haklara saygı gösterilip gösterilmediği denetlenmektedir<sup>207</sup>. Ancak aile bağlarının koparılmasına yol açacak olan çocuğun gözetim altına alınmasında çocuğun menfaatlerinin önde geldiği belirtilmekte; esas olanın aile bağlarının sürdürülmesi olduğu ve çocuğun sağlıklı, güvenli bir çevrede gelişiminin sağlanmasının çocuğun menfaatini desteklediği vurgulanmaktadır<sup>208</sup>. Mahkeme, öncelikle bu hassas alanda ulusal makamların zorlu bir görevi bulunduğunu kabul etmekte; tedbir kararının verilmesinin ve derhal uygulanmasının her aşamasında, somut olayın ilgili kişilerle doğrudan temas kurmanın fırsatına sahip olduklarından, neyin daha iyi olduğu hususunda karar verirken takdir marjı tanındığını belirtmektedir<sup>209</sup>. Bu alanda geniş takdir marjı tanınmasının nedeni olarak, ulusal makamların sorunlara yakınlığının yanı sıra; çocuğun devlet tarafından gözetim altına alınmasının hassas ve karmaşık niteliği olduğu söylenebilir<sup>210</sup>.

Mahkeme çocuğun gözetim altına alınmasında geniş takdir marjının tanındığını ortaya koyarak, bu alanda takdir marjının sınırını belirleyecek iki kriter geliştirmiş bulunmaktadır. Böylelikle (i) *konunun niteliğine* ve (ii) *söz konusu menfaatin ağırlığına* göre takdir marjının sınırı çizilmekte; daha fazla sınırlama getiren çocuğun ebeveyniyle görüşme hakkı üzerinde getirilen sınırlamalar, özel ve aile yaşamına saygı hakkının korunması için getirilen hukuki güvenceler ile çocuğun aile yaşamına saygı hakkı konularında daha sıkı denetim yapılmakta; bu tip sınırlamaların

---

<sup>206</sup> R.K. ve A.K./Birleşik Krallık, 38000/05, 30.09.2008, p.34; T.P. ve K.M./Birleşik Krallık, 28945/95, 10.05.2001, p.71; K. ve T./Finlandiya, 25702/94,12.07.2001, p.155; B.B. ve F.B./Almanya, 18734/09 9424/11, 14.03.2013, p.47.

<sup>207</sup> R.K. ve A.K./Birleşik Krallık, 38000/05, 30.09.2008, p.34.

<sup>208</sup> Y.C./Birleşik Krallık, 4547/10, 13.03.2012, p.134.

<sup>209</sup> Mahkeme kendi değerlendirmesini ulusal makamların yerine koymamakta; takdir marjının sınırının aşılıp aşılmadığını Sözleşme ışığında denetlenmektedir. Y.C./Birleşik Krallık, 4547/10, 13.03.2012, p.136.

<sup>210</sup> Roagna, s.49.

çocuğun aileyle olan ilişkilerini aşırı kısıtlayacağından bahisle takdir marjı daraltılmaktadır<sup>211</sup>.

Ayrıca Mahkeme, çocuğun hukuki durumunun belirlenmesi durumlarında, çocukla iletişime geçmek ve çocuğun durumuyla ilgili bilgi edinmek hakkına nazaran ulusal makamlara tanınan takdir marjının daha geniş olduğunu kabul etmektedir<sup>212</sup>. Dolayısıyla, çocukla ebeveynin iletişime geçmesi ve çocuk hakkında bilgi edinilmesi söz konusu olduğunda, takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Bu çerçevede, ulusal makamların uyuşmazlığın çözümünde adil dengeyi tesis edip etmediği, çocuğun üstün menfaati ışığında ilgili ve yeterli gerekçelerin bulunup bulunmadığı denetlenmektedir. Ancak, başvurucunun daha sonra çocuğuyla iletişim kurmak ve hukuken baba olarak tanınmak için yaptığı başvuruların reddedilmesinin incelendiği davada; Mahkeme, ulusal yargı makamının somut olayın koşulları ışığında çocuğun üstün menfaatini dikkate alarak, ilgili ve yeterli gerekçeler ileri sürdüğünden bahisle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur<sup>213</sup>.

Keza velayet hakkına ve evlat edinmeye ilişkin şikâyetler de Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanına girmektedir. Mahkeme çocuğun evlat edinmesinin düzenlenmesi ile ilgili en uygun politikanın belirlenmesinde ulusal makamların yerine geçmenin kendi görevi olmadığını ekleyerek, evlat edinilen çocuk ile evlat edinen arasında adil denge kurmak hususunda taraf devletlere geniş takdir marjı tanımaktadır<sup>214</sup>. Bununla birlikte, evlat edinme konusundaki kapsama göre, Avrupa konsensüsünün ve ortak anlayışın varlığı veya yokluğu, takdir marjının sınırını belirleyen bir etken olmaktadır<sup>215</sup>. Evli olmayan bireylerin tek başına evlat edinmeleri konusunda geniş bir konsensüsün varlığı saptandığından, ulusal makamların takdir marjı sınırlandırılmaktadır<sup>216</sup>. Bununla birlikte, taraf devletler yurtdışındaki tüm evlat edinme biçimlerini kabul etmek yükümlülüğü altında değillerdir. Evlat edinmenin konusu ve kapsamı ile ilgili konsensüse bakılarak, İslami usullerle evlat edinme türü

<sup>211</sup> *Y.C./Birleşik Krallık, 4547/10, 13.03.2012, p.137; R.K. ve A.K./Birleşik Krallık, 38000/05, 30.09.2008, p.34; T.P. ve K.M./Birleşik Krallık, 28945/95, 10.05.2001, p.71; K. ve T./Finlandiya, 25702/94, 12.07.2001, p.155.*

<sup>212</sup> *A.L./Polonya, 28609/08, 18.02.2014, p.67, 68; Fröchlich/Almanya, 16112/15, 26.07.2018, p.41.*

<sup>213</sup> *Fröchlich/Almanya, 16112/15, 26.07.2018, p.41.*

<sup>214</sup> *Wagner ve J.M.W.L./Lüksemburg, 76240/01, 28.06.2007, p.128.*

<sup>215</sup> *Wagner ve J.M.W.L./Lüksemburg, 76240/01, 28.06.2007, p.128.*

<sup>216</sup> Yurtdışındaki evlat edinmenin, iç hukukla aykırılıklar içermesi nedeniyle reddi, iç hukukta evlat edinilen bir kişiyle karşılaştırılarak ayrımcılık yasağı ile özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlaline yol açmıştır. *Wagner ve J.M.W.L./Lüksemburg, 76240/01, 28.06.2007, p.128.*

olan kafalanın tanınmaması hususunda Sözleşme'ye aykırılık bulunmamıştır<sup>217</sup>. Bu çerçevede evlat edinmenin konusuyla bağlantılı bir ortak anlayış bulunmadığından, ulusal makamlara tanınan takdir marjı genişlemiştir<sup>218</sup>.

Evlat edinenin cinsel yönelimi veya cinsiyet kimliği ise çocukla evlat edinme ilişkisi kurulması noktasında önem arz etmekte; bu yönde yapılan şikâyetler neticesinde Mahkeme içtihatları bir çerçeve sunmaktadır. Başlangıçta konuya ilişkin ilk kararlarında; evlat edinenin cinsel yönelimi nedeniyle evlat edinme ilişkisi kurulmaması makul görülebilmiş ve ulusal makamların uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda bulunmaları, evlat edinmede ve evlat edinmenin konusu olan eşcinsellerin evlat edinmesinin kabulü konusunda konsensüs oluşmadığından bahisle taraf devletlere geniş takdir marjı tanınmıştır<sup>219</sup>. Bu gerekçeler ışığında ulusal makamlar tarafından çocuğun üstün menfaatinin değerlendirildiği belirtilmiş; söz konusu farklı muamelenin ise nesnel ve makul bulunarak, evlat edinmenin reddedilmesi müdahalesi ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmemiş; nihayet ayrımcılık yasağının ve özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir<sup>220</sup>.

Ancak Mahkeme'nin bu yaklaşımının değişime uğradığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu kapsamda çocuğun üstün menfaatini değerlendirmede geniş takdir marjı tanınan ulusal makamların; bireyin cinsel yönelimini gerekçe göstererek evlat edinme başvurusunu reddetmesi takdir marjı sınırları içerisinde görülmemiştir<sup>221</sup>. Böylelikle denilebilir ki çocuğun üstün menfaatine hizmet edeceği gerekçesiyle, bireyin cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliği nedeniyle evlat edinmesinin reddedilmesi ayrımcılık yasağını ihlal edeceğinden, karar gerekçelerinin bireyin özel yaşamının önemli yönünü teşkil eden cinsel yaşamına dayandırılması Sözleşme'yle bağdaşmayacaktır. Bununla birlikte, eşcinsel çiftlerin veya transseksüel bireylerin birlikte evlat edinme başvurularının reddedilmesi durumunda ise Mahkeme'nin ulusal

---

<sup>217</sup> Kafala islami usullerle evlat edinmenin bir türüdür. Örneğin Fas'ta halen kabul edilen bir sistem olup, terk edilmiş ya da ebeveynleri tarafından eğitimi sağlanamayan çocukların bakımlarını garanti altına almak için çaba sarf edilen bir yasal düzen olarak ifade edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Echarkaoui**, Abderrahman; "Kafala Usulü Çerçevesinde Çocuğun Yararının Korunması" (çev.: Ceren Yıldız), *Fasikül Hukuk Dergisi*, C.X, 2018, S.107, s.22-27.

<sup>218</sup> *Harroudj/Fransa*, 43631/09, 04.10.2012, p.48, 52.

<sup>219</sup> Ulusal makamların gerekçelerinde, başvurunun cinsel yönelimine saygı duyulmakla birlikte, anne rol modelinin olmaması, çocuğa sunulan konunun gelişime yönelik esaslı riskler barındıracağı belirtilmiştir. *Fretté/Fransa*, 36515/97, 26.02.2002, p.36-43.

<sup>220</sup> *Fretté/Fransa*, 36515/97, 26.02.2002, p.42, 43.

<sup>221</sup> *E.B./Fransa*, 43546/02, 22.01.2008, p.70-98.

hukukta evli olmayan heteroseksüel çiftlere birlikte evlat edinme hakkının tanınıp tanınmadığına odaklandığı tespit edilmektedir. Bu yönde yapılan şikâyetlerde Mahkeme tarafından, evlat edinmenin konusu araştırılarak, birlikte evlat edinmenin tanındığı ülkelerde farklı muamele yapılıp yapılmaması hususunda konsensüs incelemesi yapıldığı görülmektedir<sup>222</sup>. Böylelikle, oldukça istisnai bir şekilde somut olayda aranan konsensüsün ne varlığına ne de yokluğuna ilişkin bir kanaate ulaşılmıştır. Belirtmek gerekir ki Mahkeme somut olayda konsensüs arayışı içerisinde evli olmayan çiftlere birlikte evlat edinme düzenlemesinin tanındığı on ülke bulunduğu bahisle konsensüs yokluğuna karar vermemiş olması ve evlat edinme konusunun özeline, yani farklı muamelenin bulunup bulunmadığına odaklanması önemli bir gelişmedir; ancak bu durum bir yandan da konsensüs arayışına girilecek hukuki konu hakkında belirsizliğe yol açmaktadır. Bu çerçevede iki durumun oluştuğu işaret edilebilir. Heteroseksüel fiili birlikteliklere, diğer deyişle evli olmayan heteroseksüel çiftlere ulusal hukukta birlikte evlat edinme hakkı tanındığı durumlarda, eşcinsel veya transseksüel birlikteliklerin bu haktan yararlandırılması gerekmektedir<sup>223</sup>. Ancak ulusal hukukta evlilik dışı fiili birlikteliklere evlat edinme hakkı tanınmıyor ise bu durumda taraf devletlerin cinsel yönelim veya cinsel kimlikleri ne olursa olsun çiftlerin birlikte evlat edinme taleplerini reddetmesi mümkün gözükmektedir<sup>224</sup>. Son olarak farklı muamele içeren ayrımcılık iddialarında ulusal makamların takdir marjının daraltıldığı söylenebilir<sup>225</sup>.

### 3- Konuta Saygı Hakkı

Sözleşme'nin 8. maddesinin hukuksal değerleri içerisinde tanınan alt kategorik haklardan konuta saygı hakkı, özel yaşama saygı hakkıyla yakından bağlantılıdır. Bu nedenle, konuta saygı hakkına yapılan müdahalenin boyutları özel yaşamın çeşitli alanlarına; özellikle özel yaşamın gizliliğine sirayet edebilmektedir. Konuta saygı

<sup>222</sup> On üye devlette evli olmayan çiftlere birlikte evlat edinme imkânı tanınmakta; bu devletler arasında altı devlette ise farklı muamele yapılmamaktadır. *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, p.57, 149.

<sup>223</sup> *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, p.130 vd.

<sup>224</sup> Karşılaştırılabilir bir durum olmadığından farklı muamelenin bulunmadığı belirtilmiştir. *Gas and Dubois/Fransa*, 25951/07, 15.03.2012, p.68.

<sup>225</sup> Öğretide, Mahkeme'nin eşcinsellerin evlat edinmesinde geniş takdir marjı tanıdığı görüşü ileri sürülmüştür. Ancak belirtmek gerekir ki *E.B./Fransa* davasında bir başka kadınla yaşadığı için evlat edinme başvurusu reddedilen kadın başvurusunun cinsel yönelimi gerekçe gösterilerek, evlat edinme başvurusunun reddedilmesi, Sözleşme kapsamında ayrımcılık yasağının ihlaline neden olmuştur. Bu nedenle ulusal makamların red gerekçelerinde çocuğun üstün menfaatini ortaya koymaları gerekmektedir. Cinsel yönelim ve cinsel kimlik ise tek başına red gerekçesi teşkil etmemektedir. Takdir marjının bu alanda geniş olduğu yönünde görüşler için bkz. **Doğru**, Takdir Marjı., s.164; **Arslan Öncü**, Özel Yaşamın Korunması., s.381, 382.



hakkının ortaya çıktığı konular genellikle, bireyin suç işlediği şüphesiyle araç, konut, iş yeri ve eklentilerinin aranması bağlamında ortaya çıkmaktadır<sup>226</sup>. Konut kavramı, özerk bir anlama sahip olup, yeterli ve devam eden bağların varlığı aranmakta; konut kavramı ulusal hukuktaki sınıflandırmalardan bağımsızlık arz etmektedir<sup>227</sup>. Bununla birlikte konut kavramına dâhil olan mekanın işyeri olması halinde, ulusal makamların konuta saygı hakkına yönelen müdahalelerde sahip olduğu takdir marjı genişlemektedir<sup>228</sup>.

Belirtmek gerekir ki konuta saygı hakkına ilişkin kararlarda öne çıkan husus hukukilik kriteri olduğundan, Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 8. maddesinin hukuksal değerlerinin korunması için yeterli açıklıkta, erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte bir yasal çerçevenin denetimi yapılmakta; ayrıca keyfiliğe karşı yeterli ve etkili güvence mekanizmalarının sağlanıp sağlanmadığı incelenmektedir<sup>229</sup>. Bu nedenle, özel yaşam ve saygı haklarına ciddi müdahale oluşturan koruma tedbirlerinin iç hukukta düzenlenmesinde ulusal makamların bu kriterlere dikkat etmesi gerekmektedir. Keza aynı durum terörle mücadeleye hasredilmiş mevzuatlar açısından da geçerli kabul edilmektedir<sup>230</sup>. Ulusal makamların takdir marjının sınırını teşkil eden hukukilik kriterinin dikkate alınması ve koruma tedbirleri düzenlenirken, ilgili mevzuat uyarınca koruma tedbirlerine karar verilirken İHAM kriterlerinin gözden geçirilmesi önem arz etmektedir.

Nitekim, özel yaşama saygı hakkının boyutları incelenirken belirtildiği üzere, sosyal ve ekonomik politikalar konusunda seçim yapmak hususunda sorunlara yakın olan ve yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendiren ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmakta; ancak özel yaşamın önemli yönünü oluşturan bireyin kimliği, bireysel özerkliği, fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, başkalarıyla iletişim kurmanın ve toplum içerisinde güvenli ve yerleşik bir yerde yaşamın sürdürülmesi konularında takdir marjı

<sup>226</sup> Doğru/Nalbant, C.II Açıklama., s.49. Konuta saygı hakkına yönelen müdahale örnekleri için bkz. **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights**, s.64.

<sup>227</sup> Arslan Öncü, "İHAS ve Anayasa.", s.319. Mülkiyet hakkı, bir yerin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında konut sayılması için tek başına yeterli değildir. **Roagna**, s.31.

<sup>228</sup> Arslan Öncü, *Özel Yaşamın Korunması*., s.381, 382.

<sup>229</sup> Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 4158/05, 12.01.2010, p.80-87; Funke/Fransa, 10828/84, 25.02.1993, p.54; L.M./İtalya, 60033/00, 08.02.2005, p.32. Bu konuda ayrıca bkz. **Cengiz**, Serkan/**Demirağ**, Fahrettin/**Ergül**, Teoman/**McBride**, Jeremy/**Tezcan**, Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara 2008, s.76 vd.

<sup>230</sup> Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 4158/05, 12.01.2010, p.80-87.

daraltılmaktadır<sup>231</sup>. Bununla birlikte, bireyin evini kaybetmesi ile tahliyesi özel ve aile yaşamına saygı hakkına ciddi bir müdahale teşkil etmekte; bu tip durumlarda müdahalenin ağırlığı dikkate alınarak taraf devletin takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Bu durumlarda ulusal hukuka uyulup uyulmadığı önem arz etmekte; bireyin tahliyesine yol açan hukuki süreç meşruysa, diğer deyişle hukuka uygun bir tahliye ise müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesinde bu husus dikkate alınmakta; ancak ulusal hukuka uyulmadıysa müdahalenin ağırlığı artmış olacağından ilgili bireyin durumu daha fazla ağırlaşmaktadır. Müdahalenin “gereklilik” denetiminde ise alternatif konaklama yerlerine erişebilirlik, ilgili bireyin ihtiyaçları ile çevrenin korunması konusunda bölge halkının ihtiyaçları göz önünde bulundurulmaktadır. Bireyin azınlık olup olmadığı da ulusal makamların takdir marjını sınırlandıran bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, Sözleşme’nin 8. maddesinin etkili bir şekilde korunabilmesi için usuli güvenceler gerekmektedir ve takdir marjının aşılıp aşılmadığının değerlendirilmesinde, bireylerin usuli güvencelere erişebilirliği denetlenmekte; müdahaleye yol açan karar alma süreçlerinin adil olup olmadığı, diğer deyişle Sözleşme’nin 8. maddesinde yer alan hukuksal değerlere saygı duyulup duyulmadığı incelenmektedir<sup>232</sup>.

#### 4- Haberleşmeye Saygı Hakkı

Sözleşme’nin 8. maddesinde düzenlenen haklardan bir diğeri ise özel yaşamın gizliliği hakkıyla bağlantılı olan haberleşmeye saygı hakkıdır. Bu kapsamda bir bireyin haberleşmesine saygı hakkı özel haberleşmenin gizliliğini korumayı amaçlamakta, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeksizin başkalarıyla iletişim kurma hakkını güvence altına almaktadır<sup>233</sup>. Öğretide, haberleşmeye saygı hakkının asgari şiddet eşliğinin bulunmadığına ve bir mektubun açılması suretiyle hakka müdahale edildiğine

<sup>231</sup> *Connors/Birleşik Krallık, 66746/01, 27.08.2004, p.82; Winterstein ve diğerleri/Fransa, 27013/07, 17.10.2013, p.148.* Sosyal ve ekonomik politikalarda takdir marjı geniş olsa da somut olayın bağlamına göre daralmakta ya da genişlemektedir. Konuta saygı hakkında, hakkın birey bakımından önemi kriteri önem arz etmektedir. **Arslan Öncü**, *Özel Yaşamın Korunması*, s.383.

<sup>232</sup> Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması aranmaktadır. Müdahale için öngörülen meşru amacın zorunlu toplumsal ihtiyaca cevap vermesinin yanı sıra; müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olması; ulusal makamların ilgili ve yeterli gerekçe ileri sürmesi gerekmektedir. Tüm bu hususlar bakımından başlangıç değerlendirmesi ulusal makamlar tarafından yapılmaktadır. Mahkeme tarafından ise ulusal makamların Sözleşme’nin gereklerine uygun davranıp davranmadıklarının nihai denetimi gerçekleştirilmektedir. Ulusal makamlara tanınan takdir marjı ise hakkın niteliği, hakkın birey bakımından önemi, müdahalenin niteliği ve müdahalenin amacı doğrultusunda daralmakta veya genişlemektedir. Mahkeme, yukarıda açıklanan hususları açıklığa kavuşturmuş bulunmaktadır. Bu konuda bkz. *Winterstein ve diğerleri/Fransa, 27013/07, 17.10.2013, p.148.*

<sup>233</sup> **Roagna**, s.32.

dikkat çekilmektedir<sup>234</sup>. Bu nedenle haberleşmeye saygı hakkının koruma eşiğinin geniş olduğunu belirtmekte yarar görülmektedir. Ayrıca haberleşmeye saygı hakkının koruma altına almış olduğu alan sadece bireyin özel yaşamıyla sınırlı olmayıp, mesleki ve iş yaşamında gerçekleşen konuşmalar da bu çerçevede koruma altına alınmaktadır<sup>235</sup>.

Bununla birlikte, haberleşmenin içeriği müdahale sorunu açısından önem arz etmemekte; diğer bir deyişle haberleşmeye saygı hakkı içerikten ziyade haberleşme araçlarını ve yöntemlerini korumaktadır<sup>236</sup>. Ancak haberleşmeye saygı hakkına müdahale edilen bireyin kimliği önem taşımakta; örneğin avukatın demokratik toplumdaki rolüne atıfla müvekkili arasındaki görüşmelere müdahaleler titizlikle incelenmektedir. Ulusal makamlar hapisanenin güvenliğinin korunması ile haberleşmenin gizliliğine saygı hakkı arasında adil denge kurmak konusunda belirli takdir marjına sahip olmakta; ancak avukatla müvekkili arasındaki gizliliğe saygı esasını üstün tutarak daha sıkı bir denetim gerçekleştirmektedir<sup>237</sup>. Zira avukatla müvekkili arasındaki iletişimin gizliliği esası, istisnai koşullarda ve makul nedenler ileri sürülerek sınırlandırılabilir; makul neden ise olayın tüm koşullarına bağlı olarak ayrıcalıklı iletişim kanalının kötüye kullanıldığı hakkında objektif gözlemciyi ikna edebilecek bilgi ve olguların varlığı anlamına gelmektedir<sup>238</sup>. Avukatla müvekkili arasındaki ilişkinin ayrıcalıklı niteliği gereği, ulusal makamların takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Keza maruz kalınan muameleleri dile getirme bakımından ön başvuru niteliği ve savunma hakkının kullanılması gibi diğer hakları etkilediğinden Mahkeme tarafından sıkı bir denetime tâbi tutulmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, ulusal güvenlik ve terör suçları söz konusu olduğunda, avukatla müvekkilin iletişiminin gizliliği genel kuralının istisnasının mümkün olabileceğini belirterek ulusal makamların takdir marjını genişletmekte; ancak istisnanın kabul edilebilir, diğer bir deyişle Sözleşme'ye uyumlu olabilmesi için ise keyfiyete karşı yeterli ve elverişli

---

<sup>234</sup> Roagna, s.32.

<sup>235</sup> Korunan iletişim türleri için bkz. **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights**, s.64.

<sup>236</sup> Roagna, s.33; Arslan Öncü, Özel Yaşamın Korunması., s.200.

<sup>237</sup> Campbell/Birleşik Krallık, 13590/88, 25.03.1992, p.48 vd.

<sup>238</sup> Bu nedenler kurumun güvenliğini veya başkalarını tehlikeye düşürebilecek içerikte ve cezai nitelikte olması şartıyla; ancak makul neden objektif gözlemciyi ikna etmesi gerektiğinden, soyut gerekçeler kabul edilmemekte; adil yargılanma hakkı açısından söz konusu kısıtlamanın savunma hakkının kullanılmasına engel olmaması ve kısıtlamaya karşı yeterli güvenceler öngörülmesi gerekmektedir. Campbell/Birleşik Krallık, 13590/88, 25.03.1992, p.48

güvencelerin varlığı gerekmektedir<sup>239</sup>. Bu nedenle özellikle özel yaşamın gizliliği hakkı ile bağlantılı olan haberleşmeye saygı hakkı bağlamında hukukilik kriterinin öneminin altını çizmek isabetli olacaktır. Daha önce işaret edildiği üzere, taraf devletlerin takdir marjı bulunduğu gerekçesiyle; erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte, ayrıca keyfiyete karşı güvenceler içeren hukuki düzenlemeler gerçekleştirmek yükümlülüklerini askıya alma serbestisi bulunmamakta ve bu yönde beliren eğilimleri ise kesin surette Sözleşme'yle bağdaşmamaktadır<sup>240</sup>.

Bununla birlikte, haberleşmeye saygı hakkının güvence altına alınmasında uygun araçların seçilmesi ve çatışan menfaatlerin dengelenmesi için başlangıç değerlendirmesini yapan ulusal makamlara tanınan takdir marjının, iki alanda sınırlarının açıkça çizildiğini belirtmek mümkündür. İnsan haklarının yatay etkisi doktrini gereğince, taraf devletlerin bireyleri diğer üçüncü kişilerin eylemlerine karşı korumak yönünde yükümlülükleri bulunmakta; hatta söz konusu alan gerçekleşen ihlal iddialarını soruşturmak yönünde usuli yükümlülükleri de kapsamaktadır. Bu çerçevede, insan haklarının yatay etkisinin ve özel hukuk ilişkilerinde uygulanmasının örneklerinden biri ise çalıştığı yerin mail adresini kişisel haberleşme aracı olarak kullanan bir çalışanın, işvereni tarafından söz konusu yazışmalar neticesinde işten çıkartılmasını konu edinen *Bărbulescu/Romanya* kararıdır<sup>241</sup>. Mahkeme söz konusu davada, birkaç Avrupa Konseyi'ne üye devlet dışında işyerinde çalışanların özel yaşamına ve haberleşmesine saygı hakkının korunması konusunda açıkça bir hukuki düzenleme kabul eden üye ülke bulunmadığından, Avrupa konsensüsünün oluşmadığı kanaatindedir<sup>242</sup>. Bu nedenle, çalışanların iş hayatı dışında gerçekleştirdiği elektronik

---

<sup>239</sup> Mahkeme, terörün demokratik toplumu ve Sözleşme sistemindeki hak ve özgürlükleri tehdit ettiğini belirtmektedir. Ancak ulusal güvenlik nedeniyle takdir marjının genişlemesi sınırsız ve keyfi bir alan yaratmamaktadır. Nitekim somut olayda avukatla müvekkilin iletişiminin sınırlandırılması Sözleşme'ye uygun bulunurken; avukatın sözlü olarak müvekkiliyle iletişime geçebildiği, sadece avukatın yazılı belge teslim edemediği, soruşturmadan bağımsız bir hâkim tarafından denetimin mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Bu gerekçeler ışığında, müdahale orantılı bulunarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. *Erdem/Almanya*, 38321/97, 07.07.2001, p.67. Ölçülülük ilkesi gereğince, işlenen suç ne kadar ağırsa o kadar ağır bir tedbire başvurulabilecektir. Somut olayda daha hafif bir tedbirin uygulanması mümkünse eğer, onun tercih edilmesi gerekmektedir. Ancak yeterli ve etkili güvencelerin varlığı her zaman geçerliliğini korumaktadır. Bu konuda bkz. **Sözüer**, Adem; "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", İÜHFİM, C.LV, 1997, S.3, s.73.

<sup>240</sup> Demokratik toplumda ilgili meşru amacın gerçekleşmesi için kanuni düzenleme, belirginlik ve açıklığın zorunluluk olduğu yönünde bkz. **Sevük**, Handan Yokuş; "Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", TBB Dergisi, 2007, S.69, s.122. Haberleşmeye saygı hakkında takdir marjının dar olduğu yönünde bkz. **Doğru**, Takdir Marjı., s.167.

<sup>241</sup> *Bărbulescu/Romanya*, 61496/08, 05.09.2017.

<sup>242</sup> *Bărbulescu/Romanya*, 61496/08, 05.09.2017, p.118.

veya diğ er iletişim türlerinin işveren tarafından düzenlenebilecek koşulları belirleyen bir hukuki çerçeve kurmak gerektiğ inin değ erlendirilmesi hususunda taraf devletlere geniş takdir marjı tanımaktadır<sup>243</sup>. Aslında irdelenen otuz dört üye devlette de işverenin önceden çalışana bilgi verme yükümlülüğ ü bulunmakta; ancak bu yükümlülüğ ün usulü ile ilgili olarak temsilci aracılığ ıyla ya da bizzat bilgilendirme yapılması gerektiğ i yönünde ayırık bir durum bulunmaktadır<sup>244</sup>. Başka davalarda söz konusu olabildiğ i gibi konsensüs arayışında bir karışıklık ve muğ laklık olduğ u söylenebilir<sup>245</sup>. Öğretide de kararda ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmış olması eleştirilmekte; yeterli ampirik veriler toplanmadan inceleme yapılmasının eksikliğ inin altı çizilerek, takdir marjının sınırını çizen korunan hakkın niteliğ i, hakkın birey bakımından önemi ve müdahalenin niteliğ i kriterlerinin dikkate alınmadığ ı belirtilmektedir<sup>246</sup>. Gerçekten de bireyin özel yaşamının önemli yönünü teşkil eden alanlara müdahale edilmiş olduğ undan takdir marjının daraltılması gerektiğ i görüşünün isabetli olduğ unu söylemek mümkün gözükmektedir<sup>247</sup>.

Haberleşmeye saygı hakkının koruma alanı içerisinde takdir marjının sınırının çizildiğ i diğ er bir alan ise çocuğ un yerleştirildiğ i sosyal kurumda iletişiminin dinlenmesine ilişkin ş ikâyetinin incelenmesinde belirginleşmiştir<sup>248</sup>. Daha önce bu konu özel yaşam başlığı altında irdelenirken, Mahkeme'nin ulusal makamlar tarafından çocuğ un üstün menfaatinin gözetilip gözetilmediğ inin denetimini yaptığ ı belirtilmiştir. Keza, ulusal makamların çocuğ un devlet koruması altına alınmasına ilişkin kararlarında geniş takdir marjı bulunmakta; ancak konunun niteliğ i ve menfaatin ağırlığına göre takdir marjının sınırı değ işebilmektedir. Mahkeme söz konusu kararında ise çocuğ un sosyal kurumda eğitim amacıyla bulunduğ undan bahisle, dış dünyayla yeterli temasının önemi ve gerekliliğ i üzerinde durarak, çocuğ un topluma yeniden entegre edilmeye hazırlanması ve onurlu tedavi hakkının bir parçası

<sup>243</sup> Kararda pozitif yükümlülüğ ün yerine getirilmediğ inden bahisle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğ ine karar verilmiştir. *Bărbulescu/Romanya*, 61496/08, 05.09.2017, p.118.

<sup>244</sup> *Bărbulescu/Romanya*, 61496/08, 05.09.2017, p.52.

<sup>245</sup> Konsensüs arayışı neticesinde, konsensüsün olayda belirleyici olmadığı yönünde uygulamalar bulunmakta; bu alanlar belirsizlik yaratmaktadır. Mahkeme içtihatlarında da hangi konuda konsensüs arayışına girilmesi gerektiğ i konusunda yargıçlar arasında ayırık görüşler ortaya çıkmaktadır. Bu konu Avrupa konsensüsü başlığında irdelenmiştir.

<sup>246</sup> **Gemalmaz**, H. Burak; "Çalışanların İnternet İletişiminin İşverence İzlenmesi Özel Yaşam Hakkına Aykırı Mıdır?: AİHM Büyük Dairenin 05 Eylül 2017 Tarihli *Barbulescu Kararı*", <http://blog.lexpera.com.tr/calisanlarin-internet-iletisiminin-isverence-izlenmesi-ozel-yasam-hakkina-aykiri-midir-aihm-buyuk-dairenin-05-eylul-2017-tarihli-barbulescu-karari/>, (e.t.:28.01.2019).

<sup>247</sup> **Gemalmaz**, "Barbulescu.", aynı yer, (e.t.: 28.01.2019).

<sup>248</sup> *D.L./Bulgaristan*, 7472/14, 19.05.2016, p.104.

mahiyetinde, çocuğun haberleşmeye saygı hakkına müdahale edildiği durumlarda takdir marjının daraltıldığını ortaya koymaktadır<sup>249</sup>. Bu duruma ilişkin yaklaşımını belirtirken, suç işleminin neticesinde cezai süreçten geçen mahkumun durumuyla karşılaştırma yapılmakta; mahkumların, çocuklara nazaran haberleşmeye saygı hakkına müdahalede bulunulmasında taraf devletlerin takdir marjı genişletilmektedir<sup>250</sup>.

Belirtmek gerekir ki modern toplumun karmaşık niteliği ve kitle iletişim araçlarının gelişimi neticesinde sınırsızca iletişime açık bir hale evrilmesi nedeniyle bireylerin özel yaşamının “özel” kalabilmesi oldukça güçleşmektedir<sup>251</sup>. Bu nedenle de üçüncü kişilerin eylemleri neticesinde gerçekleşen hak ihlali iddialarının Mahkeme’nin önüne daha fazla geleceği ve insan haklarının yatay etkisi doktrini bağlamında çıkan uyuşmazlıkların artmasıyla devletlerin sorumluluk alanının genişleyeceği söylenebilir.

## B- Din ve Vicdan Özgürlüğü

Sözleşme’nin 9. maddesi, herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğunu ve bu hakkın din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile ibadet özgürlüğünü kapsadığını hüküm altına almaktadır. Madde metninin ikinci fıkrası ise hakkın konusunu dini ve inancı açıklama özgürlüğü kavramları ile ifade etmektedir<sup>252</sup>. Sözleşme’nin 9. maddesi bir bütün olarak ele alındığında ise herhangi bir inanca sahip olmayı ya da inançsızlığı güvence altına alarak bireyin içsel dünyasını (*forum internum*) korumakta<sup>253</sup> hem de bireyin inancının ve bu yönde kanaatlerinin dışavurumu kapsamında yakından ilişkili davranışları (*forum externum*) güvence altına almaktadır<sup>254</sup>. İnanç özgürlüğü bireyin içsel dünyasına ilişkin alanı oluşturmakta; bu nedenle de inanç özgürlüğünün hukuki sınırlamalara tâbi olmaksızın

<sup>249</sup> D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.104.

<sup>250</sup> D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.104.

<sup>251</sup> Bu gelişmelerin artışı ve bireylerin bu yönde hızlı kabulleri problematik bir alan yaratmaktadır. Zira özel alanın bireylerin çoğunluğunun hızlı kabulleri neticesinde kamusalallaştığı belirtilebilir.

<sup>252</sup> **Tokuzlu**, Lami Bertan; “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.333.

<sup>253</sup> Bu yönüyle devletin bir dini telkin etmesini ya da bir dinin geçerli olmasına karar vermesini yasaklamaktadır. **Yüksel**, “İbadet Özgürlüğü”, s.43.

<sup>254</sup> **Öktem**, Akif Emre; Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara 2002, s.318-337; **Harris/O’Boyle&Warbrick**, s.438; **Kanadoğlu**, Korkut; “Laiklik ve Din Özgürlüğü”, TBB Dergisi, 2013, S.109, s.361; **Ağırbaşı**, Şennur; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”, TBB Dergisi, 2012, S.101, s.89. Mahkeme’nin içsel alana dönük kısmı kimi zaman ibadet özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği ya da hiç maddenin kapsamı içerisinde görmediği eleştirisi için bkz. **Yüksel**, İbadet Özgürlüğü., s.51.

sadece güvence altına alınması gerekmektedir<sup>255</sup>. Dinin veya inancın herhangi bir şekilde açığa çıkarılması kapsamında, bireyin dışsal dünyasını içeren eylemler ibadet özgürlüğünü, diğer bir deyişle dinini veya inancını bireysel veya toplu olarak ibadet, öğretim, uygulama yoluyla açığa çıkarma hak ve özgürlüğünü içermektedir<sup>256</sup>. İbadet özgürlüğü dışsal dünyaya yayıldığı için demokratik toplumda gereklilik ölçütü uyarınca kısıtlamalar getirilebilmektedir<sup>257</sup>. Bireyin dinini veya inancını içeren ve dış dünyaya açılan bütün eylemleri mutlak hukuksal korumadan yararlanamamakta; demokratik toplumun en temel değerlerinden biri kabul edilen din ve vicdan özgürlüğü ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlamalara tâbi tutulabilmektedir<sup>258</sup>.

Öğretide, din ve vicdan özgürlüğünün koruma altına alındığı Sözleşme'nin 9. maddesinin mevcut yenilikçi kararlara rağmen dar yorumlandığına ilişkin tespiti yer verilmektedir<sup>259</sup>. Bununla birlikte Mahkeme'nin bir yandan İngiltere gibi belirli bir kiliseye üstünlük tanıyan devletler için öte yandan Fransa ve Türkiye gibi laiklik ilkesini anayasal koruma altına alan taraf devletler için uyumu sağlamak konusunda zorlukların bulunduğu işaret edilmektedir<sup>260</sup>. En azından denilebilir ki Mahkeme ilgili madde metninin koruma kapsamında yer alan kavramları her görüş ve fikri içermese de belirli bir genişlikte yorumlamakta; Mahkeme tarafından belirli bir düzeyde ikna ediciliğe, ciddiyet, uyum ve önem seviyesine ulaşan görüşler korunmaya değer görülmektedir<sup>261</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki tıpkı ahlak gibi bir taraf devletin kendi içinde dahi dinin anlamının değişebileceğini belirten Mahkeme, toplumların dine yaklaşımlarının farklılık içerdiğinden bahisle genel anlamda ulusal makamlara geniş

---

<sup>255</sup> **Kaboğlu**, İbrahim; "Din Özgürlüğü Sınırı ve Güvencesi", AÜSBFD, C.XLVI/I, 1991, s.268; **Kanadoğlu**, s.361. Kıt'a Avrupası devletlerinin ulusal hukukları açısından inanç özgürlüğünün, tıpkı İHAM gibi mutlak kabul edildiği görülmektedir. Devletlerin müdahale etmeme yönünde negatif yükümlülüğünün yanı sıra; hakkın korunması için düzeltici ve koruyucu tedbirler almasını ifade eden pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yönde bkz. **Yüksel**, İbadet Özgürlüğü., s.52 vd.

<sup>256</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.365.

<sup>257</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.438.

<sup>258</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.93, 94; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.365; **Nal**, Sabahattin; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", AÜSBFD, C.LVII, S.4, s.75 vd.; **Ağırbaşı**, s.89 vd.

<sup>259</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.453.

<sup>260</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.453.

<sup>261</sup> *Izzettin Doğan/Türkiye*, 62649/10, 16.04.2016, p.68. Daha önce koruma kapsamında görülen inançlar hakkında bkz. **Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion**, Council of Europe, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_9\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf), (e.t.: 29.01.2019), s.8 vd.

takdir marjı tanımaktadır<sup>262</sup>. Nitekim Mahkeme din ve vicdan özgürlüğü ya da eğitim hakkı kapsamında inceleme yaptığı kararlarında, ailelerin kendi felsefi inançları ışığında çocuklarını yetiştirme hakkına dikkat çekmekte ve her türlü dini aşılamanın yasaklandığına vurgu yapmaktadır<sup>263</sup>. Mahkeme, çoğulculuğu korumak adına dini olgu karşısında eleştirel bakış açısını sağlayan, yansız bir eğitim verilmesi gerektiğini ve ebeveynlerin inançlarına saygı duyulması gerektiğini ve devletin bir dini aşılamanın bu hüküm altında yasaklandığını ifade etmektedir<sup>264</sup>. Ancak Mahkeme haç işaretinin okulda kullanılmasının ailenin inançlarıyla bağdaşmadığına yönelik şikâyete ilişkin olarak, Avrupa genelinde dini sembollerin kullanılmasının kimi ülkelerde yasaklandığını fakat kimi ülkelerde açıkça öngörüldüğünü, üye devletlerin çoğunda da devlet okullarında dini sembollerin kullanılması konusunda özel bir düzenleme olmadığından bahisle konsensüs bulunmadığı kanaatine ulaşmaktadır. On iki on üç yaşlarındaki çocukların okudukları devlet okullarında görmüş oldukları haç işaretinin pasif bir sembol olduğundan hareketle dini aşağılama sayılamayacağını belirterek, somut olayda konuyu eğitim hakkı bağlamında inceleyen Mahkeme, taraf devletin tutumunu takdir marjı sınırları içerisinde görmüştür<sup>265</sup>.

Büyük Daire'nin *Lautsi/İtalya* kararında, takdir marjı doktrininin uygulanışı tartışma konusu oluşturmaktadır<sup>266</sup>. Mahkeme'nin daha önce okul müfredatlarında yer alan derslerin bir dini veya inancı aşılması yasağının titizlikle incelendiği davalardan farklı bir şekilde sonuca ulaştığı görülmektedir<sup>267</sup>. Mahkeme'nin meşruiyet kaygılarını

<sup>262</sup> **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.140; **Murdoch**, Jim; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesinin Uygulanmasına Dair Kılavuz Kitap (çev.: Defne Orhun), Avrupa Konseyi, Belçika 2007, s.56, 57.

<sup>263</sup> *Lautsi/İtalya*, 30814/06, 18.03.2011, p.60-62.

<sup>264</sup> *Lautsi/İtalya*, 30814/06, 18.03.2011, p.62.

<sup>265</sup> *Lautsi/İtalya*, 30814/06, 18.03.2011, p.74-77. Mahkeme, ilk ve orta dereceli okulda başörtüsünün güçlü bir dış sembol olduğu gerekçesiyle çocuklar üzerinde baskı oluşturabileceğini dikkate alarak, öğretmenin İslami başörtüsü takma yasağının Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal ettiği iddiasını kabul edilemez bulmuştur. *Dahlab/İsviçre*, 42393/98, 15.02.2001.

<sup>266</sup> **Itzcovich**, s.307, 308; **Henrard**, Kristin; "Shifting Visions About Indoctrination and the Margin of Appreciation Left to States", *Journal of Religion & Human Rights*, C.VI, 2011, s.245-251.

<sup>267</sup> Devlet okullarında Hristiyanlık dininin okutulmasından muaf tutulma taleplerinin tamamen reddedilmesinin Sözleşme korunan eğitim hakkını ihlal ettiğine ilişkin karar için bkz. *Folgero ve diğerleri/Norveç*, 15472/02, 29.06.2007, p.84. Müfredatın düzenlenmesi taraf devletlerin yetkisindedir. Ancak dini konularda taraf devletler; bir dini benimsetme amacından uzak, nesnel, eleştirel, çoğulcu bir şekilde eğitim verilmesine dikkat etmekle yükümlüdürler. *Hasan Eylem Zengin/Türkiye*, 1448/04, 09.10.2007, p.51, 52. Dini eğitimlerin müfredatta yer almasına ilişkin olarak *Folgero ve diğerleri/Norveç* ile *Hasan Eylem Zengin/Türkiye* kararları kriterleri belirlemektedir. Ancak taraf devletlerin zorunlu din derslerini tamamen müfredattan kaldırma, isteğe bağlı ders haline getirme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ebeveynlerin inançlarını açıklamak zorunda bırakılmayacağı tam ve koşulsuz bir muafiyet imkânı sağlanması gerekmektedir; muafiyet için herhangi bir gerekçe sunmak yükümlülüğü yüklenmemelidir. Aynı yönde bkz. **Özenç**, Berke; "AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu", *İÜHFİM*, C.LXVI, 2008, S.2, s.225, 226.



gidermesi gerektiğinden bahisle sınırlayıcı yoruma gitmesi gerektiğini ileri süren görüşe göre dahi söz konusu kararda takdir marjı doktrininin bireysel menfaat ile kamu menfaatinin dengelenmesi hususunda yeterli gerekçeleri bulunmamaktadır<sup>268</sup>. Bir diğer yazara göre ise Mahkeme'nin eğitim alanında dini inancın aşılması konusundaki önceki kararlarının daha sınırlı bir takdir marjı tanıdığını; ancak Büyük Daire'nin *Lautsi/İtalya* kararında taraf devletlere geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>269</sup>. Bu nedenle, Büyük Daire'nin yaklaşımının içtihadından geriye dönüş olduğu ileri sürülebilmekte ve uzlaşımın ne olduğu ile kuralın istisnasının belirlenmesi gerektiği beklentisi haklı olarak dile getirilmektedir<sup>270</sup>. Bunun yanı sıra; demokratik unsurların meşruiyetinden hareketle yapılan açıklamalar ışığında, ikincilik ilkesinin öne çıkarıldığı görüşlerin karşı argüman olarak belirtilmesi karşısında, takdir marjı doktrininin uygulanışına ilişkin muğlaklığı giderici bir itiraz olmadığını ifade etmek mümkündür<sup>271</sup>.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin 9. maddesinde koruma altına alınan din ve vicdan özgürlüğünde önem arz eden diğer bir konu, din ve devlet ilişkilerinin sınırı ile taraf devletlerin laiklik ilkesine yaklaşımlarıdır. Mahkeme'nin bu konuda taraf devletlere geniş takdir marjı tanıdığı gözlemlenmekte; Mahkeme tarafından din-devlet ilişkileri arasında söz konusu tartışmalarda ulusal karar verme organlarının rolünün özel önemi bulunduğu vurgulanmaktadır<sup>272</sup>. Mahkeme, Türkiye kamuoyunda başörtüsü sorunu olarak tartışılan, üniversitelerde İslami başörtüsü takma yasağına ilişkin şikâyette de bu konunun üzerinde durarak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yapılan müdahaleyi orantılı bulduğu kararında; ulusal makamların yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirmek bakımından uluslararası mahkemeye nazaran daha iyi konumda olduğunu belirtmektedir<sup>273</sup>. Mahkeme takdir marjının sınırının çizilmesi konusunda ise başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu düzenini ve dini çoğulculuğu koruma gerekliliğini kriter olarak öne

---

<sup>268</sup> **Itzcovich**, s.307, 308.

<sup>269</sup> **Henrard**, s.249, 250.

<sup>270</sup> **Henrard**, s.251.

<sup>271</sup> Demokratik meşruluğun öne çıkarıldığı görüş hakkında bkz. **Lugato**, Monica; "The Margin of Appreciation and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity", *Journal of Catholic Legal Studies*, C.LII, 2013, s.49-70.

<sup>272</sup> *Leyla Şahin/Türkiye*, 44774/98, 10.11.2005, p.110.

<sup>273</sup> *Leyla Şahin/Türkiye*, 44774/98, 10.11.2005, p.121. Bu konunun kamu personelleri, ilk ve orta dereceli okullar ve üniversiteler olmak üzere çeşitli boyutları bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **Şirin/Duymaz/Yıldız**, s.95.

sürmektedir<sup>274</sup>. Ayrıca ilgili paragraflardan saptandığı üzere, Mahkeme tarafından kararda konsensüs arayışı yeterli derinlikte yapılmayarak, öğrenim kurumlarında dini semboller kullanımı ile din ve devlet ilişkilerinde ortak uygulama bulunmayışından bahisle konsensüs oluşmadığı sonucuna ulaştığı anlaşılmaktadır<sup>275</sup>. Ancak karşılaştırmalı veriler incelendiğinde görülmektedir ki genelde ya sadece ilk ve orta derece okullarda bu yönde yasaklama tercihi bulunmakta ya da bu konu taraf devletlerde hiç düzenleme altına alınmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme'nin konsensüs bulunmadığı kanaatinin sorun içerdiği ileri sürülebilir<sup>276</sup>. Ancak Avrupa konsensüsü ve uzlaşımın tek kriter olmadığına altını çizmek gerekmektedir. Zira başkalarının hakkının ve kamu düzeninin korunması ile dinsel çoğulculuğun Mahkeme tarafından hassasiyetle dikkate alınarak, takdir marjının sınırının çizilmesini sağlamak, etkili bir korumaya hizmet etmeye yarar sağlayacaktır. Ayrıca bu yaklaşımın kararın ölçülülük ilkesinin uygulanışında daha fazla katkı sunarak, peşinen gösterilen “*din ve devlet ilişkilerinde ve dini sembollerde geniş takdir marjı*” yaklaşımının denetimi zayıflatma tehdidini bertaraf edecektir<sup>277</sup>.

Sözleşme'nin 9. maddesinde koruma altına alınan din ve vicdan özgürlüğü kapsamında taraf devletlerin vicdani ret hakkını değerlendirebilecek bir mekanizma kurması gerekliliği hususunda ise taraf devletlerin takdir marjı bulunmamaktadır<sup>278</sup>.

<sup>274</sup> Leyla Şahin/Türkiye, 44774/98, 10.11.2005, p.110.

<sup>275</sup> Leyla Şahin/Türkiye, 44774/98, 10.11.2005, p.55-65, 109.

<sup>276</sup> Bu konuda Mahkeme'nin dava konusunun özeline inerek, diğer deyişle üniversitelerde dini sembol kullanılması yasağı hususunda konsensüs arayışına girmesi gerekmektedir. Nitekim, Avrupa denetimiyle birlikte yürüyen yargısal denetimin din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olduğunda sıkı bir denetim yapmadığını belirtmek mümkündür. Benzer yönde yaklaşım için bkz. *Leyla Şahin/Türkiye, 44774/98, 10.11.2005, Yargıç Tulkens'in karşı oyu, p.3.*

<sup>277</sup> Mahkeme'nin din ve vicdan özgürlüğü ile ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarda genel ahlak sınırlama sebebi söz konusu olduğunda, ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınması eleştirilmektedir. Taraf devletlerin işlerine karışmaktan kaçınmak ile insan hakları ihlallerini görmezden gelmek arasındaki kırmızı çizginin gün geçtikçe bulanıklaştığına dikkat çekilmektedir. Yazar bizim de eleştirdiğimiz kararları, takdir marjının taraf devletler lehine kullanıldığını belirterek eleştirmektedir. Mahkeme, özellikle dini konularda taraf devletlere genel ahlak sebebiyle geniş takdir marjı tanınması bireyleri korunmasız bırakmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, Mahkeme derhal takdir marjının siyasi kullanımını terk etmeli veya en azından birtakım kurullarla takdir marjını sınırlamalıdır. Bu konuda söz konusu yazarın tutarlı görüşleri için bkz. **Aladağ Görentaş**, İtir; “The Effects of Margin of Appreciation Doctrine on the European Court of Human Rights: Upholding Public Morality over Fundamental Rights”, Akademik İncelemeler Dergisi, C.XI, 2016, S.2, s.197-216.

<sup>278</sup> Yehova Şahitleri ile ilgili dini gerekçelerle askerlik hizmetine karşı çıkan bir dini benimseyen grubun üyelerine ilişkin 9. madde kapsamında verilen ihlal kararları için bkz. *Bayatyan/Ermenistan, 23459/03, 07.07.2011; Erçep/Türkiye, 43965/04, 22.11.2011; Feti Demirtaş/Türkiye, 5260/07, 17.01.2012; Buldu ve diğerleri/Türkiye, 14017/08, 03.06.2014.* Mahkeme'nin anti militarist ve barışçıl gerekçelerle askerlik hizmetinin yerine getirilmesinin reddine ilişkin taleplerle bağlantılı olarak vicdani ret hakkının değerlendirilmesini gerektiren usul eksikliği gerekçesiyle ihlal kararı verdiği gözlemlenmektedir. *Savda/Türkiye, 42730/05, 12.06.2012, p.96; Tarhan/Türkiye, 9078/06, 17.07.2012, p.58.* Mahkeme, askerlik hizmetini yerine getirme yükümlülüğü ile dini veya inancı nedeniyle askerlik hizmetinin yerine

Diğer bir deyişle, taraf devletlere vicdani ret hakkını tanıyıp tanımama noktasında takdir marjı bırakılmış değildir; fakat taraf devletlere, vicdani ret hakkını hangi koşullarda tanıyacaklarını belirlemek ve vicdani ret hakkı taleplerinin değerlendirilmesini sağlayacak mekanizmalar kurmak konusunda belirli bir takdir marjı tanınmış durumdadır<sup>279</sup>. Böylelikle, taraf devletlerin vicdani ret hakkını kullanarak alternatif kamu hizmeti yerine getirmek isteyenlerin taleplerini değerlendirebilecek etkili ve erişilebilir bir usul öngörmeleri gerekmektedir<sup>280</sup>. Taraf devletlerin aksi yönde bir uygulaması ise taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğinden bahisle Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlaline yol açacaktır.

Ayrıca Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinin bir de kolektif boyutu bulunmaktadır. Bu kapsamda dini toplulukların özgürlüklerini kolektif olarak kullanmalarına yönelik gerçekleşen müdahaleler din ve vicdan özgürlüğü başlığı altında gündeme gelmektedir. Zira demokratik toplumun çoğulcu değerlerini korumak adına taraf devletlerin, dini toplulukların olağan işleyişini keyfi müdahalelerle sekteye uğratmama ve özerkliğe saygı gösterme yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>281</sup>. Taraf devletlerin çeşitli dini topluluklarla iş birliği geliştirme ve iş birliği yöntemlerini seçme konusunda belirli takdir marjı bulunmakta; hatta bu konuda devlet ve dini topluluklar arasında ilişkilerin düzenlenmesinde tek bir model bulunmadığından geniş takdir marjı tanındığı düşünülebilir olsa da azınlıkların korunması için takdir marjı daraltılmaktadır<sup>282</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki ulusal makamlara tanınan takdir marjı inancın meşruiyetini belirleme şeklinde olmayıp, devletin tarafsızlık görevi bulunduğu bahisle dini inaçların meşruiyetini belirleme yönünde bir yetkisi bulunmamakta ve meşruiyeti tayin etme yönünde bir takdir marjı tanınmamaktadır<sup>283</sup>. Ancak dinin geleneksel olmayan biçimlerinin tanınmasına ilişkin olarak Avrupa'nın çoğunda bir usul öngörüldüğünden takdir marjı sınırlandırılmakta ve azınlıkların durumunun yasal korumadan yoksun bir şekilde varlığını

---

getirilmesinin reddinin ciddi ve sürekli itiraz teşkil etmesi gerektiğine karar vermiş; bu yönde katı, sürekli ve samimi bir itirazın varlığını aramıştır. Yönetim şeklinin laiklik ilkesine dayandığı bir devlette şeriat kurallarına dayanarak askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddeden başvurunun iddiası, silah taşımaya yönelik ciddi ve sürekli bir itiraz içermediğinden bahisle, konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur. Nitekim ulusal makamların bu taleplerin *Enver Aydemir/Türkiye*, 26012/11, 07.06.2016, p.83.

<sup>279</sup> *Enver Aydemir/Türkiye*, 26012/11, 07.06.2016, p.81.

<sup>280</sup> Aynı yönde bkz. **Köybaşı**, s.86; **Şirin/Duymaz/Yıldız**, s.50. Bu yönde bir mekanizma kurma gerekliliği hakkında bkz. *Buldu ve diğerleri/Türkiye*, 14017/08, 03.06.2014, p.91.

<sup>281</sup> **Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights**, s.49 vd.

<sup>282</sup> *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, 62649/10, 26.04.2016, p.61.

<sup>283</sup> *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, 62649/10, 26.04.2016, p.107.

sürdürebilmesi din ve vicdan özgürlüğünü teorik kılacağından bu konuda takdir marjının sınırlandırıldığı görülmektedir<sup>284</sup>. Bu hususta dini cemaatlerin tüzel kişi olarak tanınması ve temsil yetkisi verilmesi önem arz etmektedir<sup>285</sup>. Bir dini topluluğa tüzel kişilik statüsü verilmesinde öncelikle Avrupa konsensüsüne bakılmakta ve konsensüsün oluşmadığı durumlarda geniş takdir marjı tanınmaktadır. Bununla birlikte, ulusal makamların söz konusu topluluğa dini bir örgüt gibi yaklaşması durumunda takdir marjı sınırlandırılmaktadır<sup>286</sup>.

Böylelikle, Mahkeme'nin din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin içtihatları göstermektedir ki taraf devletlerin dini veya vicdani kanaatleri açıklamaya zorlamama, devletin dini tarafsızlığı, belirli bir dini öğretiyi veya inancı aşlamama ve dinsel toplulukların özerkliğine saygı göstererek olağan işleyişe keyfi müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>287</sup>. Ancak din ve devlet ilişkileri ile dini sembollerin kullanılmasına yönelik şikâyetlerde Mahkeme tarafından sıkı bir denetim yapılmamakta ve ulusal makamların değerlendirmelerine öncelik tanınmaktadır<sup>288</sup>. Bu alanda Mahkeme'nin takdir marjı doktrini kriterlerini ele alarak daha hassas bir denetim gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Azınlık hakları ve dini toplulukların özerkliği söz konusu olduğunda ise takdir marjının isabetli bir biçimde daraltıldığı görülmektedir.

### C- İfade Özgürlüğü

Komisyon kararlarıyla olağanüstü hal rejimlerine ilişkin olarak ortaya çıkan, daha sonra ise Mahkeme'nin Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin denetiminde atıf yapmaya başladığı takdir marjı doktrininin uygulamasının Sözleşme'nin geneline sirayet ettiği görülmektedir<sup>289</sup>. Bu konuda Sözleşme'nin 10. maddesinde güvencelenen ifade özgürlüğüne ilişkin *Handyside/Birleşik Krallık* kararının, takdir marjı doktrininin uygulama alanının gelişmesine sunduğu katkı yadsınamaz. Nitekim, takdir marjı

<sup>284</sup> İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye, 62649/10, 26.04.2016, p.132, 133.

<sup>285</sup> İçtihatlar Sözleşme'nin 9. maddesinin örgütlenme özgürlüğünü koruyan 11. maddesiyle birlikte yorumlanmaktadır. Bu konuda bkz. Tokuzlu, s.336.

<sup>286</sup> Tokuzlu, s.337. *Kimlya ve diğerleri/Rusya*, 76836/01, 32782/03, 01.10.2009, p.79-81.

<sup>287</sup> Korunan menfaatin niteliğine göre ulusal makamlara tanınan takdir marjının kapsamının belirlendiği ileri sürülmektedir. Prebensen, Sören C.; "The Margin of Appreciation and Articles 9, 10, and 11 of the Convention", HRLJ, C.IXX, 1998, S.1, s.13.

<sup>288</sup> Mahkeme'nin ikincil nitelikte bir koruma mekanizması olarak asgari standartları belirlediğinden bahisle taraf devletler arasındaki çeşitliliğe saygı gösterdiği, bu durumun ise Avrupa kıtasının zenginliğini yansıttığı ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Murdoch, s.58.

<sup>289</sup> Bu konuya ilişkin açıklamalar Takdir Marjı Doktrininin İHAM İçtihatlarında Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi başlığında yer almaktadır.

doktrininin temel mantığına hizmet eden; ulusal makamların ülkenin esaslı güçleriyle doğrudan temasları nedeniyle, uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda bulunmaları ile demokratik toplumda gereklilik ölçütü bağlamında ulusal makamların başlangıç değerlendirmelerini yapmaları şeklinde ileri sürülen gerekçeler Mahkeme içtihatlarında hala önemli bir yer tutmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki demokratik toplumda ifade özgürlüğünün önemi nedeniyle ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler titizlikle incelenmektedir. Keza Sözleşme sisteminde ifade özgürlüğü demokrasinin kurucu değerlerinden kabul edilmektedir ki Mahkeme bu konuda ulusal makamların takdir marjını sınırlayarak, ölçülülük ilkesinde Sözleşme'nin diğer hak ve özgürlüklerine nazaran yüksek standartlar uygulamaya daha yatkın görünmektedir<sup>290</sup>.

Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü; bir görüşe sahip olma şeklinde kanaat sahibi olma özgürlüğünü, bilgi ve düşünceyi edinme özgürlüğünü, bilgi ve düşünceyi yayma özgürlüğünü kapsamaktadır<sup>291</sup>. Çeşitli unsurlarıyla birlikte bir bütün oluşturan ifade özgürlüğü, sadece belirli ifade ve düşünce şekillerini korumamakta; içerik bakımından siyasi, sanatsal, akademik, dini ve ahlaki konulara ilişkin ifadeler madde kapsamında koruma altına alınmaktadır<sup>292</sup>. Mahkeme ise sınırlama ve güvence rejimine uygun olarak, söz konusu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin koruma altına almış olduğu unsurları ihlal edip etmediğinin denetimini gerçekleştirmektedir. Ulusal makamların, zorunlu toplumsal ihtiyaç olduğuna ve meşru amaçla orantılı bir araçla müdahalede bulunulduğuna yönelik başlangıç

<sup>290</sup> Aynı yönde bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.136. Demokratik süreçlerin iyi işleyebilmesi için temel değer olan ifade özgürlüğünün, Sözleşme sistemi içerisinde özel bir konuma sahip olduğu belirtilmektedir. Bu değerlendirme ışığında, ifade özgürlüğüne müdahalelerde genel olarak hassas bir denetim yapıldığı söylenebilir. **Van Rijn**, Arjen; "Freedom of Expression", in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, s.766.

<sup>291</sup> Öğretide çeşitli terminolojik gerekçelerle; ifade özgürlüğü, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü kavramları tercih edilebilmektedir. Bu başlık altında Sözleşme'nin 10. maddesinin başlığının (*freedom of expression*) olması nedeniyle ifade özgürlüğü kavramı, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü yansıtır bir biçimde üst kavram olarak kullanılmaktadır. Belirtmek gerekir ki düşünme ve düşünceye sahip olma özgürlüğü bireyin iç dünyasına ilişkin olduğundan mutlak nitelikte olup sınırlandırılmamaktadır. Aynı yönde bkz. **Sunay**, Reyhan; Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2001, s.5. Fikir hürriyetinin üst kavram olarak kullanıldığı da görülmektedir. Bu konuda ve terminolojik tartışmalar hakkında bkz. **Küçük**, Adnan; İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, s.9 vd. Düşünce özgürlüğü üst kavram olarak kullanılmakta; düşünceyi açıklama özgürlüğü en etkin bileşeni olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde bkz. **Korkmaz**, Düşünce., s.36, 37.

<sup>292</sup> **Karan**, Ulaş; "İfade Özgürlüğü Hakkı", in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.358 vd.

değerlendirmesi yaparken takdir marjı bulunmaktadır. Bu doğrultuda ulusal makamlara tanınan takdir marjı, belirli alanlarda genişlemekte veya daralmaktadır.

Mahkeme'ye göre bireylere, kamu görevlisine veya nüfusun bir kesimine yönelik şiddeti teşvik eden söylemlerin ifade özgürlüğüne bir müdahaleyi gerektirdiğinin değerlendirilmesinde, ulusal makamların geniş takdir marjı bulunmaktadır<sup>293</sup>. Keza ulusal güvenlik gerekçesiyle yapılan sınırlamalarda ulusal makamlara geniş takdir marjı bırakılmaktadır<sup>294</sup>. Ayrıca ulusal makamlar genel ahlak ölçütünü iyi bir şekilde temellendirmişse, hak öznelerinin görev ve sorumluluklarına atıfla geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>295</sup>. Bununla birlikte ulusal makamların yaklaşımının Sözleşme'ye uygunluğunu denetleyen Mahkeme tarafından; (i) ifadenin içeriği ve bağlamı, (ii) ifadeyi kullanan kişinin sıfatı, hakkın öznesi ve ifadenin muhatabı olan özne, (iii) ifadenin yeri ve zamanı, (iv) ifade ediliş biçimi dikkatle incelenmektedir. Zira bir makalenin bütününe ele alınarak yetkililere yönelen sert eleştirileri, bir ülkeyi “gerçek terörist” ve “düşman” olarak nitelendiren ifadeleri şiddete teşvik olarak görmeyip, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verildiği görülmektedir<sup>296</sup>. Dolayısıyla söylemlerin şiddete teşvik edip etmediğini değerlendiren ulusal makamların, şiddete teşvik içeren doğrudan ve kasıtlı söylemin bulunduğu ile şiddetin meydana gelmesinin gerçek olasılığına yönelik ilgili ve yeterli gerekçelerin varlığını ileri sürmesi beklenmektedir. Bu nedenle bir ifadenin korunmaya değer olup olmadığına ilişkin soyut ve bağlamından uzak değerlendirme yapılmamaktadır.

Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında siyasi, sanatsal, akademik, dini ve ahlaki konulara ilişkin ifadeler koruma altına alınmaktadır. Bu çerçevede, taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin denetimi noktasında, ortak sınırlama rejimi öngörülen diğer hükümlerde söz konusu

<sup>293</sup> *Sürek/Türkiye (No. 4)*, 24762/94, 08.07.1999, p.57.

<sup>294</sup> *Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 2)*, 13166/87, 26.11.1991, p.50; *Vereinigung Weekblad Bluf!/Hollanda*, 16616/90, 09.02.1995, p.38. Meşru bir biçimde ulusal güvenlik çıkarını sağlayan istihbarat faaliyetleri dar bir şekilde yasalarda tanımlanmalıdır. Kamuya yayılan bilginin yeniden toplanması haklılık oluşturmaz ve istihbarat bilgilerinin genel bir şekilde yasaklanması ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir. **Macovei**, Monica; *İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Avrupa Konseyi, 2003, s.68 vd. Ayrıca bkz. **Prebensen**, s.16.

<sup>295</sup> **Van Rijn**, s.806.

<sup>296</sup> *Sürek/Türkiye (No. 4)*, 24762/94, 08.07.1999, p.57; *İncal/Türkiye*, 22678/93, 09.06.1998, p.55 vd.

olduğu gibi, ulusal makamların faaliyetleri üç aşamalı teste tâbi tutulmaktadır<sup>297</sup>. Bununla birlikte, ifade özgürlüğünün korunmasında ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırını belirleyecek dört kriter Mahkeme içtihatları ışığında ortaya konulabilir. Keza, Mahkeme ölçülülük ilkesini uygularken, uygun düştüğü sürece bütüncül bir şekilde söz konusu kriterleri dikkate almaktadır. Dolayısıyla, sadece sınırlama ölçütlerinden hareketle takdir marjının sınırını çizmek isabetli bir yaklaşım olarak gözükmemekte; Mahkeme denetim faaliyetini gerçekleştirirken, ifadenin içeriği ve bağlamı ile birlikte hakkın öznesini, ifadenin muhatabı olan özneyi, ifadenin yeri ve zamanı ile ifade ediliş biçimini göz önünde bulundurmaktadır.

### 1- İfadenin İçeriği ve Bağlamı

İfadenin içeriği ve bağlamı ulusal makamların takdir marjının sınırını belirlemede önem teşkil etmektedir. Öncelikle taraf devletlerin takdir marjının dar veya genişliğinden ziyade, Sözleşme'nin 10. maddesinin koruma alanı dışında kalan söylem ve ifadelere yer vermek önem arz etmektedir. Böylece Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün aynı zamanda görev ve sorumluluklar getirdiği belirtilmekte; şiddete teşvik etmeye yönelik doğrudan ve kasıtlı bir söylemin kullanılması ile şiddetin gerçekleşebileceğinin gerçek bir olasılığının bulunması<sup>298</sup>, soykırımın inkâr edilmesi<sup>299</sup>, ırkçılık ve dinsel nefret ile hoşgörüsüzlük içeren nefret söylemleri<sup>300</sup> koruma kapsamı dışında görülmektedir<sup>301</sup>.

<sup>297</sup> **Korkmaz**, “Düşünce.”, s.207 vd.; **Bychawska-Siniarska**, Dominika; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması (çev.: Tuğçe Duygu Köksal), Avrupa Konseyi, Strasbourg 2018, s.36.; **Özbey**, Özcan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBB Dergisi, 2013, S.106, s.45 vd.; **Çamak**, Sultan; “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, İnÜHFD, C.II, 2012, s.1067-1090; **Sunay**, Reyhan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Korunması”, SÜHFD, C.VIII, 2000, S.1-2, s.527-544.

<sup>298</sup> Mahkeme makalede yer alan “*Türkiye Cumhuriyeti kuvvetlerine yönelik bir savaş*”, “*Topyekûn bir bağımsızlık mücadelesi başlatmak istiyoruz*” ifadelerini değerlendirerek ifadenin bağlamı ve içeriğini dikkate almış ve söz konusu ifadeleri şiddete teşvik şeklinde nitelendirmiştir. *Sürek/Türkiye (No. 3)*, 24735/94, 08.07.1999, p.40. Mahkeme'nin gazetecinin ödev ve sorumluluklarını rahatsız edici bir biçimde genişlettiği yönünde kararın eleştirisi için bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.495.

<sup>299</sup> Holokostun inkârı başlangıç metninde yer alan barış ve adalet ilkelerine aykırı görülmektedir. Bu konuda bkz. *D.I./Almanya*, 26551/95, 26.06.1996.

<sup>300</sup> Cinsel yönelime dayalı ayrımcılık içeren nefret söyleminin koruma kapsamı dışında kaldığına ilişkin bkz. *Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, 1813/07, 09.12.2012, p.50-60. Irka yönelik ayrımcı ifadelerin koruma kapsamı dışında kaldığına ilişkin bkz. *Jersild/Danimarka*, 15890/89, 23.09.1994, 23.09.1994, p.25-37. Dine hakaret içeren söylemlerin koruma kapsamı dışında kaldığına ilişkin bkz. *Otto-Preminger-İnstitut/Avusturya*, 13470/87, 20.09.1994. Holokost'un inkârı, nefret söyleminin sui generis bir türü olarak görülmekte gerek ulusal gerek uluslararası organlar tarafından ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında tutulmaktadır. **Küzeci**, Elif; “AIHS'in 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, TBB Dergisi, 2007, S.71, s.186.

<sup>301</sup> **Bychawska-Siniarska**, s.21-35; **Gül**, Cengiz/**Çakan**, Seher; “AIHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, ERÜHFD,

Elbette ki hangi ifadelerin şiddeti teşvik ettiğini veya nefret söylemi oluşturduğunu tespit etmek kolayca mümkün olmamakta, ulusal makamların değerlendirmeleri ile Mahkeme'nin yaklaşımı farklılık içerebilmektedir<sup>302</sup>. İhlal iddiasına konu olan söylemin ifade özgürlüğü mü yoksa nefret söylemi ya da şiddeti teşvik eden bir ifade mi olduğu hususu hemen tespit edilebilir nitelikte ve basit bir denetim faaliyeti oluşturmamaktadır. Zira Mahkeme'nin bu konuda ulusal makamların değerlendirmelerini sıkı bir şekilde denetlemesi gerektiği söylenebilir. Aksi yaklaşımın kabul edilmesi ise ifade özgürlüğünün koruma kapsamının daraltılarak, maddenin koruduğu hukuksal değerlerin içeriğini ve varlığını anlamsız hale getirme tehlikesi doğurabilir. Bu nedenle, diğer hükümlerde yer alan sınırlama ölçütleri gibi Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında kabul edilen sınırlama ölçütlerinin dar yorumlandığını hatırlatmak önemlidir.

Sözleşme'nin 10. maddesinde koruma altına alınan ifadeler genel itibarıyla; siyasi, sanatsal, akademik, ticari ve dini ifadeler olmakta; fakat Mahkeme, siyasi nitelikteki ifadeler konusuna ayrıcalıklı bir önem atfederek *katı/hassas* bir denetim gerçekleştirmektedir. Siyasi söylem niteliğinde ve kamusal tartışmalara katkı sağlayan konularda ulusal makamların takdir marjı daralmaktadır<sup>303</sup>. Ancak bir konunun siyasi söylem veya kamusal menfaate katkı sunan tartışma niteliğinin tespiti muğlak görünse de Mahkeme içtihatlarından anlaşıldığı üzere; ülkeyi yöneten hükümete, siyasetçilere yöneltilen eleştiriler, ülkenin genel politikasının ve devletin resmî ideolojisine ilişkin eleştiriler içeren açıklamalar, makaleler, akademik kitaplar ifade özgürlüğünün içeriğinin ve bağlamının dikkate alındığı, ulusal makamların takdir marjının daraldığı alanlar olarak ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki Mahkeme ağır eleştiri ve şiddet teşviki arasındaki sınırı titizlikle irdelemekte; ilgili ifadelerin içerik ve bağlamı

---

C.XIII, 2018, S.1, s.371, 372. İfade özgürlüğünü düzenleyen Sözleşme'nin 10. maddesinde açıkça bu hususların koruma kapsamı dışında kaldığı belirtilmemiştir. Öğretide "*hak ve özgürlüklerin sınırlılığı*" olarak kavramsallaşan, hak ve özgürlüklerin objektif sınırlarının bulunduğu gerekçesiyle sayılan hususların koruma kapsamı dışında kaldığı belirtilebilir. Bu konuda bkz. **Hakyemez**, Yusuf Şevki; "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", AÜSBFD, C.LVII, S.2, s.22 vd.

<sup>302</sup> Mahkeme'nin kapsamlı nefret söylemi tanımı yapmadığı belirtilmektedir. Keza otonom kavramlar doktrini gereğince ulusal makamların nefret söylemi görmediği bir konu Mahkemece nefret söylemi oluşturabilir. Bu konuda bkz. **Şirin**, Tolga; "Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarından Örnekler", in: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, (ed.: Selda Çağlar), Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s.128.

<sup>303</sup> *Ceylan/Türkiye*, 23556/94, 0807.1999, p.34. Siyasi söylemler demokratik toplumun temel gerekliliklerinden birini oluşturduğu için ulusal makamlara oldukça dar takdir marjı tanınmaktadır. **Bakırcıoğlu**, s.723, 727. Bu alanda takdir marjının ya çok az bir rolü vardır ya da hiç yoktur. Bu konuda bkz. **Prebensen**, s.14.



bütüncül bir biçimde göz önüne alınarak diğer kriterlerle birlikte inceleme yapmaktadır<sup>304</sup>. Mahkeme, tek başına “devlet terörü”, “katliam”, “direniş” gibi ifadelerin kullanılmasını doğrudan şiddeti teşvik etme kapsamında görmemekte; ifadenin bağlamıyla birlikte hakkın öznesine, ifadenin yeri ve zamanına, ifade ediliş biçimine bakarak denetim gerçekleştirmektedir<sup>305</sup>. Ancak *Leroy/Fransa* davasında bir karikatüristin “*Biz hayal ettik Hamas yaptı*” şeklinde 11 Eylül saldırısının gerçekleşmesinden iki gün sonra yayınlanan eserin hiciv niteliğini dikkate almakla birlikte; başvuru aleyhine hükmedilen para cezasının tutarını da göz önüne alarak ifade özgürlüğüne yönelik gerçekleşen müdahaleyi orantılı bulmuştur<sup>306</sup>.

Bu çerçevede görülmektedir ki Mahkeme, terörün önlenmesi ile ifade özgürlüğünün korunması arasında denge kurulması gerekliliği üzerinde titizlikle durmakta; müdahalenin ciddiyetine önem vererek denetim gerçekleştirmektedir. Böylelikle, Mahkeme her somut olayın kendine özgü koşullarını değerlendirmekte; fakat siyasi nitelikte ifadeler söz konusu olduğunda ise ulusal makamlara tanıdığı takdir marjının sınırını oldukça daraltmaktadır. Denetim faaliyetleri sırasında ulusal makamların, olayın tüm koşullarını göz önünde bulundurarak çatışan değerleri uzlaştırması aranmakta; sadece ifadenin kendisinin şiddeti çağrıştırmasının, ifade özgürlüğüne gerçekleşen müdahaleyi haklı kılmayacağına dikkate alınması gerekmektedir<sup>307</sup>. Siyasi nitelikte ifadelerin dile getirilmesinde kışkırtıcı ve rahatsız edici bir söylemin benimsenmesi mümkün olup, ancak şiddetin sahiplenilerek teşvik edilmesi durumunda hakkın öznesine orantılı bir cevapla karşılık verilmesi mümkün olabilmektedir. Bu kapsamda, ulusal güvenlik gerekçesiyle yapılan sınırlamalarda geniş takdir marjı tanınmakta; fakat görülmektedir ki siyasi söylem niteliğinde ifadelerin ulusal güvenlik ölçütüyle sınırlandırılması söz konusu olduğu zaman ise ulusal makamların takdir marjı daralmaktadır.

Görüldüğü üzere Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü şiddet teşvikini koruma altına almamakta; bunun yanı sıra hakkında tartışma bulunmayan soykırımın inkârı ve nefret söylemi ifade özgürlüğünün koruma kapsamı

<sup>304</sup> Doğru/Nalbant, C.II Açıklama., s.196-200; Gül/Çakan, s.390 vd.

<sup>305</sup> *Ceylan/Türkiye*, 23556/94, 08.07.1999, p.34.

<sup>306</sup> *Leroy/Fransa*, 36109/03, 02.10.2008, p.36 vd.

<sup>307</sup> Mahkeme bütüncül bir yaklaşımla ifadenin bağlamına odaklanmaktadır. Mahkeme’nin yaklaşımı için bkz. **Tezcan**, Durmuş; Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne İlişkin İhtihat, Avrupa Konseyi, Etki Yayıncılık, 2002, s.42-55; **Korkmaz**, Düşünce., s.152-165; **Özbey**, s.64; **Gül/Çakan**, s.390.

dışında kalmaktadır. Ancak tarihsel açıdan tartışmalı konuların dile getirilmesi ve nefret söylemi içermeyen dini değerlere ilişkin muhalif görüşler madde metninin koruma kapsamına dâhil olmaktadır. Tarihsel açıdan tartışmalı konulara ilişkin olarak dile getirilen ifadelerin sınırlandırılması hususunda, Büyük Daire'nin *Perinçek/İsviçre* kararı ele alınabilir. Başvurucu, 1915'te Ermeni halkına karşı gerçekleşen olayların soykırım olduğunu katıldığı bir konferans sırasında açık bir dille reddetmiş ve “uluslararası bir yalan” şeklinde nitelendirmiştir<sup>308</sup>. Akabinde kendisi hakkında suç duyurusunda bulunulmuş, soykırımı inkâr ederek ırk ayrımcılığı yaptığı gerekçesiyle hakkında para cezasına hükmedilmiş ve ayrıca manevi tazminat sorumluluğunun bulunduğu karar verilmiştir<sup>309</sup>.

Mahkeme müdahalenin meşru amacının başkalarının haklarının korunması ve kamu düzeninin sağlanması olduğunu kabul ederek, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını denetlemiştir. Konuya ilişkin genel ilkelerini ortaya koyduktan sonra, başvurunun ifadelerinin tarihi, siyasi ve hukuki nitelikte olduğundan bahisle kamu menfaatini ilgilendiren söz konusu tartışmada ulusal makamların takdir marjını sınırlandırmıştır<sup>310</sup>. Ardından ikinci olarak müdahalenin kapsamını, coğrafi ve tarihsel faktörler ile zaman faktörü bakımından incelemiş; 1915'te gerçekleşen vakalara ilişkin olarak başvurunun ifadelerinin İsviçre ile doğrudan bir bağlantısının bulunmadığını ve ilgili ifadelerin düzenlenmesi gerekebilse de zamanın geçmesiyle gerekliliğin azaldığını belirtmiştir<sup>311</sup>. Üçüncü olarak, Ermenistan toplumunun üyelerinin haklarını etkileyen ifadelerin boyutunu ele almış ve konferansta dile getirilen görüşlerin etkisinin sınırlı olduğuna kanaat getirmiştir<sup>312</sup>. Dördüncü olarak, Mahkeme bu konuda hukuki düzenleme yapma gerekliliği algısı ve farklı ulusal yaklaşımları vurgulayan müdahillerin, davalı hükümetin görüşlerine atıfla çeşitliliği kabul etmiş; şiddeti veya nefreti kışkırtmadan yapılan soykırımın reddinin cezai yaptırıma tâbi tutulmasında İsviçre'nin karşılaştırmalı spektrumun bir ucunda bulunduğunu tespit etmiştir<sup>313</sup>. Ayrıca takdir marjının genişliğini yeterli bir şekilde etkileyen diğer unsurların bulunduğunu belirterek, Mahkeme'nin sonuca ulaşmasında karşılaştırmalı hukukun

<sup>308</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, p.12-16.

<sup>309</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, p.22.

<sup>310</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, p.229-241.

<sup>311</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, p.250-242.

<sup>312</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, p.254-251.

<sup>313</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, p.257.

durumunun çok önemli bir rolü bulunmadığının altını çizmiştir. Beşinci olarak, uluslararası antlaşmaların soykırımın reddini cezai yaptırıma tâbi tutma yükümlülüğü yüklediğini saptamıştır<sup>314</sup>. Altıncı olarak, ulusal yargı makamlarının mahkumiyeti haklı kılmak için uyguladıkları yöntemi denetlemiştir; yedinci olarak müdahalenin ciddiyeti hafif olsa da cezai yaptırımın ifade özgürlüğüne yönelen en ciddi müdahalelerden biri olduğunu belirtmiştir<sup>315</sup>. Son olarak Ermeni toplumunun onurunun korunması ve başvurucunun ifade özgürlüğü arasında adil denge tesis edilip edilmediğini denetlemiştir. Bu çerçevede, Ermeni toplumunun Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan hakları ile başvurucunun ifade özgürlüğünü uzlaştırmak ihtiyacı doğmuştur. Ancak Mahkeme Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğü ile iç hukukta eş değer hükümleri olan İsviçre Konfederasyon Anayasası'nda düzenlenen hükümlerin tartışılmadığını tespit etmiştir<sup>316</sup>.

Mahkeme açıklanan ilkeler ışığında ifade özgürlüğüne yönelen müdahalenin demokratik toplumda orantılı kabul edilemeyeceğinden bahisle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu kararda uygulanan takdir marjı doktrini açısından karara iki şekilde yaklaşmak mümkündür. Mahkeme tarafından Avrupa konsensüsü arayışında karşılaştırmalı hukuk verilerine odaklanılmış, soykırımın cezai yaptırıma tâbi tutulmasında çeşitlilik bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak bu hususun tek başına takdir marjını genişletmeye yetmeyeceği dikkate alınarak, ifadenin kamusal menfaatini ilgilendiren bir konuya ilişkin olması ve haklar arasında adil denge kurulması ihtiyacının takdir marjını sınırlandırması, Avrupa konsensüsünün yoksunluğuna baskın gelmiştir. Kapsamlı bir denetimle takdir marjının sınırlandırılması olumlu bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, karşı oyda dile getirildiği üzere konsensüsün oluşmamasının karar üzerinde tek etkisi takdir marjını genişletmek olmalıdır<sup>317</sup>. Dolayısıyla konsensüsün belirleyici etkisinin bulunmadığını belirtmek muğlaklığı pekiştirerek, takdir marjı doktrini uygulamasında keyfi bir alan açmaya müsaittir. Bu nedenle konsensüs eksikliğinin ulusal makamlara tanıdığı olduğu geniş takdir marjının ilgili gerekçelerle sınırlandırıldığını ortaya koymak, isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir.

<sup>314</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, p.258-268.

<sup>315</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, p.269-273.

<sup>316</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, p.277.

<sup>317</sup> *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015, *Yargıçlar Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis ve Kürüs'in Ortak Karşı Oy Görüşü*, p.9.

Sözleşme'nin 10. maddesinin koruma kapsamı dışında kalan diğer bir ifade türünün nefret söylemi olduğunu belirtmek gerekmektedir. Çünkü taraf devletlerin bireyleri nefret söylemi ve nefret suçlarına karşı korumak yönünde maddi ve usuli nitelikte pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>318</sup>. Taraf devletler bireyleri nefret söylemi ve nefret suçlarından korumak için makul bütün tedbirleri almakla yükümlü olup, ulusal makamların bireyleri nefret söylemlerine karşı koruma ve bu amaçla uygun bir sistem gerçekleştirme, ayrıca gerektiğinde gecikmeksizin soruşturma açarak usuli yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir<sup>319</sup>. Nefret söyleminin tanımı yapılırken Mahkeme tarafından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararına atıf yapılmaktadır<sup>320</sup>. Irk, din, yabancı düşmanlığı, ayrımcılık, aşırı milliyetçilik, etnik merkezîyetçilik ve hoşgörüsüzlüğe dayalı her türlü nefreti yayan, teşvik eden ya da haklı gösteren ifade biçimleri nefret söylemi oluşturduğundan ifade özgürlüğünün koruma kapsamı dışında kalmaktadır. Zira demokratik toplumun temel öncülleriyle çatışan söylemleri sınırlama noktasında ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>321</sup>. Daha önce belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü sınırsız olmayıp, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama sebepleri gerekçe gösterilerek orantılı bir araçla sınırlamaya tâbi tutulabilir. Bu noktada demokratik toplumun temel öncülleriyle çatışan söylemlerin ne olduğunun sınırını belirlemek her zaman kolay olmayabilir.

Özellikle dinsel nefret ve kin içeren söylemlerin sınırlandırılmasında ortak bir ahlak anlayışı bulunmadığından bahisle esnek bir yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir<sup>322</sup>. Dinin kutsal saydığı değerlere hakaret kabul edilen ifadeler Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında yer almazken; dine eleştirel bakış açısı sunan ve dinsel kurumları sorgulayan yaklaşımlar ifade özgürlüğü kapsamında

<sup>318</sup> *Dink/Türkiye*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 12.09.2010, p.81.

<sup>319</sup> **Göktepe**, Hüseyin; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret", TAAD, Y.7, 2016, S.25, s.177. Yazara göre ulusal makamlar ifade sahibinin mesleğini, amacını, ifadenin içeriğini ve bağlamını, ifadenin muhatabını, ifadenin potansiyel etkisini, ölçülülüğü dikkate almak durumundadır. Yazarın isabetli bulduğumuz görüşü için bkz. **Şirin**, "Nefret Söylemi.", s.181.

<sup>320</sup> "Nefret söylemi, ırkçı nefret, yabancı düşmanlığı, anti-semitizm ve hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden ya da haklı gösteren her türlü ifade biçimidir. Hoşgörüsüzlüğe dayalı nefret, saldırgan milliyetçilik, etnik merkezîyetçilik, ayrımcılık ve azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenlilere karşı düşmanlık yoluyla ifade edilen hoşgörüsüzlüğü içermektedir." Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on "hate speech", Akt. **Göktepe**, s.176.

<sup>321</sup> **Bakırcıoğlu**, s.726.

<sup>322</sup> İHAM ifade özgürlüğü karşısında dini inançlara üstünlük tanımaktadır. **Kaya**, Yunus Enes; "İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu", İÜHF, C.LXXIV, 2016, S.2, s.561-568.

değerlendirilmektedir<sup>323</sup>. Ancak dinin kutsal saydığı değerlerin göreceliği ve genel ahlak sınırlama sebebinin tanıdığı geniş takdir marjının gri alanlar yarattığı söylenebilir<sup>324</sup>. Zira Mahkeme tarafından genel ahlak ölçütü tanımlanmamış olup, bir yandan makro düzeyde toplumun kabul etmiş olduğu ahlaki değerlerin korunması, öte yandan mikro düzeyde başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması hedeflenmektedir<sup>325</sup>. Mahkeme'ye göre; tıpkı ahlak konusunda olduğu gibi, bir ülkede bile değişkenlik gösterebilen dinin toplumdaki önemi konusunda Avrupa düzeyinde tek tip bir anlayış bulunduğunu kabul etmek ve başkalarının dini inançlarına yönelen ifadelerin kabul edilebilir sınırlarının kapsamlı bir tanımına ulaşmak mümkün değildir<sup>326</sup>. Ayrıca, dini inançlara yönelen saldırılarda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının gereklilikleri hususunda bir mutabakat bulunmamaktadır<sup>327</sup>. Siyasi ifadeler ve kamunun menfaatini ilgilendiren konular istisnai durumlarda sınırlandırılabilirken; ahlak veya özellikle dini alanda bireyin vicdani kanaatlerini rencide edebilecek nitelikteki ifadelerin sınırlandırılmasında taraf

<sup>323</sup> Mahkeme nedensiz yere incitici ve kamusal tartışmaya katkı sunmayan davranışlardan kaçınmak gerektiği yönünde ödev ve sorumlulukların bulunduğunu belirtmektedir. Kutsal değerlere yönelik sarfedilen ifadelerin sınırlandırılmasının orantılı bulunduğunu kararlar için bkz. *Otto-Preminger-Institut/Avusturya*, 13470/87, 20.09.1994, p.49; *İ.A./Türkiye*, 42571/98, 13.09.2005, p.24; *Wingrove/Birleşik Krallık*, 17419/90, 25.11.1996, p.52. Belirtmek gerekir ki atıf yapılan kararlar inanan kesimin kutsal saydığı değerler üzerine dile getirilen ağır ve incitici ifadeler olarak değerlendirilebilir. Ancak dini, yerel ve kültürel hassasiyetlerle bir sanat eserinin sansürlenmesinin ifade özgürlüğüne uygun bulunması, oldukça tartışma içeren bir konudur. Özellikle bir başkasını yok sayan, inananları baskılayan ve sindiren nefret söylemiyle mücadelede odaklanılması gerektiği söylenebilir. Söz konusu kararlarda, dine yönelik açığa çıkan ifadeler hakkında ifade ediliş biçiminin yeterince dikkate alınmaması ve takdir marjının kullanımının tutarlı bir eleştirisi için bkz. **Dinçer**, Hülya; “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve “Dini His”lere Tanınan Koruma”, GSÜHFD (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan), C.II, 2010, s.1101-1126. Dinsel içerikli nefret söylemlerine karşı bireylerin korunması gerekmektedir. Bkz. **Kaya**, s.568. Söz konusu kararlar takdir marjının siyasi kullanımı olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda bkz. **Aladağ Görentaş**, s.209-213.

<sup>324</sup> Nelerin dini değer olarak kabul edileceği muğlaktır. Bu yönde bkz. **Göktepe**, s.205. Belirsizlikleri gidermek adına öğretide çıkar yolları arandığı görülmektedir. Taraf devletlerin Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlükleri sınırlandırırken, sahip olduğu yetkinin sınırsızlığını reddetmek adına, genel ahlakın bir tanımının ortaya konulması gerektiği ileri sürülmektedir. Yazara göre; Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin ortak değeri olan insan onurundan hareketle genel ahlak tanımlanabilir. İnsan onuru, genel ahlakın nasıl yorumlanmayacağını gösteren ve dışsal sınırı oluşturan *bireysel özerklik* ile insan onurunun içeriğinden hareketle genel ahlakın nasıl anlaşılması gerektiğini ortaya koyacak şekilde *diğer insanlara saygı duyma* olarak iki boyutlu düşünülmektedir. Böylelikle Mahkeme’nin genel ahlakın tanımı konusunda taraf devletlere uyum sağlama yaklaşımını bırakmasına ve geleneksel tutumunu yeniden düşünmesine ilişkin bir alan yaratılabilir. Bu yönde bkz. **Perrone**, Roberto; “Public Morals and the European Convention on Human Rights”, *Israel Law Review*, C.XLVII, 2014, S.3, s.361-378. Aksi yönde bkz. **Prebensen**, s.15.

<sup>325</sup> **Nowlin**, Christopher; “The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, *Human Rights Quarterly*, C.XXIV, 2002, s.278, 279; **Dinçer**, s.1109. Dine hakaret edilmemesini isteme hakkı bulunmadığından başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ölçütüne dayanılmayacağı hakkında bkz. **Kaya**, s.568.

<sup>326</sup> *Otto-Preminger-Institut/Avusturya*, 13470/87, 20.09.1994, p.50.

<sup>327</sup> *Wingrove/Birleşik Krallık*, 17419/90, 25.11.1996, p.58.

devletlere geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>328</sup>. Keza ulusal makamların ülkenin esaslı güçleriyle kurmuş oldukları doğrudan ve sürekli temas nedeniyle, uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda buldukları, yine genel bir argüman mahiyetinde hatırlatılmaktadır. Böylece dini konularda dile getirilecek olan ifadelerin, esasen kamusal menfaati ilgilendiren nitelikte olmadığı kabul edilmektedir<sup>329</sup>.

Mahkeme'nin ahlaki ve dini değerlere ilişkin konsensüs arayışına mesafeli durması gerektiği belirtilebilir. Zira ahlaki ve dini değerler elbette ki kültürel çeşitliliğin en yaygın şekilde vücut bulduğu alanlar olduğu için her zaman geniş takdir marjının bulunduğu konular niteliğinde kalmaya mahkum olacaklardır. Zira bu durum insan hakları koruma mekanizması bünyesinde çoğunlukçu anlayışın hakim kılınmasına yol açabileceği gibi, gri alanlara ve kültürel göreliliğin üstün kılınmasına yol açmaktadır<sup>330</sup>. Denilebilir ki Mahkeme'nin dine hakaretin söz konusu olduğu durumlarda, taraf devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlandırması yaklaşımı yerine; ulusal makamların açık fikirli, çoğulcu ve hoşgörülü bir toplumu pekiştiren tedbirler alması gerekliliği ortaya konulmalı ve taraf devletler, Mahkeme tarafından sınırlayıcı yaklaşım yerine özgürlükçü bir yaklaşıma özendirilmelidir<sup>331</sup>. Nihayet, her ne kadar geniş takdir marjı yukarıda gerekçelendirildiği üzere eleştirilebilir nitelikte olsa da bu durum ulusal makamlara açık çek verilmesi anlamına gelmemektedir<sup>332</sup>.

Tüm bu hususların yanı sıra; ticari ifadelere<sup>333</sup> ilişkin konularda da ulusal makamların takdir marjı genişlemektedir. Geniş takdir marjının tanındığı hususlarda, Mahkeme tarafından adil dengenin tesisini sağlamakla görevli olan ulusal makamların takdirinin denetlenmesinde ölçülülük ilkesi daha esnek bir biçimde uygulanmaktadır. Yine de geniş takdir marjı tanınan alanlar denetimsiz olmayıp, ahlaki konular gibi

---

<sup>328</sup> *Wingrove/Birleşik Krallık, 17419/90, 25.11.1996, p.58.* Dine hakaret, inanç sahiplerinin en mahrem alanı olan inançlarını ve kültürel kimliklerini hedef aldığından bahisle bu yaklaşımın kabul gördüğü görüşler de mevcuttur. **Prebensen**, s.15.

<sup>329</sup> **Dinçer**, s.1119.

<sup>330</sup> “Bu şekilde devletler neyin din neyin inanç olduğunu ve hangi inancın ne kadar korunmaya mazhar olduğunu belirleyebileceklerdir.” Bkz. **Dinçer**, s.1112, 1113.

<sup>331</sup> Bu gibi durumlarda ifade özgürlüğünü sınırlamak yerine kültürler arası diyalogu artıracak tedbirler alınması gerektiği yönünde isabetli bir yaklaşım için bkz. **Kaya**, s.561.

<sup>332</sup> Benzer yönde bkz. **Göktepe**, s.205.

<sup>333</sup> Taraf devletler haksız rekabetin önlenmesi için geniş takdir marjından yararlanmaktadır. *Barthold/Almanya, 8734/79, 25.03.1985, p.52.* Ticari ifadelere takdir marjından hareketle siyasi ve sanatsal ifadelere nazaran esnek bir denetim uygulanmaktadır. Bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.474.

hassas görülen alanlarda genel kapsamda öngörülen yasaklamalar ifade özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır<sup>334</sup>.

Bu kapsamda siyasi reklam yasakları ile ticari reklamlara ilişkin düzenlemeler arasında ulusal makamlara tanınan takdir marjı bakımından fark bulunmaktadır. Mahkeme kamu menfaatini etkileyen tartışmalara katılım söz konusu olduğunda, kamusal tartışmalara katılmanın demokratik toplumda önemini dikkate almakta; tartışılmasında kamunun menfaatinin bulunduğu konularda ticari ifadelere nazaran takdir marjı daralmaktadır<sup>335</sup>. Siyasi reklam yasakları, bu bağlamda ele alınarak kamunun menfaati bulunan konularda takdir marjının sınırlandırıldığı görülmektedir. Keza Mahkeme 2001 tarihli kararında, endüstriyel hayvan üretimine karşı bir derneğin “sağlığımız, hayvanlar ve çevre hatrına daha az et yiyin” ifadelerini içeren bir kamu spotu yayımlanması talebinin reddedilmesini incelemiştir<sup>336</sup>. Kamunun menfaatini ilgilendiren konularda ulusal makamlara tanınan takdir marjının daraldığını ortaya koymuş ve kamu spotunun ulusal ölçekte yayımlanmasından sorumlu olan tek makamın Ticari Televizyon Şirketi (*Commercial Television Company*) olmasını dikkate alarak ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi orantısız bulmuştur<sup>337</sup>.

Bununla birlikte, siyasi reklam yasakları konusunda “siyasi” nitelikte olan reklamların kapsamı konusunda belirsizlik olabileceği, siyasi partilerin seçim dönemlerindeki mesajlarından, hükümet dışı organizasyonların mesajlarına kadar geniş anlamda anlaşılabilmesi belirtilmektedir. Bu konunun genel olarak propaganda yasağı şeklinde algılandığı tespit edilmekte ve kamunun menfaatini ilgilendiren çevre hakları, hayvan hakları, kürtaj hakkı gibi konular bu çerçevede ele alınmaktadır<sup>338</sup>. Mahkeme siyasi reklam yasaklarının düzenlenmesinde Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında geniş yasakların kaldırılması konusunda bir eğilim var olsa da konsensüs oluşmadığını işaret ederek, kamunun menfaatini ilgilendiren konularda konsensüs bulunmadığı durumlarda ulusal makamların takdir marjının genişlediği

<sup>334</sup> Bu konuda bkz. *Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda*, 14234/88, 14235/88, 29.10.1992, p.68; *Kaos GL/Türkiye*, 4982/07, 22.11.2016, p.49. Ayrıca bkz. **Macovei**, *İfade Özgürlüğü*, s.91-96.

<sup>335</sup> Kamu sağlığına ilişkin olarak, bir dergide yayımlanan mikrodalga fırın kullanılarak yiyecek tüketiminin sağlığa zararlı olduğunu belirten ifadelerin yasaklanması ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil etmiştir. Mahkeme, kamu sağlığının kamunun menfaatine olan bir konu olduğunu belirterek, takdir marjını sınırlandırmıştır. *Hertel/İsviçre*, 25181/94, 25.08.1998, p.47.

<sup>336</sup> *VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre*, 24699/94, 28.06.2001, p.10.

<sup>337</sup> *VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre*, 24699/94, 28.06.2001, p.63-79.

<sup>338</sup> *Animal Defenders International/Birleşik Krallık*, 48876/08, 22.04.2013, p.65-72.

kanaatini paylaşmaktadır<sup>339</sup>. Belirtmek gerekir ki Mahkeme hükümet dışı kuruluşların hakkın öznesi olması ve kamunun menfaatini ilgilendiren nitelikte ifadelerin açığa çıkarılması söz konusu olduğundan bahisle takdir marjının daraldığını kabul etmekte; ancak konsensüs oluşmadığından takdir marjını genişletmektedir<sup>340</sup>. Daha önce görüldüğü üzere takdir marjı doktrininin kriterlerinden Avrupa konsensüsü arayışına fazla anlam yüklendiği ve kriterler arasından konsensüse üstünlük tanındığı; bu nedenle yargının kendi kendini sınırlamasının bir örneğinin açığa çıktığı söylenebilir<sup>341</sup>.

## 2- Hakkın Öznesi ile İfadenin Muhatabı Olan Özne

İfadeyi kullanan kişinin sıfatı, hakkın öznesi ile ifadenin muhatabı olan öznenin kim olduğu takdir marjının sınırını çizmekte belirleyici bir kriter oluşturmaktadır. Bu kapsamda bir siyasi parti üyesinin dağıttığı bildirinin içeriği kadar hakkın öznesinin siyasi parti üyesi olması önem taşımaktadır ve siyasi parti üyesinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında takdir marjı daralmaktadır<sup>342</sup>. Keza, Mahkeme siyasi mücadelenin demokratik toplumda önemine dikkat çekmekte; siyasetçilerin ifade özgürlüğünün zorunlu nedenler olmadıkça kısıtlanmaması gerektiği kanaatini paylaşmaktadır.<sup>343</sup> Siyasetçiler kamunun denetimine açık olmayı bilerek tercih etmektedirler. Bu nedenle siyasetçilerin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında ulusal makamların takdir marjı daralmaktadır. Ancak siyasetçilerin itibarının korunması söz konusu olduğunda, diğer bir deyişle vatandaşların ifade özgürlüğü ile siyasetçilerin itibarının yarıştığı noktada genellikle ifade özgürlüğü korunmakta ve eleştiri hakkının sınırlarının geniş olduğu siyasetçilerin itibarının korunmasında yaklaşım daha esnek olmaktadır<sup>344</sup>. Böylece siyasetçilerin eleştiri sınırlarının genişliği nedeniyle, siyasetçilerin itibarının

---

<sup>339</sup> Konsensüs oluşmadığından ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmış, siyasi reklam dışında diğer iletişim kanallarının açık olduğundan bahisle müdahale orantılı bulunmuştur. *Animal Defenders International/Birleşik Krallık*, 48876/08, 22.04.2013, p.123. Komisyon'un siyasi reklam yasaklarına ilişkin uygulamaları, benzer şekilde ifade özgürlüğünü sınırlayıcı bir yaklaşım sunmaktaydı. Bu konuda isabetli bir eleştiri için bkz. **Korkmaz**, *Düşünce.*, s.134, 135.

<sup>340</sup> Paragrafları karşılaştırmak için bkz *Animal Defenders International/Birleşik Krallık*, 48876/08, 22.04.2013, p.103, 104 ile 123.

<sup>341</sup> Karşı oylarda konsensüsün tespitinde hataya düşüldüğü ve kamunun menfaatini ilgilendiren konuda takdir marjının dar olduğu dile getirilmektedir. *Animal Defenders International/Birleşik Krallık*, 48876/08, 22.04.2013, *Yargıçlar Tulkens, Spielmann ve Laffranque'un karşı oyu*, p.4, 6; *Yargıçlar Ziemele, Sajó, Kalaydjieva, Vučinić ve De Gaetano'nun karşı oyu*, p.10, 15.

<sup>342</sup> *Incal/Türkiye*, 22678/93, 09.06.1998, p.46. Muhalefet partisi üyesinin ifadelerinin korunması söz konusu olduğunda sıkı bir denetim gerçekleştirilmektedir. Bkz. *Faruk Temel/Türkiye*, 16853/05, 01.02.2011, p.58-64; *Castells/İspanya*, 11798/85, 23.04.1992, p.40-50.

<sup>343</sup> *Erbakan/Türkiye*, 59405/00, 06.07.2006, p.55-57.

<sup>344</sup> **Bychawska-Siniarska**, s.72. Ayrıca bkz. *Lingens/Avusturya*, 9815/82, 08.07.1986, p.42.



korunmasında sivil kişilerin muhatap olduğu ifadelere nazaran ulusal makamların yaklaşımlarının daha esnek olması gerekmektedir. İfadenin yöneldiği muhatabın kamu görevlisi olması durumunda ise eleştiri sınırı sivil bireylere göre daha geniş olmakla birlikte, kamu görevlisini eleştirmenin sınırı siyasetçiler kadar geniş kabul edilmemektedir<sup>345</sup>. Eleştiri sınırının resmi görevliler arasında genişliği ise sırasıyla siyasetçiler, kamu görevlisi ve kamu görevlileri olarak özel rolleri gereğince yargıçlar olarak sıralanmakta; itibarın korunmasında ise tüm kamu görevlileri daha sıkı bir koruma altında bulunmaktadır. Dolayısıyla yargıçlara yönelen ifadelerin sınırlandırılmasında ulusal makamlara tanınan takdir marjının, hükümetler ve siyasetçilere yönelen eleştirilerin sınırlandırılmasına nazaran daha geniş olduğu kabul edilmektedir<sup>346</sup>. Yargıçlara yöneltilen eleştiriler bakımından ikili bir ayırım yapılmaktadır. Kamusal tartışmalara katkı sunan eleştiriler söz konusu olduğunda takdir marjı daralmakta; ancak kişisel, yıkıcı, yersiz eleştiriler yöneltildiğinde ise takdir marjı genişlemektedir<sup>347</sup>.

Bu çerçevede Mahkeme'nin ortaya koyduğu ilkeler ışığında, üst düzey yetkililerin ve siyasetçilerin kişilik haklarının, itibarlarının korunması için daha yüksek cezalar ve özel koruma öngören hukuk kuralları, ifade özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır<sup>348</sup>. Kamuya açık ve siyasi faaliyetlerle bağlantılı konularda ifade özgürlüğü sıkı bir şekilde korunmakta; ifade özgürlüğünün yöneldiği öznenin devlet başkanı, bakan veya monarşik düzen içerisinde siyasi faaliyetlerde yansız bir kral olması durumunda söz konusu yetkililere konumundan kaynaklanan ayrıcalıklı bir koruma sağlanması ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir<sup>349</sup>. Nitekim siyasetçilere yönelen eleştiriler abartı ve provokasyona imkân tanımakta; siyasetçilerin itibarının korunmasında ifade özgürlüğünün istisnalarının daha dar yorumlanması gerekmektedir. Mahkeme ceza davaları açısından her ne kadar ertelemeye konu olsa da bireyler üzerinde ifade özgürlüğünün kullanılmasında caydırıcı etki yaratma

---

<sup>345</sup> Janowski/Polonya, 25716/94, 21.01.1999, p.31-35. İtibarın korunması ile ifade özgürlüğü çatıştığında kamu görevlilerinin itibarı siyasetçilerin itibarına nazaran daha kuvvetli korunmaktadır. Çünkü kamu görevlisinin yerine getirdiği göreve kamunun duyduğu güven demokratik toplumda önem arz etmektedir. Bu konuda bkz. **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.236. Yargıçlar adaletin garantörü olarak ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Ayrıca eleştirilere cevap vermek bakımından imkâna sahip değildir. Bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.502; **Özbey**, s.82, 83.

<sup>346</sup> **Prebensen**, s.15.

<sup>347</sup> **Bakırcıoğlu**, s.725; **Şirin**, "Takdir Marjı.", s.376.

<sup>348</sup> **Bychawska-Siniarska**, s.74.

<sup>349</sup> **Otegi Mondragon/İspanya**, 2034/07,15.03.2011, p.51-62.

tehditine dikkat çekmekte<sup>350</sup>; hukuk davalarında ise üst düzey devlet yetkililerin aşırı ölçüde korunması ve yüksek miktarda manevi tazminata hükmedilmesinin ifade özgürlüğüne aykırılık içerdiğini belirtmektedir<sup>351</sup>. Bireysel hayatın özü ile bağlantısız kamuya açık siyasi tartışmalarda ifade özgürlüğünün geniş, sınırlama ölçütlerinin dar yorumlanması gerekmektedir. Ulusal makamların bu konuda takdir marjı daralmakta; ceza davasının doğası gereği etkisinin ciddi olduğundan bahisle siyasi alanda söylemlerle ilgili olarak ceza davası, ancak şiddete tahrik veya nefret söyleminin bulunduğu ve diğer hak ve özgürlüklerin ciddi tehdit altında olduğu durumda sınırlı bir çerçevede kabul görmektedir. Ayrıca hakaret oluşturan ifadelere de iç hukukta verilecek tepki önem arz etmekte; ölçüsüz tazminata hükmedilmesi ve ifadenin bağlamına bakmaksızın siyasetçilere ve devlet yetkililerine üstün koruma sağlanması ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim Mahkeme, *Eon/Fransa* davasında kamuya açık bir alanda Cumhurbaşkanına karşı “*Defol git gerizekalı*” ibaresini içeren bir tabelanın gösterilmesini incelemiştir. Söz konusu davada söylem hakaret niteliğinde olsa da ifadenin yöneldiği kişi ve hakkın öznesi ile söylenme şeklini dikkate alarak bütüncül bir denetleme gerçekleştirmiş ve daha önce Cumhurbaşkanı tarafından kullanılan dile getirilen ifadelerin hiciv niteliğini öne çıkararak otuz euro tutarındaki para cezasını orantısız bulmuştur<sup>352</sup>. Bu nedenle ulusal makamların Cumhurbaşkanına hakaret suçunun unsurlarını değerlendirirken, ifade özgürlüğüne ilişkin Mahkeme içtihatlarını gözönünde bulundurması gerekmekte; bu kapsamda ifadenin bağlamı, hakkın öznesi, ifadenin yeri ve zamanının değerlendirilmesi bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Görüldüğü üzere her hakaret içeren söylemin ifade özgürlüğünün koruma kapsamı dışında görülmesi yaklaşımı Mahkeme’nin benimsemiş olduğu bir tutum değildir. Hakaret söz konusu olduğu zaman orantılı bir cevap vermenin gerekliliği, ifade özgürlüğünün etkili bir şekilde korunması ve Sözleşme’nin ihlaline yol açmaması için aşikârdır. Bu kapsamda, ifade özgürlüğü ile ifadenin yöneldiği kişinin itibarının korunması arasında adil denge kurulması elzemdir. Nihayet, 5237 sayılı TCK’nın 299. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanına hakaret suçunun unsurları değerlendirilirken, ifade özgürlüğünün hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiğini unutmamak

<sup>350</sup> *Artun ve Güvener/Türkiye*, 75510/01, 26.06.2007, p.24-35.

<sup>351</sup> *Pakdemirli/Türkiye*, 35839/97, 22.02.2005, p.44-60.

<sup>352</sup> *Eon/Fransa*, 26118/10, 14.03.2013, p.53 vd.

gerekmektedir<sup>353</sup>. Bunun yanı sıra sivil kişilere nazaran Cumhurbaşkanına hakaret suçunun karşılığı olarak bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası yaptırımını öngörülmesinin ise ayrıcalıklı bir koruma sağlayarak orantısız bir müdahale teşkil ettiğinin değerlendirilebileceğinin altını çizmek önem arz etmektedir<sup>354</sup>.

Bununla birlikte, ifadeyi kullanan kişinin sıfatı ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında tek ölçüt oluşturmamaktadır. Zira ırkçı söylemlerde bulunan bir kişiyle röportaj yapılması<sup>355</sup> veya yasadışı örgütün açıklamalarının bir medya organında yayımlanması söz konusu olduğunda, ifadeyi kullanan kişinin sıfatı ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında tek başına haklı gerekçe teşkil etmemektedir<sup>356</sup>. Belirli kişilere karşı nefret duygusunun oluşmasını desteklemiyor ve terör eylemlerini haklı göstermiyorsa, bir yayın organında sadece örgüt yöneticilerinin görüşlerinin paylaşılması ya da örgütün bildirilerinin açıklanmasından dolayı ifade özgürlüğünün sınırlandırılması halkın haber alma hakkıyla bağdaşmamaktadır<sup>357</sup>. Mahkeme tarafından şiddete teşvik etmediği sürece çatışma taraflarının görüşlerine erişebilmenin halkın haber alma hakkı açısından hayati önemde olduğu vurgulanmaktadır<sup>358</sup>. Bu değerlendirmeler aynı zamanda hakkın öznesinin dikkate alındığını göstermekte; gazetecilerin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde ulusal makamların takdir marjının daraldığını ortaya koymaktadır.

Sözleşme'nin 10. maddesinde açıkça basın özgürlüğünden söz edilmemekte; fakat Mahkeme basın özgürlüğünü ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirmekte ve basın mensuplarının haklarının korunması için özel statü tanıyan ilke ve kurallar geliştirmiş bulunmaktadır<sup>359</sup>. Basın sadece bilgi ve kanaat açıklamaya yarayan araç işlevine indirgenmemekte; bir yandan da toplumun bilgi ve kanaat

---

<sup>353</sup> Hukuka uygunluk nedenlerinden hakkın kullanılması için bkz. **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.259.

<sup>354</sup> Benzer yönde bkz. **Bychawska-Siniarska**, s.72. Eski Ceza Kanununda da Cumhurbaşkanına hakaret düzenlemesi eleştiri konusu oluşturmaktaydı. Krallık kalıntısının ürünü olarak nitelendirilmesi ve kaldırılması gerektiği yönünde bkz. **Erem**, Faruk; "Cumhurbaşkanına Hakaret", TBB Dergisi, 1991, S.1, s.21, 22. AYM ise itiraz yolu ile önüne gelen davada suçun kovuşturulmasının Adalet Bakanlığı'nın iznine tâbi tutulması ve Cumhurbaşkanı'nın devleti temsil etmesi nedeniyle kuralın hukuk devleti ilkesine aykırılık içermediğine karar vererek iptal davasını reddetmiştir. AYM'ye göre hiçbir hukuk düzeni tarafından hakaret etme hakkı tanınmamakta ve söz konusu suç tipi ile devletin saygınlığının korunması istenmektedir. AYM, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016, R.G.03.01.2017-29937.

<sup>355</sup> *Jersild/Danimarka*, 15890/89, 23.09.1994, 23.09.1994, p.25-37.

<sup>356</sup> *Gözel ve Özer/Türkiye*, 43453/04, 31098/05, 06.07.2010, p.46-64.

<sup>357</sup> *Gözel ve Özer/Türkiye*, 43453/04, 31098/05, 06.07.2010, p.46-64.

<sup>358</sup> **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.200, 201.

<sup>359</sup> **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s.433; **Macovei**, İfade Özgürlüğü., s.17; **Bychawska-Siniarska**, s.99.

edinme özgürlüğünü temin eden karşılıklılık ilişkisi; öte yandan basının kamusal denetim işlevi gereğince, basın özgürlüğüne etkili ve ayrıcalıklı bir koruma sağlandığı görülmektedir<sup>360</sup>. Zira basın kamunun bekçi köpeği rolüne sahip olup, halkın siyasi liderlerin davranış ve düşünceleri hakkında fikir oluşturmasının en iyi araçlarından birini sağladığı vurgulanmaktadır<sup>361</sup>. Basının demokratik toplumda rolü ve önemi dikkate alınarak, siyasi nitelikte ifadeler veya kamunun menfaatini ilgilendiren konular tartışılmakta olduğundan, Mahkeme tarafından *katı/hassas* bir denetim gerçekleştirilmekte; bu nedenle hakkın öznesinin basın organları olması durumunda ulusal makamlara tanınan takdir marjı oldukça sınırlandırılmaktadır.

Mahkeme, tıpkı basının halkın bekçi köpeği rolünü üstlendiği gibi hükümet dışı kuruluşların da aynı misyona sahip olduklarını belirtmektedir. Hükümet dışı kuruluşlar kamunun menfaatini ilgilendiren konularda kamuoyu oluşturmada ve kamuoyunun dikkatini çekerek önemli bir rol oynadıklarını kaydetmek gerekmektedir<sup>362</sup>. Bu nedenle, hakkın öznesinin kamunun menfaatini ilgilendiren konuları tartışmaya açarak, bilgi ve kanaat edinme ve yayma özgürlüğünün karşılıklı bir şekilde kullanılmasına hizmet eden hükümet dışı kuruluşlar olması durumunda ulusal makamlara tanınan takdir marjı daralmaktadır.

### **3- İfadenin Yeri ve Zamanı**

Takdir marjının sınırını çizen, dolayısıyla ifade özgürlüğünün koruma alanını belirleyebilecek bir diğer kriter ise ifadenin dile getirildiği yer ve zaman olduğu söylenebilir. Zira Mahkeme içtihatlarında bu hususun dikkate alındığı görülmekte, diğer kriterlerle birlikte ifadenin yeri ve zamanının koruma kapsamını netleştirebilecek bir kriter olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme krala hakaret suçundan mahkum olan siyasetçinin şikâyetini incelediği davada; söz konusu söylemlerin siyasi niteliği ile ifadenin siyasetçiye ait olmasının ve ifadenin yöneldiği öznenin eleştiri sınırının genişliğinin yanı sıra; söylemin basın toplantısında gerçekleşmiş olduğuna önem atfettiği görülmektedir<sup>363</sup>. Dolayısıyla siyasi niteliği nedeniyle meclis kürsüsünde veya basın toplantısında dile getirilen ifadelerin sınırlandırılmasında takdir marjı daralmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme *Zana/Türkiye* davasında, dönemin belediye başkanının söylemlerini bağlamıyla birlikte değerlendirirken, aynı zamanda

<sup>360</sup> Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları., s.130.

<sup>361</sup> *Lingens/Avusturya*, 9815/82, 08.07.1986, p.42-44.

<sup>362</sup> *Animal Defenders International/Birleşik Krallık*, 48876/08, 22.04.2013, p.103.

<sup>363</sup> *Otegi Mondragon/İspanya*, 2034/07, 15.03.2011, p.54.

başvurucunun belediye başkanı olmasını ve söylemin çatışmanın yaşandığı bölgede var olan durumu kötüleştirebileceğini göz önünde bulundurmuş; başvurucuya verilen cezanın demokratik toplumda orantılı olduğuna kanaat getirmiştir<sup>364</sup>. Dolayısıyla terör operasyonlarının gerçekleştiği, çatışma yerlerine yakın bölgelerde açıklanan ifadelerin sınırlandırılması zorunlu toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık makul görülebilir. Bunun yanı sıra; ifadenin yeri ve zamanı dikkate alınırken, barışçıl bir gösteride dile getirilen söylemler ile yasadışı ve şiddet içerikli gösterilerde açıklanan ifadelerin aynı ağırlıkta değerlendirilmediği söylenebilir<sup>365</sup>.

Mahkeme, anma töreninde kitleye karşı okunan mesajın içeriğinde yer alan “direnış”, “özgürlük mücadelesi”, “isyan”, “gerilla” gibi ifadelerin geçtiği metni değerlendirirken, anma törenini ve barışçıl niteliğini gözönünde bulundurmuştur<sup>366</sup>. Anma törenine katılan bir gruba yönelik dile getirilen ifadelerin ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu düzeni sınırlama sebeplerinin potansiyel etkisini kaydadeğer ölçüde sınırlandırdığı kararını vermiştir<sup>367</sup>. Keza Mahkeme, halka açık barışçıl gösterilerde sarf edilen sözlerin irdelendiği şikâyetinde, aynı yönde yaklaşımını sürdürmüştür. Zira *Gül ve Diğerleri/Türkiye* davasında, “Gerillalar ölmez yaşasın halk savaşı”, “Devrim şehitleri ölümsüzdür.”, “İktidar namlunun ucundadır.” şeklinde silahlı ve yasadışı örgüt lehine atılan sloganların şiddet içerikli olmasını dikkate almış; ancak Sözleşme’nin 10. maddesinin sadece ifadenin içeriğini değil, ifade ediliş biçimini de koruduğunun altını çizmiştir<sup>368</sup>. Atılan sloganların basmakalıp sol sloganlar olduğunu ve başvurucuların slogan atarak herhangi bir kişiye karşı şiddeti desteklemediklerini belirtmiş; ulusal makamların ceza yargılamasını gerektiren açık ve yakın tehditin bulunduğunu gösteremediklerini dile getirerek müdahaleyi orantısız bulmuştur<sup>369</sup>.

<sup>364</sup> “PKK’nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar.” Mahkeme tarafından bu ifadelerin şiddeti teşvik etmediği hususu muğlak ve çelişkili görünmüştür. *Zana/Türkiye*, 18954/91, 25.11.1997, p.52-62.

<sup>365</sup> Doğru/Nalbant, C.II Açıklama., s.204, 205.

<sup>366</sup> *Gerger/Türkiye*, 24919/94, 08.07.1999, p.46-52.

<sup>367</sup> *Gerger/Türkiye*, 24919/94, 08.07.1999, p.50.

<sup>368</sup> *Gül ve diğerleri/Türkiye*, 4870/02, 08.06.2010, p.32-45.

<sup>369</sup> Mahkeme’nin hükmedilen cezanın uzunluğunu dikkate aldığı görülmektedir. *Gül ve diğerleri/Türkiye* davasının, *Taşdemir/Türkiye* davasından iki sebeple ayrıldığı belirtilmektedir. İlk olarak, *Taşdemir/Türkiye* davasında başvurucunun terör örgütünün silahlı kanadının intikamda ön safta olduğunu belirten sözleri terörün açıkça desteklenmesi anlamına gelmekte; ikinci olarak ise *Taşdemir/Türkiye* davasında hükmedilen cezanın süresinin düşüklüğü göz önünde bulundurulmaktadır. Bu nedenle *Taşdemir/Türkiye* davası açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur. *Taşdemir/Türkiye*, 38841/07, 23.02.2010.

Böylelikle anma töreni ve barışçıl gösterilerde dile getirilen söylemlerin, siyasi ifadelerin, atılan sloganların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği görülmekte; bu nedenle de barışçıl gösterilerde ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması sebepleri kayda değer ölçüde kısıtlanmaktadır. Dolayısıyla adil dengeyi tesis edecek olan ulusal makamların barışçıl gösterilerde dile getirilen şiddet içerikli ifadelerin ulusal güvenliği tehdit ettiğine yönelik olarak açık ve yakın tehlikeyi gerekçeleriyle birlikte sunması gerekmektedir; barışçıl gösterilerde ifade edilen söylemlerin değerlendirilmesinde ifade özgürlüğü genişleyerek ulusal makamların takdir marjı daralmaktadır.

Mahkeme, *Lingens/Avusturya* davasında başvurucu olan gazetecinin seçim sonrası siyasal tartışma ortamı içerisinde, Başbakan hakkında dile getirdiği ifadeleri incelerken ifadenin zamanına dikkat çekmiştir. Koalisyon tartışmaları sürecinde koalisyon ortağı olacağı düşünülen parti Nazi rejimiyle ilişkilendirilmekte ve Başbakan tarafından mafya yöntemi olarak tanımlanmakta; gazeteci olan başvurucu ise bu gelişmeler karşısında Başbakan hakkında “*ahlak dışılık*” ve “*şerefsizlik*” ifadelerini kullanmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme demokratik toplumda basın özgürlüğünün önemine dikkat çekmekte; hakkın öznesinin gazeteci olması ve ifadenin yöneldiği muhatabın eleştiri sınırının genişliğinin yanı sıra; tartışmanın seçim sonrası siyasal tartışma ortamında geçtiğine önem atfetmektedir<sup>370</sup>.

Mahkeme *Erbakan/Türkiye* davasında ise kendi partisi dışındaki tüm partileri “*gâvur aşığı*” olarak nitelendiren siyasetçinin ifadelerini değerlendirmekte; siyasetçilerin hoşgörüsüzlüğü beslemekten kaçınmaları gerektiğini ve nefret söyleminin koruma kapsamında yer almadığını vurgulamakta; ancak soruşturmanın dört yıl beş ay sonra açılmasını gerekçe göstererek açık ve yakın tehlike bulunmadığı kanaatini paylaşmaktadır<sup>371</sup>. Dolayısıyla ulusal makamların ifadenin gerçekleştiği tarihten uzun bir süre sonra soruşturma başlatmaları, ifade özgürlüğüne yönelik olarak orantısız bir müdahale teşkil etmektedir.

Mahkeme, ifadenin içeriğiyle birlikte dünya çapında infial uyandıran 11 Eylül terör saldırısının gerçekleştiği günden iki gün sonra, bir dergide yer alan çizimin içerdiği ifadeler nedeniyle para cezasına hükmedilmesini ifade özgürlüğüne uygun

<sup>370</sup> *Lingens/Avusturya*, 9815/82, 08.07.1986, p.42, 43.

<sup>371</sup> *Erbakan/Türkiye*, 59405/00, 06.07.2006, p.58-70.

bulmuştur<sup>372</sup>. Bu kapsamda Mahkeme, “*Biz hayal ettik Hamas yaptı*” ifadelerinde geçen biz kelimesinin destekleyici nitelikte olduğuna ilişkin ulusal makamların yorumunu ve hükmedilen para cezasını orantılı görmüş; müdahalenin ciddiyetini değerlendirirken, olayın gerçekleşmesinden iki gün sonra ifadelerin açığa çıktığına odaklanmıştır.

#### 4- İfade Ediliş Biçimi

Mahkeme tarafından yapılan denetimde, ulusal makamların adil dengeyi tesis etmek noktasında takdir marjının sınırını çizen diğer bir kriter ise ifadenin hangi araç kullanılarak ne şekilde açıklandığı, diğer bir deyişle ifade ediliş biçimidir. Mahkeme ifade özgürlüğünün güvencelenmesinde; ifadenin ulusal çapta yayınlanan gazetelerde, radyo frekansları, televizyon kanallarında açığa çıkması ile şiir, kitap ve edebi eserlerde dile getirilmesini aynı ölçekte değerlendirmemektedir. Dar ve daha küçük kitleye hitap eden edebi eserler ve kitaplarda açıklanan ifadelerin denetlenmesi hususunda ulusal makamların takdir marjı daralmaktadır<sup>373</sup>.

Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğü ulusal makamlar tarafından radyo, televizyon ve sinema işletmelerinin izin rejimine tâbi tutulmalarına engel olmamaktadır. İfade özgürlüğü diğer özgürlüklerin yanında radyo, televizyon ve sinema özgürlüğünü kapsamakta; Mahkeme, taraf devletlerin izin ve lisans rejimi hakkında programların içeriği ve eğilimine yönelik olarak bir tür sansür uygulama anlamına gelmediği müddetçe ulusal makamlara geniş takdir marjı tanımaktadır<sup>374</sup>. Ancak Mahkeme Avusturya hukukunda geçerli olan izin rejimini denetlediği *Informationsverein Lentia ve diğerleri/Avusturya* davasında, teknik gelişmeleri ve Avrupa ülkelerindeki deneyimi dikkate alarak özel ve kamu radyo istasyonlarının bir arada bulunabildiğini ve medya yayıncılığında tekelleşmenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmektedir<sup>375</sup>. Ayrıca sinema işletmeciliği konusunda da kamusal tekelleşme ifade özgürlüğünün ihlalini gündeme getirmekte; film üretimi, dağıtım ve gösterilmesinin sansür aracılığıyla sınırlandırılması, ulusal makamların açık fikirli, çoğulcu, hoşgörülü nitelikleri haiz demokratik toplumun gereklerine aykırı hareket ederek, kendilerine tanınan takdir marjının sınırlarını aşmaları anlamına

<sup>372</sup> *Leroy/Fransa*, 36109/03, 02.10.2008, p.36 vd.

<sup>373</sup> *Doğru/Nalbant*, C.II Açıklama., s.203.

<sup>374</sup> Bkz. *Tezcan*, Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü., s.28, 29; *Korkmaz*, Düşünce., s.125-137.

<sup>375</sup> *Informationsverein Lentia ve diğerleri/Avusturya*, 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90, 24.11.1993, p.34-44. Ayrıca bkz. *Tezcan*, Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü., s.29; *Macovei*, İfade Özgürlüğü., s.22, 24.

gelmektedir<sup>376</sup>. İzin ve lisans rejimleri Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasının denetimine tâbi olmakta; söz konusu alanda yasal dayanağın keyfiyete karşı güvenceler içermesi ve müdahalenin zorunlu toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmesi, izlenen meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir<sup>377</sup>.

Görsel ve işitsel yayın alanında Devlet'in yayın organı olan kamusal kuruluşların da çoğulcu bir şekilde hareket etmesi gerektiği belirtilmekte; bir yandan kamunun siyasi fikirlerin çeşitliliğini yansıtan yorum ve görüşler ile tarafsız ve doğru bilgilere erişimi, diğer yandan görsel ve işitsel yayınlarda çalışan tüm profesyonellerin bilgi ve görüşlere erişimine engel olunmaması güvence altına alınmaktadır<sup>378</sup>. Devletin söz konusu yükümlülüklerini yerine getirirken yerel koşullar ışığında takdir marjı bulunmakta; ancak görüldüğü üzere ulusal makamlara tanınan takdir marjı, kamunun tarafsız bilgiye erişme hakkı ile bilginin kamuya sunulmasını sağlayan medya profesyonellerinin herhangi bir engelle karşılaşmaksızın mesleklerini yerine getirme güvenceleriyle sınırlandırılmaktadır. Kamusal kuruluşların orantısız bir biçimde hükümete ilişkin bilgiler sunması ve diğer siyasi fikirlere sınırlı bir şekilde yer vermesi, gazetecilerin devlet politikası çerçevesinde haber yapma zorunluluklarını doğuran politikaların uygulanması ifade özgürlüğüyle bağdaşmamakta; kamu hizmetini ifa eden medya organları tarafsız yayın sunmak yükümlülüğü altında bulunmaktadır<sup>379</sup>.

Bununla birlikte, ifadenin geniş kitlelere yayılabilecek ulusal gazeteler, radyo ve televizyon organları gibi kitle iletişim araçlarıyla açığa çıkması durumunda geniş kitlelere yayılmaktadır. Bu nedenle ulusal güvenlik gerekçesiyle şiddete teşvik eden ifade açıklamalarının sınırlandırılmasında ulusal makamların takdir marjının edebi eserler ve kitaplara nazaran daha geniş olduğu kabul edilmektedir<sup>380</sup>.

*Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye* davasında bir akademisyen eserinde resmi devlet politikası ile resmi ideolojiyi sert bir dille eleştirmekte; tarihsel sebeplerle ırkçı

<sup>376</sup> **Korkmaz**, *Düşünce.*, s.125-137 ve oradaki atıflar.

<sup>377</sup> **Bychawska-Siniarska**, s.106-111. İzin ve lisans rejimleri konusunda taraf devletler katı bir denetime tâbi tutulmakta ve izin rejiminin dar yorumlanması ile Mahkeme'nin özgürlükçü yaklaşımı benimsediği kabul edilmektedir. **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.213.

<sup>378</sup> *Manole ve diğerleri/Moldova*, 13936/02, 17.09.2009, p.100.

<sup>379</sup> Devletin tarafsız yayın politikasını yürütmeyi sağlayacak ve yetkilileri koruyacak bir mevzuat oluşturmak yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde ifade özgürlüğünün ihlali doğabilecektir. *Manole ve diğerleri/Moldova*, 13936/02, 17.09.2009, p.100-114.

<sup>380</sup> *David Brind ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 18714/91, 09.05.1994.



politikaların benimsendiği, bu nedenle de savaşın sürdüğünü dile getirmektedir<sup>381</sup>. Mahkeme ise akademik eserin şiddeti teşvik ettiği, terör propagandası teşkil ettiği nedeniyle yargılanan ve mesleğinden atılan yazar ile yayınevi sahibinin şikâyetini incelediği davada; resmi politikayı bir akademik araştırma içerisinde sorgulayan eserin, tarihi açıdan sosyo-ekonomik gelişmeleri ele aldığından bahisle şiddeti teşvik ettiği şeklinde yorumlanamayacağı kanaatini paylaşmaktadır<sup>382</sup>. Keza yıllardır süren şiddetin ve güvenlik durumu hakkında ulusal makamların endişelerinin farkında olduğunu; ancak ulusal makamlar açısından her ne kadar kabul edilmez olursa olsun, Güneydoğu bölgesinde gerçekleşen olaylar hakkında kamunun farklı bir bakış açısıyla bilgilendirilme hakkı ile bilimsel ifade özgürlüğünün yeterince dikkate alınmadığını vurgulamaktadır<sup>383</sup>. Böylelikle, Mahkeme bilimsel faaliyetlerin kamuoyuna yansımalarının ve kamunun farklı bakış açılarıyla gerçekleşen olaylar hakkında bilgi edinme hakkı ile bilimsel ifade özgürlüğünün önemine dikkat çekmekte; bilimsel faaliyetler neticesinde ileri sürülen görüşlerin denetlenmesinde ulusal makamların takdir marjı daralmaktadır.

Daha önce belirtildiği üzere, ifadenin edebi eser kapsamında açığa çıkarılması durumunda, ifade özgürlüğünün koruma kapsamı genişlemekte; ulusal makamların takdir marjı daralmaktadır. Bu nedenle, ifadenin içerik ve bağlamının sanatsal niteliğe sahip olması ve ifadenin edebi eser şeklinde açığa çıkarılması söz konusu ise Mahkeme tarafından daha katı bir denetim gerçekleştirilmektedir. Belirtmek gerekir ki sanatsal ifade özgürlüğü Sözleşme'nin 10. maddesinin koruma kapsamında görülmektedir. Ancak diğer ifade türlerine nazaran sanatsal ifade özgürlüğünün çok daha rahatsız edici ve kısıktıcı olabileceği kabul edilmektedir<sup>384</sup>. Mahkeme'nin erken dönem kararlarında genel ahlaka atıfla daha sınırlayıcı yaklaşımı ön plana çıkardığı görülmekte; ancak güncel içtihatları çerçevesinde sanatsal ifade özgürlüğünün daha geniş bir koruma kapsamına kavuştuğu söylenebilmektedir<sup>385</sup>. Özellikle siyasi

<sup>381</sup> Eserde devlet sömürgeci olarak nitelendirilmekte ve Kürt sorununun karmaşıklığına dikkat çekilmektedir. *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, 23536/94 24408/94, 08.07.1999, p.57 vd.

<sup>382</sup> *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, 23536/94 24408/94, 08.07.1999, p.64.

<sup>383</sup> Mahkeme akademisyenin mesleğinden atılması ve kitabın toplatılması ile cezaların ağırlık ve niteliğini de dikkate alarak Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, 23536/94, 24408/94, 08.07.1999, p.65-67.

<sup>384</sup> Bu nedenle sanatsal ifade özgürlüğü kavramı kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. **Başaran, Pelin/Karan**, Ulaş; *Sanatsal İfade Özgürlüğü Kılavuzu*, Siyah Bant/İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2016, s.12, 13.

<sup>385</sup> Mahkeme'nin erken dönem kararında sınırlayıcı yaklaşımına ilişkin olarak, *Müller ve diğerleri/İsviçre* kararı örnek verilebilir. Mahkeme ortak bir ahlak anlayışı bulunmadığından bahisle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir. *Müller ve diğerleri*, 10737/84,

nitelikte ifadelerin bir edebi eser aracılığıyla açığa çıkması durumunda, Mahkeme tarafından sanatsal ifade özgürlüğüne ağırlık verilerek katı bir denetim gerçekleştirilmektedir. Şiddete teşvik niteliğinde yorumlanabilecek ifadelerin şiir aracılığıyla açığa çıkması durumunda, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeni gibi sınırlama sebeplerinin potansiyel etkileri önemli derecede sınırlandırılmaktadır<sup>386</sup>. Nitekim “*Dersim - Bir İsyanın Türküsü*” şiir antolojisinde yer alan ifadelerin şiddete teşvik şeklinde yorumlanabilmesi için sanatsal ifade türü olan şiir aracılığıyla açığa çıkarılması dikkate alınmakta; bu nedenle şiddet kullanmaya davet eden şiirsel ifadelerin sınırlı bir etkiye sahip oldukları belirtilerek, derin bir üzüntü ifadesi şeklinde yorumlandığı görülmektedir<sup>387</sup>. Böylece Mahkeme’ye göre; edebi eserler aracılığıyla açıklanan ifadelerin ulusal güvenlik, kamu düzeni, toprak bütünlüğü gibi nedenlerle sınırlandırılmasında söz konusu ölçütlerin potansiyel etkisi zayıflamakta, diğer bir deyişle sanatsal ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında takdir marjı daralmaktadır.

Ayrıca Mahkeme bir siyasetçinin cinsel ilişkiye girerken resmedilmesini, sanatsal ifadenin bir şekli olan, ayrıca doğası gereği abartı ve gerçeğin çarpıtılmasını içeren hiciv niteliğine atıfla eserin kışkırtmayı amaçladığını vurgulamakta; sanatçının ifade özgürlüğüne yönelen bu tip müdahalelerin dikkatlice denetlenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>388</sup>. Mahkeme müstehcen içerikli ifadelerin yayınlanmasında ise küçüklerin erişimi açısından uyarı işaretleri içeren yayınları makul görmekte ve orantılı bir müdahale kapsamında değerlendirmektedir<sup>389</sup>. Eşcinsel ilişkinin resmedildiği bir derneğin yayın organının el konularak toplatılması kararının ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale teşkil ettiğini belirtmek gerekmektedir<sup>390</sup>. Mahkeme müstehcen içerikli ifadelere ilişkin olarak ortak bir ahlak anlayışı bulunmadığından bahisle geniş takdir marjı tanımakta ise de ifadenin sanatsal bir şekilde açığa çıkması durumunda; diğer bir deyişle müstehcen içerikli ifade sanatsal ifadenin bir parçasını oluşturuyorsa ulusal makamların takdir marjı daralmaktadır<sup>391</sup>.

---

24.05.1988, p.40-44. Bkz. **Karan**, Ulaş; Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk, Siyah Bant, İstanbul 2013, s.6-8.

<sup>386</sup> *Karataş/Türkiye*, 23168/94, 08.07.1999, p.52.

<sup>387</sup> *Karataş/Türkiye*, 23168/94, 08.07.1999, p.52.

<sup>388</sup> *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya*, 68354/01, 25.01.2007, p.33.

<sup>389</sup> **Karan**, Sansür ve Hukuk., s.11.

<sup>390</sup> *Kaos GL/Türkiye*, 4982/07, 22.11.2016, p.56-63.

<sup>391</sup> **Karan**, Sansür ve Hukuk., s.12.

İfadenin hangi araçla nasıl açığa çıkarıldığı hususunda takdir marjının sınırını belirleyebilecek diğer bir husus ifade özgürlüğü kapsamında görülen internet aracılığıyla bilgi ve kanaat edinme ile bilgi ve kanaatleri yayma özgürlüğü çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Mahkeme bilgi ve kanaat edinme ve yayma özgürlüğünün önemine dikkat çekerek, Sözleşme'nin 10. maddesinin sadece içeriği değil, aynı zamanda bilgi ve kanaatleri yayma araçlarını da koruduğunu vurgulamaktadır<sup>392</sup>. Keza Mahkeme'nin çeşitli gerekçelerle *Youtube* ve *Google Sites* internet adreslerine erişimin tamamen engellenmesini incelediği davalarda, internetin ve sosyal medya araçlarının ifade özgürlüğünün kullanılmasında önemine dikkat çekmektedir<sup>393</sup>. Mahkeme'ye göre internet günümüzde, bilgi ve kanaat edinme ile bilgi ve kanaatleri yayma özgürlüğü çerçevesinde temel araçlardan biri haline gelerek, kamunun menfaatine veya siyasi konulara ilişkin tartışmalara ve faaliyetlere katılma açısından önemli imkânlar sunmaktadır<sup>394</sup>. Ayrıca Mahkeme internetin erişilebilirliği, geniş miktarda bilgiyi saklama ve iletme kapasitesi nedeniyle, halkın habere erişiminin ve genel olarak bilginin yayılmasına imkân sağlamanın gelişmesinde önemli bir araç olduğunu vurgulamaktadır<sup>395</sup>. İnternete erişimin engellenmesinin hukuki çerçevesinin çizilmesi bilgi ve kanaat edinme ve yayma özgürlüğünün kullanılması için elzem olup, öngörülebilir ve keyfiyete karşı yeterli usuli güvenceler içeren bir mevzuatın varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla, ulusal makamların internet alanında erişimin engellenmesi tedbirlerine başvurabilmesi için yasal dayanağın hukukun üstünlüğü testinin gereklerini karşılaması; diğer bir deyişle mevzuatın erişilebilir ve öngörülebilir niteliklerinin yanı sıra, keyfiyete karşı yeterli güvenceler içermesi gerekmektedir.

Bununla birlikte Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında ulusal makamların internete erişimi sınırsız bir şekilde sunmaları gerektiği yönünde bir yükümlülük bulunmamaktadır. Zira Sözleşme'nin 10. maddesinden, taraf devletlerin tutuklu ve hükümlülerin internete erişimlerini temin etme yönünde yükümlülükleri bulunduğu

<sup>392</sup> *Ahmet Yıldırım/Türkiye*, 3111/10, 18.12.2012, p.50.

<sup>393</sup> Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret suçu nedeniyle internet sitesine erişim tamamen engellenmiş, işlenen suçla bağlantısız olan başvuruçunun ise söz konusu site aracılığıyla kurmuş olduğu bireysel sitesine erişim imkânı kalmamıştır. Mahkeme ise tamamen erişimin engellenmesine imkân tanıyan mevzuatın öngörülebilir olmadığı ve keyfiyete karşı yeterli yasal güvenceler içermediğinden bahisle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. *Ahmet Yıldırım/Türkiye*, 3111/10, 18.12.2012, p.57-70. Youtube'a erişimin tamamen engellenmesine ilişkin başvuruda, *Ahmet Yıldırım* kararına atıfla mevzuatın yeterli güvenceler içermediğinden bahisle ihlal kararı verilmiştir. Söz konusu karar için bkz. *Cengiz ve diğerleri/Türkiye*, 48226/10, 14027/11, 01.12.2015, p.59-67.

<sup>394</sup> *Ahmet Yıldırım/Türkiye*, 3111/10, 18.12.2012, p.54.

<sup>395</sup> *Cengiz ve diğerleri/Türkiye*, 48226/10, 14027/11, 01.12.2015, p.52 ve oradaki atıflar.

sonucu çıkarılamamaktadır<sup>396</sup>. Ancak mahkumların ulusal makamların denetimi altında sınırlı bir şekilde internete erişimlerine izin verilmesi durumunda, kurumun güvenliği ve ek maliyet gerekçeleriyle internete erişimin reddedilmesi, yeterli bir gerekçe görülmeyerek ifade özgürlüğünün ihlaline yol açmaktadır<sup>397</sup>. Bununla birlikte, iç hukukta elektronik araçlarla iletişim kurulması hukuken yasak olsa da mahkumun eğitim amaçlı internete erişim talebinin güvenlik gerekçesiyle reddedilmesi Sözleşme'yle bağdaşmamaktadır<sup>398</sup>. Dolayısıyla mahkumların eğitim amaçlı internete erişimlerinin sağlanması konusunda ulusal makamların gerekli kolaylıkları sunması beklenmektedir. Mahkeme her ne kadar mahkumlara internet erişimi sağlamak yönünde devletlerin yükümlülüğünün bulunmadığı kanaatini paylaşmakta ise de internete erişimin yasak olduğu gerekçesiyle taleplerin reddedilmesi, Sözleşme'ye aykırılık oluşturabilmekte; ıslah ve topluma yeniden kazandırma amacına hizmet eden eğitim programına kayıt amaçlı internete erişim sağlanması bilgi edinme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir<sup>399</sup>. Böylelikle mahkumların internete erişim taleplerinin yasak olduğu gerekçesiyle reddedilmesi yeterli olmayıp, somut olaya ilişkin olarak ilgili ve yeterli gerekçelerin ileri sürülmesi gerekmektedir.

İnternet aracılığıyla bilgi ve kanaat edinme ve yayma özgürlüğü kapsamında ifade özgürlüğü ile başkalarının hak ve özgürlükleri çatışabilmektedir<sup>400</sup>. Bu durumda ifade özgürlüğü ile mülkiyet hakkının çatışması durumunda, söz konusu çatışmayı çözmek hususunda başlangıç değerlendirmesini yapacak olan ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmaktadır. Zira ulusal makamlara tanınan takdir marjının genişliği çeşitli unsurlara bağlı olarak değişmektedir. Böylelikle, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde geniş takdir marjı tanınmakta ise de takdir marjı söz konusu bilginin niteliği çerçevesinde değişkenlik göstermektedir. Çatışan değerlerin uzlaştırılmasında siyasi nitelikte bilgiler söz konusuysa takdir marjı daralmaktadır. Bu çerçevede Mahkeme, torrent dosyası paylaşım sitesi olan “*The Pirate Bay*”in kurucu ortaklarına verilen cezaları incelemiş; müdahalenin ciddiyeti bağlamında orantılılığını, başvuruçuların uyarılara rağmen dosyaları kaldırmamalarını, ulusal makamların geniş takdir marjını dikkate alarak, telif hakkına muhalefet suçundan dolayı haklarında hüküm tesis edilmesinin ifade özgürlüğüne aykırılık içerdiği iddiasını açıkça

<sup>396</sup> *Kalda/Estonya*, 17429/10, 19.01.2016, p.45; *Jankovskis/Litvanya*, 21575/08, 17.01.2017, p.55.

<sup>397</sup> *Kalda/Estonya*, 17429/10, 19.01.2016, p.52-54.

<sup>398</sup> *Jankovskis/Litvanya*, 21575/08, 17.01.2017, p.55.

<sup>399</sup> *Jankovskis/Litvanya*, 21575/08, 17.01.2017, p.59-64.

<sup>400</sup> *Neij ve Sunde Kolmisoppi/İsveç*, 40397/12, 19.02.2013.

dayanaktan yoksun bulmuştur<sup>401</sup>. Somut olay kapsamında çatışan değerlerin yanı sıra; ifade özgürlüğüne konu teşkil eden bilgilerin siyasi niteliği bulunmadığından bahisle takdir marjının geniş olduğu kabul edilmiştir.

#### D- Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri

Sözleşme'nin 11. maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme ve örgütlenme özgürlükleri düzenlenmektedir. Mahkeme'nin çoğulcu nitelikte olan demokratik toplumun işleyişinde, toplantı ve gösteri özgürlükleri ile örgütlenme özgürlüklerinin önemine binaen koruma kapsamını genişlettiği görülmektedir<sup>402</sup>. Demokratik sistemin işleyişi ve demokratik toplumun açık fikirli, çoğulcu ve hoşgörülü niteliklerinin anlam kazanabilmesi için önem arz eden hüküm, Sözleşme sistemi içerisinde ifade özgürlüğünün toplu kullanımı niteliğindedir<sup>403</sup>. Bu nedenle davanın koşullarına bağlı olarak, Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne göre *lex specialis* nitelikte olduğu kabul edilmektedir<sup>404</sup>.

Bununla birlikte Sözleşme'nin 11. maddesinde koruma altına alınan toplanma ve örgütlenme özgürlükleri kendine has özerk bir uygulama alanına sahip olmasına rağmen, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünden tamamen bağımsız düşünülmemekte; ifade özgürlüğü ışığında incelenmektedir<sup>405</sup>. Bu nedenle madde metninde güvence altına alınan; barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri ile örgütlenme özgürlüklerinin, siyasi nitelikte ifadeler veya kamunun menfaatini ilgilendiren konularda kullanılması halinde ulusal makamların takdir marjı daralmaktadır<sup>406</sup>. Tıpkı diğer hükümlerde söz konusu olduğu gibi ulusal makamlara, müdahalenin ilgili meşru amaçlardan bir veya birkaçı ile ilgili olarak zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve izlenen meşru amaçla orantılı bir aracın seçilip seçilmediği hususunda başlangıç değerlendirmesini yapmak hususunda takdir

<sup>401</sup> *Neij ve Sunde Kolmisoppi/İsveç*, 40397/12, 19.02.2013.

<sup>402</sup> **Tanyar**, Ziya Çağa; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", AÜHFD, C.LX, 2011, S.3, s.597, 598; **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.148.

<sup>403</sup> **Akbulut**, Olgun; "Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri", in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.381.

<sup>404</sup> *Schwabe ve M.G./Almanya*, 8080/08, 8577/08, 01.12.2011, p.99.

<sup>405</sup> *Schwabe ve M.G./Almanya*, 8080/08, 8577/08, 01.12.2011, p.101; *Öllinger/Avusturya*, 76900/01, 29.06.2006, p.38. Sözleşme'nin 11. maddesi, din ve vicdan özgürlüğü veya ifade özgürlüğü ışığında incelenebilmektedir. Bu konuda bkz. **Broeksteeg**, Hansko; "Freedom of Assembly and Association", in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.814, 815.

<sup>406</sup> *Öllinger/Avusturya*, 76900/01, 29.06.2006, p.38.

marjı tanınmaktadır<sup>407</sup>. Ancak siyasi nitelikte ifadeler veya kamusal menfaati ilgilendiren konular hakkında hak ve özgürlüklerin kullanılması ihtimalinde ulusal makamların takdir marjı sınırlandırılmakta; Mahkeme tarafından daha *katı/hassas* bir denetim faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Bunun yanı sıra; Sözleşme'nin 11. maddesi taraf devletlere bireylerin toplantı ve örgütlenme özgürlüklerine keyfi müdahalelerden kaçınma yönünde negatif, ayrıca maddi ve usuli boyutlarıyla pozitif yükümlülükler yüklemektedir<sup>408</sup>. Pozitif yükümlülükler alanında insan haklarının yatay etkisi doktrini gereğince bireyin sadece kamu organlarının eylemlerine karşı değil, üçüncü kişinin davranışlarına karşı korunması gerekmektedir. Ulusal makamların toplantı ve örgütlenme özgürlüklerinin kullanılmasına engel olabilecek haksız müdahalelere karşılık olarak, bireyi koruma ve uygun tedbirleri alma yönünde pozitif yükümlülüklerini ve her şeye rağmen gerçekleşen ihlallerin sonuçlarının ortadan kaldırılması için usuli yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir<sup>409</sup>. Taraf devletler, toplantı ve örgütlenme özgürlüklerinin korunma altına alınmasını sağlamak adına makul ve uygun tedbirleri almak yükümlülüğü altındadırlar. Ancak ulusal makamlara kullanılacak araçların seçiminde geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>410</sup>. Pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde makul ve uygun tedbirler alırken uygun araçları seçecek olan ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınması eleştiriye açık olsa da Sözleşme'nin 11. maddesinin uygulamasına bakıldığında, Mahkeme'nin katı bir

<sup>407</sup> Bu kapsamda ulusal makamlara bir yandan meşru amacı seçmek ve içeriğini doldurmak hakkında takdir marjı tanınmakta; diğer yandan ise sınırlamanın sınırını teşkil eden demokratik toplumda gereklilik ölçütünün değerlendirilmesinde takdir marjı tanınmış bulunmaktadır. Bu değerlendirmenin Sözleşme'ye uygunluğunu belirleyecek olan ise İHAM'ın kendisidir.

<sup>408</sup> **Çımrın**, Çiğdem; "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü", TBB Dergisi, 2017, S.128, s.9-38; **Kılınç**, Ümit; "Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri", TBB Dergisi, 2014, S.110, s.281-304.

<sup>409</sup> Taraf devletlerin hakkın kullanılması sırasında bireyi keyfi müdahalelere maruz bırakmaktan kaçınması (*negatif yükümlülük*) ve bireyin kamu makamlarının veya üçüncü kişilerin eylemlerine karşı korunması (*pozitif yükümlülüğün maddi boyutu*) ve gerçekleşen ihlaller karşısında etkili, yeterli ve bağımsız soruşturmanın yapılması (*pozitif yükümlülüğün usuli boyutu*) gerekmektedir. Bu kapsamda, taraf devletlerin hareketsiz kalmaları toplantı ve örgütlenme özgürlüklerini ihlal edebilmektedir. Barışçıl bir toplantı sırasında karşıt göstericilerin şiddete başvurarak bir göstericiyi öldürmesi olayında devletin koruma tedbirlerini almaması ve soruşturmayı etkin şekilde yürütmemesi müdahalenin ağırlığı ve sonuçlarına göre, Sözleşme'nin yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline yol açabilecektir. Göstericinin barışçıl bir gösteriye katılması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline neden olabilir. Bununla birlikte kolluk kuvvetlerinin biber gazı veya orantısız şiddet kullanması sonucunda göstericilerin yaşamını kaybetmesi yaşam hakkının ihlaline neden olabileceği gibi, gösteriyi dağıtmak amaçlı orantısız şiddet kullanılması sonucunda işkence veya kötü muamele yasağına aykırılık sorunu doğacaktır. Bu konuda bkz. **Çımrın**, s.14 vd.; **Kılınç**, "Barışçıl Toplantı.", s.293-302; **Zabunoğlu**, Hamdi G.; "AIHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", AÜHFD, C.LXVI, 2017, S.3, s.627-658; **Ertan**, İzzet Mert; "Toplumsal Olaylara Müdahalede Biber Gazı Kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Uygunluğu", MHB, C.XXXII, S.1, s.51-69.

<sup>410</sup> *Plattform "Ärzte Für Das Leben"/Avusturya*, 10126/82, 21.06.1988, p.32.

denetim yaptığı söylenebilir. Zira her şekilde siyasi ifadeler ve kamunun menfaatini ilgilendiren konularda takdir marjı sınırlandırılmakta; barışçıl nitelikte toplantı ve gösteriler iç hukuka aykırı olsa dahi Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında koruma altına alınmaktadır<sup>411</sup>.

Belirtmek gerekir ki Sözleşme'nin 11. maddesinin koruma altına aldığı toplantı ve gösteriler ile örgütlenmelerin tüketici bir tanımı söz konusu olmayıp, Mahkeme tarafından otonom kavramlar doktrini uyarınca özerk yorum yapılmaktadır<sup>412</sup>. Böylelikle Mahkeme madde metninde yer alan kavramların içeriğinin doldurulmasında kendi yorumunu yapmayı tercih etmekte; ulusal makamların yorumuyla bağlı olmamaktadır. Bu çerçevede, Sözleşme'nin 11. maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri ile örgütlenme özgürlükleri yer almakta; ortak sınırlama rejimi öngörülen diğer hükümlerde görüldüğü üzere, sınırlama sebepleri madde metninin ikinci fıkrasında sayılmaktadır.

### 1- Toplantı Özgürlükleri

Sözleşme'nin 11. maddesi çerçevesi içerisinde toplantı özgürlükleri şiddet içerikli faaliyetler açısından korunmaya değer görülmemektedir<sup>413</sup>. Bununla birlikte toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin barışçıl veya şiddet içerikli niteliğinin değerlendirilmesi yapılırken hakkın öznesinin niyetine bakılmaktadır<sup>414</sup>. Bir toplantı ve gösteri yürüyüşü başlangıçta veya sonradan şiddet içerikli olabilmektedir. Fakat Mahkeme'nin bu noktada yapmış olduğu inceleme toplantı ve gösterinin bütününe yönelik olup, hakkın öznesinin herhangi bir şiddet eyleminin gerçekleştiği toplantı ve gösteri yürüyüşünde yer alması, onun tek başına şiddet eylemini benimsemesi

<sup>411</sup> *Oya Ataman/Türkiye*, 74552/01, 05.12.2006, p.38; *Bukta ve diğerleri/Macaristan*, 25691/04, 17.07.2007, p.36.

<sup>412</sup> **Akbulut**, "Toplanma ve Örgütlenme Özgürlükleri.", s.384, 396; **Broeksteeg**, s.822.

<sup>413</sup> Toplantı barışçıl değilse Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasının denetimi yapılmamakta; kabul edilemezlik kararı verilmektedir. **Tanyar**, s.607; **Akbulut**, "Toplanma ve Örgütlenme Özgürlükleri.", s.383.

<sup>414</sup> *Ezelin/Fransa*, 11800/85, 26.04.1991, p.38-41. Yasadışı sayılan alanda yapılan gösteride başvuruçuların niyetlerinin kamu menfaatini ilgilendiren konuda tartışmaya katılmak olduğu yönünde bkz. *Yılmaz ve Yılmaz diğerleri/Türkiye*, 4524/06, 14.10.2014, p.43. Valilik yasağına rağmen, siyasi parti üyesi olan ve basın açıklaması yapmak üzere yürüyüşe katılan düzenleyiciler ve göstericilerin, gerçekleşen şiddet eylemleri dolayısıyla cezai yaptırıma tâbi tutulmaları Sözleşme'nin 11. maddesini ihlaline yol açmıştır. Başvuruçular şiddet eylemlerine katılmamışlardır. *Gün ve diğerleri/Türkiye*, 8029/07, 18.06.2013, p.83. Organizatörler dışında şiddet niyeti olanların bulunması ihtimali hakkı ortadan kaldırmaz. Ayrıca gösteriyi düzenleyenlerin kontrolü dışında gerçekleşen eylemler sonucunda kamu düzeninin bozulacağı gerçek bir risk oluştursa bile, söz konusu gösteri koruma kapsamı dışında kalmaz. Bkz. *Schwabe ve M.G./Almanya*, 8080/08, 8577/08, 01.12.2011, p.103.

anlamına gelmemektedir<sup>415</sup>. Göstericilerin bir kısmının şiddete başvurmuş olması, şiddete başvurmayanların barışçıl nitelikte toplantı ve gösteri hakkını ortadan kaldırmamaktadır<sup>416</sup>. Bu minvalde Mahkeme, toplantıyı organize edenlerin niyetlerinin bir sonucu olarak kasıtlı şiddet ile barışçıl nitelikte bir toplantıya karışan “arizi şiddet” arasında ayırım yapmaktadır<sup>417</sup>. Barışçıl nitelikte toplantıya karışan “arizi şiddet” toplantı ve gösteriyi koruma kapsamı dışına çıkarmamaktadır. İç hukukta yasa dışı nitelikte olan toplantılar barışçıl nitelikte oldukları sürece Sözleşme’nin 11. maddesinin korumasından yararlanmaktadır.

Mahkeme, *Ezelin/Fransa* kararında barışçıl toplantıya katılımın önemini vurgulamakta; şiddete katılmayan bir göstericinin şiddetten kaçındığı sürece barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün koruma altında olduğunu belirterek, en alt sınırdan disiplin yaptırımını dahi orantısız bir müdahale olarak görmektedir<sup>418</sup>. Mahkeme’ye göre; düzenleyiciler dışında göstericilerin bir kısmının şiddete meyilli olması ihtimali hakkın kullanımını bertaraf etmemekte; gösteriyi düzenleyenlerin kontrolü dışında gerçekleşen eylemler sonucunda kamu düzeninin bozulacağı yönünde gerçek bir risk mevcut olsa bile, söz konusu gösteri koruma kapsamı dışında kalmamaktadır<sup>419</sup>. Zira basın toplantısını organize eden siyasi parti üyelerinin, gösteri sonrası meydana gelen ve güvenlik güçlerinin yaralanmasıyla sonuçlanan şiddet eylemlerinden sorumlu tutulmaları orantısız bir müdahale teşkil edebilmektedir<sup>420</sup>.

Bunun yanı sıra Sözleşme’nin 11. maddesinde güvencelenen barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün iç hukukta izin veya bildirim şartına tâbi tutulması mümkün olup, öngörülen izin veya bildirim usulü kategorik olarak reddedilmemektedir<sup>421</sup>. Zira burada izlenen amaç ulusal makamların hakkın kullanılmasını kolaylaştırmak için makul ve uygun tedbirler almasını sağlamak olduğundan, gösterilere izin verilmemesinin haklı gerekçelere dayandırılması gerekmektedir<sup>422</sup>. Mahkeme’ye göre; siyasi bir olaya derhal tepki verilmesi gereken durumlar söz konusu olduğunda sadece bildirim yükümlülüğüne uyulmaması

<sup>415</sup> *Ezelin/Fransa*, 11800/85, 26.04.1991, p.49-53.

<sup>416</sup> **Broeksteeg**, s.818.

<sup>417</sup> **Doğru**, Osman; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü”, TBB Dergisi, 2006, S.64, s.44; **Harris/O’Boyle&Warbrick**, s.532, 533.

<sup>418</sup> *Ezelin/Fransa*, 11800/85, 26.04.1991, p.53.

<sup>419</sup> *Schwabe ve M.G./Almanya*, 8080/08, 8577/08, 01.12.2011, p.103.

<sup>420</sup> *Gün ve diğerleri/Türkiye*, 8029/07, 18.06.2013, p.83.

<sup>421</sup> *Bukta ve diğerleri/Macaristan*, 25691/04, 17.07.2007, p.35.

<sup>422</sup> *Sergey Kuznetsov/Rusya*, 10877/04, 23.10.2008, p.42.



nedeniyle barışçıl bir şekilde tepki vermenin kısıtlanması orantısız bir müdahale oluşturmaktadır<sup>423</sup>. Taraf devletlerin toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüklerinin kullanımını konusunda hazırlık aşamasından başlayarak kolaylaştırıcı ve destekleyici tedbirler alma (*pozitif yükümlülük*), doğrudan ve dolaylı müdahalelerle toplanmaları engellemekten kaçınma (*negatif yükümlülük*) yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>424</sup>. Bu nedenle ulusal makamlar takdir marjı kapsamında değerlendirme yaparken izin veya bildirim sistemlerinin hakkın kullanımını kolaylaştırmak için uygun ve makul tedbirler alınmasını sağlamak amacıyla uygulamalıdır. Böylece izin veya bildirim sisteminin gizli engel teşkil etmemesi takdir marjını sınırlandırmaktadır<sup>425</sup>. Bunun yanı sıra barışçıl toplantı ve gösteriler hayatın olağan akışını sekteye uğratabilmekte, trafiğin aksamasına neden olabilmektedir. Bu davranışlara belirli ölçekte hoşgörü gösterilmesi gerekmektedir. Ancak toplantıyı ve gösteriyi düzenleyenlerin kasıtlı olarak hayatın olağan akışını sekteye uğratmak yönünde iradeleri söz konusuysa bu durumda ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>426</sup>.

Mahkeme'nin dikkat çektiği diğer bir husus ise ulusal makamların ölçülülük ilkesine ne derece önem verdiği. Buna göre, ulusal makamların eldeki deliller ışığında, müdahalenin gerekliliğini titizlikle incelemeleri gerekmekte; barışçıl toplantılara iç hukuk gerekçe gösterilerek kolluk kuvvetlerince müdahale edilmesi veya toplantının yerine getirilmesinin önlenmesi Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlaline yol açabilmektedir<sup>427</sup>. Böylelikle ulusal makamlara tanınan takdir marjı, her aşamada barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri ile kamu düzeni arasında ölçülülük ilkesini dikkate almakla sınırlandırılmış bulunmaktadır. Esasen ulusal makamlara çatışan değerleri dengelemede takdir marjı tanınmakta ise de Sözleşme'nin 11. maddesi açısından ölçülülük ilkesine özel önem atfedilmektedir. Bu noktada altı

<sup>423</sup> Başbakanın kaldığı otelin önünde gerçekleşen gösteride bildirim yapılmadığı gerekçesiyle gösteriyi dağıtmak orantısız bir müdahale oluşturmuştur. *Bukta ve diğerleri/Macaristan*, 25691/04, 17.07.2007, p.36.

<sup>424</sup> **Özenç**, Berke; "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları", İÜHFM, C.LXXIII, 2015, S.2, s.104.

<sup>425</sup> **Özenç**, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü.", s.105.

<sup>426</sup> Mahkeme trafiğin akışının kesintiye uğrayabileceğini kabul etmektedir. Ancak toplantıyı düzenleyenlerin kasıtlı bir şekilde olağan hayatı sekteye uğratma iradeleri varsa, trafik akışının kesintiye uğramasının hukuki nitelendirmesi konusunda tek tip bir anlayış bulunmadığından bahisle alınacak tedbirlerin gerekliliğinin değerlendirilmesinde ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmaktadır. Mahkeme Litvanya'ya karşı kararda çiftçilerin üç ayrı ana yolu keserek, hükümetten taleplerinin kabul edilene kadar kırk sekiz saat trafik akışını kestikleri için altmış günlük hapis cezasına tâbi tutulmalarını denetlemiş; cezanın ertelenmesini, geniş takdir marjını dikkate alarak ihlal görmemiştir. Bu konuda bkz. *Kudrevičius ve diğerleri/Litvanya*, 37553/05, 15.10.2015, p.156, 180.

<sup>427</sup> *Aşıcı/Türkiye (No.2)*, 26656/04, 31.01.2012, p.46.

çizilmek istenen husus bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün sadece iç hukuka aykırılık taşıması gerekçesiyle reddedilmesi Sözleşme'nin 11. maddesine aykırılık teşkil edeceğinden, iç hukuka aykırılık teşkil etse dahi ulusal makamlar toplantının amacını dikkate alarak, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ile kamu düzeni ve güvenliği arasında adil denge tesis etmek yükümlülüğü altındadırlar. Bu nedenle hukuk kuralının konuyu düzenleyiş şekli tek başına müdahalenin gerekçesini oluşturamayacağından, ulusal makamların takdir marjı oldukça sınırlandırılmış durumdadır.

Bildirim süresinin kısalığı<sup>428</sup> veya aşırı şekilcilikle uygulanması<sup>429</sup> hakkın özünü zedeleyebileceğinden, ölçülülük ilkesi dikkate alınmaksızın usule uyulmadığı gerekçesiyle barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüklerine müdahale edilmesi Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlaline neden olabilecektir. Bu nedenle ulusal makamların izin veya bildirim usullerini tayin ederken aşırı şekilcilikten kaçınmaları gerekmektedir. Bununla birlikte toplantının yapılacağı yer konusunda ihtilaf çıkabilmekte; ulusal makamlar, kamu düzeni gerekçesiyle toplantı veya gösteri yürüyüşünün düzenleneceği kamuya açık mekânı göstererek, bunun dışında gerçekleşecek tüm gösterilere müdahale edebilmektedirler. Böylece toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü yasaklanmadığından ulusal makamların daha geniş takdir marjı bulunmakta ise de ulusal makamlar tarafından toplantının amacı, toplantı şekli ve toplantının mekânı arasında bağın dikkate alınması gerekmektedir<sup>430</sup>. Toplantının amacı ve mekân arasında sıkı bir bağlantı bulunmakta ise ulusal makamların takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Keza Mahkeme 1977 yılında Taksim meydanında gerçekleşen 1 Mayıs kutlamaları sırasında otuz yedi kişinin hayatını kaybetmesi sonrasında, Taksim meydanının kutlamalar için üzücü olayın sembolü niteliğinde olduğundan bahisle önemini vurgulamaktadır<sup>431</sup>. Bu nedenle sendikalar açısından İşçi Bayramı'nın Taksim meydanında kutlanması önem arz etmekte; kutlamanın yapıldığı yer dışında bir mekân gösterilmesi toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne orantısız bir müdahale teşkil etmektedir. Ancak Mahkeme, ulusal makamların

---

<sup>428</sup> Beş günlük bildirim süresi kısa bulunmuştur. *Primov ve diğerleri/Rusya*, 17391/06, 12.06.2004, p.120 vd.

<sup>429</sup> On gün önceden bildirim yerine sekiz gün önceden bildirim yapılmasına rağmen sürenin katı bir şekilde uygulanması orantısız bulunmuştur. *Sergey Kuznetsov/Rusya*, 10877/04, 23.10.2008, p.42.

<sup>430</sup> Mekânın önemi ve göstericiler için anlamı ile başkalarının hak ve özgürlükleri arasında adil denge tesis etmek gerekmektedir. **Özenç**, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü.", s.112.

<sup>431</sup> *DİSK ve KESK/Türkiye*, 38676/08, 27.11.2012, p.31.

değerlendirmeleri yerine kendi değerlendirmesini koymak kendi görevi olmadığı için gösteri yürüyüşünün kamuoyunun dikkatini çekebileceği ve yeterli alana sahip başka bir şehir merkezinde yapılmasını orantılı bir müdahale kapsamında görmektedir<sup>432</sup>. Bununla birlikte toplantının süresi ve uzunluğuna ilişkin olarak herhangi bir sınırlama bulunmamakta; toplantının amacı ile süresi arasındaki bağlantıya bakılmaktadır<sup>433</sup>. Ulusal makamların sadece toplantının süresi ve zamanını gerekçe göstererek, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüklerini sınırlamaları Sözleşme'ye uygun düşmemektedir.

Belirtmek gerekir ki kimi zamanlar güvenlik kaygıları nedeniyle barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün yoğun kısıtlamalara konu olduğu görülmektedir. Keza yoğun bir şekilde gösterilerin gerçekleştiği dönemlerde kolluk kuvvetlerinin sert şiddetle karşılık verdiği, gösterilerin amacının ayrılıkçı iddialar veya ülkeyi yıpratma amaçlı yapıldığı düşünülmektedir. Bu nedenle demokratik toplumun açık fikirli, çoğulcu, hoşgörülü nitelikleri için elzem olan barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüklerinin kullanımı güç hale sokulmaktadır. Mahkeme'nin oldukça yeni tarihli *Navalnyy/Rusya* Büyük Daire kararında bu durumun farkında olarak, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü Sözleşme'nin 18. maddesinde düzenlenen kısıtlamaların kötüye kullanılması çerçevesinde incelediği görülmektedir<sup>434</sup>. Bu çerçevede Mahkeme tarafından, izinsiz gösterilerin günlük yaşamı belirli seviyeye kadar kesintiye uğratabileceği ve ulusal makamların barışçıl gösterilere hoşgörülle yaklaşması gerektiği belirtilmektedir. Böylece ulusal makamlar tarafından, hiçbir güvensizlik veya rahatsızlık riski olmaksızın gerçekleşen ya da tehlike içermeksizin kamu düzeninin önemsiz düzeyde bozulduğu veya trafik gibi günlük yaşama ilişkin faaliyetlerin kesintiye uğradığı gösterilere hoşgörü duyulması gerektiği işaret edilmektedir<sup>435</sup>. Söz konusu kararda başvuru kamuoyu tarafından bilinen muhalif bir aktivist olup, bir kısmını kendisinin organize ettiği barışçıl toplantı ve gösterilere katılması nedeniyle yakalanarak gözaltına alınmış ve idari yaptırıma maruz kalmıştır. Mahkeme ise ulusal makamların barışçıl izinsiz gösterilere hoşgörülü olması gerektiğini belirterek, başvuru yedi kez yaptırımla karşılaşmasının muhalefeti destekleyenleri gösterilere ve kamusal nitelikte bir tartışmaya katılmaktan alıkoymak

---

<sup>432</sup> Şehir merkezinin yeterli bir alan olduğu yönünde bkz. *Berladir ve diğerleri/Rusya*, 34202/06, 10.07.2012, p.60. Parkın gösteri için yetersiz olduğu belirtilmiştir. *Primov ve diğerleri/Rusya*, 17391/06, 12.06.2004, p.130.

<sup>433</sup> **Akbulut**, "Toplanma ve Örgütlenme Özgürlükleri.", s.389.

<sup>434</sup> *Navalnyy/Rusya*, 29580/12, 15.11.2018.

<sup>435</sup> *Navalnyy/Rusya*, 29580/12, 15.11.2018, p.143.

ciddi bir potansiyel içerdiğine karar vermiştir<sup>436</sup>. Zira medyanın dikkatini çekecek kamusal bir figürün özgürlüğünden yoksun bırakılmasının caydırıcı etkiyi arttıracığına kanaat getirerek, yapısal sorunları işaret etmiş ve keyfiyete karşı yeterli güvenceler içermeyen mevzuat nedeniyle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>437</sup>. Ayrıca başvurusunun hak ve özgürlüklerinin siyasi faaliyetleri nedeniyle kısıtlandığının makul şüphenin ötesinde olduğunu, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı demokratik siyasal rejimin bir unsuru olan siyasi çoğulculuğun baskı altına alınması saklı amacını taşıdığını tespit ederek Sözleşme'nin 18. maddesinin ilgili haklarla birlikte ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 18. maddesinin artan uygulaması göstermektedir ki toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin siyasi nedenlerle yasaklanmasında katı bir denetim ortaya çıkmakta; ulusal makamların toplantı ve gösteri yürüyüşünü izin ve bildirim usulüne tâbi tutan mevzuatların yeterli güvenceler içererek öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu kapsamda Mahkeme kamusal figürlerin toplantı ve gösteri yürüyüşleri nedeniyle yaptırma tâbi tutulmasının caydırıcı etki<sup>438</sup> doğurabileceğinin altını çizerek, takdir marjını hukukun üstünlüğü testi/hukukilik kriteriyle çerçevlendirmiştir. Kimsenin sadece barışçıl nitelikte toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı aşikârdır.

Mahkeme'nin Türkiye'ye karşı oldukça yeni tarihli kararlarında ise 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen örgüte üye olmayıp örgüt adına suç işleme suçu ve yedinci fıkrasında düzenlenen örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olmayıp örgüte yardım etme suçlarını hukukun üstünlüğü testinde mahkum ettiği görülmektedir<sup>439</sup>. Mahkeme'ye göre söz konusu hükümler yargı makamları tarafından geniş yorumlandığı için barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü çerçevesinde gösterilere katılmak isteyenlerin örgüt üyesi gibi cezalandırılmasına yol açtığından bahisle öngörülebilir ve keyfiyete karşı yeterli güvenceler içermemektedir<sup>440</sup>. Görüldüğü üzere Mahkeme toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüklerinin kullanımının

<sup>436</sup> *Navalnyy/Rusya*, 29580/12, 15.11.2018, p.151, 152.

<sup>437</sup> *Navalnyy/Rusya*, 29580/12, 15.11.2018, p.150-153.

<sup>438</sup> Doğrudan müdahaleler veya dolaylı sınırlandırmalar ile özgürlüğün etkin bir şekilde kullanılmasının engellenmesinden kaçınmak bir zorunluluktur. Bu konuda bkz. **Özenç**, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü.", s.106.

<sup>439</sup> Suç tipleri için bkz. **Yenidünya**, Caner A./İçer, Zafer; Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Digesta Yayinevi, İstanbul 2014, s.46-57.

<sup>440</sup> TCK'nın 220. maddesinin altıncı fıkrasına ilişkin hukukun üstünlüğü testi için bkz. *Işıkrık/Türkiye*, 41226/09, 14.11.2017, p.53-70. TCK'nın 220. maddesinin yedinci fıkrası için bkz. *İmret/Türkiye (No.2)*, 57316/10, 10.07.2018, p.41-59; *Bakır ve diğerleri/Türkiye*, 46713/10, 10.07.2018, p.51 vd.

üzerinde caydırıcı etki doğuracak iç hukuk hükümleri karşısında ihlal kararları vermektedir. Dolayısıyla ulusal makamlara tanınan takdir marjı hukukun üstünlüğü testi/hukukilik kriteriyle çerçevelenmekte; ulusal makamlar iç hukuk hükümlerini bu çerçeve içerisinde düzenlemek ve uygulamak yükümlülüğüne tâbi tutulmaktadır.

## 2- Örgütlenme Özgürlükleri

Sözleşme'nin 11. maddesinin içeriğinde örgüt kavramının karşılığı olarak sendikalara (*trade unions*) yer verilmekte; ancak koruma kapsamında görülen örgütlerin özerk yorumu Mahkeme tarafından iç hukuktan bağımsız şekilde yapılmaktadır<sup>441</sup>. Bu kapsamda, Mahkeme tarafından örgütlenme özgürlüğüne yönelik müdahalenin denetimi yapılarak, ulusal makamların takdir marjı sınırı içerisinde kalıp kalmadığına karar verilmektedir<sup>442</sup>. Daha önce belirtildiği üzere, siyasi ifadelerin ve kamusal menfaati ilgilendiren konuların ayrıcalıklı korunması olduğundan takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Böylelikle siyasi partilerin demokratik toplumda önemi ve işlevi dikkate alınarak siyasi partilere ilişkin müdahalelerin haklı kılınabilmesi için daha çok ikna edici ve zorlayıcı gerekçeler gerekmekte ve ulusal makamlara dar takdir marjı tanınmaktadır<sup>443</sup>. Hassas siyasi ve sosyal konularda ise takdir marjı genişlediğinden laiklik ilkesinin korunması için alınan tedbirler konusunda daha geniş takdir marjı tanındığı görülmektedir<sup>444</sup>. Esasen siyasi parti yasakları ve belirli süre siyasi veya benzer faaliyetlerin yerine getirilmesinin yasaklanması gibi ağır müdahaleler ikna edici ve zorlayıcı gerekçeler gerektirmekte ve siyasetten yasaklama tedbirleri katı bir denetime tâbi tutularak sınırlı takdir marjı tanınmaktadır. Ancak şeriatı savunan siyasi partiler demokratik değerlere aykırı görüldüğünden takdir marjı genişlemekte ve siyasi parti kapatılması orantılı görülmektedir<sup>445</sup>. Bununla birlikte Mahkeme'ye göre; Sözleşme sistemi içerisinde bir siyasi partinin hukuk kurallarını, anayasal ve hukuki düzeni değiştirmek iddiası mümkün olabilmekte; ancak ilk olarak siyasi partilerin hedefe ulaşmasında

<sup>441</sup> **Akbulut**, “Toplanma ve Örgütlenme Özgürlükleri.”, s.384, 396; **Broeksteeg**, s.822; **Doğru**, “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü.”, s.52.

<sup>442</sup> Çalışmada yer alan Sınırlama ve Güvence Rejimi başlığına atıf yapmakla yetinilmektedir.

<sup>443</sup> **Doğru**, “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü.”, s.55 vd.; **Şirin**, “Takdir Marjı.”, s.377; **Kaboğlu**, İbrahim; “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.XVI, 1999, s.91; **Uygun**, Oktay; “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.XVII, 2000, s.258.

<sup>444</sup> *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 13.02.2003, p.135.

<sup>445</sup> *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 13.02.2003, p.100-135. Öğretide, bu kararın şüphe üzerine verildiği yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Eleştirileri akt. **Turhan**, Mehmet; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, AÜSBFD, C.LVII, S.3, s.147, 148.

kullanılacak araçların hukuki ve demokratik olması, ikinci olarak ise önerilen rejimin demokratik ilkelerle uyum içermesi gerekmektedir<sup>446</sup>. Siyasi parti programları ve tüzüklerinin taraf devletlerin ilkeleriyle bağdaşmaması, siyasi partinin demokratik ilkelerle çeliştiği anlamına gelmemektedir<sup>447</sup>. Böylece demokratik ilkelerin içeriğinin doldurulmasında nihai değerlendirmeyi yapacak olan Mahkeme'nin kendisi olmaktadır. Bu çerçevede şiddeti ve terörü destekleyen partiler ve şeriat kurallarıyla yönetilen bir rejim arzusu kabul görmemekte, fakat anadil ve diğer kültürel hakları talep etmek, federasyon ve kendi kaderini tayin hakkı, şiddetsiz bir şekilde sosyalizm ve komünizm rejimini hedeflemek siyasi parti kapatmanın gerekçesi için yeterli bulunmamaktadır<sup>448</sup>. Keza şiddeti teşvik eden eylemlerin ne olduğu hususunda ulusal makamların kanaatleri Mahkemece bütüncül bir şekilde denetlenmektedir<sup>449</sup>. Mahkeme, siyasi parti başkanlarının ve parti programının şiddeti reddetmesine rağmen; siyasi partinin kimi üyelerinin ve yerel yöneticilerinin dolaylı da olsa terörizmle bağlantılı sayılabilecek eylemlerine karşı açıkça mesafeli durulmaması söz konusu olduğunda orantılı bir tedbir alınmasını kabul edilebilir görmekte; ancak siyasi partilerin demokratik toplumda önemi ve işlevi göz önünde bulundurulduğunda, ilkesel olarak şiddeti reddeden siyasi partinin kapatılmasını orantısız bir müdahale olarak görmektedir<sup>450</sup>. Nihayet siyasi parti örgütlenmeleri konusunda oldukça dar takdir marjı tanınarak katı bir denetim gerçekleştirildiği söylenebilir.

Sözleşme'nin 11. maddesinde sendikal örgütlenme özgürlüğü korunmakta olup, bu özgürlük sendika kurma ve üye olma ile bir sendikaya üye olmama özgürlüklerini içermekte; ayrıca sendikaların üyelerinin menfaatlerini koruma ilkesini güvence altına almaktadır<sup>451</sup>. Bu çerçevede bireylerin ve sendikaların kamu

---

<sup>446</sup> *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 13.02.2003, p.98. Çoğulculuk ilkesi ile bölünmezlik ilkesinin uzlaştırılması gerektiği yönünde bkz. **Kaboğlu**, "Siyasi Parti.", s.88. Venedik Komisyonu siyasi parti yasaklarının istinai olması gerektiğini, demokratik siyasal rejim için gerçek tehlike var olduğunda ve daha hafif tedbirlerin çare olmadığı ihtimallerde başvurulması gerektiği yönünde ilkeler ortaya koymuştur. Mahkeme'nin yaklaşımıyla uyum içeren ilkeler için bkz. **Uygun**, "Siyasi Parti.", s.258; **Turhan**, s.132.

<sup>447</sup> *Sosyalist Parti/Türkiye*, 26482/95, 12.11.2003, p.47.

<sup>448</sup> *Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, 19392/92, 30.01.1998, p.51-61; *Sosyalist Parti/Türkiye*, 26482/95, 12.11.2003, p.47-54.

<sup>449</sup> Mahkeme'nin yaklaşımı için bkz. **Tezcan**, Durmuş; "Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasi Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ortaya Koyduğu Eğilim", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.XVI, 1999, s.130-141; **Uygun**, Oktay; "Siyasi Parti.", s.256-273; **Turhan**, s.129-150.

<sup>450</sup> *DTP ve diğerleri/Türkiye*, 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10, 37272/10, 12.01.2016, p.109.

<sup>451</sup> **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.446, 447; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.553; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.389; **Broeksteeg**, s.829-835.

makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korunması (*negatif yükümlülük*) ve sendikal güvencelerden etkili bir şekilde yararlandırılması (*pozitif yükümlülük*) gerekmektedir<sup>452</sup>. Pozitif yükümlülük kapsamında bireylerin ve sendikaların işverenin muhtemel müdahalelerine karşı güvence altına alınması, ayrıca bireylerin sendikaların yetkilerini kötüye kullanma şeklinde suistimallere karşı korunması yükümlülükleri doğmaktadır<sup>453</sup>.

Mahkeme erken dönem içtihatlarında Sözleşme'nin 11. maddesi uygulaması çerçevesinde grev hakkı ve toplu iş sözleşmesi hakkının korunmadığını; fakat bahse konu hak ve özgürlüklerin sendikal örgütlenme özgürlükleri ve sendikaların üyelerin menfaatlerini korumak için en önemli araçlardan biri olduğunu belirtmiştir<sup>454</sup>. Bununla birlikte taraf devletler, sendikaların menfaatini korumak amacını sağlamak adına uygun araçları seçmekte özgür bırakılmıştır. Böylece Mahkeme, sendikaların üyelerinin menfaatlerini koruyabilmesi için başka araçların mevcut olduğunu belirterek, ulusal makamlara sendikaları dinleyecek araçları seçmek noktasında geniş takdir marjı tanımıştır<sup>455</sup>. Ancak *Demir ve Baykara/Türkiye* kararında insan hakları hukukunun içtihadî kaynakları olan uluslararası belgeler ve Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin normlarını dikkate alarak toplu iş sözleşmesi düzenleme hakkının Sözleşme'nin 11. maddesinde korunan örgütlenme özgürlüklerinin temel unsuru haline geldiğini kabul etmiştir<sup>456</sup>. Mahkeme ulusal makamlara tanınan takdir marjına bağlı olarak sendikal özgürlüklerin korunması için taraf devletlerin aldığı tedbirlerin tümünü göz önünde bulundurduğunu ve sendikal özgürlüklerin temel unsurlarını etkileyen kısıtlamaların kabul edilmediğini, böylelikle temel unsurların eksikliğinin örgütlenme özgürlüğünün özünü zedeleyeceğini belirtmiştir<sup>457</sup>. Böylece Mahkeme toplu iş sözleşmesi düzenleme hakkını sendikal örgütlenme özgürlüğünün temel unsuru haline getirerek, ulusal makamların takdir marjını daraltmıştır.

Mahkeme'nin bugünkü konumu itibarıyla sendikal hak ve özgürlükleri geniş anlamıyla algıladığını ve takdir marjını sınırladığını söylemek mümkündür.

---

<sup>452</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.554. Pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi için seçilecek araçlar konusunda ulusal makamların geniş takdir marjı bulunmaktadır. Bkz. **Broeksteeg**, s.835.

<sup>453</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.554.

<sup>454</sup> *Schmidt ve Dahlström/İsviçre*, 5589/72, 06.02.1978, p.36; *İsveç Makinistler Sendikası/İsveç*, 5614/72, 06.02.1976, p.39, 40.

<sup>455</sup> *İsveç Makinistler Sendikası/İsveç*, 5614/72, 06.02.1976, p.40.

<sup>456</sup> *Demir ve Baykara/Türkiye*, 34503/97, 12.11.2008, p.144-154.

<sup>457</sup> *Demir ve Baykara/Türkiye*, 34503/97, 12.11.2008, p.144.

Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, “*silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca*” hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya kamu görevlileri için meşru sınırlamalar getirilebileceğinin düzenlenmesiyle bu alanda takdir marjı genişletilmektedir. Ancak Mahkeme tarafından kamu görevlilerin sendikal örgütlenme özgürlükleri, Avrupa uygulaması ve uluslararası belgeler dikkate alınarak geniş yorumlanmakta; genel yasaklara ve sendikaların üyelerinin menfaatlerini korumak için başvurduğu genel grev, toplu sözleşme haklarının kısıtlandığı müdahaleler ve hak öznelerine uygulanan yaptırımlar orantısız bulunmaktadır<sup>458</sup>. Memurların sendika kurma hakkı olmadığı gerekçesiyle sendikanın kapatılması<sup>459</sup>, toplu iş sözleşmesi düzenlenmesi veya kamusal sorunlara dikkat çekmek için yapılan sendika eylemlerinin yasaklanması ya da bu tür eylemlere katılma nedeniyle hafif de olsa disiplin yaptırımına veya tazminata hükmedilmesi<sup>460</sup> toplanma ve örgütlenme özgürlüklerine yönelik orantısız bir müdahale niteliğinde görülerek, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlaline karar verilmektedir. Mahkeme'ye göre kolluk kuvvetleri veya silahlı kuvvetler için öngörülen kısıtlamalar konusunda geniş takdir marjı tanınmakta; ancak genel olarak devlet memurları ile ticari ve endüstriyel kuruluşlarda görev yapan işçiler için öngörülen yasaklar kabul görmeyip, ulusal makamların takdir marjı sınırlamaların hangi memur kategorilerini kapsadığının açık ve sınırlayıcı bir biçimde düzenlenmesi gerektiği yönünde sınırlandırılmaktadır<sup>461</sup>.

<sup>458</sup> Bu konuda bkz. **Beyoğlu**, Cem Ümit; “AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı”, TBB Dergisi, 2018, S.135, s.77-118.

<sup>459</sup> *Tüm Haber Sen ve Çınar/Türkiye*, 28602/95, 21.02.2006, p.33-40.

<sup>460</sup> Devlet memurlarına yapılan düşük zammı protesto etmek için sendika eylemine katılma gerekçesiyle uyarı cezası vermek, yaptırımın hafifliğine rağmen ihlale neden olmuştur. *Karaçay/Türkiye*, 6615/03, 27.03.2007, p.33-39. Sendika tarafından düzenlenen toplu eylemler neticesinde iş bırakma eylemlerine katılma gerekçesiyle idarenin uğradığı zararların tazminine hükmedilmesi ihlale yol açmıştır. *Dilek ve diğerleri/Türkiye*, 74611/01, 26876/02, 27628/02, 17.07.2007, p.69-74. Eğitim koşullarının iyileştirilmesi için bir günlük genel greve katılma nedeniyle adli para cezası caydırıcı nitelik taşımakta ve ihlale neden olmaktadır. *Urcan ve diğerleri/Türkiye*, 23018/04, 17.07.2008, p.30-36. Mahkeme, ulusal çapta düzenlenen greve katılmanın genelge ile yasaklanması ve katılanlara disiplin cezası verilmesine ilişkin olayda Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlaline karar vermiştir. *Enerji Yapı-Yol Sen/Türkiye*, 68959/01, 24.01.2009, p.29-34. Kanun tasarısını protesto etmek için bir günlük greve katılmaları nedeniyle disiplin cezası verilmesi ihlale neden olmuştur. *Kaya ve Seyhan/Türkiye*, 30946/04, 15.09.2009, p.27-32.

<sup>461</sup> *Enerji Yapı-Yol Sen/Türkiye*, 68959/01, 24.01.2009, p.29-34. Kolluk kuvvetlerinin siyasi parti üyesi olmasının yasaklanması Sözleşme'ye uygunluk içermektedir. Bkz. *Rekvenyi/Macaristan*, 25390/94, 20.05.1999, p.44-50.



Bununla birlikte Mahkeme bu konuda çizmiş olduğu çerçeveye takdir marjını sınırlandırmakta ise de birey ve toplumun tümünün çatışan menfaatlerinin adil bir şekilde dengelenmesi hassas sosyal ve siyasi meseleler içerdiğinden sendikanın üyelerinin menfaatlerinin ve sendikal özgürlüklerin korunması bakımından ulusal makamlara geniş takdir marjı tanımaktadır<sup>462</sup>. Bu kapsamda sendikal özgürlüklerin özü ve temel unsurları şeklinde görülen toplu sözleşme ve grev hakkı ile işçilerin kendi işvereniyle uyuşmazlıkları neticesinde kullanılan toplu eylem hakkı söz konusu olduğunda takdir marjı daralmakta; ancak hassas sosyal ve siyasi meseleler olarak değerlendirilen ikincil grev yasakları konusunda takdir marjı genişlemektedir<sup>463</sup>. Zira Mahkeme sendikal örgütlenmenin az olduğu bir iş yerinde işveren üzerinde baskı yaratmak için yapılan ikincil grevleri, diğer bir deyişle uyuşmazlık konusu iş yeri dışında örgütlenen iş yerlerinde yapılan dayanışma grevlerinin kısıtlanmasını orantılı bir müdahale olarak görmüştür<sup>464</sup>. Mahkeme ikincil grev yasaklarına ilişkin Avrupa Sosyal Şartı denetim mekanizması olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün değerlendirmeleri ile ikincil grevleri daha az kısıtlayıcı uluslararası eğilime rağmen takdir marjını geniş bir ölçüde tutmayı tercih etmiştir<sup>465</sup>. Bu çerçevede Mahkeme'nin kendisinin belirlediği üzere en kısıtlayıcı yaklaşımı sunan bir devletin takdir marjı sınırlanmamış, hükümetlerin bu yasak hakkında demokratik mutabakatı ile siyasi tercihleri üstün tutulmuştur. Böylece söz konusu karar konsensüsün ve uluslararası eğilimin dikkate alınmaması açısından dikkate değer bir örnek olarak görülebilir. Burada eleştirilen husus uluslararası eğilim ve konsensüse rağmen takdir marjının hiçbir şekilde sınırlanmamasıdır<sup>466</sup>. Kısacası Mahkeme'nin yaklaşımı ulusal makamlara dayanışma grevleri açısından

---

<sup>462</sup> *National Union Of Rail, Maritime and Transport Workers (Ulusal Tren, Deniz ve Nakliye İşçileri Birliği)/Birleşik Krallık, 31045/10, 08.04.2014, p.86.*

<sup>463</sup> *National Union Of Rail, Maritime and Transport Workers (Ulusal Tren, Deniz ve Nakliye İşçileri Birliği)/Birleşik Krallık, 31045/10, 08.04.2014, p.87 vd.*

<sup>464</sup> Mahkeme, açıkça makul bir dayanaktan yoksun olmadıkça sosyal ve ekonomik alanda siyasi tercihlere saygı duyacağını belirtmektedir. *National Union Of Rail, Maritime and Transport Workers (Ulusal Tren, Deniz ve Nakliye İşçileri Birliği)/Birleşik Krallık, 31045/10, 08.04.2014, p.87, 99.*

<sup>465</sup> *National Union Of Rail, Maritime and Transport Workers (Ulusal Tren, Deniz ve Nakliye İşçileri Birliği)/Birleşik Krallık, 31045/10, 08.04.2014, p.98, 99.*

<sup>466</sup> Mahkeme'nin somut olaya ilişkin denetim yaptığını belirtmesi, bu yönde diğer denetim mekanizmalarından farkını ortaya koyarak soyut bir şekilde mevzuat incelemesi yapmadığının altını çizdiği görülmektedir. Bu yaklaşım şüphesiz doğru olmakla birlikte, Mahkeme'den beklenen ise doğrudan denetim mekanizmalarıyla paralel bir şekilde ihlal kararı vermesi değildir. Bu noktada Mahkeme'den beklenen, diğer Avrupa Konseyi denetim mekanizmalarını ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nü, ayrıca Avrupa Konsensüsü'nü dikkate alarak, ulusal makamlara tanınan takdir marjını nispeten sınırlaması ve bu çerçevede ölçülülük ilkesini uygulamasıdır.

geniş takdir marjı, ancak doğrudan işverene karşı grev ve toplu sözleşme haklarının kullanılmasının sınırlandırılmasında dar takdir marjı tanınması yönündedir.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TAKDİR MARJI DOKTRİNİ KRİTERLERİNİN DİĞER HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE UYGULANMASI

Mahkeme'nin takdir marjı doktrinini ortak sınırlama rejimi öngörülen hak ve özgürlükler dışında, Sözleşme'de koruma altına alınan diğer hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin denetiminde de uyguladığı görülmektedir. Çekirdek haklar ve usuli yönü ağır basan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkı ile ayrıca ayrımcılık yasağı ve mülkiyet hakkına ilişkin kararlarda takdir marjı doktrinini uygulanmaktadır. Ancak bu başlık altında incelenecek hak ve özgürlüklerde takdir marjı doktrinini kriterleri bütüncül bir biçimde etkili olmamakta; taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmek hususunda belirli takdir marjına sahip olduğu ortaya konulmaktadır. Bunun yanı sıra Avrupa konsensüsü arayışı sonucunda varılan sonuç takdir marjının derecesini oluşturabilmektedir. Fakat bu başlık altında ele alınan hak ve özgürlüklerde takdir marjı doktrininin kriterler ışığında uygulanması Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde olduğu gibi somut vakanın tüm unsurlarının ele alındığı bir uygulamadan yoksun kalmaktadır. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin ön plana çıktığı hak ve özgürlüklerde ise ortak sınırlama rejimi öngörülen hak ve özgürlüklerde olduğu gibi takdir marjı doktrininin kriterlerinin ve somut vakanın dikkate alınması hususunda hassasiyetin belirginleştiği söylenebilir. Böylelikle bu başlık altında taraf devletlerin takdir marjının sınırı çizilmeye çalışılacak ve takdir marjı doktrinini kriterlerinin göz ardı edildiği yahut takdir marjı doktrinine atıf yapılmasına gerek bulunmayan durumlar ortaya konulacaktır.

#### I- ÇEKİRDEK HAKLAR

Kural olarak çekirdek hakların korunduğu alanda takdir marjı doktrininin yeri olmadığı kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Yine de çekirdek haklarda en azından devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olduğunda, taraf devletlerin ulusal makamlarının oldukça dar da olsa takdir marjına sahip olduğu ileri sürülmektedir<sup>2</sup>. Ancak taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin gerektirdiği alanlarda dahi çekirdek haklara müdahalelerde

<sup>1</sup> Bu kapsamda bkz. **Callewaert**, s.6-9.

<sup>2</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.220, 226.

takdir marjı için çok az bir alan tanınmaktadır<sup>3</sup>. Bununla birlikte, insan haklarına saygı yükümlülüğünün bir gereği olarak, insan haklarının korunması bakımından maddi ve usuli olmak üzere ulusal makamların birincil ve asli sorumluluğu bulunmakta; taraf devletler yetki alanlarında bulunan herkesin haklarını korumakla ödevlendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki öğretide Mahkeme'nin çekirdek hakların korunmasında taraf devletlere takdir marjı tanındığı hususunda bir söylemden kaçındığı dile getirilmekte; ancak Mahkeme'nin güncel yaklaşımı ise pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde ulusal makamlara takdir marjı tanındığı yönündedir<sup>4</sup>.

### A- Yaşam Hakkı

Çekirdek haklardan ilk olarak Sözleşme'nin 2. maddesinde koruma altına alınan *yaşam hakkı* incelenecektir. Sözleşme sistemi içerisinde yaşam hakkı; olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayan bir çekirdek hak olarak düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesinde kimsenin yaşam hakkından kasten mahrum bırakılamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>5</sup>. Ancak Sözleşme'nin 2. maddesinin ikinci fıkrasında yaşam hakkına yönelen bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun bulunabileceği veya haklı gösterilebileceği istisnalara yer verilmiştir<sup>6</sup>. Söz konusu istisnalar devlete

<sup>3</sup> Yani sıkı bir denetim söz konusudur.

<sup>4</sup> Mahkeme'nin önceki yaklaşımı için bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.226.

<sup>5</sup> Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı; 6 No'lu Ek Protokol'le barış zamanında ve 13 No'lu Ek Protokolle de tüm zamanlar için ölüm cezasının kaldırılmasıyla son halini almıştır. Türkiye söz konusu Protokolleri imzalamış ve onaylayarak yürürlük kazandırmıştır. Türkiye için ölüm cezasının tekrar kabul edilmesi hukuken mümkün değildir ve bu yönde bir irade Sözleşme sisteminden çıkma, Avrupa Konseyi'ne üyelikten vazgeçme sonucunu doğurur. Ancak bu durumda bile Türkiye BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Ek 2 No'lu Seçimlik Protokole taraftır. Ölüm cezasını yasaklayan söz konusu Protokollere çekince koymak mümkün değildir. **Demirdal**, Barkan; "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ölüm Cezasının Kaldırılması ve Türkiye'deki Süreç", Politik Ekonomik Kuram, C.II, 2018, S.1, s.57-72; **Şirin**, Tolga/**Yıldız**, Deniz; "Bir Ucuz Popülizm Aracı Olarak Ölüm Cezası", <https://m.bianet.org/biamag/insan-haklari/162481-bir-ucuz-populizm-araci-olarak-olum-cezasi>, (e.t.: 11.11.2018).

<sup>6</sup> Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini söylebilmek için öncelikle maddenin olayda uygulanabilir olması; ikinci olarak devletin yaşam hakkına müdahalesinin kanıtlanmış olması; son olarak devletin yükümlülüklerinden birine aykırı davranmış olması gerekmektedir. Devletin yükümlülükleri öldürmeme yönünde negatif yükümlülük, hakkın korunmasını gerektiren pozitif yükümlülük ve soruşturma yükümlülüğüdür. Bu konuda bkz. **Doğru**, Osman/**Nalbant**, Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s.9. İstisna halleri için bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.175 vd. **Cengiz**, Serkan; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı", TBB Dergisi, 2011, S.93, s.384; **Korff**, Douwe; Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (çev.: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi, Belçika 2006, s.6, 7. Yaşam hakkının konusu kişinin kendisine, üçüncü kişilere, topluma, devlete karşı korunmasıdır. Bu konuda ve yaşam hakkında devletin yükümlülükleri hakkında bkz. **Özkan Duvan**, Ayşe; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", MÜHF-HAD, C.XXIV, 2018, S.2, s.662, 663 vd.

belirli durumlarda öldürme yetkisi verildiği anlamına gelmemekte; istenmeyen netice olarak yaşamdan yoksun bırakmayla sonuçlanabilecek kuvvet kullanma hallerini tanımlamaktadır<sup>7</sup>. Dar yorumlanması gereken Sözleşme'nin 2. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuvvet kullanma halleri sınırlı sayıda kabul edilerek müdahalenin meşru amacını teşkil etmektedir. Sözleşme'nin 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde meşru savunma amacıyla öldürme, (b) bendinde yakalama veya kaçmasını önleme amacıyla öldürme, (c) bendinde ise ayaklanma veya isyanı önleme amacıyla öldürme müdahalenin meşru amacını oluşturmaktadır. Ancak söz konusu meşru amaçlar dar yorumlanmalı ve kuvvet kullanımı bu meşru amaçlar için mutlak gerekli ölçüyü aşmamış olmalıdır<sup>8</sup>. Kısacası somut olayda kuvvet kullanmak için ikinci fıkrada sayılan meşru amaçlardan biri olması aranmakta; ayrıca kuvvet kullanmanın meşru amaç için mutlak gerekli olması ve orantılı bir biçimde uygulanması gerekmektedir.

Kuvvet kullanmanın mutlak gerekli ölçüyü aşmaması (*absolutely necessary*) koşulu için Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin ikinci fıkralarına göre demokratik toplumda gereklilik ölçütüne nazaran daha katı ve zorlayıcı bir gereklilik testi uygulanması gerektiği işaret edilmektedir<sup>9</sup>. Mahkeme tarafından demokratik toplumda gereklilik ölçütüne nazaran daha katı bir gereklilik arandığı için Sözleşme'nin 8-11. maddeleri ile 2. maddesi arasında birbirine denk bir gereklilik testi açıkça reddedilmektedir. Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında belirli tedbirlerin mutlak gerekliliğinin değerlendirilmesinde dahi, ulusal makamların sorunlara yakınlığı takdir marjı doktrinini uygulamak için yeterli görülmemektedir<sup>10</sup>. Mahkeme yaşam hakkına yönelik müdahalelerde meşru amacı izleyen mutlak gerekli kuvvet kullanımının orantılılığını denetlerken taraf devletlere takdir marjı tanımamakta; kendi objektif değerlendirmesini yapmaktadır<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> *McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 18984/91, 27.09.1995, p.148.

<sup>8</sup> *McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 18984/91, 27.09.1995, p.149.

<sup>9</sup> *McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 18984/91, 27.09.1995, p.149; *Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs*, 25052/94, 09.10.1997, p.171; *Avşar/Türkiye*, 25657/94, 10.07.2001, p.391; *Musayev ve Diğerleri/Rusya*, 57941/00, 58699/00, 60403/00, 26.07.2007, p.142; *Giuliani ve Gaggio/İtalya*, 23458/02, 24.03.2011, p.176.

<sup>10</sup> *Callewaert*, s.9.

<sup>11</sup> *Doğru/Nalbant*, C.I Açıklama., s.16.

## 1- Yaşamın Başlangıcı ve Sona Ermesi

Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında yaşamın başlangıcına ve sona ermesine ilişkin konularda taraf devletlere geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>12</sup>. Sözleşme'nin koruduğu yaşam hakkının ihlal edilmesi için somut olayda Sözleşme'nin 2. maddesi uygulanabilir olmalı, eylem veya ihmal şeklinde ortaya çıkan müdahale kanıtlanmış olmalı ve devletin maddi yönden negatif veya pozitif yükümlülüklerini ya da usul yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması gerekmektedir<sup>13</sup>. Ceninin yaşam hakkının bulunup bulunmadığı meselesi ise Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilirliğine ilişkin bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Sözleşme sistemi içerisinde cenin veya embriyoya hukuksal bir değer atfedilip korunan yaşam hakkının öznesi sayılması noktasında taraf devletlere geniş takdir marjı bırakılmaktadır<sup>14</sup>.

Yaşamın başlangıcına ilişkin değerlendirmeler Mahkeme'nin kürtaj konusundaki kararlarında ortaya çıkmaktadır. Komisyon'un ceninin 14 haftalıkken yasal dayanak çerçevesinde kadının iradesiyle yapılan kürtajı değerlendirdiği *H./Norveç* davasında; kabul edilemezlik kararı verirken kürtaj konusunu hassas bir alan olarak nitelendirmiş ve ulusal hukukta düzenlemelerin farklılığını vurgulayarak taraf devletlerin belirli bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir<sup>15</sup>. Komisyon fetüsün Sözleşme'nin 2. maddesinin korumasından yararlanıp yararlanmaması ile ilgili olarak karar vermek yükümlülüğünde olmadığını ifade etmiştir<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Mahkeme bu konuda açık bir cevap vermemektedir. Bkz. **Gerards**, Janneke; "Right to Life", in: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.355, 356.

<sup>13</sup> **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.9-30. Devletin öldürmeme yönünde negatif yükümlülüğü, pozitif yükümlülüğü ve pozitif yükümlülüğünün usuli boyutu olarak soruşturma, bir başka deyişle usuli yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **Özkan Duvan**, "Yaşam Hakkının Korunması.", s.677, 678.

<sup>14</sup> Çeşitli hukuk sistemleri ve uluslararası sözleşmelerde cenini veya embriyoyu korumaya yönelik düzenlemeler mevcuttur. Ancak embriyonun nitelikleri konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. **Tacir**, Hamide; "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı", MÜHF-HAD (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), C.IXX, S.2, 2013, s.1304; **Korff**, s.8 vd. Doğmamış çocuğun korunmasına ilişkin bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.55-58.

<sup>15</sup> *H/Norveç*, 17004/90, 19.05.1992.

<sup>16</sup> Sözleşme'nin 2. maddesinin doğmamış çocuklar için kabul edilmesi, kadının sağlığının ciddi risk altında olduğu hallerde kürtajın yasaklandığı anlamına gelecektir. Bu durum ise doğmamış çocuğun hamile kadından daha üstün değerde kabul edildiği sonucunu doğuracaktır. Komisyon'a göre, Sözleşme'nin 2. maddesi doğmamış çocuk için mutlak bir hak öngörmemektedir. Bkz. *X/Birleşik Krallık (Paton davası)*, 8416/78, 13.05.1980, p.18, 19. Komisyon'un bu yaklaşımı Mahkeme'nin *Boso/İtalya* kararında takip edilmiştir. Bkz. *Boso/İtalya*, 50490/99, 05.09.2002. İrlanda'da kürtaj olmak isteyen kadınlara yardımcı olan hükümet dışı kuruluşların faaliyetlerinin yasaklanmasına ilişkin *Open Door ve Dublin Well/İrlanda* kararında, yaşamın başlangıcı doğrudan konu edilmemiştir. Mahkeme konuyu Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında incelemiştir. *Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda*, 14234/88, 14235/88, 29.10.1992.

İHAM tarafından yaşamın başlangıcına ilişkin 2004 tarihli *Vo/Fransa* davasında da bu konuya net bir cevap verilmediği görülmektedir<sup>17</sup>. Fransızca konuşmakta güçlük çekmekte olan ve 6 aylık hamile başvuru hamilelik nedeniyle rutin kontrollerini gerçekleştirmek üzere hastaneye gelmiş; ancak hastanede isim benzerliği sonucu doktorlar tarafından kendisine yanlış tedavi uygulanması sonucunda irade dışı kürtaj uygulanmıştır. Başvuru ve erkek arkadaşı ulusal merciiler önünde doktor aleyhine üç aydan az iş göremezliğe neden olacak şekilde yaralama ve doğmamış çocuk bakımından taksirle öldürme suçundan şikâyetle bulunmuşlardır. Ceza Mahkemesi başvurucuyu iş göremez şekilde yaralama suçunun af kapsamına girdiğinden bahisle; ayrıca 21 haftalık ceninin yaşayabilir olmadığını kabul ederek taksirle öldürme suçunun işlenmiş olmadığına hükmetmiştir. Üst Mahkeme aksi yönde karar verse de Temyiz Mahkemesi aynı gerekçelerle mahkumiyet kararını bozmuştur. Başvuru Sözleşme'nin 2. maddesine dayanarak ulusal makamların olayı taksirle öldürme suçu olarak nitelendirmemesinden şikâyetçi olmuştur. Fransa'nın bu tür eylemleri suç olarak niteleyen kanun çıkarmakla yükümlü olduğunu ileri sürmüştür<sup>18</sup>.

Böylece hukuki ihtilaf, yaşamın başlangıcı konusunda Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca taraf devletlerin hakkın öznesini genişletmek noktasında hukuki düzenleme yapmak yükümlülüğünde bulunup bulunmadıklarıdır. Mahkeme bu davada, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 4. maddesinin gebelik anından itibaren yaşam hakkının korunmasını öngören düzenlemesinin aksine; İHAS'ın 2. maddesinin yaşam hakkının zamansal sınırları konusunda sessiz olup, yaşam hakkının koruduğu herkesi tanımlamadığını belirtmektedir<sup>19</sup>. Keza, yaşamın başlangıcının hukuki ve bilimsel tanımı hakkında Avrupa konsensüsü oluşmadığını göz önüne alarak, yaşamın ne zaman başladığına karar verilmesinin ulusal bir sorun olduğuna dikkat çekmektedir. Bu nedenle Mahkeme bu sorunun çok boyutlu yanını ve çeşitliliğini belirterek, ceninin bir kişi olup olmadığı sorusunu soyut olarak cevaplamanın mümkün ve istenir olmadığına karar vermiştir<sup>20</sup>. Ancak Sözleşme kapsamında kişi sayılmasa da ceninin kişi olma kapasitesi ve potansiyeli açısından -

---

<sup>17</sup> *Vo/Fransa*, 53924/00, 08.07.2004, p.82. Komisyon daha önce üç durumun ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. İlk olarak fetüsün maddenin koruma alanı dışında yer almasıdır. İkinci durum bazı kısıtlamalara tâbi olarak fetüsün yaşam hakkına sahip olmasıdır. Son durum ise fetüse koşulsuz bir biçimde koruma sağlanmasıdır. Bkz. *X/Birleşik Krallık*, 8416/78, 13.05.1980, p.17.

<sup>18</sup> *Vo/Fransa*, 53924/00, 08.07.2004, p.9-22.

<sup>19</sup> *Vo/Fransa*, 53924/00, 08.07.2004, p.85.

<sup>20</sup> *Vo/Fransa*, 53924/00, 08.07.2004, p.82-95.

özel hukuk koruması altında- embriyo veya ceninin insan onuru adına korunmasını gerektirmektedir. Aynı zamanda Mahkeme, embriyo ve ceninin en azından insan ırkına ait olduğunun kabulü konusunda taraf devletler arasında ortak anlayışın varlığını tespit etmektedir<sup>21</sup>. Ancak Mahkeme, *Vo/Fransa* davasına atıfla daha sonraki içtihadında embriyonun Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında yaşam hakkına sahip olmadığını belirtmektedir<sup>22</sup>.

Kürtaj hakkına ilişkin olarak güncel ve takdir marjı doktrininin uygulanış şekli açısından önemli bir karar olan *A. B. ve C./İrlanda* kararında<sup>23</sup>; başvuruçuların sağlık gerekçeleriyle İngiltere'de kürtaj olmak zorunda kalmaları nedeniyle şikâyetlerinin incelendiği davada, Mahkeme konuyu özel hayata saygı hakkı bağlamında denetime tâbi tutmuştur. İrlanda hukuku, kürtaj hakkını uzun bir süreçten geçen tartışmalardan sonra, sadece annenin yaşamının gerçek ve ciddi tehdit altında olması ve bu riskin ancak hamileliğin sona erdirilmesiyle ortadan kalkması halinde çok sınırlı bir şekilde kabul etmektedir<sup>24</sup>. Mahkeme her üç başvuruçunun kişisel sağlık veya refah nedeniyle yabancı ülkede kürtaj olma zorunluluğunu özel hayata saygı hakkı bağlamında incelese de yaşamın başlangıcına ilişkin *Vo/Fransa* davasına atıfla konuyu ileriye götürmüştür. Konuyu çözüme kavuşturmak adına ceninin Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında kişi sayılıp sayılamayacağı sorununa odaklanmış; fakat bu konuya ilişkin olarak cevap vermenin imkânsız olduğunu belirtmiştir<sup>25</sup>. Zira Mahkeme, cenin adına talep edilen haklar ve onu taşıyan annenin haklarının birbirine sıkı sıkıya bağlı olduğunun tespitini yapmıştır<sup>26</sup>.

Nihayet, yaşamın başlangıcının tanımlanması hususunda taraf devletler arasında Avrupa konsensüsü bulunmadığından bahisle; ulusal makamlara geniş takdir

---

<sup>21</sup> *Vo/Fransa*, 53924/00, 08.07.2004, p.84.

<sup>22</sup> Başvuruçucu, eski partnerinin embriyonun kullanılması ve saklanmasıyla ilişkin rızasını geri almaya olanak tanıyan Birleşik Krallık mevzuatının yaşam hakkını ihlal ettiğine yönelik şikâyeti; embriyonun bağımsız bir yaşam hakkı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. *Evans/Birleşik Krallık*, 6339/05, 10.04.2007, p.54-56. Yaşamın başlangıcına ilişkin konular daha çok fetüsle/ceninle ilgili olarak Mahkeme'nin önüne gitmektedir. Embriyo, Sözleşme'nin 2. maddesinin koruma kapsamına girmemektedir. **Karan**, Ulaş; "Yaşam Hakkı", in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.117.

<sup>23</sup> *A. B. ve C./İrlanda*, 25579/05, 16.12.2010.

<sup>24</sup> Bu davada kanser olan başvuruçunun kürtaj olup olamayacağını önceden öngörecektir etkili bir prosedür oluşturan yasal hükümlerin bulunmamasından bahisle Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği; ancak diğer başvuruçular açısından Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. *A. B. ve C./İrlanda*, 25579/05, 16.12.2010, p.253-268.

<sup>25</sup> *A. B. ve C./İrlanda*, 25579/05, 16.12.2010, p.237.

<sup>26</sup> *A. B. ve C./İrlanda*, 25579/05, 16.12.2010, p.237; *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye*, 13423/09, 09.04.2013, p.106.



marjı tanınmaktadır. Bu konuda takdir marjının genişliğinin tespitinde Avrupa konsensüsü kriteri kullanılmış; ayrıca taraf devletler arasında ceninin ve embriyonun insan ırkına ait olduğu ve insan onuru adına korunması gerektiği konusunda ortak bir anlayışın varlığı ortaya konmuştur. Her ne kadar yaşamın başlangıcının tanımlanması, cenin veya embriyonun kişi sayılması noktasında ortak bir anlayış, konsensüs söz konusu olmasa da ceninin veya embriyonun insan ırkına ait olduğu ve kişi sayılmaksızın özel hukukun korumasına tâbi olduğu ortak bir anlayış olarak tespit edilmektedir<sup>27</sup>. Bununla birlikte İHAM, *A. B. ve C./İrlanda* kararında; kişisel sağlık nedenleriyle yabancı ülkede kürtaj yapmak zorunda kalan başvurucların durumunu incelerken, Avrupa konsensüsünün bu davada belirleyici olmadığına tespitini yapmaktadır. Normal şartlar altında kürtaja ilişkin uluslararası eğilimler ve Konsey üyesi devletlerin mevzuatları değerlendirildiğinde kürtaja başvurmanın gerekçelerinin daha geniş kabul edildiğinin altını çizmektedir<sup>28</sup>. Yine de Mahkeme ilgili davada taraf devletin geniş takdir marjının daraltılamayacağı kanaatindedir. Halbuki Mahkeme'nin dile getirdiği üzere davacı İrlanda devleti sadece annenin yaşamını kurtarmak gerekçesiyle kürtaja izin veren tek devlet olarak “kara koyun” konumundadır. Böylece, *A. B. ve C./İrlanda* davasında takdir marjı doktrininin kriterlerinden Avrupa konsensüsünün yeterince dikkate alınmadığı görülmektedir<sup>29</sup>.

İHAM'ın Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında takdir marjı doktrinine dayandığı diğer bir konu; kişinin kendi yaşamına son verme hakkına yönelik tartışmalar odağında ortaya çıkmaktadır. Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının, ölme hakkını kapsamı içerisine alıp almadığı ya da Sözleşme'nin taraf devletlere bu yönde bir hak ve özgürlüğü ulusal hukukta tanıması yönünde pozitif yükümlülük yükleyip yüklemediği hukuki bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme tarafından, ulusal hukukta ölme hakkının tanınması açısından Sözleşme'nin 2. maddesinin taraf devletlere bu yönde bir pozitif yükümlülük yüklediği kabul edilmemektedir<sup>30</sup>. Nitekim ölme hakkı bağlamında ötanazi veya yardımcı

---

<sup>27</sup> Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülük mutlaka cezai nitelikte hukuk yolunun varlığını gerektirmez. Başvurucunun somut olayda tazminat davası açabileceği de belirtilerek, Sözleşmenin 2. maddesi uygulanabilir olsa bile ihlal edilmediğine karar verilmiştir. *Vo/Fransa*, 53924/00, 08.07.2004, p.95.

<sup>28</sup> *A. B. ve C./İrlanda*, 25579/05, 16.12.2010, p.235.

<sup>29</sup> Söz konusu kararda benzer yönde eleştiri için bkz. **Ryan**, s.261.

<sup>30</sup> *Haas/İsviçre*, 31322/07, 20.01.2011, p.54. Bu konuda bkz. **Akandji-Kombe**, s.22. Ötanaziyi kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde savunan yazarlar, Mahkeme'nin devlete yaşamı koruma yükümlülüğü yüklemesinden dolayı başkası eliyle veya kamu kurumu yardımıyla ölme hakkının varlığını Sözleşme

intihar<sup>31</sup>; Sözleşme'nin 2. maddesinin koruma alanında görülmemektedir. Nitekim Mahkeme'nin ölme hakkını karara bağladığı *Pretty/Birleşik Krallık* kararı önem arz etmektedir<sup>32</sup>. İlgili davada kronik ve tedavisi mümkün olmayan motor nöron hastalığından (MND) muzdarip olan başvuru Pretty, boyundan aşağısı felç olduğu için yaşamına son vermek için üçüncü kişinin yardımına ihtiyaç duymaktadır. Ancak ulusal makamlardan eşinin, kendisinin intiharına yardım etmesi sonrasında cezai soruşturmalara maruz kalmaması için güvence istemiş; başvuruconun söz konusu talepleri ulusal makamlarca reddedilmiştir. İHAM önünde yapılan başvuru neticesinde verilen kararda ister üçüncü kişinin eliyle olsun ister kamu makamlarının yardımıyla olsun Sözleşme'nin 2. maddesinden ölme hakkının türetilmeyeceği belirtilmiştir<sup>33</sup>. Böylece Mahkeme tarafından yaşam hakkının olumsuz bir yön içerdiği anlayışı kabul görmemiştir<sup>34</sup>. Madde metninde çarpıtma yapılmaksızın Sözleşme'nin 2. maddesinin koruduğu hakkın tam karşıtı olan ölme hakkını içeriyormuş gibi yorumlanması mümkün değildir<sup>35</sup>. Sözleşme'nin 2. maddesi bireyin yaşam yerine ölümü seçme hakkı bağlamında kendi kaderini tayin hakkı yaratmamaktadır<sup>36</sup>. Nihayet Mahkeme Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki bireyin kendi kaderini tayin hakkı bağlamında bireysel özerkliği, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında incelenmektedir.

İHAM tarafından *Pretty/Birleşik Krallık* kararında ölme hakkı, Sözleşme'nin 2. maddesinin yanı sıra; işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi ve özel hayata saygı

---

sistemi açısında kabul etmenin mümkün olmadığını ortaya koymuşlardır. Ancak Mahkeme'nin gelişmeler ışığında durumunu gözden geçirmesi gerekeceği belirtilmiştir. Bu konuda bkz. **Öztürk**, Bahri/Öztürk, Tülün; "Hasta Hakları, Hekimin Yükümlülükleri, Tıbbi ve Hukuksal Sorunlar, Ötanazi", Fasikül Hukuk Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan Armağanı), Y.11, 2019, S.111, s.363.

<sup>31</sup> Ölmeyi tercih edecek olan birey, duygusal anlamda karşısına ailesini; soyut vatandaşlık bağı ve devlete karşı yerine getirmesi gerekli olan "ödevleri" gereğince de karşısına kamuyu alacaktır. Ötanazi; hastanın acısını veya ağrısını dindirmek amacıyla, rızası alınarak yaşamına doktor tarafından son verilmesidir. Ötanazi ve yardımcı intihar için bkz. **Ball**, Howard; *The Right to Die A Reference Handbook*, ABC-CLIO, California 2017, s.346; **Güven**, Kudret; *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Nobel Yayınları, Ankara 2000, s.11-12; **Eroğul**, Cem; "Ölüm Hakkı", AÜSBFD, C.XLVIII, 1993, S.1-4, s.49; **İnceoğlu**, Sibel; *Ölme Hakkı*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s.135 vd.

<sup>32</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, 2346/02, 29.04.2002.

<sup>33</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, 2346/02, 29.04.2002, p.39.

<sup>34</sup> Taraf devletlerin ötanaziye izin verip vermeyecekleri ya da ne ölçüde izin verecekleri belli olmadığından söz konusu karar yargısal çekingenlik örneği olarak gösterilmektedir. Bu konuda bkz. **Oder**, Bertil Emrah; "Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme" in: *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, (der.: Nur Centel), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.16.

<sup>35</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, 2346/02, 29.04.2002, p.39.

<sup>36</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, 2346/02, 29.04.2002, p.39; *Haas/İsviçre*, 31322/07, 20.01.2011, p.54.

hakkının yer aldığı 8. maddesi bağlamında incelenmiştir<sup>37</sup>. Sözleşme'nin 2. maddesiyle birlikte ele alınan işkence yasağına ilişkin iddialar karşısında Mahkeme, yaşam hakkının ölüme yol açan davranışların yasaklandığı en önemli madde olduğunu ve taraf devletin bireyin ölümüne olanak sağlamak veya izin vermek için bireye bu yönde bir hak tanınmasını gerektirmeyeceğini belirtmiştir<sup>38</sup>. Bununla birlikte, Mahkeme ötanaziyi, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında bireysel özerklik kavramı ile bağlantılı görerek özel hayata saygı hakkı bağlamında incelemiştir<sup>39</sup>. Bu çerçevede, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı belirlenirken; zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılaması ve izlenen meşru amaçla orantılı olması gerektiği ortaya konmuş ve Mahkeme'nin bu durumda ulusal makamlara tanınan takdir marjını göz önünde bulunduracağı dile getirilmiştir. Böylece ulusal makamlara tanınan takdir marjının konunun niteliği ve söz konusu menfaatlerin önemi ile ilgili olarak değişebileceği işaret edilmiş; ancak somut olayda Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yaşamı ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak meşru amaçlarıyla gerçekleşen müdahalenin orantılı olduğuna karar verilmiştir<sup>40</sup>. Böylelikle kürtaj konusunda olduğu gibi ötanazide de ulusal uygulamaların önemli farklar içerdiği düşünüldüğünde taraf devletlerin geniş takdir marjına sahip olduğu söylenebilir<sup>41</sup>.

Yaşamın sona ermesine ilişkin diğer bir konu da pasif ötanazi olarak adlandırılan kişinin tedaviyi reddetme hakkını kullanmasıdır. Pasif ötanazide bireyin yaşamını sona erdirmek için üçüncü bir kişi tarafından ani ve doğrudan bir eylem yapılmamakta, hastanın yaşamını destekleyici tedavisine son vererek veya tedaviye devam etmekten vazgeçerek hastanın ölümü hızlandırılmaktadır<sup>42</sup>. Hastanın tedaviyi reddetmesi sonucunda ölümlerle sonuçlanabilecek durumlarda taraf devletin bireyi

---

<sup>37</sup> Mahkeme, bu konuda devletlerin geniş takdir marjına sahip olduğunu belirterek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak başvurunun iddiası reçetesiz ilaç alabilmeye ilişkin olduğundan, Mahkeme acı çekmeden intihar edebilmek için kötüye kullanmaları önlemek ve acele verilmiş kararların önüne geçmek için yaşamın korunması yönünde meşru amacı dikkate almıştır. *Haas/İsviçre*, 31322/07, 20.01.2011. Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında incelenen başvuruda, Yüksek Mahkeme kararıyla yardımcı intiharın kabul edildiği; ancak mevzuatın açık bir şekilde düzenlenmediği İsviçre'de özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ancak davalı hükümet tarafından dosya Büyük Daire'ye havale edilmiştir. Büyük daire başvurunun 2011'de öldüğünü hakkın kötüye kullanıldığını belirterek kabul edilemezlik kararı vermiştir. *Gross/İsviçre*, 67810/10, 14.05.2013.

<sup>38</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, 2346/02, 29.04.2002, p.54.

<sup>39</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, 2346/02, 29.04.2002, p.61.

<sup>40</sup> Mahkeme bireyin cinsel yaşamına ilişkin konularda taraf devletin takdir marjının dar olduğunu; ancak olayın niteliği itibarıyla aynı nitelikte olmadığını belirtmiştir. *Pretty/Birleşik Krallık*, 2346/02, 29.04.2002, p.70-78.

<sup>41</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.41.

<sup>42</sup> Aktif ve pasif ötanazi ayrımı için bkz. **İnceoğlu**, Ölme Hakkı., s.135.

yaşatma yükümlülüğü bulunmakta mıdır? Bu soruya ilişkin olarak ise *Lambert ve diğerleri/Fransa* davası önem arz etmektedir<sup>43</sup>. Somut olayda trafik kazası geçirerek felç kalan hastanın yaşamını devam ettirebilmesi için gerekli olan tüp yoluyla sıvı ve besin aktarımı, doktorları tarafından “*Leonetti Yasası*” uyarınca kesilmiştir. İç hukukta süren yargılama sürecinde sıvı ve besin aktarımının kesilmesinin ertelenmesine karar verilmiş; fakat nihai olarak Fransa Danıştay bilirkişi raporlarına dayanarak hastanın tedavisinin kesilmesini hukuka uygun bulmuştur<sup>44</sup>. Başvurucular tarafından ise yakınlarının yaşamını devam ettirebilmek için gerekli olan yapay beslenme ve su ihtiyacının giderilmesinin durdurulmasının; Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkını, bu durumun Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından kötü muamele sayılabileceğini, ayrıca kişinin vücut bütünlüğüne zarar vereceğinden Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir<sup>45</sup>.

Mahkeme ilgili davada Sözleşme’nin 2. maddesinin denetiminde, konusu yaşamın başlangıcına ve sona ermesine ilişkin olan yukarıda açıklanan davalara atıfla; devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında özellikle yaşamın sonu veya başlangıcı hakkında karmaşık nitelikte etik, hukuksal ve bilimsel olaylar yöneltildiğinde, taraf devletlere belirli takdir marjı tanındığını ifade etmiştir<sup>46</sup>. Somut olayla bağlantılı olarak, her ne kadar çoğu devlet izin verse de devam eden tedavinin durdurulması hakkında Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında konsensüs oluşmadığını belirlemiştir<sup>47</sup>. Ancak karar alma sürecinde nasıl ifade edilirse edilsin, hastanın talebinin dikkate alınması noktasında Avrupa konsensüsünün oluştuğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak; Mahkeme, yaşamın başlangıcı ve sona ermesi kapsamında taraf devletlere takdir marjı tanındığını; takdir marjının sadece tedavinin durdurulması ve detaylı yöntemleri hakkında olmadığını, ayrıca hastanın yaşam hakkının korunması ile özel hayata saygı hakkının ve bireysel özerkliğinin korunması arasında denge kurulması hususunda da kabul edildiğini vurgulamıştır<sup>48</sup>. Ancak takdir marjı sınırsız olmayıp, taraf devletlerin Sözleşme’nin 2. maddesi bağlamında söz konusu yükümlülüklerine riayet edip etmedikleri, Mahkeme’nin denetimine tâbi

---

<sup>43</sup> *Lambert ve diğerleri/Fransa*, 46043/14, 05.06.2015.

<sup>44</sup> Davanın koşulları için bkz. *Lambert ve diğerleri/Fransa*, 46043/14, 05.06.2015, p.10-50.

<sup>45</sup> *Lambert ve diğerleri/Fransa*, 46043/14, 05.06.2015, p.3.

<sup>46</sup> *Lambert ve diğerleri/Fransa*, 46043/14, 05.06.2015, p.144.

<sup>47</sup> *Lambert ve diğerleri/Fransa*, 46043/14, 05.06.2015, p.147.

<sup>48</sup> *Lambert ve diğerleri/Fransa*, 46043/14, 05.06.2015, p.148; *Gard ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 39793/17, 27.06.2017, p.83, 84.

tutulmaktadır<sup>49</sup>. Davanın koşulları çerçevesinde taraf devletin ulusal makamlarının tedavinin durdurulması hakkında gereken ölçütlere riayet ettiğine; takdir marjı göz önüne alındığında Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerle uygun davranıldığına karar vermiştir<sup>50</sup>.

## 2- Pozitif Yükümlülükler

Sözleşme'nin hukuksal değer atfedip koruma altına aldığı yaşam hakkının taraf devletlere takdir marjı tanıdığı diğer alanlar ise pozitif yükümlülükler bağlamında endüstriyel tehlikeler ve çevresel felaketler, ihmalden kaynaklanan ciddi yaralanmalar ve ölüm olaylarını soruşturma yükümlülüğü kapsamında ortaya çıkmaktadır<sup>51</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki İHAM içtihatlarında taraf devletin pozitif yükümlülükleri; maddi yönden koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğü, ayrıca usuli yönden soruşturma yükümlülüğü olarak iki ana başlık altında toplanmaktadır<sup>52</sup>. Yaşam hakkı açısından da taraf devletin bir pozitif yükümlülüğünün bulunduğu bahsedebilmek için yaşam hakkına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin mevcudiyetinin devlet tarafından bilinmesi veya bilinebilecek durumda olması gerekmektedir<sup>53</sup>. Aksi durumda Mahkeme yetkili makamların üzerine imkânsız ve orantısız bir yük bindirmek sonucuyla karşılaşılabileceğini belirtmektedir<sup>54</sup>. Nihayet bir devletin yargı yetkisi altında olan kişinin yaşam hakkının korunması bağlamında; önleyici mahiyette yasal, idari, mali, yargısal, eğitsel, kültürel türden tüm tedbirlerin alınması ve buna rağmen ihlal gerçekleşiyse düzeltici mahiyette ihlalin sonuçlarının

---

<sup>49</sup> *Lambert ve diğerleri/Fransa*, 46043/14, 05.06.2015, p.148; *Gard ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 39793/17, 27.06.2017, p.83, 84.

<sup>50</sup> Nihayet Mahkeme kişi bakımından yetkisizlik (*rationae personae*) nedeniyle başvuru adına ileri sürülen iddiaları kabul edilemez bulmuştur. Ancak yaşam hakkının ihlali iddiasının başvuru sahiplerinin kendi adlarına ilişkin ileri sürülenleri hakkında esas incelemesi yapmıştır. Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından, Mahkeme'nin görevi taraf devletin pozitif yükümlülüklerine riayet edip etmediklerini incelemektir. *Lambert ve diğerleri/Fransa*, 46043/14, 05.06.2015, p.112, 181.

<sup>51</sup> **Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights: Right to Life**, Council of Europe, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_2\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf), (e.t.: 30.11.2018), s.11, 37; **Cengiz**, “Yaşam Hakkı.”, s.393 vd.

<sup>52</sup> İnsan haklarına saygı yükümlülüğü; müdahale etmeme anlamında insan haklarına saygıyı, bir diğer deyişle negatif yönüyle ihlal etmemeyi; bununla birlikte koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğünü gerektirmektedir. Bu yükümlülük devletin garantörlük işlevinden kaynaklanmaktadır. **Boyar**, “Pozitif Yükümlülük.”, s.54. Yaşam hakkında devletin pozitif yükümlülük türlerinin maddi ve usuli olduğu yönünde bkz. **Karan**, “Yaşam Hakkı.”, s.126-133.

<sup>53</sup> **Karan**, “Yaşam Hakkı.” s.127.

<sup>54</sup> *Osman/Birleşik Krallık*, 23452/94, 28.10.1998, p.116.

ortadan kaldırılması için ihlali gerçekleştiren kişilere yönelik olarak yaptırım içeren tedbirlerin alınması icap etmektedir<sup>55</sup>.

Bu bağlamda Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde; taraf devletler yargı yetkisi altında bulunan kişilerin yaşam hakkına keyfi bir biçimde müdahale etmemeli; bunun yanı sıra, pozitif yükümlülüklerin gerektirdiği maddi ve usuli yükümlükleri yerine getirmelidir. Ancak yaşam hakkının etkin bir biçimde korunması amacına hizmet edecek şekilde, taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken alacağı tedbirlere seçmede takdir marjının sınırı ne olacaktır? Mahkeme çekirdek haklar söz konusu olduğunda pozitif yükümlülükleri nitelendirirken, takdir marjı doktrini vurgulamaktan imtina etmekte, ancak yeni dönemde sınırlı da olsa taraf devletlere takdir marjı tanındığını belirtmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yaşamı korumak adına devletin önleyici tedbirler alma yükümlülüğünün bulunduğu Mahkeme içtihatlarında dile getirilmektedir<sup>56</sup>. Keza Mahkeme tarafından Türkiye'ye karşı olan *Öneriyıldız* davasında; kamusal olsun ya da olmasın, yaşam hakkının tehlike altına girebileceği her türlü faaliyet ve doğası gereği tehlikeli olan endüstriyel faaliyetler için taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>57</sup>. 1993 yılında Ümraniye çöp toplama alanında gerçekleşen metan gazı patlaması sonucunda başvuruçunun evi dâhil olmak üzere etrafta yerleşik olan gecekonduların üzerine atıklar yığılmıştır. 39 kişinin hayatını kaybettiği olay sonucunda idari ve cezai soruşturmalar yapılmış olmasına rağmen; Mahkeme sorumluların hapis cezalarının düşük olduğundan ve ertelendiğinden bahisle yaşam hakkının usuli açıdan ihlal edildiğine; ayrıca hukuki çerçevenin yetersizliği gerekçesiyle ihlalin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmadığına ve yaşam hakkının esas bakımından ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kararın takdir marjı doktrini açısından önemi ise İHAM'ın görevinin sosyal, ekonomik ve kentsel sorunların çözümü konusunda en iyi politikayı belirleme

---

<sup>55</sup> Önleyici ve düzeltici tedbirler alınması gerekliliği, Sözleşme sistemi içerisinde tüm hak ve özgürlükler için geçerlidir. **Sunay**, "Yatay Etki.", s.31-47. *Doğru* tarafından içtihatlar ışığında yapılan sınıflandırmaya göre; pozitif yükümlülükler, hukuki tedbirler ile pratik, operasyonel tedbirler almayı gerektirmektedir. **Doğru**, Osman; "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", Danıştay 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <https://www.danistay.gov.tr>, (e.t.: 20.11.2018)

<sup>56</sup> *LCB/Birleşik Krallık, 23413/94, 09.06.1998; Öneriyıldız/Türkiye, 48939/99, 30.11.2004.*

<sup>57</sup> Söz konusu davada yasal düzenlemelerin bulunduğunu, ancak yaşam hakkını korumak için yeterli olup olmadığını denetlemiştir. *Öneriyıldız/Türkiye, 48939/99, 30.11.2004, p.71, 97.*

hususunda, ulusal makamların görüşlerinin yerini almak olmadığını kabul etmiş olmasıdır<sup>58</sup>. Keza Mahkeme'ye göre; öncelikler ve kaynaklar konusunda işleyişe ilişkin tercihler dikkate alınmaksızın, devletlere imkânsız ve orantısız yük yüklenmemelidir<sup>59</sup>. Akabinde bu durumun söz konusu davaya konu olan zorlu toplumsal ve teknik alanlarda taraf devletlere tanınan geniş takdir marjından kaynaklandığını vurgulamaktadır. Ancak yine de somut olayda riskleri ortadan kaldırmaya yönelik seçilen araçların devletin pozitif yükümlülüklerini karşılamadığını; öneri mahiyetinde sorunun ölümcül hale gelmesinden önce devletlerin kaynakları ölçüsünde kurulacak gaz boşaltma sisteminin etkili bir önlem olabileceği kanaatini paylaşmaktadır<sup>60</sup>.

Nitekim yaşam hakkının korunması adına taraf devletlerin etkili bir caydırıcı mekanizma oluşturacak yasal ve idari bir mekanizma oluşturma yönünde önleyici tedbirler alması gerekmekte ve gerçekleşen olaylar kapsamında yasal ve idari çerçevenin uygulanarak ihlallerin durdurulması veya sona erdirilmesini sağlayan düzeltici tedbirlerin alınmasının gerekli olduğu ortaya konmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme teknik konulara ilişkin yönetmeliklere özel önem atfetmekte; ayrıca tehlikeli faaliyetler hakkında kamunun bilgilendirilme hakkını önleyici tedbir olarak özellikle değerlendirmektedir. Taraf devletin söz konusu endüstriyel faaliyetlerin kendine özgü niteliğini ve potansiyel risklerini göz önüne alarak tercih edeceği pratik tedbirler hususunda takdir marjı bulunmaktadır.

Davalı devletin dağlık bölgesinde çamur ve moloz kayması sonucunda, başvurucuların yakınlarının da bulunduğu en az sekiz kişinin hayatını kaybetmesinin akabinde her ne kadar lojman tahsis edilmesi ve acil yardım yapılması söz konusu olsa da sürekli tehdit altında bulunan bölgede gerçekleşen olayın incelendiği davada taraf devletin alması gereken pratik tedbirler hususunda takdir marjına sahip olduğu belirtilmektedir<sup>61</sup>. Zira taraf devlet ulusal hukukun sağladığı bir tedbiri yerine getirme noktasında başarısız olsa bile; Sözleşme'de tanınan hakların güvence altına alınmasını

---

<sup>58</sup> Öneriyıldız/Türkiye, 48939/99, 30.11.2004, p.107.

<sup>59</sup> Öneriyıldız/Türkiye, 48939/99, 30.11.2004, p.107; Yaşam hakkının güvencelenmesinde taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken sahip oldukları takdir marjına ilişkin diğer kararlar için bkz. *Vilnes ve diğerleri/Norveç*, 52806/09, 22703/10, 05.12.2013, p.153, 220; *Brincat ve diğerleri/Malta*, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014, p.101.

<sup>60</sup> Öneriyıldız/Türkiye, 48939/99, 30.11.2004, p.107.

<sup>61</sup> *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, 20.03.2008, p.134.

sağlamak için farklı yollar bulunmaktadır<sup>62</sup>. Böylelikle davalı devlet diğer araçlarla pozitif yükümlülüklerini yerine getirebilecektir. Mahkeme bu davada da zorlu ve toplumsal teknik alanlarda geniş takdir marjı tanındığı yönündeki içtihadını yinelemektedir<sup>63</sup>. Ancak insan kontrolünün ötesinde olan meteorolojik olaylarla ilgili olarak meydana gelen acil yardım durumlarında, diğer insan yapımı tehlikeli faaliyetlere nazaran daha geniş bir takdir marjı tanınmaktadır<sup>64</sup>.

İHAM söz konusu *Budayeva ve diğerleri/Rusya* davasında geniş takdir marjına rağmen yasal ve idari çerçevenin oluşturulmadığından bahisle, yaşam hakkının korunması için önleyici tedbirlerin; gereken adli veya idari tahkikat yapılmadığından bahisle düzeltici tedbirlerin alınmadığına hükmetmiştir. Böylece, Mahkeme söz konusu davadaki somut olaylar ışığında, Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülük açısından maddi ve usuli yükümlülüklerin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme taraf devletin takdir marjı çerçevesinde pozitif yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını denetlerken; davanın koşullarına, ulusal makamların eylem veya ihmallerinin yasallığına, soruşturma ve çalışmalarla birlikte karar alma süreçlerine, konunun karmaşıklığına ve çatışan değerlere odaklanmaktadır<sup>65</sup>. Bununla birlikte taraf devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamı; tehlikenin kökenine ve riski azaltmaya yönelik olarak hassasiyetin genişliğine bağlı olmaktadır. Devlete bağlı bir tersanede asbeste maruz kalan başvurucunun yakınlarının kanser olması nedeniyle yaşam hakkının ihlali gerekçesiyle görülen davada; yeterli bilgilendirme yapılmaması, tehlikenin ciddiyeti göz önüne alınarak takdir marjının sınırlarının aşıldığı tespit edilmiştir<sup>66</sup>.

Ayrıca takdir marjı doktrinine ilişkin bu yaklaşım tehlike içeren endüstriyel faaliyetlerden bireylerin korunmasının yanı sıra, ihmal sonucu meydana gelen ölüm olaylarının soruşturulmasıyla bağlantılı usuli yükümlülüklerde de uygulanmaktadır.

---

<sup>62</sup> *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, 20.03.2008, p.134.

<sup>63</sup> *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, 20.03.2008, p.134, 135; *Vilnes ve diğerleri/Norveç*, 52806/09, 22703/10, 05.12.2013, p.153.

<sup>64</sup> *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, 20.03.2008, p.135, 156.

<sup>65</sup> *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, 20.03.2008, p.134, 135; *Vilnes ve diğerleri/Norveç*, 52806/09, 22703/10, 05.12.2013, p.220; *Brincat ve diğerleri/Malta*, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014, p.101.

<sup>66</sup> *Brincat ve diğerleri/Malta*, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, p.101



İnşaat alanında başvurucunun oğlunun oyun oynarken suyla dolu çukura düşmesi sonucu hayatını kaybetmesine ilişkin davada; Mahkeme, taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde araçların seçimi noktasında ulusal makamların takdir marjının bulunduğunu belirtmektedir<sup>67</sup>. Ancak alınacak tedbirlerin sadece teoride kalmaması gerektiği, uygulamada etkin bir şekilde işlemesi gerektiğinin altını çizen Mahkeme, yakın tehlike bulunmaması durumunda araçların seçiminde takdir marjının daha geniş kabul edileceği yönünde bir niteleme yapmaktadır<sup>68</sup>. Nihai olarak inşaat çalışmalarının risklerini öne çıkaran Mahkeme, usuli yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere İHAM, pozitif yükümlülükler kapsamında taraf devletlerin alacakları önlemler için araçların seçimi noktasında takdir marjına sahip oldukları yaklaşımını kabul etmekte ve içtihatlarını bu yönde geliştirmektedir<sup>69</sup>. Öğretide yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında açıkça veya zımnen takdir marjından bahsedilmediği dile getirilmektedir<sup>70</sup>. Bununla birlikte güncel içtihatlar açısından pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, araçların tespit ve tayini için taraf devletlere takdir marjı tanındığı görülmektedir. Ancak çekirdek haklar sadece demokratik toplumdaki temel hak ve özgürlüklerden kabul edilmekle kalmamakta; aynı zamanda olağanüstü halde dahi askıya alınamayan nitelikte sayılmaktadır. Bu nedenle çekirdek haklarda taraf devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında takdir marjının tanınması veya Mahkeme tarafından bu durumun belirtilmiş olması, sıkı bir denetimden vazgeçildiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmamalıdır.

## **B- İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**

Sözleşme sistemi içerisinde; uluslararası hukukta emredici hukuk kurallarından biri kabul edilen *jus cogens* nitelikte *işkence ve kötü muamele yasağı*

<sup>67</sup> Cevrioğlu/Türkiye, 69546/12, 04.10.2016, p.53; Aynı yaklaşım için bkz. Lopes de Sousa Fernandes/Portekiz, 56080/13, 19.12.2017, p.216.

<sup>68</sup> Cevrioğlu/Türkiye, 69546/12, 04.10.2016, p.67.

<sup>69</sup> Ulusal makamlar hakkın tesisinde veya sınırlandırılmasında Mahkeme tarafından denetime tâbi tutulan takdir marjına sahiptirler. Mahkeme pozitif yükümlülüklerle ilgili olarak taraf devletlerin takdir marjına sahip olduğuna hükmetmiştir. Ancak ulusal makamlara tanınan takdir marjı çeşitli faktörlere bağlı olarak değişmektedir. **Metin**, Yüksel; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler”, Uluslararası İlişkiler, C.VII, 2010, S.27, s.129.

<sup>70</sup> *Arai-Takahashi*, pozitif yükümlülüklerde araçların seçimi konusunda taraf devletlerin takdir marjının bulunduğunu kabul etmekte; ancak 2002 tarihinde yayımlanan eserinde Mahkeme'nin açıkça veya zımnen bunu belirtmediğini saptamaktadır. Bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.220, 226.

için herhangi bir sınırlama ölçütü kabul edilmemiştir<sup>71</sup>. Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının uygulanabilirliği için başvurucunun maruz kaldığı eylemler sonucunda çektiği acı ve ıstırapın asgari ağırlık düzeyine erişip erişmediği (*de minimis kuralı*) hususunda tarafların takdir marjı bulunmamaktadır<sup>72</sup>. Keza İHAM, bir eylemin Sözleşme'nin 3. maddesinin koruma alanına girip girmediğini; hatta işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza şeklinde yasaklanan eylemleri nitelendirmede duyulan acının yoğunluğunu nazara alarak yaptığı nitelendirmede tüm koşulları kendisi değerlendirmektedir<sup>73</sup>.

*Brems*'e göre; Mahkeme'nin ulusal makamlara takdir marjı tanınan davalarda benzer gerekçeler ve unsurlar bulunmasına rağmen, Sözleşme'nin 3. maddesinde takdir marjına atıf yapılmamaktadır<sup>74</sup>. Ancak yazar takdir marjından açıkça bahsedilmemesinin, gerçekten takdir marjı doktrininin hiçbir rolü bulunmadığı anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir. Bu durumun nedeni olarak işkence ve kötü muamele yasağında takdir marjı doktrinine başvurmanın tehlikeli olabileceğini göstermektedir.

İHAM gerçekten de *Tyrrer/Birleşik Krallık* davasında; on beş yaşındaki çocuğa uygulanan yargısal bedensel cezayı, kurumsal şiddet olarak nitelendirmiştir<sup>75</sup>. Mahkeme söz konusu davada, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin ceza politikalarını göz önünde bulundurarak Avrupa konsensüsünün tohumlarını atmış ve Konsey'e üye devletlerin uygulamalarına zıt düşen ceza politikasını reddetmiştir. Aksine takdir marjı doktrinine dayanarak, söz konusu eylemi ceza politikasının bir parçası mahiyetinde değerlendirseydi, Sözleşme'nin 3. maddesinin insan onurundan hareketle güvence altına aldığı işkence ve kötü muamele yasağının bir anlamı olmayacağı söylenebilir. Keza takdir marjına atıfla bu yönde gerçekleşecek bir kabul, taraf devletlerin egemenlik yetkisine saygı göstermek için katı kültürel rölativist yaklaşımı yansıtacağından Mahkeme'nin varoluş amacına ters düşecektir<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> **Reidy**, Aisling; İşkencenin Yasaklanması: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi, Strasbourg 2002, s.10.

<sup>72</sup> **Callewaert**, s.8, 9. *De minimis kuralı* için bkz. **Reidy**, s.14; **Doğru**, Osman; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s.3-6.

<sup>73</sup> **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.126, 136.

<sup>74</sup> **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.254.

<sup>75</sup> *Tyrrer/Birleşik Krallık*, 5856/72, 25.04.1978, p.31-33.

<sup>76</sup> Takdir marjı doktrini, kültürel rölativizme yol açtığından bahisle eleştirilmektedir. Bunun yanı sıra, sınırlı bir kültürel rölativizmin taraf devletlerin egemenlik yetkisine saygı gereğince kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmekte ve takdir marjının ortaya çıkış nedenlerinden biri olarak gösterilmektedir.

İHAM'ın güncel içtihatlarında Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında takdir marjı doktrinine atıfla kararlar vermeye başladığını ortaya koymak gerekmektedir. Mahkeme, pozitif yükümlülük bağlamında bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde Sözleşme'nin 3. maddesini güvence altına almak için uygun araçları seçmek ve mahkumun tıbbi tedavi yöntemini belirlemek hususunda; ayrıca başvuru hakkında hükmedilen müebbet hapis cezası ile bağlantılı olarak ceza adaleti ve cezanın tayini konusunda taraf devletlerin takdir marjına sahip olduğunu belirtmektedir<sup>77</sup>. Böylece daha önce öğretilen; işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin kararlarda takdir marjına atıf yapılmadığı tespiti güncelliğini yitirmiş bulunmaktadır<sup>78</sup>.

Mahkeme, *Opuz/Türkiye* davasında; aile içi şiddete maruz kalan kadına karşı gerçekleştirilen davranışı insanlık dışı muamele sayarak, kadının fiziksel bütünlüğüne yönelen tekrar eden şiddet eylemlerine karşı ulusal makamların caydırıcı şekilde koruma tedbirlerine başvurmada yetersiz kaldığından bahisle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>79</sup>. İHAM söz konusu davada aile içi şiddete karşı kadının korunmasına ilişkin olarak uluslararası ve Avrupa düzleminde konsensüs arayışına girerek, Mahkeme'nin görevinin ulusal makamların yerine geçmek olmadığını vurgulamıştır<sup>80</sup>. Keza Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek için geniş kapsamda söz konusu olası tedbirler arasından seçim yapmanın Mahkeme'nin görevi olmadığını; ancak bu tedbirlerin teorikte aldatici değil, aynı zamanda uygulamada etkin olması gerektiğini

---

<sup>77</sup> Pozitif yükümlülük konusunda takdir marjına atıf yapılan işkence ve kötü muamele yasağı kapsamındaki kararlar için bkz. *Beganović/Hırvatistan*, 46423/06, 25.06.2009, p.80; *Valiulienė/Litvanya*, 33234/07, 26.03.2013, p.85; *Wenner/Almanya*, 62303/13, 01.09.2016, p.60, 61. Bununla birlikte müebbet hapis cezasının insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza teşkil edip etmediği hususunda Mahkeme takdir marjına atıf yapmak yönünde bir eğilim göstermektedir. Bu konuda bkz. *Vinter ve diğ.leri/Birleşik Krallık*, 66069/09, 130/10, 3896/10, 09.07.2013, p.104, 105; *Öcalan/Türkiye (No:2)*, 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18.03.2014, p.202; *Hutchinson/Birleşik Krallık*, 57592/08, 17.01.2017, p.44, 45. İşkence ve kötü muamele yasağı kapsamında devletlerin pozitif yükümlülükleri bağlamında koruma ve gerçekleştirme yükümlülükleri için bkz. **Boyar**, Oya; "İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.143-154.

<sup>78</sup> İşkence ve kötü muamele yasağında takdir marjının yeri olmadığı hakkında bkz. **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.254; **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.220, 226; **Şirin**, "Takdir Marjı.", s.370. *Gözübüyük/Gölcüklü*'ye göre; işkence yasağına ilişkin madde hükmü mutlaklıdır. Hükmün amacı bireyin fiziksel bütünlüğünü ve onurunu mutlak surette korumak olduğundan ne takdir marjı ne de çatışan değerler arasında ölçülülük söz konusudur. Bu görüş için bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.213.

<sup>79</sup> *Opuz/Türkiye*, 33401/02, 09.06.2009, p.160-176.

<sup>80</sup> *Opuz/Türkiye*, 33401/02, 09.06.2009, p.165.

belirtmiştir<sup>81</sup>. Ancak *Opuz* kararında pozitif yükümlülük kapsamında açıkça takdir marjının uygulanması söz konusu değildir.

Bununla birlikte, Mahkeme tarafından; Sözleşme sınırları dâhilinde, Sözleşme'nin 3. maddesinin güvence altına alınması için mağdurun ceza hukuku mekanizmalarına erişebilmesi kaydıyla, bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde uygulanacak olan araçları seçmek, ilkesel olarak taraf devletlerin takdir marjı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>82</sup>. Böylece *Opuz/Türkiye* davasında, alınabilecek tedbirler konusunda seçim yapmasının görevi olmadığını; yalnızca tedbirlerin uygulamada etkin bir şekilde işlerliğine odaklandığını belirtmekten; artık bu konuyu açıkça takdir marjı doktrini kapsamına aldığı görülmektedir<sup>83</sup>. Ancak işkence ve kötü muamele yasağı çerçevesinde, taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken; gereken araçları seçmek noktasında birinci bölümde açıklanan takdir marjının kriterleri kullanılmamakta ve takdir marjının dar veya genişliği yönünde sınırının çizilmesi söz konusu olmamaktadır.

Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde diğer bir konu; ulusal makamların mahkumların tedavisi için uygun tedavi yöntemlerinden birini seçmesinin takdir marjı kapsamında değerlendirilmesidir. İHAM on yedi yıldır tedavi gören uyuşturucu bağımlısının, gözetim altında tedavi görmekteyken uyuşturucu ticaretinden tutuklanması sonucunda, mevcut tedavi yöntemine son verilmesini incelediği davada takdir marjı doktrinine atıf yapmıştır<sup>84</sup>. Mahkumun tedavisi için uygun yöntemin seçilmesi noktasında ulusal makamların takdir marjına sahip olduğunu, somut olayda koşullar değerlendirildiğinde ise başvuruçunun kapsamlı ve yeterli tıbbi bakım gördüğünü gösteren inandırıcı ve ikna edici kanıtlar gösterilmediğinden bahisle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu bağlamda Mahkeme diğer bir husus olarak; müebbet hapis cezasına ilişkin şikâyetleri Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında inceleyerek, takdir marjı doktrinine atıf yapmaktadır. Böylelikle belirli suçlar bakımından hapis cezasının sürelerine karar verirken; ayrıca ceza adaleti ve ceza tayini konularında taraf devletlere takdir marjı

---

<sup>81</sup> *Opuz/Türkiye*, 33401/02, 09.06.2009, p.165.

<sup>82</sup> *Beganović/Hırvatistan*, 46423/06, 25.06.2009, p.80; *Valiulienė/Litvanya*, 33234/07, 26.03.2013, p.85.

<sup>83</sup> *Valiulienė/Litvanya*, 33234/07, 26.03.2013, p.85.

<sup>84</sup> *Wenner/Almanya*, 62303/13, 01.09.2016, p.60, 61.

tanınmaktadır<sup>85</sup>. Ancak Mahkeme genellikle yirmi beş yıllık sürede müebbet hapis cezasının idari ya da yargısal denetime tâbi tutulması yönünde bir konsensüsü saptayarak, müebbet hapis cezasının periyodik olarak denetlenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>86</sup>. Bununla birlikte aşırı orantısız ceza öngörülmesi Sözleşme sistemiyle bağdaşmamakta; bu tip cezalar ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırını aşmaktadır<sup>87</sup>.

İngiltere’de 2003 tarihli kanun uyarınca uygulanan müebbet hapis cezası sisteminin incelendiği *Vinter ve diğerleri/İngiltere* davası takdir marjı doktrini açısından önem arz etmekte ve kendisinden sonraki davalara da emsal teşkil etmektedir<sup>88</sup>. İngiltere Hukuku uyarınca insan öldürmenin cezası olarak zorunlu müebbet hapis cezası öngörülmekte; ancak yargıç tarafından suçun ağırlığı dikkate alınarak asgari ceza süresi belirlenmektedir. Buna rağmen yargıcın suçun ağırlığını göz önünde bulundurarak asgari süreyi belirlemek yerine, şartlı tahliye olmaksızın müebbet hapis cezası (*a whole life order*) verme yetkisi bulunmaktadır. Dava konusu başvuru, şartlı tahliye olmaksızın zorunlu müebbet hapis cezasına çarptırılan hükümlüler ile ilgilidir.

Mahkeme söz konusu kararında karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanarak, en azından yirmi beş yıllık bir süreyle idari ya da yargısal yollar öngörülerek mahkumların müebbet hapis cezasının denetlendiğini ya da cezalarının affedilmesi için başvuru imkânlarının bulunduğunu saptamaktadır<sup>89</sup>. Bununla birlikte, İngiltere Hukuku’nda yalnızca insani nedenlerle Devlet Bakanı’nın tahliye yetkisi, *Kafkaris/Kıbrıs* davasında belirtilen, mahkumun serbest bırakılma ihtimali anlamına

<sup>85</sup> *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 66069/09, 130/10, 3896/10, 09.07.2013, p.120; *Öcalan/Türkiye* (No:2), 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18.03.2014, p.202; *Hutchinson/Birleşik Krallık*, 57592/08,17.01.2017, p.44, 45.

<sup>86</sup> *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 66069/09, 130/10, 3896/10, 09.07.2013, p.120.

<sup>87</sup> *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 66069/09, 130/10, 3896/10, 09.07.2013, p.102.

<sup>88</sup> Müebbet hapis cezasının yeniden denetlenmesi ve mahkumun serbest kalma şansı yoksa insanlık dışı ceza olarak nitelendirilmesi mümkündür. **Vermeulen, Ben/Battjes**, Hemme; “Prohibition of Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, in: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.397, 398.

<sup>89</sup> Mahkeme dörtlü bir ayırım yapmıştır. Müebbet hapis cezası öngörmeyen dokuz devlet bulunmaktadır. İkinci olarak, müebbet hapis cezasının öngörüldüğü pek çok ülkede bu cezanın denetlendiği özel bir mekanizmanın varlığı saptanmaktadır. Üçüncü olarak müebbet hapis cezasına karşılık şartlı tahliye bulunmayan ülkeler belirlenerek en azından bu ülkelerde cezaların affedilmesi ve hafifletilmesi için başvuruların varlığı ortaya konmaktadır. Son olarak şartlı tahliye öngörülse de bazı suçlar açısından şartlı tahliyenin kabul edilmediği sistemler belirlenmektedir. Mahkeme İngiltere’de 2003 Kanunu’nda Devlet Bakanı’nın müebbet hapis cezasını periyodik olarak denetleme yetkisinin kaldırıldığını vurgulamıştır. *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 66069/09, 130/10, 3896/10, 09.07.2013, p.48 vd.

gelmediğini ortaya koymaktadır<sup>90</sup>. Nihayet şartlı tahliye olmaksızın zorunlu müebbet hapis cezası bakımından denetleme mekanizmasının yokluğundan ve indirilebilir bir ceza olmadığından bahisle her bir başvuru için Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme söz konusu davada ceza sürelerinin uygun bir şekilde uzunluğunu belirlemede taraf devletlerin takdir marjının bulunduğunu; ceza adaleti ve cezanın tayini konusunda taraf devlete tanınan takdir marjını göz önüne alarak, müebbet hapis cezasının idari ya da yargısal denetim usulünü saptamanın ya da bu denetimin ne zaman yapılması gerektiğini belirlemenin kendi görevi olmadığını vurgulamıştır<sup>91</sup>.

Mahkeme'nin müebbet hapis cezasına ilişkin olarak *Vinter ve diğeri/İngiltere* davasındaki koşulları netleştirerek, takdir marjı doktrinine başvurduğu diğer bir dava ise akıl hastası olan mahkumun müebbet hapis cezasının, Sözleşme'nin 3. maddesine uyumlu olup olmadığını incelediği *Murray/Hollanda* davasıdır<sup>92</sup>. Başvuru psikolojik gözlem altında tutulduğu ve ağır psikolojik rahatsızlığının bulunması nedeniyle tedavi gördüğü hapisaneden başka bir hapisaneye nakledilmiş; ancak nakledildiği hapisanede psikiyatrik terapinin mevcut olmadığı gerekçesiyle tedavisine son verilmiştir<sup>93</sup>. Ayrıca başvuru af talepleri, akıl sağlığı gerekçe gösterilerek reddedilmektedir. Dava kapsamındaki hukuki sorun başvuru mahkum olarak tutulduğu hapisanede psikolojik tedaviye erişememesi nedeniyle müebbet hapis cezasının uygulamada indirilemez hale gelip gelmediği hususunda yoğunlaşmaktadır.

Yapılan değerlendirmede, müebbet hapis cezasının denetimi için açık ve belirli kriterler öngörülmesi gerektiği; denetim mekanizmasının mahkumun serbest kalması için ne yapması gerektiğini bildiği ve hangi koşullarda serbest kalacağını öngördüğü

---

<sup>90</sup> *Vinter ve diğeri/Birleşik Krallık*, 66069/09, 130/10, 3896/10, 09.07.2013, p.127; *Kafkaris/Kıbrıs*, 21906/04, 12.02.2008, p.98 vd.

<sup>91</sup> *Vinter ve diğeri/Birleşik Krallık*, 66069/09, 130/10, 3896/10, 09.07.2013, p.105, 120. İHAM'ın *Vinter ve diğeri* davası sonrasında, İngiltere'de *Regina v. Mcloughlin*; *Regina v. Newell*, [2014] EWCA Crim 188 Yüksek Mahkeme kararında; Devlet Bakanı'nın hükümlülerin istisnai koşullarda ve insani nedenlerle tahliyesine imkân veren kanun hükmünün, İHAS'ın 3. maddesine uyumlu olarak yorumlanacağı belirtilmiştir. İHAM söz konusu Yüksek Mahkeme kararları ışığında zorunlu müebbet hapis cezası kurumunu *Hutchinson/Birleşik Krallık* davasında yeniden değerlendirmiş ve Sözleşme standartlarına uygun olduğuna karar vermiştir. Zorunlu müebbet hapis cezasının idari denetimi taraf devletin takdir marjı sınırları içerisinde kabul edilmiştir. Söz konusu karar için bkz. *Hutchinson/Birleşik Krallık*, 57592/08, 17.01.2017, p.44, 45.

<sup>92</sup> *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016.

<sup>93</sup> *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.8-46.

yeterli usuli güvencelerle donatılması gerektiği ortaya konmuştur<sup>94</sup>. Ardından Mahkeme, müebbet hapis cezasına mahkum olanların cezalarının indirilmesi, serbest kalma umudu ışığında ıslaha odaklanmış; bu kapsamda akıl sağlığından muzdarip olanların özel durumunu belirtmiştir<sup>95</sup>.

Bununla birlikte, davanın koşulları çerçevesinde genel ilkelerini ortaya koyan Büyük Daire, ilk kez Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin olan bir konuda taraf devlete geniş takdir marjı tanımıştır. Mahkeme, bir devletin müebbet hapis cezasıyla mahkum olan kişi hakkında Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılması için yeniden suç işleminin önlenmesi ve kişinin ıslahının sağlanması amacıyla tedaviyle ilgili ihtiyaçların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>96</sup>. Keza bu değerlendirmenin muhtemel tedavi şekillerinin başarı şansını içermesi gerektiğini; fakat bu durumun devleti, mahkumun ıslahı için ciddi etki doğurmayacak bir yükümlülük altına sokmayacağını; bu nedenle de mahkumun bireysel durumu ve kişiliğinin göz önüne alınması gerektiğini işaret etmiştir<sup>97</sup>.

Böylelikle Mahkeme bu bilgiler ışığında genel çerçeveyi çizdikten sonra; bir mahkumun serbest kalmasının erişilebilir olması ile ilgili olarak, hükümlünün ıslah olabilmemesini gerektiren olanakları, tedbirleri ve tedavileri belirlemenin devletin görevi olduğunu belirterek kendisinin bu yönde bir görevi olmadığını vurgulamıştır<sup>98</sup>. Bunun yanı sıra; bu amacı sağlayan araçların seçiminde taraf devletlere geniş takdir marjı tanıdığını ve Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında söz konusu yükümlülüğün ulusal makamlara aşırı yük yüklenecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>99</sup>. Ancak ulusal makamlara tanınan geniş takdir marjına rağmen, başvuruçunun akıl hastası olmasından dolayı savunmasızlığını göz önüne alarak başlangıçta veya sonrasında ulusal makamlar tarafından değerlendirme yapılmadığını belirlemiştir<sup>100</sup>. Mahkumun akıl hastalığı nedeniyle savunmasız olması taraf devletin takdir marjını sınırlamıştır.

Nihayet, başvuruçuyu aleyhine hükmedilmiş olan müebbet hapis cezası, Daire tarafından Sözleşme'nin 3. maddesiyle uyumlu bulunmasına rağmen; Büyük Daire,

---

<sup>94</sup> *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.99, 100.

<sup>95</sup> *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.101-112.

<sup>96</sup> *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.108.

<sup>97</sup> *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.108, 109.

<sup>98</sup> *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.110.

<sup>99</sup> *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.110.

<sup>100</sup> *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.106, 120.

başvurucunun affı için gereken yeterli psikolojik tedaviye erişemediği, serbest kalma umudundan yoksun kaldığı ve cezanın *de facto* indirilemez olduğundan bahisle olaydaki müebbet hapis cezasını insanlık dışı ceza olarak nitelendirmektedir.

Görüldüğü üzere, Mahkeme pozitif yükümlülük söz konusu olduğunda işkence ve kötü muamele yasağında takdir marjı doktrinini uygulamaktan imtina etmemektedir. Mahkeme'nin bu çerçevede takdir marjı doktrini uygulaması, elbette ki isabetli bir biçimde mutlak yasak içeren bir hükmün negatif yükümlülük doğurduğu alanda söz konusu olmamaktadır. Ancak erken dönem içtihatlarında hatta 2000'li yılların başında, taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetlerken; takdir marjı doktrinine atıf yaptığı bir örnek dahi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, pozitif yükümlülükler söz konusu olsa da çekirdek haklarda taraf devletlere geniş takdir marjı tanımak isabetli görülmemektedir. Nitekim söz konusu alanda takdir marjının herhangi bir kriterinin kullanıldığı dahi tespit edilememiştir. Sonuç olarak yukarıda incelenen kararlarda görüldüğü üzere, Mahkeme güncel kararlarında pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde araçların ve tedbirlerin seçimi noktasında; söz konusu hak mutlak niteliğe sahip olsa bile taraf devletlere takdir marjı tanıdığını açıklıkla dile getirmektedir.

### **C- Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı**

Sözleşme'nin 4. maddesinin birinci fıkrasında kölelik veya kulluk yasağı, ikinci fıkrasında zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı düzenlenmiş olup, üçüncü fıkrada ise dört bent halinde ikinci fıkranın istisnası olarak zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı sayılmayan haller düzenlenmiştir<sup>101</sup>. Sözleşme'nin 4. maddesinin kölelik ve kulluk yasağına ilişkin birinci fıkrası olağanüstü halde dahi askıya alınamayan çekirdek haklardandır. Bu nedenle ilk fıkra açısından herhangi bir istisna hükmü öngörülmemekle beraber; ikinci fıkrada yer alan zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma için sınırlı sayıda istisnalara yer verilmektedir<sup>102</sup>. Bununla birlikte Sözleşme'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca, tutulu bulunan bir kimsenin bu sırada veya şartlı tahliye edildiği süre içerisinde kendisinden olağan

<sup>101</sup> Kölelik ve kulluk statüdür; zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma ise arızı niteliktedir. Madde metnindeki kavramlar uluslararası sözleşmelerden hareketle tanımlanmaktadır. Bu konuda bkz. **Karan, Ulaş**; "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz", AÜHFİD, C.LXVII, 2018, S.2, s.417, 418.

<sup>102</sup> Mevcut istisnalar sınırlama nedeni olmayıp zorla veya zorunlu çalıştırmanın tanımlanmasında ve yorumlanmasında önemli bir işlev üstlenmektedir. **Karan**, "Kölelik Yasağı.", s.441; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.118; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.233.



olarak yapması istenen iş; (b) bendi uyarınca askeri nitelikte bir hizmet veya askeri hizmetin yerine görülen başkaca bir hizmet; (c) bendi uyarınca toplumun yaşamını ve huzurunu tehdit eden afet ve kriz hallerinde yüklenen bir hizmet; (d) bendi uyarınca ise olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren iş veya hizmet kölelik veya zorla çalıştırma yasağı sayılmamaktadır<sup>103</sup>.

Sözleşme'nin 4. maddesi tıpkı diğer hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerde olduğu gibi taraf devletlere hem negatif hem de pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bir haktan ziyade taraf devletlere yasak içeren bir hüküm olarak düzenlenen madde metni, müdahale etmeme yönünde negatif yükümlülük doğurmanın yanı sıra, maddi ve usuli yönden pozitif yükümlülükleri bünyesinde barındırmaktadır<sup>104</sup>. Bu nedenle taraf devletlerin bireyleri müdahalelere karşı koruma ve gerçekleştirme yönünde maddi nitelikteki pozitif yükümlülükleri ile usuli nitelikteki pozitif yükümlülükleri bağlamında takdir marjı bulunmaktadır<sup>105</sup>. Ancak Mahkeme'nin Sözleşme'nin 4. maddesinin uygulanmasında pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda taraf devletlere takdir marjı tanındığını belirttiği bir karar henüz gözlemlenmemektedir<sup>106</sup>. Bununla birlikte, İHAM'ın ulusal hukuk çerçevesinde savcılık makamına tanınan yetkiyi takdir marjı olarak nitelendirdiği görülmektedir.

Bu durumun ortaya çıktığı alan, Sözleşme'nin 4. maddesinin lafzında koruma altına alınmayan; ancak Mahkeme'nin yorumu neticesinde içtihatlar aracılığıyla Sözleşme'nin 4. maddesinin koruma kapsamına giren insan ticareti olgusudur<sup>107</sup>. Keza Mahkeme, 2010 yılında insan ticaretini Sözleşme'nin 4. maddesi bağlamında

<sup>103</sup> Doğru/Nalbant, C.I Açıklama., s.320; Gözübüyük/Gölcüklü, s.233, 234.

<sup>104</sup> Sözleşme'nin 4. maddesinde pozitif yükümlülükler yorumu ilk olarak *Siliadin/Fransa* kararı ile ortaya çıkmıştır. *Siliadin/Fransa*, 73316/01, 26.07.2005, p.89. Zwaak, Leo; "Prohibition of Slavery And Forced Labour", in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.427; Karan, "Kölelik Yasağı.", s.437; Harris/O'Boyle&Warbrick, s.120; Cullen, Holley; "Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights", Human Rights Law Review, C.VI, S.3, 2006, s.585–592.

<sup>105</sup> Pozitif yükümlülükler için bkz. Boyar, "Pozitif Yükümlülük.", s.54-80.

<sup>106</sup> Başvurucu tarafından *Siliadin/Fransa* davasında; Sözleşme'nin pozitif yükümlülük öngördüğüne ilişkin içtihatlarla atıfla, Sözleşme'nin 4. maddesinin uygulama alanında devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmektedir. Hükümet tarafından ise bireylerarası ilişkiler alanına müdahale etme söz konusu olunca, devletin takdir marjına sahip olduğu ileri sürülmektedir. Kararda Mahkeme tarafından takdir marjı doktrini uygulanmamıştır. Bkz. *Siliadin/Fransa*, 73316/01, 26.07.2005, p.73.

<sup>107</sup> İnsan ticareti Sözleşme kapsamına içtihat aracılığıyla dâhil edilse de madde metninde hangi kavramın içerisinde değerlendirildiği net değildir. Kölelikle bağ kurulduğu gibi kulluk ve zorla çalıştırma kapsamında da değerlendirilmiştir. Bu konuda bkz. Zwaak, s.428; Karan, "Kölelik Yasağı.", s.423.

inceleyerek maddenin uygulama alanını genişletmiş olmaktadır<sup>108</sup>. Ancak Mahkeme tarafından *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya* kararında, insan ticaretiyle mücadele konusunda taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilse de takdir marjı doktrininin referans alınması söz konusu değildir.

Bununla birlikte Mahkeme yeni tarihli *J. ve diğerleri/Avusturya* kararında; insan ticaretiyle mücadele etme konusunda taraf devletlerin pozitif yükümlülüğüne dikkat çekmekte; Avusturya makamlarının ulusal hukuk uyarınca işlenen suçu takip edip etmeme hususunda belirli takdir marjının bulunduğunu saptamaktadır. Dubai’de pasaportları alınarak çalıştırılan Filipinli üç başvuru, işvereni tarafından Avusturya’daki tatile birlikte gitmektedirler. Çocukların bakımını ve ailenin her türlü ev işlerini üstlenen ve sözlü tacize maruz kalan başvurucular otelde tanıştıkları kişinin yardımıyla kaçmayı başarırlar. Başvurucuların iddiaları ise Avusturya makamlarının etkili soruşturma yapmadıkları ve bu çerçevede pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğine ilişkin olup; Mahkeme Birleşik Arap Emirlikleri’nden yardım talep edilmesi, istinabe yoluyla savunma alma girişimleri, nerede olduklarının belirlenmesi için arama emri çıkarılması hususlarını dikkate alarak ulusal makamların usuli yükümlülüklerini yerine getirdiklerini ortaya koymuştur<sup>109</sup>. Karar çerçevesinde denilebilir ki ulusal makamların potansiyel insan ticareti mağdurunun belirlenmesi ve potansiyel mağdurun iddiaları çerçevesinde yeterli soruşturma yapılması yönünde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>110</sup>. Dolayısıyla insan ticaretiyle mücadelede pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi için araçların seçilmesi noktasında taraf devletler Mahkeme’nin çizdiği çerçeve ile sınırlandırılmıştır.

Mahkeme kararda Avusturya Hukuku’nun soruşturmaya devam etmek hususunda savcılık makamına tanıdığı takdir yetkisine atıf yapmaktadır. Dolayısıyla bu karar kapsamında her ne kadar Sözleşme’nin diğer maddelerinde olduğu gibi, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi söz konusu olsa da vurgulanan husus araçların seçilmesinde ulusal makamlara tanınan takdir marjı değildir. Burada

---

<sup>108</sup> Kıbrısta ölen bir kadının babası tarafından yapılan başvuruda, insan ticaretiyle mücadele için yasal ve idari çerçevenin uygulamaya konmaması ve kişiyi insan ticaretinden korumaya yönelik önleyici tedbirlerin alınmaması nedeniyle Sözleşme’nin 4. maddesinin pozitif yükümlülük bağlamında ihlal edildiğine karar verilmiştir. Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca usuli yükümlülüğün yerine getirilmediğinden bahisle ayrıca ihlale hükmedilmiştir. İnsan ticaretine ilişkin ilk dava için bkz. *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, 25965/04, 07.01.2010; Ayrıca bkz. *L.E./Yunanistan*, 71545/12, 21.01.2016.

<sup>109</sup> *J. ve diğerleri/ Avusturya*, 58216/12, 17.01.2017, p.117.

<sup>110</sup> *J. ve diğerleri/ Avusturya*, 58216/12, 17.01.2017, p.109-113.

Mahkeme tarafından ulusal hukuk uyarınca kanunun savcılık makamına tanıdığı yetki belirtilmektedir. Böylece olayda saptanan ulusal hukuktaki durumun, nitelik itibarıyla İHAM'ın uyguladığı takdir marjı doktrininden ayrı tutulması gerektiği söylenebilir. Elbette ki Sözleşme'nin doğası gereği, taraf devletler pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken değerlendirme yapma yetkisine sahiptirler. Bu hususun kararda açıkça belirtilmesi gerekmemektedir. Nihayet, Mahkeme'nin güncel yaklaşımı ele alındığında; pozitif yükümlülükler ile bağlantılı olarak, Sözleşme'nin 4. maddesi bağlamında da taraf devletlere takdir marjı tanındığını açıkça kararlarında belirteceği öngörülebilir.

Takdir marjı doktrini açısından değerlendirildiğinde; Mahkeme'nin Sözleşme'nin 4. maddesinde koruma altına alınan kölelik ve zorla çalıştırma yasağında takdir marjı analizi yapmayı reddettiği belirtilmektedir<sup>111</sup>. Bununla birlikte Mahkeme eski tarihli kararlarında Sözleşme'nin 4. maddesi bağlamında her ne kadar takdir marjına atıf yapmasa da Konsey üyesi ülkelerdeki karşılaştırmalı hukuk verilerine dayandığı görülmektedir. Serserilik nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin düşük bir ücretle çalıştırılma yükümlülüğünü, Sözleşme'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi kapsamında Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde benzer yasal çerçeve bulunduğu ve mahkumların ıslahını amaçladığı gerekçesiyle olağan sınırdaki kabul etmiştir<sup>112</sup>. Bu konudaki yeni tarihli kararında ise Mahkeme; emekli olmasına rağmen zorla çalışan mahkumun durumunu, açıkça takdir marjını uygulayarak Sözleşme'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi kapsamı içerisinde değerlendirmiştir<sup>113</sup>. Zira Mahkeme tarafından mahkumun davranışları ve tutulma koşulları ile bağlantılı konuları değerlendirmede Mahkeme'den daha iyi konumda bulunan cezaevi makamları tarafından önerilen uygulamalar ile ilgili olarak, taraf devletlere tanınan belirli bir takdir marjı göz önüne alınarak; emekli mahkumun çalıştırılması hususunda kesin bir yasağın bulunmadığı belirtilmiştir<sup>114</sup>.

Sözleşme'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendindeki askeri nitelikteki hizmet hem zorunlu hem de gönüllü askeri hizmetleri kapsadığı şeklinde

---

<sup>111</sup> **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.255; **Callewaert**, s.9.

<sup>112</sup> *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18.06.1971, p.87-90; Denetimli serbestlik hükümlüsünün çalışması Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerdeki yasal çerçeve uyarınca olağan kabul edilmiştir. Bkz. *Van Droogenbroeck/Belçika*, 7906/77, 24.06.1982, p.58-60.

<sup>113</sup> *Meier/İsviçre*, 10109/14, 09.02.2016, p.78, 80.

<sup>114</sup> *Meier/İsviçre*, 10109/14, 09.02.2016, p.78.

anlaşılmıştır<sup>115</sup>. Ancak Mahkeme'nin takdir marjı doktrinine atıf yaptığı yeni tarihli kararında; askeri nitelikte hizmetleri zorunlu askeri hizmetlerle sınırlı bir şekilde yorumlamıştır<sup>116</sup>. Bu nedenle gönüllü olarak orduda hizmet görevini yerine getiren muvazzaf subayların orduda zorunlu görev yapma süreleri zorunlu çalışma sayılabilecektir<sup>117</sup>. Mahkeme söz konusu *Chitos/Yunanistan* kararında; ordu adına harç ödemeksizin tıp fakültesinde okuyan başvurucunun, on sekiz yıl süreyle orduda sağlık görevlisi olarak görev yapma zorunluluğunu askeri nitelikte hizmet görmemiş ve Sözleşme'nin 4. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde incelemesini gerçekleştirmiştir. Mahkeme kararında; orduda hizmet görenlerin eğitimlerini bitirmesi sonrasında belirli bir süre görev alması gerekliliğinin onların üstlendikleri görevlerinin bir parçasını teşkil ettiğini saptamıştır. Ardından orduda hizmet görenlerin, eğitim aldıktan sonra zorunlu hizmet sürelerinin uzunluğunu belirlemede ve hizmetin yarıda kesilme şartlarının tespitinde taraf devletlere takdir marjı tanındığını ortaya koymuştur<sup>118</sup>. Haklı gerekçeler ışığında geri ödeme esasını orantılılık ilkesine aykırı bulmamış; ancak somut olayda nakit olarak geri ödeme usulünün ve faizlerin aşırı yük yüklediğinden bahisle Sözleşme'nin 4. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu nedenle gönüllü olarak orduya giren askeri personelin istifası sonrasında öngörülecek usul konusunda taraf devletler takdir marjına sahip olsalar da başvurucuya orantısız bir yük yüklenmemelidir.

Sözleşme'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi açısından önemli olan konu ise madde metninde belirtilen vicdani reddin bireylere hak olarak tanınması yönünde taraf devletlerin takdir marjının var olup olmadığı meselesidir. Sözleşme organlarının, 2011 tarihli *Bayatyan/Ermenistan* kararı öncesi vicdani ret hakkına yönelik başvuruları; bireylerin sürekli hapis cezasına maruz kalması üzerinden kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirdiği<sup>119</sup> ya da madde metnindeki “*vicdani reddin meşru sayıldığı ülkelerde*” lafzından hareketle devletlerin vicdani ret hakkını tanımak zorunda olmadıklarını saptadığı görülmektedir<sup>120</sup>. Mahkeme

<sup>115</sup> Harris/O'Boyle&Warbrick, s.119.

<sup>116</sup> *Chitos/Yunanistan*, 51637/12, 04.06.2015, p.82-87.

<sup>117</sup> Karan, “Kölelik Yasağı.”, s.447.

<sup>118</sup> *Chitos/Yunanistan*, 51637/12, 04.06.2015, p.94.

<sup>119</sup> *Ülke/Türkiye*, 39437/98, 24.01.2006, p.61-63.

<sup>120</sup> Komisyon defalarca Sözleşme'nin 4. maddesinin vicdani reddi güvence altına almadığı yönünde kararlar vermiştir. 2011 öncesi sorunu, din ve vicdan özgürlüğü bağlamında incelemeye gerek görmemiştir. Bu kararlar ve sürecin özeti için bkz. *Bayatyan/Ermenistan*, 23459/03, 07.07.2011, p.93-97.

*Bayatyan/Ermenistan* kararında; Sözleşme'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinin tek başına vicdani ret hakkını ne kabul ettiğini ne de reddettiğini ortaya koyarak bu hükmün Sözleşme'nin 9. maddesinin güvence altına aldığı haklar üzerinde sınırlayıcı bir etkiye sahip olamayacağını ortaya koymaktadır<sup>121</sup>. Nitekim Avrupa konsensüsünün oluştuğunu saptadığı kararda vicdani ret hakkını Sözleşme'nin 9. maddesinde güvencelenen din ve vicdan özgürlüğü bağlamında karara bağlamıştır. Somut olayda inancı gereği askerlik hizmetini reddederek, kamu hizmeti görmeyi talep eden başvurucunun alternatif kamu hizmeti yerine getirme yönünde talebinin reddedilmesi orantısız bulunmuştur. Dolayısıyla taraf devletler vicdani ret hakkına saygı göstermek, vicdani ret hakkı taleplerini değerlendirecek etkili ve elverişli bir mekanizma kurarak, askerlik hizmeti yerine alternatif kamu hizmeti öngörmek zorundadırlar; ancak öngörülecek alternatif kamu hizmetleri konusunda taraf devletler sınırlı takdir marjına sahiptirler<sup>122</sup>. Böylece taraf devletlerin vicdani ret hakkını tanımaları gerekmekte; ulusal makamların vicdani ret hakkının yok sayılmasına ilişkin herhangi bir takdir marjı bulunmamaktadır. Taraf devletlere tanınan takdir marjı sadece vicdani ret hakkının kullanılabilmesine ilişkin etkili bir mekanizma kurulması noktasındadır.

Sözleşme'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde toplumun yaşamını ve huzurunu tehdit eden afet ve kriz hallerinde yüklenen hizmetler zorla çalıştırma yasağı dışında bırakılmıştır. Sözleşme organları, kamu alanında bir yıl boyunca dış sağlığı hizmetinde çalışma yükümlülüğünün zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma teşkil etmediğine ilişkin eski tarihli kararında takdir marjı doktrinine dayanmıştır<sup>123</sup>. Çoğunluğu oluşturan iki Komisyon üyesi kararda *Lawless* davasına atıfla, Norveç'te kamu alanında gönüllü çalışan hekimlerin azlığının bu kanunu çıkartmak için olağanüstü hal ortaya çıkardığını belirterek hükümetin açıklamasını kabul etmiştir<sup>124</sup>.

Sözleşme'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendi kapsamında olağan yurttaşlık yükümlülüklerine giren her türlü çalışma veya hizmet, zorla çalıştırma ve

<sup>121</sup> *Bayatyan/Ermenistan*, 23459/03, 07.07.2011, p.100.

<sup>122</sup> Vicdani ret hakkının tanınması için etkili ve elverişli mekanizma kurulması gerekliliği üzerine bkz. **Köybaşı**, Serkan; "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Bayatyan Ermenistan'a Karşı Kararı ve Kararın Türkiye'deki Vicdani Ret Hakkına Etkisi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C.VII, S.85-86, 2011; **Şirin**, Tolga/**Duymaz**, Erkan/**Yıldız**, Deniz; Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, TBB Yayınları, Ankara 2016, s.50.

<sup>123</sup> *Iversen/Norveç*, 1468/62, *Yearbook*, Vol.6, 1963, s.330.

<sup>124</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.119.

zorunlu çalışma sayılmamaktadır. Bu yükümlülük türü (c) bendinin aksine herhangi bir olağanüstü halden veya afetten kaynaklanmamakta; daha hafif bir yükümlülük türü olarak derece bakımından farklılık içermektedir<sup>125</sup>. Mahkeme, bu bağlamda stajyer avukatların ücretsiz adli yardım sunma yükümlülüklerinin bulunmasını incelediği davada, söz konusu kişilerin mesleğe bilerek girdiklerinden ve faaliyetlerin mesleki getirilerinden bahisle zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak görmemiştir<sup>126</sup>. Keza Mahkeme önceki içtihatlarında zorunlu jüri hizmeti<sup>127</sup> ve yangın söndürme hizmetlerini<sup>128</sup> olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamında değerlendirmiştir.

#### **D- Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi**

Sözleşme'nin 7. maddesinde koruma altına alınan *suçta ve cezada kanunilik ilkesi*, bireyin hak ve özgürlüklerinden keyfi bir şekilde mahrumiyetini önleyen bir ceza hukuku ilkesi olarak hukuk devletinin temel unsurlarından birini teşkil etmektedir<sup>129</sup>. Böylelikle suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, ceza mahkumiyetinin suç teşkil eden fiilin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna dayanması gerekmekte (*nullum crimen sine lege*); ayrıca failin suç teşkil eden fiili, suçun işlendiği anda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmamasını (*nulla poeana sine lege*) emretmektedir<sup>130</sup>. Kararın verildiği tarihte sanığın lehine olan yürürlükteki kuralın uygulanması gerekmektedir. Sözleşme'nin güvencelediği suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince; erişilebilir ve öngörülebilir normun varlığını gerektiren kanunilik ilkesi, aleyhe kanunun geriye yürümezliği ve sanığın lehine olan kanunun geriye yürümesinin gerekliliği Sözleşme sistemi içerisinde korunmaktadır<sup>131</sup>. Dolayısıyla taraf devletlerin çekirdek hak olarak olağanüstü halde dahi askıya alınamayan söz konusu ceza hukuku ilkelerinin aksine, bir ceza mevzuatı ve cezalandırma mekanizması öngörebilmeleri kesin surette reddedilmektedir.

Öğretide, takdir marjı doktrininin irdelendiği eserlerde suç ve cezada kanunilik ilkesini güvenceleyen Sözleşme hükmü ya hiç incelenmemekte ya da takdir marjı

<sup>125</sup> **Karan**, “Kölelik Yasağı.”, s.453.

<sup>126</sup> *Van der Musselle/Belçika*, 8919/80, 23.11.1983.

<sup>127</sup> *Zarb Adami/Malta*, 17209/02, 20.06.2006.

<sup>128</sup> *Karlheinz Schmidt/Almanya*, 13580/88, 18.07.1994.

<sup>129</sup> Bu konuda bkz. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.857 vd.; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.343; **Boyar**, Oya; “Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.287-289.

<sup>130</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.343.

<sup>131</sup> **Boyar**, “Yasallık.”, s.288, 295.

doktrininin ilgili hükümde uygulanmadığı vurgulanmaktadır<sup>132</sup>. Gerçekten de mutlak bir yasak mevcut olduğundan; öngörülen cezanın süresi ve tayini konularında orantılı bir ceza öngörmek şartıyla serbestiye sahip olan taraf devletler; Sözleşme hükmüyle güvencelenen ceza hukuku ilkelerini reddetmek ve uygulamasını aksi yönde sürdürmek konusunda hiçbir yetkiye sahip değillerdir. Özellikle; açık, erişilebilir ve öngörülebilir bir yasal düzenin varlığı gerekmektedir.

Bununla birlikte Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edilmediğine ve davalı devletin takdir marjı sınırları içerisinde kaldığına hükmedilen 2012 tarihli *Huhtamäki/Finlandiya* davası takdir marjı doktrininin uygulandığı karara örnek teşkil etmektedir<sup>133</sup>. Başvurucu eski ticaret hukuku profesörü olup, ağırlaştırılmış dolandırıcılık suçunun işlenmesinden dolayı kendisi de söz konusu suçun işlendiğini bildiği ve suç konusu eşyayla bağlantılı olan bir suç işlemesi nedeniyle hüküm giymiştir. Ancak suçun asli faili olarak değil; suç ortağı olması nedeniyle hüküm giyen başvurucu; asli failin beraat etmesine rağmen, kendisinin hüküm giymesinin Sözleşme'nin 6. ve 7. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu suçun asli failinin cezai sorumluluğunun kaldırılmasına rağmen; suç konusu eşyayla bağlantılı bir suçtan dolayı hüküm giymesinin Sözleşme'yle bağdaşmadığını iddia etmiştir<sup>134</sup>.

Somut olayda suçun asli faili; susma hakkını kullandığı ve kendini suçlayıcı beyanlarda bulunmak zorunda olmadığından bahisle, Yüksek Mahkeme kararıyla serbest bırakılmıştır. Ancak Yüksek Mahkeme başvurucu için susma hakkının kendisine intikal etmeyeceği ve etkisinin sadece hakkın öznesiyle sınırlı olabileceği gerekçesiyle başvurunun suç ortağı olarak sorumlu olduğunu belirtmiştir<sup>135</sup>. Başvurucu suçun asli faili olarak nitelendirilen kişinin sorumluluktan kurtulmasına rağmen, kendisinin cezalandırılmasının adil yargılanma hakkı ile suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedelediğini iddia etmiştir.

---

<sup>132</sup> *Arai-Takahashi* ve *Yourow* Sözleşme'nin 7. maddesini incelememiştir. Bu durum dönem açısından Mahkeme'nin takdir marjı doktrinini çekirdek haklarda kullanmayı reddetme yönündeki tercihidendir. **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.21-24; **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.19 vd.; *Derya Doğru*'ya göre Sözleşme'nin 7. maddesinde takdir marjı kullanılmamıştır. Ancak Mahkeme'nin 2012 tarihli kararında hukukun yorumlanmasında ulusal makamların takdir marjına sahip oldukları belirtilmiştir. Takdir marjının kullanılmadığı görüşü için bkz. **Doğru**, Takdir Marjı., s.138-140.

<sup>133</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012.

<sup>134</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.5-19.

<sup>135</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.36-40.

Mahkeme, adil yargılanma hakkı için konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Bununla birlikte, Mahkeme suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin iddiayı incelediği kısımda; daha önceki içtihatlarıyla tutarlı bir yorum yaparak, hukuk kuralından anlaşılması gerekenin sadece yazılı hukuk kuralı olmadığı ve hukuk kuralıyla kast edilenin maddi anlamda hukuk olduğunu belirtmiştir<sup>136</sup>. Hukuk kuralının erişilebilir ve öngörülebilir açıklıkta olması gerekliliğinin yanı sıra; her hukuk sisteminde hukuk kuralının yargısal yorumunun kaçınılmaz olduğu, belirliliğin arzu edilir olsa da aşırı derece katılığı getirebileceği, bu nedenle hukuk kuralının değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerektiği ortaya konmuştur<sup>137</sup>. Mahkeme'ye göre, pek çok hukuk kuralı az ya da çok muğlak terimlerle ifade edilmekte; bu terimlerin yorumu ve uygulanması hukuk tatbikatının sorunu olmaktadır<sup>138</sup>. Nitekim Mahkemelerde verilen hükümlerin rolünün, bu tür yorumsal şüpheleri ortadan kaldırmak olduğu vurgulanmaktadır<sup>139</sup>.

Bu değerlendirmelerin ardından Mahkeme, somut olayda içtihadın ve ulusal hukukun daha önce yanıtlamadığı bir konu üzerinde ilk defa değerlendirme yapıldığını işaret etmektedir. Nitekim İHAM, Finlandiya Yüksek Mahkemesi'nin bir kişinin kendisini suçlandırıcı beyanlarda bulunmak zorunda bırakılmayacağını, suçla bağlantılı diğer kişileri de kapsayıp kapsamadığı hususunda ilk kez bir tutum sergilediğine dikkat çekmektedir<sup>140</sup>. Ardından İHAM, Sözleşme'nin 7. maddesinin; sonucun makul bir şekilde öngörülebilmesi ve işlenen suçun özümüyle uyumlu olması şartıyla, yargısal yorum aracılığıyla davadan davaya cezai sorumluluk kurallarının kademeli bir biçimde belirlenmesinin yasaklanması olarak okunamayacağını vurgulamaktadır<sup>141</sup>. Nihai olarak Mahkeme, söz konusu yorumun makul bir şekilde öngörüldüğü ve suçun özümüyle uyumlu olduğu kanaatine ulaşmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme'nin genel yaklaşımına uygun olarak, ulusal mahkemelerin hukukun

---

<sup>136</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.43, 44. Hukukilik kriteri için "Sınırlama ve Güvence Rejimi" başlığındaki açıklamalar yeterli görülerek, detaylı açıklama yapılmaktan kaçınılmıştır. Detaylı açıklamalar için söz konusu başlıkta yer alan hukukilik kriterine bakınız.

<sup>137</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.45; Aynı yönde bkz. *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, p.49.

<sup>138</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.45.

<sup>139</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.45.

<sup>140</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.50.

<sup>141</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.51; Aynı yönde bkz. *Jorgic/Almanya*, 74613/01, 12.07.2007, p.114.



tatbikinde aşikâr uyumsuzlukları ve keyfiyetleri bulunmadıkça, ulusal hukukun uygulanması ve yorumlanması bir sorun teşkil etmemektedir<sup>142</sup>.

Mahkeme ulaştığı sonuçta ulusal hukukun uygulanması ve yorumlanmasında keyfiyet bulunmadığını belirtirken Yüksek Mahkeme'nin takdir marjı sınırları içerisinde kaldığını tespit etmektedir<sup>143</sup>. Böylelikle İHAM, ulusal makamın hukukun yorumlanmasında takdir marjı olduğunu kabul ederek, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermektedir. Önceki bölümde irdelenen takdir marjı doktrininin kriterleri dikkate alınmaksızın, ulusal makamların Sözleşme'nin uygulanmasında belirli bir takdir marjı olduğunu hatırlatmaktan ibaret bir başvuru olduğu göze çarpmaktadır.

Söz konusu dava çerçevesinde Mahkeme'nin Sözleşme'nin 7. maddesinin uygulamasında takdir marjı doktrinini uyguladığı görülmektedir. Nitekim İHAM yargıcı *De Gaetano* tarafından kararın ek gerekçesinde, takdir marjı doktrinine başvurmanın gereksiz olduğu belirtilmektedir<sup>144</sup>. Keza Mahkeme, daha önce tutarlı bir biçimde kapsamını belirlediği, hukuki yorum ve ulusal hukukun uygulanması konusunda yaklaşımını açıklamaktadır. Ancak kararın sonucunun kriterler ışığında değerlendirildiği paragrafta takdir marjı doktrinini kullanması, kararın içeriğine herhangi bir katkı sunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki incelenen diğer çekirdek haklarda da görüldüğü üzere; Mahkeme'nin çekirdek haklarda takdir marjı doktrinini uygulamadığı görüşü güncelliğini yitirmiş bulunmaktadır. Mahkeme isabetli bir biçimde 2000 yılı öncesinde çekirdek haklarda pozitif yükümlülükler ortaya konarken dahi takdir marjı doktrinine atıf yapmaktan çekinmektedir. Ancak yeni bir eğilim olarak, özellikle taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin denetlendiği davalarda takdir marjı doktrinini kullanmaktadır. Saptanan bu söz konusu eğilim, Sözleşme'nin 7. maddesine de yansımaktadır.

Mahkeme otonom kavramlar doktrini gereğince, suç ve ceza kavramlarının ulusal hukukta nasıl adlandırıldığına bakmaksızın nitelendirmeyi kendisi

<sup>142</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.52.

<sup>143</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, p.53, 54.

<sup>144</sup> *Huhtamäki/Finlandiya*, 54468/09, 06.03.2012, *De Gaetano ek gerekçe*, p.1-3.

yapmaktadır<sup>145</sup>. Ancak ulusal hukukun uygulanmasında keyfiyet ve açıkça uyumsuzluk söz konusu olmadıkça ulusal makamların hukuku yorumlamasında takdir marjı bulunmaktadır. Bununla birlikte sınırları belirsiz bir şekilde kriterlerini netleştirmeksizin takdir marjı doktrinine atıf yapmak kararın sonucuna ulaşmada katkı sunmamakta hatta insan haklarının güvence rejimi içerisinde belirsiz bir alan yaratmaktadır. Zaten taraf devletlerin Sözleşme'den doğan hak ve özgürlüklerini teminat altına almak yönündeki görevi ve ikincilik ilkesi ulusal makamların birincil ve asli görevlerini ortaya koymaktadır. Bu durumun bu şekilde ifade edilmesi yeterli olmakla beraber, takdir marjı doktrininin bir doktrin olmaktan çıkaracak şekilde içinin boşaltılmasına yol açan anlamsız kullanımlarına, bir başka deyişle kriterlerine atıf yapmaksızın kullanılmasına son verilmelidir.

## II- USULİ HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Sözleşme'nin güvencelediği usuli hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda, takdir marjı doktrininin uygulandığı kabul edilmektedir. Bu çerçevede, Sözleşme'de yer alan usuli hak ve özgürlüklerden; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkı incelenecektir<sup>146</sup>. Böylelikle mevcut hükümlerde yer alan kavramların kapsamını belirleme açısından takdir marjı tanındığı alanlar ve bunların sınırları ortaya konacaktır. Bu bağlamda, takdir marjının tanındığı alanların izleri sürülerek içtihadın ulusal makamlara tanıdığı serbesti ve sınırları irdelenecektir.

<sup>145</sup> Sözleşme günlük hayatta kullanılan, bilimsel içeriğe sahip ya da hukuk terminolojisine ait pek çok kavramı bünyesinde barındırmaktadır. Sözleşme organları 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesi uyarınca alelade anlama uygun şekilde yorum yapmakta ve bilimsel tartışmalara girmemektedirler. Hukuki kavramlar açısından Sözleşme organlarının özerk bir yorum benimsemekte tereddüt etmediği ifade edilmektedir. *Matscher* ise özerk yorumun görüldüğünden karmaşık bir yorum faaliyeti olmasına rağmen; Sözleşme organlarının, zaman zaman gereğinden fazla basit bir şekilde bu yorum faaliyetini yerine getirdiğini inkar edemeyeceğini belirtmektedir. Keza yazara göre en uygun özerk yorumun Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından *Eurocontrol* davasında yapıldığını ileri sürmektedir. Karara göre, ulusal hukuk sistemlerinin tümünün izlediği hukukun genel ilkeleri ve Sözleşme'nin sistematığının ve amacının dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. **Matscher**, s.70-73. Otonom kavramlar doktrini uyarınca özerk yorum yapmanın amacı taraf devletlerin Sözleşme güvencelerini dolanmasının önüne geçmektir. Aynı yönde bkz. **Letsas**, George; "Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR", *EJIL*, C.XV, 2004, S.2, s.279-305.

<sup>146</sup> Sözleşme'de korunan hak ve özgürlükler taraf devletlere negatif yükümlülüklerin yanı sıra; pozitif yükümlülükler (maddi yönden koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğü ile usule ilişkin pozitif yükümlülükler) yüklemektedir. Bu başlık altında hak ve özgürlükler kapsamında taraf devletlerin usuli nitelikte pozitif yükümlülükleri değil; usuli hak ve özgürlükler inceleme konusu yapılacaktır. Takdir marjı doktrini çerçevesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkının usuli hak ve özgürlükler başlığı altında incelendiği eserler için bkz. **Yourow**, Margin of Appreciation Doctrine., s.188; **Şirin**, "Takdir Marjı", s.370.

## A- Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen *kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının* koruma altına alındığı alanda, takdir marjı doktrinin genel kapsamda uygulanışından ziyade; ilgili maddenin birinci fıkrasında yazılı sınırlı sayıdaki sebepler bakımından uygulandığı belirtilmektedir<sup>147</sup>. Sözleşme'nin 5. maddesinde herkese özgürlük ve güvenlik hakkı tanınmakta; Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında ise öncelikle genel şart olarak özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka uygunluğu ile özel şart olarak da birinci fıkranın (a) ilâ (f) bentlerinde özgürlükten yoksun bırakma sebepleri sınırlı sayıda sayılarak söz konusu şartlara uygunluk aranmaktadır<sup>148</sup>. Sözleşme'nin 5. maddesinin iki ilâ beşinci fıkralarında ise özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hakları yer almaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Sözleşme'nin 5. maddesinin uygulanabilirliği için kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması gerekmekte; bunun için özgürlükten yoksun bırakma durumunun iki unsur içermesi aranmaktadır. Böylelikle Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması durumu göz ardı edilemeyecek süre belirli bir uzunlukta sürmeli (*objektif unsur*); bunun yanı sıra kişinin bu duruma rızasının bulunmaması (*sübjektif unsur*) gerekmektedir<sup>149</sup>. Zira Mahkeme kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığına ilişkin olarak ulusal makamların hukuki sonuçları ile bağlı olmayıp, kendi özerk değerlendirmesini yapmaktadır<sup>150</sup>. Bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığına ilişkin değerlendirme Mahkeme'nin kendisine ait olmaktadır. Bu alanda bir değerlendirme ve ulusal makamların nasıl bir adlandırma yaptıkları önemli olmamaktadır.

<sup>147</sup> **Brems**, “The Margin of Appreciation.”, s.251; **Şirin**, “Takdir Marjı”, s.370.

<sup>148</sup> Söz konusu istisnalar sınırlıdır ve dar yorumlanması gerekmektedir. Nitekim Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasındaki istisnalar, Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde yer alan sınırlama sebeplerinden çok daha dar kapsamdadır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kapsamı için bkz. **Bleichrodt**, Edwin; “Right to Liberty and Security”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, s.440 vd. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.366; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.124; **Karan**, Ulaş; “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel Inceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.182, 183; **Macovei**, Monica; Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Council of Europe, Almanya 2002, s.13 vd.; **Kartal**, Cansu Büşra; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, SÜHFD, C.XXI, 2013, S.2, s.63-87.

<sup>149</sup> **Storck/Almanya**, 61603/00, 16.06.2005, p.74; **Stanev/Bulgaristan**, 36760/06, 17.01.2012, p.117. Ayrıca bkz. **Karan**, “Özgürlük ve Güvenlik.”, s.181; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.125; **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights: Right to liberty and security**, Council of Europe, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf), (e.t.: 30.11.2018), s.8, 9.

<sup>150</sup> **Creangă/Romanya**, 29226/03, 23.02.2012, p.92.

## 1- Genel Şart: Hukuka Uygun Tutma

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşme'ye uygun olabilmesi için hukuka uygun bir tutma olması; aynı zamanda tutmanın Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ile (f) bentleri arasında sayılan sebeplerden birini oluşturması gerekmektedir. Genel şart olarak, hukuka uygun bir tutmanın varlığı için iç hukukta yasal dayanağın varlığı ve yasal dayanak teşkil eden kuralın erişilebilir, öngörülebilir, yeterli açıklıkta olması aranmaktadır<sup>151</sup>. Bunun yanı sıra; Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygunluk, bir başka deyişle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının keyfiyet içermemesi gerekmektedir<sup>152</sup>. Dolayısıyla özgürlükten yoksun bırakma, iç hukuktaki usul ve maddi hukuk hükümlerine uygunluk içerse dahi, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı nedeniyle, bireyi keyfiliğe karşı koruma amacını taşıması yönünde zorunluluk içermektedir<sup>153</sup>. Bu nedenle, hukuka uygun tutma kriterleri konusunda gerçekleştirilen denetimde, söz konusu hukukilik kriterine uygunluk aranmaktadır.

Bu bağlamda, ulusal hukukta yapılan yasal düzenleme için özgürlükten yoksun bırakılma şartları açıkça düzenlenmeli, erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte olmalı; ayrıca bireyi keyfiyete karşı koruma amacı içermesi beklenmektedir<sup>154</sup>. Taraf devletlerin özgürlükten yoksun bırakma şartlarını düzenlerken aksi yönde bir düzenleme veya uygulamaya gitmesi Sözleşme'yle bağdaşmayacaktır. Bununla birlikte, İHAM hukukilik kriterini ortaya koyarken; Mahkeme'nin görevinin, ulusal makamlar tarafından ulusal hukuka uyulup uyulmadığının denetlenmesi olmadığını belirtmekte; ancak Sözleşme'nin hukukiliğe atıf yaptığı konularla ilgili olarak ulusal hukuka aykırı eylemler Sözleşme'yle bağdaşmayacağından, İHAM bu alanda denetim yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir<sup>155</sup>. Ancak Sözleşme'nin kurduğu güvence

<sup>151</sup> Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı kimsenin keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını güvence altına almaktır. **Bleichrodt**, s.447. Açıklamalar için hukukilik kriterinin irdelendiği başlığa bakınız.

<sup>152</sup> *Lukanov/Bulgaristan*, 21915/93, 20.03.1997, p.41; *McKay/Birleşik Krallık*, 543/03, 03.10.2006, p.30; *Ilaşçu ve diğerleri, Moldova ve Rusya*, 48787/99, 08.07.2004, p.461.

<sup>153</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.137-139; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.239, 240.

<sup>154</sup> Mahkeme'nin yanıtlaması gereken sorular; ulusal/uluslararası maddi hukuka ve usul hukukuna uygunluk, keyfiyete karşı koruma amacına uygunluk yönündedir. Bkz. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.371.

<sup>155</sup> Ulusal hukuk, açıkça veya zımnen söz konusu olan Sözleşme'nin genel ilkelerine uygun olmalıdır. *Winterwerp/Hollanda*, 6301/73, 24.10.1979, p.45, 46. Ulusal hukuka aykırı eylem veya işlemler Sözleşme'yle bağdaşmayacağından mevzuata uygun hareket edilip edilmediği denetlenmektedir. Nitekim hukukun üstünlüğü testi aracılığıyla kanunun kalitesi gözetildiğinden, mevzuatın Sözleşme'ye uygunluğu bu çerçevede denetime tâbi tutulmaktadır. Keza, ulusal mevzuatın Sözleşme'nin 5. maddesinin, kişiyi keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakmama genel amacına uygunluk taşıması gerekmektedir. Bu yönde bkz. **Macovei**, Özgürlük ve Güvenlik., s.14-30; **Şahbaz**, İbrahim; "Avrupa

mekanizmasının mantığı, Mahkeme'nin gerçekleştirdiği denetim kapsamına sınırlar koymaktadır<sup>156</sup>. Böylelikle Sözleşme'nin hukuk kuralını kapsama aldığı alanlarda bile, ulusal hukukun uygulanması ve yorumlanmasında ulusal makamlar, özellikle yerel mahkemeler ilk sırada bulunmakta; ulusal makamlar, doğası gereği ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmekle yetkili olmaktadır<sup>157</sup>. *Gözübüyük/Gölcüklü*'ye göre; ulusal hukukun uygulanmasında ve yorumlanmasında ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmakta; Sözleşme organları denetim yetkisini sınırlı şekilde kullanmaktadır<sup>158</sup>.

Elbette ki taraf devletler yasama organlarının iradeleri gereğince hukuk kuralları düzenleyeceklerdir; ancak taraf devletlerin Mahkeme'nin hukukilik ölçütüne uyumlu bir biçimde maddi ve usul hukuku kuralları kabul etmeleri veya var olan mevzuatlarını bu yönde değiştirmeleri gerekmektedir. Keza ikincilik ilkesi gereğince ulusal hukukun uygulanması ve yorumlanması hususunda taraf devletlere takdir marjı tanınmakta ise de taraf devletler erişilebilir, öngörülebilir ve yeterli açıklıkta hukuki kurallar öngörmelidirler.

## 2- Özel Şart: İstisnai Haller

Özgürlükten yoksun bırakmanın özel şartları olarak sınırlı sayıda sayılan haller devletin kamu yararı gereğince kişiyi tutabileceği haller olarak sayılmıştır. Bu sayılan nedenler bağlamında takdir marjı doktrininin uygulama alanı ortaya çıkmaktadır. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde *yetkili mahkemenin verdiği mahkumiyet kararından sonra hapsedme* belirtilmektedir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesine uygun bir mahkumiyet olabilmesi için bağımsız ve tarafsız yetkili bir mahkeme tarafından iç hukuk uyarınca, özgürlükten yoksun bırakma ile mahkumiyet hükmü arasında illiyet bağı olan bir ceza verilmiş olması gerekmektedir<sup>159</sup>. Mahkeme bir kişinin suçlu bulunduğu cezanın hukuki niteliğine dayalı olarak ayırım yapmamakta; iç hukukta disiplin veya cezai olarak sınıflandırma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, yetkili ulusal mahkeme tarafından hükmedilen

---

İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", TBB Dergisi, 2005, S.58, s.171; **Kartal**, s.66, 67.

<sup>156</sup> *Winterwerp/Hollanda*, 6301/73, 24.10.1979, p.46.

<sup>157</sup> *Winterwerp/Hollanda*, 6301/73, 24.10.1979, p.46.

<sup>158</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.240.

<sup>159</sup> **Karan**, "Özgürlük ve Güvenlik.", s.187. Mahkeme'nin kendi yayınında Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin şartları için; mahkumiyetin varlığı, yetkili mahkeme ve mahkumiyet ile özgürlüğünden yoksun bırakma arasında illiyet bağına ortaya koyan mahkumiyetten sonraki bir özgürlükten yoksun bırakma sayılmıştır. **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.15-17.

mahkumiyetleri söz konusu bent kapsamında değerlendirmektedir<sup>160</sup>. Böylece Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan mahkumiyet koşulu özerk bir anlama sahip bulunmaktadır<sup>161</sup>.

Mahkeme Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre yetkili bir mahkeme tarafından verilen disiplin cezalarını “mahkumiyet” olarak değerlendirmektedir. Öncelikle askeri disiplin cezasına ilişkin davada Mahkeme, sivil kişilere özgürlükten yoksun bırakma sayılan tedbirlerin askerler söz konusu olduğunda özgürlükten yoksun bırakma olmayabileceğini belirtmektedir<sup>162</sup>. Somut dava açısından ise özgürlükten yoksun bırakma saydığı disiplin cezalarını, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi açısından “mahkumiyet” saydığı görülmektedir<sup>163</sup>. Nihayet Mahkeme, taraf devletlerin askeri disiplin sistemini düzenlemekte yetkili olduğunu ve bu hususta belirli takdir marjına sahip olduklarını ortaya koymaktadır<sup>164</sup>. Bununla birlikte, Mahkemece Sözleşme'nin 5. maddesi bağlamında taraf devletlerin aşmaması gereken sınırlar siviller ve askerler için özdeş bulunmamakta; fakat askeri ceza veya tedbirin olağan yaşam koşullarından açıkça ayrılan kısıtlamalarının Sözleşme'nin 5. maddesinin denetiminden kurtulamayacağını ortaya koymaktadır<sup>165</sup>. Mahkeme denetim için cezanın niteliği, süresi, etkisi ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörleri göz önünde bulunduracağını işaret etmektedir.

Mahkeme, eski tarihli *Engel ve diğerleri/Hollanda* kararında başvurucuların özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığını, diğer deyişle Sözleşme'nin 5. maddesine yönelen bir müdahalenin mevcudiyetini belirlerken takdir marjı doktrinine başvurmaktadır. Keza Mahkeme sivil ve asker kişiler açısından ayırım yapmakta ve asker kişilere yönelik bir tedbirin; nitelik, süre ve uygulanması nazara alınarak özgürlükten yoksun bırakma sayılmayabileceği, bu durumu da askeri sistemin düzenlenmesinde taraf devletlerin belirli takdir marjına sahip olduğundan bahisle açıklığa kavuşturmaktadır. Böylelikle uygulanabilirlik sorununa ilişkin olarak takdir

<sup>160</sup> *Engel ve diğerleri/Hollanda*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976, p.68.

<sup>161</sup> Yerel Mahkeme'nin esas hakkında kararıyla mahkumiyet koşulu oluşur. Ulusal hukukta hükmen tutuklu kabul edilen sanık, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre mahkumiyet koşulunu gerçekleştirmiş olur. Diğer bir deyişle, hakkında esas hakkında verilen bir hükümlerle mahkumiyeti bulunan kişinin kararının kesinleşmesi aranmaz. Bu nedenle temyiz sürecinde yapılan başvurularda, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uygulanır. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.385.

<sup>162</sup> *Engel ve diğerleri/Hollanda*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976, p.59. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.413, 554.

<sup>163</sup> *Engel ve diğerleri/Hollanda*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976, p.59.

<sup>164</sup> *Engel ve diğerleri/Hollanda*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976, p.59.

<sup>165</sup> *Engel ve diğerleri/Hollanda*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976, p.59.

marjı doktrini uygulanmaktadır. Nitekim Mahkeme'nin askeri disiplin sistemi konusunda tereddütsüz bir biçimde yetki sahibi olan taraf devletlere, takdir marjı doktrini aracılığıyla yetki sahibi olduğunu hatırlatması gerçekleştirilen yargısal denetime katkı sunmamaktadır.

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi bağlamında mahkumiyetin hukukiliğinin denetlenmediği belirtilmektedir<sup>166</sup>. Burada gerçekleştirilen denetim bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından usule uygun bir mahkumiyet hükmü verilip verilmediği hususunda yoğunlaşmaktadır. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, yasaya uygun bir özgürlükten yoksun bırakma şeklinde bir ifade içermektedir. Bununla birlikte, bağımsız ve tarafsız yetkili mahkeme tarafından hükmedilen bir mahkumiyet sonrası tutmanın var olması gerekmektedir. Mahkumiyet sonrası tutmanın belirttiği husus; mahkumiyet ile kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması arasında illiyet bağının var olması gerekliliğini ortaya koymaktadır<sup>167</sup>. Zira İHAM'ın illiyet bağının tespiti konusunda, taraf devletlere takdir marjı tanıdığına altı çizilmektedir<sup>168</sup>. Mahkeme'nin, ulusal hukuktaki şartlı tahliye ve erteleme kararlarının idari kararlar geri alınması durumunda, idari karar mahkumiyet kararından uzun bir süre sonra gerçekleşse bile başlangıçtaki mahkeme kararına dayanan ve amacın gerçekleşmesine hizmet eden kararların Sözleşme'nin 5. maddesiyle uyumlu olacağını belirtmektedir<sup>169</sup>. Mahkeme söz konusu kararda bu alanda taraf devletlere takdir marjı tanıdığını açıkça ortaya koymadan, ulusal hukukun idari makama cezanın nasıl uygulanacağına ilişkin olarak tanıdığı takdir yetkisi üzerinden değerlendirme yapmaktadır. Ancak kararında, infaz hakkında ulusal hukukun tanıdığı geniş takdir yetkisinin yasanın sınırları içerisinde kullanılacağını ve idari makamın tehlikenin derecesi ile bireyin topluma yeniden entegrasyonunu değerlendireceği saptanmaktadır<sup>170</sup>. Bununla birlikte ulusal hukukun tanıdığı takdir yetkisinin Sözleşme'ye uygun olduğunu ve taraf devletin hükmün infazının genel denetimini taraf devlete bırakma yükümlülüğünün bulunmadığını belirterek, müdahale Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında kalmaktadır.

<sup>166</sup> Doğru/Nalbant, C.I Açıklama., s.385; Karan, "Özgürlük ve Güvenlik.", s.187.

<sup>167</sup> Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, s.16; Harris/O'Boyle&Warbrick, s.142.

<sup>168</sup> Harris/O'Boyle&Warbrick, s.142.

<sup>169</sup> Van Droogenbroeck/Belçika, 7906/77, 24.06.1982, p.40. Tutmayı emreden kararlar denetlenmekte; ancak yapılan değerlendirme konusunda ulusal makamlara takdir marjı tanınmaktadır. Harris/O'Boyle&Warbrick, s.142.

<sup>170</sup> Van Droogenbroeck/Belçika, 7906/77, 24.06.1982, p.38.

Mahkeme *Weeks/Birleşik Krallık* davasında; takdire bağlı müebbet hapis cezasıyla mahkum olan başvuruçunun cezasının Sözleşme'nin 5. maddesi bağlamında uygunluğunu denetlemenin kendi görevi olmadığını belirtmektedir<sup>171</sup>. Somut olayda başvuruçucu şartlı tahliye edildikten sonra, işlediği suçlar nedeniyle cezaevine geri gönderilmekte; ardından idari kurul tarafından şartlı tahliyesi önerilmesine rağmen Bakanlık talebi reddetmektedir. Mahkeme *Van Droogenbroeck/Belçika* davasındaki koşulları uygulayarak, tedbirle izlenen meşru amacın sosyal koruma ve suçluların rehabilitasyonu olduğunu ortaya koymaktadır<sup>172</sup>. Böylelikle zamanın geçmesiyle yerel mahkemenin amaçlarına aykırı bir şekilde şartlı tahliyenin reddedilmesi kararı, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin aradığı illiyet bağıını kesmektedir<sup>173</sup>. Başlangıçta söz konusu olan hukuka uygun tutma, illiyet bağının ortadan kalkmasıyla sonradan keyfi özgürlükten yoksun bırakmaya dönüşmektedir. Mahkeme *Weeks/Birleşik Krallık* davasındaki koşullar açısından, *Van Droogenbroeck/Hollanda* davasından farklı olarak; açık bir biçimde ulusal makamların delillerin değerlendirilmesi noktasında, ulusal makamların uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda bulunmalarından bahisle, belirli takdir marjına sahip olduklarını tespit etmektedir<sup>174</sup>. Nihayet Mahkeme, illiyet bağının devam ettiğini, ulusal makamların Sözleşme kapsamında tanınan takdir marjının sınırları içerisinde kaldıklarına karar vererek, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edilmediğine hükmetmiştir<sup>175</sup>. Belirtmek gerekir ki mahkumun şartlı tahliye edilebilmesi için gelecekte suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin yapılan incelemede, ulusal makamlar tarafından mahkum olunan suçla bağlantılı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>176</sup>.

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi bağlamında özgürlükten yoksun bırakmanın istisnası olarak, *mahkeme kararına*

<sup>171</sup> *Weeks/Birleşik Krallık*, 9787/82, 02.03.1987, p.50. *Weeks/Birleşik Krallık* davasına ilişkin açıklamalar için bkz. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.563.

<sup>172</sup> *Weeks/Birleşik Krallık*, 9787/82, 02.03.1987, p.47.

<sup>173</sup> Aynı yönde bkz. *M./Almanya*, 19359/04, 17.12.2009, p.88.

<sup>174</sup> Takdir marjı (*margin of appreciation*) yerine; belirli takdir yetkisi (*certain discretion*) kavramı kullanılmıştır. *Weeks/Birleşik Krallık*, 9787/82, 02.03.1987, p.50.

<sup>175</sup> Bu paragrafta da takdir alanı (*area of discretion*) kavramı kullanılmıştır. *Weeks/Birleşik Krallık*, 9787/82, 02.03.1987, p.51, 52.

<sup>176</sup> Şiddet suçundan mahkum olan; fakat şiddet içermeyen suç işleme korkusuyla şartlı tahliyesi reddedilen başvuruçunun durumu; hukukun üstünlüğü ve keyfilige karşı korumayı vurgulayan Sözleşme'nin ruhuna aykırı bulunmuştur. Söz konusu kararda takdir marjı doktrini uygulanmamış, sadece ulusal hukuktan doğan takdir yetkisinden hareket edilerek değerlendirme yapılmıştır. Bkz. *Stafford/Birleşik Krallık*, 46295/99, 28.05.2002, p.82.



*uymama veya yükümlülüğün yerine getirilmesi için yakalama veya tutma* düzenlenmektedir. İlgili hükmün ilk cümlesi, mahkeme kararına uymama nedeniyle bireyin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına cevaz vermektedir. Mahkeme kararına uymama nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakma için adli para cezasını ödememe, nafaka kararına uymama, mahkemenin emrettiği sağlık muayenesini reddetme, çocuğu diğer ebeveyne teslim etme kararına uymama bu kapsamda tutulmaya örnek olabilmektedir<sup>177</sup>.

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci cümlesi ise yasanın öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmek için tutmayı düzenlemektedir. Bu durumda polisin geçici tutma tedbirleri, çevirme, yol kapatma, kimlik tespiti gibi örnekler verilmektedir<sup>178</sup>. Bu bağlamda başvurulacak tedbir son çare olarak tercih edilmeli ve cezalandırma amacı içermemelidir<sup>179</sup>. Nitekim ikinci cümlede belirtilen yükümlülük nedeniyle tutma, bir kimsenin yerine getirmediği belirli ve somut yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlanması için tutulduğu durumları kapsamaktadır<sup>180</sup>. Öğretide yükümlülük nedeniyle tutmanın taraf devletlere geniş takdir marjı tanıdığından bahisle eleştirildiği görülmektedir<sup>181</sup>.

Bununla birlikte İHAM'a göre, ulusal makamların Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, mahkeme kararının ve yasanın öngördüğü yükümlülüğün acilen yerine getirilmesinin demokratik toplumda önemi ile kişi özgürlüğü arasında adil denge kurması gerekmektedir<sup>182</sup>. Dolayısıyla taraf devlete takdir marjı tanındığı açıkça belirtilmesine gerek olmaksızın, adil dengeyi tesis etmesi gereken ulusal makamlardır. Ulusal makamların adil dengeyi sağlayıp sağlamadığı hususunda Mahkeme tarafından birtakım unsurlar göz önünde bulundurulmaktadır. Mahkeme kararının yerine getirilmesi için tutma durumunda; kararın amacı, karara uymanın elverişliliği, tutmanın süresi göz önünde bulundurulurken; yasanın öngördüğü yükümlülüğün yerine getirilmesinde ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlülüğün niteliği, mevzuatın konu ve amacı, tutmaya yol açan özel koşullar ve tutma süresi dikkate alınmaktadır<sup>183</sup>.

<sup>177</sup> Harris/O'Boyle&Warbrick, s.144; Doğru/Nalbant, C.I Açıklama., s.387; **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.19; Gözübüyük/Gölcüklü, s.245.

<sup>178</sup> Harris/O'Boyle&Warbrick, s.144.

<sup>179</sup> Vasileva/Danimarka, 52792/99, 25.09.2003, p.36.

<sup>180</sup> Ciulla/İtalya, 11152/84, 22.02.1989, p.36.

<sup>181</sup> Karan, "Özgürlük ve Güvenlik.", s.190.

<sup>182</sup> **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.18, 19.

<sup>183</sup> **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.18, 19; Doğru/Nalbant, C.I Açıklama., s.387.

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında açıkça takdir marjına atıf yaptığı kararı bulunmaktadır. Mahkeme'nin *Khodorkovskiy/Rusya* davasında; tanıklık yapmadığı için özgürlüğünden yoksun bırakılan başvurucunun durumunu, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yaptığı incelemede; iş seyahati nedeniyle tanıklık yapmayan başvurucunun yakalanmasını özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirmekte ve ulusal makamların bu alanda belirli takdir marjına sahip olduklarını kabul etmektedir<sup>184</sup>. Mahkeme Sözleşme'nin 5. maddesinin bireylerin özgürlükten keyfi biçimde yoksun bırakılmasına karşı koruduğunu vurgulayarak, yasanın öngördüğü yükümlülükler uymada söz konusu kamu yararı ile bireyin özgür kalmasında kişisel menfaati arasında denge kurmak gerektiğini belirtmektedir<sup>185</sup>. Mahkeme tanığın zorla getirilmesini kabul edebileceğini belirtse de başvurucunun üç gün sonra Moskova'ya dönecek olmasını, tanıklıktan ziyade ciddi suçlardan dolayı yakalandığını, yükümlülüğü yerine getirmenin cezalandırma amaçlı olamayacağını, esasen başvurucunun sanık olarak suçlandığını ortaya koymaktadır. Zira başvurucu tanık olarak yakalandığı yerden Moskova'ya getirilmiştir. Hâlbuki başvurucu şüpheli sıfatıyla tutuklansaydı yakalandığı yerel mahkemede soruşturma işlemlerinin başlatılacağı belirtilmiştir. Ancak başvurucunun tanık sıfatıyla yakalanmasının amacının tutuklama sürecinin başlayacağı yeri değiştirmek olduğu işaret edilmiştir. Nihayet ulusal makamlar tarafından orantılı bir değerlendirme yapılmayarak, kamusal yarar ile bireyin özgürlüğü arasında kişisel yarar arasında adil denge kurulamamıştır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>186</sup>.

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının istisna hallerinden bir diğeri ise (c) bendinde yer alan; *yetkili adli merci önüne çıkarılmak amacıyla yakalama veya tutmadır*. Söz konusu istisna hali ile ceza usul hukukunda koruma tedbirlerinden olan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama belirtilmektedir<sup>187</sup>. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde bir suç işlendiğine ilişkin olarak makul

<sup>184</sup> *Khodorkovskiy/Rusya*, 5829/04, 31.05.2011, p.134, 135.

<sup>185</sup> *Khodorkovskiy/Rusya*, 5829/04, 31.05.2011, p.136.

<sup>186</sup> *Khodorkovskiy/Rusya*, 5829/04, 31.05.2011, p.139-143.

<sup>187</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.246. Bu konuda bkz. **Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan**, s.9 vd. İHAM usul hukuku bakımından ortak Avrupa standartları yaratmakta; ancak bazen aynı amaca farklı yoldan ulaşan ulusal gelenekler ile Avrupa standartları arasında denge kurmakta zorlandığı belirtilmektedir. Bu görüş için bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.147.

şüphenin varlığı aranmakta; ayrıca tutmanın amacının yetkili adli mercilerin önüne çıkarmak olması gerekmektedir<sup>188</sup>.

Sözleşme'nin 5. maddesi bağlamında “suç” kavramı; iç hukukta suç teşkil eden fiilleri içermekle birlikte, özerk bir anlam taşımakta ve kapsamı daha geniş kabul edilmektedir<sup>189</sup>. Dolayısıyla Mahkeme iç hukukta yapılan nitelendirmeye bağlı olmamaktadır. Bunun yanı sıra, bir kişinin yakalanması veya tutuklanması için suçun işlendiğine ilişkin olarak makul şüphenin bulunması; nesnel bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olgu ve bilgilerin varlığı anlamına gelmektedir<sup>190</sup>. Bununla birlikte tutuklama için farklı bir kuşku standardı aramayan Mahkeme, tutuklama nedeni olarak sadece makul şüpheyi yeterli görmemekte; Sözleşme metninde açıkça yer almayan tutuklama nedenlerinin varlığını teste tâbi tutmaktadır<sup>191</sup>. Zira kişinin tutuklanması için kamu yararı bulunması gerekmekte ve bu kapsamda suç işlenmesinin önlenmesi, kaçma tehlikesi, delilleri karartma şüphesi ve kamu düzeninin bozulması tehlikesi tutuklama nedenleri olarak kabul edilmekte; kamu yararını haklı kılan söz konusu tutuklama nedenlerinin varlığı öncelikle ulusal makamlar tarafından değerlendirilmektedir<sup>192</sup>.

Öğretide, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında; kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının istisna hallerinden, yetkili adli merciin önüne çıkarma amacıyla yakalama veya tutma için madde bendindeki gerekliliklerin, özellikle de makul şüphenin ve tutuklama nedenlerinin varlığının

<sup>188</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.246; **Karan**, “Özgürlük ve Güvenlik.”, s.192. Kişinin yetkili adli merci önüne çıkarılmadan salıverilmesi otomatik olarak ihlale yol açmaz. Adli makamın önüne çıkarılma, amacın gerçekleştirilmesinden bağımsız düşünülmelidir. Bkz. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.388.

<sup>189</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.147, 148.

<sup>190</sup> *Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere, 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30.08.1990, p.32; Ilgar Mammadov/Azərbaycan, 15172/13, 22.05.2014, p.88.* Makul şüphenin varlığı için kesin delinin bulunması gerekmekte, nesnel gözlemciyi ikna edecek inandırıcı dayanakların varlığı göz önünde bulundurulmaktadır. Makul şüphenin unsurları için bkz. **Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan**, s.20-22; **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.20; **Macovei, Özgürlük ve Güvenlik.**, s.45.

<sup>191</sup> Kişinin yetkili adli merci önüne çıkarma amacıyla yakalandıktan sonra tutukluluk hali için suç işlenmesini önlemek veya kaçma tehlikesinin bulunmasının yanı sıra, başka tutuklama nedenleri de söz konusu olabilmektedir. Bkz. **Karan**, “Özgürlük ve Güvenlik.”, s.192; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.246; **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.389.

<sup>192</sup> **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.390. 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesi uyarınca şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin somut delillerle ortaya konulması, tutuklama nedenlerinden birinin bulunması ve adli kontrol tedbirlerine hükmedilememesi gerekmektedir. Koşullara uyulmadan haksız tutukluluk kararı verilmesi CMK'nın 141. maddesi uyarınca devletin tazminat sorumluluğunu doğurur. Tutuklamanın koşulları ve tutuklama nedenleri için bkz. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok**; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (ed.:Bahri Öztürk), 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.461 vd.

değerlendirilmesinde, İHAM'ın ulusal makamların takdir marjını dikkate alarak sınırlı bir yetkiye sahip olduğu belirtilmektedir<sup>193</sup>. Mahkeme'ye göre; bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasında dayanak oluşturması gereken makul şüphenin mevcudiyeti, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenen güvencelerin önemli bir parçasını oluşturmaktadır<sup>194</sup>. Bununla birlikte Mahkeme, bir kişinin tutukluluğunun makul süreyi aşmamasını temin etmenin öncelikle ulusal adli makamların görevi olduğunu belirtmektedir<sup>195</sup>. Zira ulusal mahkemelerin, masumiyet karinesini göz önüne alarak, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasını haklı kılan gerçek bir kamu yararının mevcut olup olmadığı yönündeki bütün delilleri incelemek ve serbest kalmanın reddedildiği kararlarında bunları ortaya koyması gerekmektedir<sup>196</sup>. Bu çerçevede ulusal adli makamların makul şüphe, makul süre ve tutuklama nedenlerini değerlendirip değerlendirmedikleri, Mahkeme'nin denetimine tâbi tutulmaktadır. Bu nedenle kişi özgürlüğü ve güvenliğinin denetiminde ihlal ile karşılaşmamak için usul hukuku kurallarının tatbikatında ulusal adli makamların, İHAM kriterlerini göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Özellikle yerel mahkemeler tarafından uygulamada sorunlara neden olan makul şüphenin; nesnel bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olgu ve bilgilerin gerekli bir şekilde ortaya konması görmezden gelinemez. Keza adli makamlar takdir marjına sahip oldukları ve uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda buldukları için değerlendirmeyi daha doğru yapabilecekleri gerekçesiyle, İHAM kriterlerini yerine getirmekten kaçınamazlar.

Keza terör suçlarıyla isnat edilen şüpheli veya sanıklar hakkında makul şüphenin esnetilemeyeceği söylenebilir. Mahkeme, başvuruçuların terör örgütü üyeliğinden yargılanan sanıkların avukatlığını üstlenmek dışında hiçbir delil sunmayan davalı hükümetin, makul şüpheyi ortaya koyamadığını belirtmektedir<sup>197</sup>. Nitekim ulusal makamların makul şüphe değerlendirmeleri, nesnel gözlemciyi ikna edecek yeterli olguları içermesi gerekmektedir. Mahkeme açıkça belirtmese de terör suçlarının özel bir sorun oluşturduğunu ortaya koyarak, kamu güvenliği için güvenilir bilgiye dayanarak, harekete geçen kolluk kuvvetlerinin; bilgi sağlayıcıyı tehlikeye

<sup>193</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.247-249. *Şirin*'e göre; makul şüphe takdir marjı doktrini ile bağlantılı sayılabirse de bu kapsamda tartışılmamıştır. **Şirin**, "Takdir Marjı.", s.370 ve dn.61.

<sup>194</sup> *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, 13237/17, 20.03.2018, p.124.

<sup>195</sup> *Labita/İtalya*, 26772/95, 06.04.2000, p.152; *Letellier / Fransa*, 12369 / 86, 26.06.1991, p.35

<sup>196</sup> *Labita/İtalya*, 26772/95, 06.04.2000, p.152; *Letellier / Fransa*, 12369 / 86, 26.06.1991, p.35. Ayrıca bkz. **Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan**, s.39.

<sup>197</sup> *Elçi ve diğerleri/Türkiye*, 23145/93, 25091/94, 13.11.2003, p.674.

atmaksızın edinilen bilginin tutuklamaya dayanak teşkil edebileceğini ortaya koymaktadır<sup>198</sup>. Ancak terörle mücadele ile ilgili gerekliliklerin, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendindeki makul şüpheye ilişkin olarak güvencenin azaltılacak şekilde genişletilmesi anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir<sup>199</sup>. Mahkeme makul şüpheye ilişkin olarak güvencenin azaltılmayacağını altını çizmesine rağmen, başvuruçunun suçlamalarının siyasi düşünce ve ifade özgürlüğü ile doğrudan ilgili olduğunu saptadığı davada, suçun işlenip işlenmediği hususunda yetkinin ulusal mahkemelerde olduğunu belirterek, başvuruçunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasında makul şüphenin bulunduğu kanaat getirdiği yeni tarihli içtihadı da mevcuttur<sup>200</sup>.

Bununla birlikte İHAM ise içtihatlarında görevinin sınırlarını somutlaştırmaya çalışmaktadır. Keza Mahkeme görevinin; Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenen, meşru amacın izlenmesini de içeren koşulların somut davada gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemek olduğunu ortaya koymaktadır<sup>201</sup>. Bununla birlikte İHAM; bu bağlamda ileri sürülen delilleri değerlendirmek konusunda kendisinden daha iyi konumda bulunan ulusal adli makamların yerine, kendi değerlendirmesini ikame etme yetkisine sahip olmadığını belirtmektedir<sup>202</sup>.

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi, keza bağlantılı olarak ilgili maddenin üçüncü fıkrasının bireye tanıdığı haklar açısından; ulusal makamların “makul şüphe”, “makul süre” ve tutuklama nedenleri değerlendirmeleri, ulusal hukuk uyarınca egemen devlet olarak yargı organının yetkisini kullanmasından doğmaktadır. Mahkeme, ulusal makamların makul şüphe standardını ya da tutuklama nedenlerini dilediği gibi düzenlemelerine izin vermeyerek, asgari standartların çerçevesini çizmekte ve ikincil niteliği gereği ulusal makamların insan haklarının güvencelenmesinde yetersiz kaldığı alanı tamamlamaktadır. Dolayısıyla ikincillik ilkesinin doğası bu sonucu ortaya koyduğundan, ulusal makamların makul şüpheyi

<sup>198</sup> *O'Hara/Birleşik Krallık*, 37555/97, 16.10.2001, p.35.

<sup>199</sup> Ulusal güvenlik gerekçesiyle Mahkeme'nin edinilen bilginin güvenilir olması gerektiğinin altını çizerek, ulusal makamlara takdir marjı tanıdığı söylenebilir. Ancak bu durum makul şüpheye ilişkin güvencenin azaltılması anlamına gelmemektedir. *O'Hara/Birleşik Krallık*, 37555/97, 16.10.2001, p.35.

<sup>200</sup> Elbette ki suçun işlenip işlenmediği hususu ulusal adli makamların ortaya koyacağı bir husustur. Ancak işlendiği iddia edilen suçların büyük bölümünün ifade özgürlüğü ve siyasi düşünce ile ilgili olduğunun kabul edildiği davada makul şüphenin bulunduğu kabul edilmesi eleştiriye açıktır. Bkz. *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No: 2), 14305/17, 20.11.2018, p.163, 169.

<sup>201</sup> *Murray/Birleşik Krallık*, 14310/88, 28/10/1994, p.66; *Ersöz/Türkiye*, 45746/11, 17.02.2015, p.50; *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No: 2), 14305/17, 20.11.2018, p.163, 169.

<sup>202</sup> *Murray/Birleşik Krallık*, 14310/88, 28/10/1994, p.66.

değerlendirmede takdir marjına sahip olduğunu belirtmek gerekli görülmemelidir ve bu durum asgari güvencelerin zayıflatılmasına yol açabilecektir. Bu bağlamda ulusal adli makamların makul şüphe ve makul süreyi ulusal hukuk uyarınca takdir etmeleri, Sözleşme sistemi ve İHAM kriterleriyle çerçevelenmiştir. Dolayısıyla ulusal makamlar bu bağlamda İHAM içtihatlarını ve kriterlerini dikkate almakla ödevlidir.

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi ise diğer bir istisna olarak *küçüklerin tutulmasını* düzenlemektedir. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi on sekiz yaşından küçük çocukların; eğitim altında ıslahının sağlanması amacıyla veya yetkili makamın önüne çıkarmak amacıyla tutulmasına izin vermektedir<sup>203</sup>. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde ilk durum olarak küçüğün gözetim altında eğitim amacıyla tutulması öngörülmekte; küçüğün eğitim amacıyla usulüne uygun tutulması ilgili bent kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde küçüğün tutulması için öngörülen ikinci durum olan yetkili makamın önüne çıkarmak amacıyla tutmanın hangi amaçla gerçekleşeceğinin ise belirsiz bırakıldığı görülmektedir<sup>204</sup>. Bununla birlikte her iki durum için de küçüğün tutulmasına yol açacak tedbirlerin mutlaka yargısal makamlar tarafından öngörülmesi beklenmemektedir. Keza usulüne uygun bir tedbirden bahsedildiği için küçüğün rızası dışında olsa dahi lehine olan tedbirin mutlaka mahkeme tarafından alınması gerekmemekte; yine de bu durumda 5. maddenin dördüncü fıkrası gereğince kararın yasaya uygunluğu konusunda yargısal başvuru hakkı söz konusu olmaktadır<sup>205</sup>.

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında takdir marjı doktrini açısından altı çizilebilecek husus; küçük teriminin Mahkeme tarafından nasıl anlaşılması gerektiği ve erginlik yaşının belirlenmesi noktasında, taraf devletlerin herhangi bir sınırının bulunup bulunmadığıdır. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında geçen diğer terimler gibi "*küçük*" terimi de otonom kavramlar doktrini gereğince özerk bir anlama sahiptir<sup>206</sup>. Böylelikle Sözleşme organları, taraf devletlerde on sekiz yaşın altında erginlik yaşı bulunmadığını tespit ederek, on sekiz yaşın altındaki çocukları madde metnindeki küçük teriminin içerisinde değerlendirmiştir<sup>207</sup>.

---

<sup>203</sup> Küçüklerin ilgili sebeplerle tutulmasını öngören (d) bendi, küçüklere diğer bentlerin uygulanmasını engellemektedir. Bkz. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.390; **Karan**, "Özgürlük ve Güvenlik.", s.195; **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.21, 22.

<sup>204</sup> **Karan**, "Özgürlük ve Güvenlik.", s.195.

<sup>205</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.249; **Karan**, "Özgürlük ve Güvenlik.", s.195.

<sup>206</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.153.

<sup>207</sup> *X/İsviçre*, 8500/79, 14.12.1979, p.247.

Bununla birlikte, Avrupa Konseyi'nin organı olan Bakanlar Komitesi'nin 1972 tarihli kararında da erginlik yaşı olarak on sekiz yaş önerilmiş; erginlik yaşının düşürülmesinin ise ailelerin bakım yükümlülükleri kapsamında çocukların eğitimleri için gerekli yardımı almalarından yoksun kalmalarının olası sonuçlarıyla, haklarını kullanmalarının önünde önemli derecede engel oluşturacağı belirtilmiştir<sup>208</sup>. Bu çerçevede, çocuğun menfaati ışığında taraf devletlerin ulusal mevzuatlarında erginlik yaşı olarak, on sekiz yaşının üstünde bir yaş tayin etmelerinin Sözleşme'ye uygunluk içerebileceği söylenebilir. Ancak Avrupa Konseyi organlarının kararları ile Mahkeme içtihatları birlikte değerlendirildiğinde, daha düşük erginlik yaşı tayin etmek mümkün gözükmemektedir<sup>209</sup>.

Mahkeme'nin küçüğün eğitim amacıyla gözetim altında tutulmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine uygunluğunu incelediği yeni tarihli *D.L./Bulgaristan* kararında takdir marjı doktrinine atıf yapılmıştır<sup>210</sup>. Davanın koşulları kapsamında da on üç yaşındaki başvuru, annesinin kendisine bakamayacağı yönündeki talepleri sonucunda, ilgili ulusal hukuk hükümleri uyarınca sosyal hizmetler kurumu tarafından yatılı ıslahevine yerleştirilmiştir. Ancak başvuru defalarca kurumdan kaçmış, görevlilere agresif tavırlar sergilemiş ve fuhuş yapmaya sürüklendiğini iddia etmiştir. Bu durumun akabinde başvuru ulusal mahkeme tarafından kapalı kuruma yerleştirilmiş, birkaç kez intihar girişiminde bulunmuştur<sup>211</sup>.

Başvuru Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yeterli eğitim ve desteğe erişemediğinden ve kuruma yerleştirilmesinin dayanağını oluşturan istismara karşı yeterince korunmadığından bahisle Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının; aynı zamanda ıslahevine yerleştirilmesinin yasallığının düzenli aralıklarla denetlenmesinin mümkün olmadığından bahisle de Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür<sup>212</sup>. Mahkeme başvuru Sözleşme'nin 5. maddesi bağlamında özgürlüğünden yoksun bırakıldığı konusunda tereddüt olmadığını ortaya koymuştur.

<sup>208</sup> Bkz. **Resolution (72) 29**; "On the Lowering of the Age of Full Legal Capacity".

<sup>209</sup> Yazarlara göre; erginlik yaşının on sekiz yaşından daha büyük bir yaş olarak belirlenmesi halinde; ulusal hukukta ergin sayılmayan on sekiz yaşından büyüklerin, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine uygun olup olmayacağı belirsizdir. Bu görüş için bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.153. *Gözübüyük/Gölcüklü* ise ilgili bent kapsamında yaş ve yetkili merci konularında ulusal mevzuatın uygulanacağını belirtmektedir. Bu konuda bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.250.

<sup>210</sup> *D.L./Bulgaristan*, 7472/14, 19.05.2016, p.77.

<sup>211</sup> Davanın koşulları için bkz. *D.L./Bulgaristan*, 7472/14, 19.05.2016, p.6-39.

<sup>212</sup> Ayrıca haberleşmesinin denetlendiğinden bahisle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. *D.L./Bulgaristan*, 7472/14, 19.05.2016, p.67, 84.

Bununla birlikte Mahkeme'ye göre; Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi, küçüğün suç işleyip işlemediğine veya risk altında bulunup bulunmadığına bakılmaksızın küçüğün menfaatinin bulunduğu durumda özgürlüğünden yoksun bırakılmasını temin etmektedir<sup>213</sup>. Zira küçüğün tutulmasının eğitim amaçlı olmasına müsaade etmektedir. Bu kapsamda ulusal hukukta öngörülen düzenlemede yer alan “*antisosyal davranışlar*” ifadesinin yasallığını denetlemekte; ilgili düzenlemenin erişilebilir ve kişinin keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmasını engelleyecek kesinlikte olduğunu ortaya koymaktadır<sup>214</sup>. Akabinde Mahkeme, tutmanın eğitim amaçlı olup olmadığını belirlerken de kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasını içeren, devletin küçüğün eğitim amaçlı gözetim altında tutulmasına ilişkin sistemi seçerken, eğitim amacını ve güvenliği karşılayan uygun kurumsal imkânları devreye sokmak yükümlülüğü altında bulunduğunu vurgulamaktadır<sup>215</sup>.

Mahkeme'ye göre; küçüğün eğitim amaçlı gözetim altında tutulması için alınan tedbirlerin, eğitim amacıyla orantılı olması gerekmektedir. Keza Mahkeme, eğitim amaçlı küçüğün tutulması için alınan tedbirlerin ölçülülüğün değerlendirilmesinde zorunlu kriter olarak; çocuğun menfaatinin gözetilerek son çare olarak başvurulması ve çocuğun gelişimine yönelik ciddi tehditleri engellemeyi amaçlaması gerektiğini ortaya koyarak içtihadını geliştirmiş bulunmaktadır<sup>216</sup>. Bu çerçevede Bulgaristan sisteminin yadsınamayacak şekilde eski olduğu, ulusal ve uluslararası kurumlar tarafından eleştirildiği, ilgili yasanın tarihsel nedenlerle çocukları korumaktan çok cezalandırma mantığına dayandığı ifade edilmektedir<sup>217</sup>. Ancak Mahkeme, soyut bir denetim gerçekleştirmenin görevi olmadığını belirterek, ilgili dava kapsamında uygulanan sistemi denetlediğini belirtmektedir<sup>218</sup>.

Böylelikle Mahkeme, tedbirin amacı, eğitim ve destek sistemi ile ilgili olarak, etkin bir şekilde sistemi organize etmek hususunda taraf devletlere belirli bir takdir marjı tanınması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>219</sup>. Böylece Mahkeme davanın koşullarını değerlendirerek, son çare olarak başvurusunun eğitim amaçlı tutulduğu

<sup>213</sup> D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.71.

<sup>214</sup> D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.73.

<sup>215</sup> Bouamar/Belçika, 9106/80, 29.02.1988, p.50; A. ve diğerleri/Bulgaristan, 51776/08, 29.11.2011, p.69; D.G./İrlanda, 39474/98, 16.05.2002, p.79; D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.74.

<sup>216</sup> D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.74.

<sup>217</sup> Çocukların Antisosyal Davranışları Yasası kapsamında bu eleştiriler yöneltilmektedir. D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.76.

<sup>218</sup> D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.76.

<sup>219</sup> D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.77.



kanaatini paylaşmaktadır. Keza çocuğun içinde bulunduğu koşullar ışığında başvurucunun tutulmasının bent kapsamında olduğundan ve izlenen eğitim amaçlı tutmanın orantılı olacak şekilde Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendiyle uyumlu olduğundan bahisle Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>220</sup>.

Mahkeme, söz konusu davada küçüklerin eğitim amaçlı tutulması hususunda Bulgaristan sisteminin yetersizliklerini işaret etmekte; fakat somut olayda Mahkeme'nin önüne gelen delillerden, başvurucunun maruz kaldığı tedbirin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yeterli ölçekte eğitim amaçlı bir tedbir olduğuna karar verdiği için ulusal sistemin muhtemel başarısızlıklarını daha fazla denetlemek hususunda yargı yetkisinin bulunmadığını vurgulamaktadır<sup>221</sup>. Bununla birlikte kararın karşı oyunda işaret edildiği üzere, görünüşte çocuğun menfaatini amaçlayan, fakat uygulamada ve işleyişte çocuğun menfaatini temin etmek hususunda yetersiz kalan ulusal sistemlerin Sözleşme'ye uygun olduğuna karar verilmesi durumunda, Mahkeme'nin getirdiği kriterler ne faydalı ne de gerekli olacaktır<sup>222</sup>.

Nihayet küçüğün eğitim amaçlı gözetim altında tutulması usulüne uygun bir biçimde gerçekleştirilerek hukukilik kriterini karşılayıp karşılamadığı denetlenmekte<sup>223</sup>; orantılı bir tedbir olarak değerlendirilmesi için de son çare olarak çocuğun üstün menfaatini gözetmesi ve çocuğun maruz kalabileceği ciddi riskleri engellemeyi hedeflemesi gerekmektedir. Bu nedenle taraf devletlerin eğitim amaçlı küçüklerin tutulması hususunda mevzuatlarını keyfi tutulmaları önleyecek şekilde erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte düzenlemeleri; çocuğun üstün menfaati gözetilerek son çare olarak ve çocuğun maruz kalabileceği riskler bertaraf ederek

<sup>220</sup> Mahkeme bu kararında Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrası ile 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Konu başlığı kapsamında, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin kısma odaklanılmıştır. *D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.82, 83.*

<sup>221</sup> *D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, p.77.*

<sup>222</sup> *D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, Yargıç O'Leary'nin karşı oyunun sonuç kısmı.*

<sup>223</sup> *D.L./Bulgaristan* kararında mevzuat eleştirilmekte; ancak küçüğün keyfi bir biçimde tutulmadığı, antisosyal davranışların ne olduğunun öngörülebilir nitelikte olduğu belirtilmektedir. Ancak Mahkeme kararında mevzuatın yetersizliği, köken olarak çocukları korumaktan çok cezalandırmayı amaçladığı yönündeki ifadelerine rağmen; somut olayda eğitim amaçlı bir tutulma olduğu ve bunun son çare olarak gereken koşulları taşıdığından bahisle (d) bendine uygun olduğuna karar verilmesi isabetsizdir. Bu çerçevede, somut olayın Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında ihlal teşkil ettiği yönünde *Yargıç O'Leary'nin karşı oyu* yerinde bir yaklaşım sergilemektedir. Karşı oydaki gerekçeler ışığında, olaydaki koşullar dikkatlice değerlendirildiğinde; Mahkeme'nin kriterlerinin yerine getirilmediği, küçüğün tutulmasının cezalandırma amaçlı olduğu, tedbirin son çare olmadığı belirtilerek, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiği gerekçeleri son derece yerinde görülmektedir. *D.L./Bulgaristan, 7472/14, 19.05.2016, Yargıç O'Leary'nin karşı oyu.*

orantılı tedbirler öngörmeleri hususunda belirli takdir marjı bulunmaktadır. Taraf devletlerin aldıkları tedbirlerin Sözleşme'ye uygun kabul edilebilmesi için söz konusu kriterlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu kriterler taraf devletlerin takdir marjının sınırını teşkil etmektedir.

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ise *bulaşıcı hastalık taşıyanlar, akıl hastaları, alkol veya uyuşturucu madde bağımlıları, serserilerin koruma amaçlı yasaya uygun tutulmalarını* düzenleme altına almaktadır. Sözleşme kapsamında tanımı konusunda özerk bir anlama sahip söz konusu bentte sayılı olan ilgili kişiler; tıbbi nedenlerle ya da sosyal politikalar gereği olarak hem kendi menfaatleri hem de kamu düzeni gereğince özgürlüğünden yoksun bırakılmaktadır<sup>224</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme bu bent kapsamına giren özgürlüğünden yoksun bırakma halleri için katı bir gereklilik testi uygulamaktadır<sup>225</sup>. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde sayılan, yasaya uygun tutma sayılabilecek kişi kategorilerinden akıl hastalığı nedeniyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda Mahkeme'nin takdir marjı doktrinini uyguladığı görülmektedir. Ancak elbette ki tutma tedbirine diğer tedbirlerin değerlendirilip, kamunun ve bireyin menfaatlerini korumak için yetersiz kaldığı durumlarda başvurulmaktadır. Bu nedenle ilk etapta delilleri değerlendiren ulusal makamlar, tutmanın gereklilik testini yapmak durumuyla karşı karşıya kalmaktadırlar. Nihai olarak, ulusal makamların gereklilik testi ve takdiri Mahkeme'nin denetimine tâbi tutulmaktadır.

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi çerçevesinde takdir marjı doktrininin uygulanmasının gerekçesi; ulusal makamların ileri sürülen delilleri değerlendirmek noktasında öncelikle yetkili olması ve Mahkeme'nin ise ulusal makamlar tarafından alınan kararların Sözleşme kapsamında uygunluğunu denetlemekle görevli ikincil yetkisidir<sup>226</sup>. Örneğin akıl hastalığı gerekçesiyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının asgari koşullarının varlığını denetleyecek merci son tahlilde Mahkeme'nin kendisidir<sup>227</sup>. Ancak söz konusu asgari koşulları

---

<sup>224</sup> *Enhorn/İsveç*, 56529/00, 25.01.2005, p.43. Ayrıca bkz. **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.23; **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.391; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.154.

<sup>225</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.154.

<sup>226</sup> *Wintwerp/Hollanda*, 6301/73, 24.10.1979, p.40; *Luberti/İtalya*, 9019/80, 23.02.1984, p.27; *H.L/Birleşik Krallık*, 45508/99, 05.10.2004, p.98.

<sup>227</sup> Mahkeme akıl hastalığı sebebiyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması için üç asgari koşul belirlemiş bulunmaktadır. Böylelikle ilk olarak, acilen özgürlükten yoksun bırakma dışında kişinin akıl hastalığının bulunduğu nesnel tıbbi raporlarla güvenilir bir biçimde ortaya konması gerekmektedir.

değerlendirerek, kişinin akıl hastalığı nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılmasında ulusal makamlara belirli bir takdir marjı tanınmaktadır<sup>228</sup>. Mahkeme delillerin değerlendirildiği ilk yer olan ulusal makamların; nesnel tıbbi verilere dayanıp dayanmadıklarını, olayın koşulları ışığında zorla tutmayı gerektirecek nitelikte bir akıl hastalığının bulunup bulunmadığını, hastalığın tutma süreci boyunca var olup olmadığını değerlendiren kanaatlerinin söz konusu asgari koşullara uygunluğunu denetlemektedir. Bununla birlikte ulusal makamların keyfi tutmalara karşı usuli güvenceler öngörmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla nihai olarak Mahkeme tarafından, ulusal makamların kanaatlerinin asgari koşullara uygun olup olmadığının denetimi gerçekleştirilmektedir.

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında akıl hastalığı nedeniyle yasaya uygun olarak tutmanın denetlendiği güncel kararlarda takdir marjının sınırının ortaya konduğu görülmektedir. Bu bağlamda savcılık makamı tarafından akıl hastanesine nakledilen, ardından akıl hastalığı bulunmadığından bahisle dokuz gün sonra serbest bırakılan şüphelinin durumunun incelendiği davada, acil durumda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasından sonra, derhal tıbbi uzmanın görüşü alınarak tutulmasının kabul edilebileceği belirtilmiştir<sup>229</sup>. Nitekim akıl hastalığı durumunda kişinin acilen özgürlüğünden yoksun bırakılmasının uygulanması bakımından ulusal makamların geniş takdir marjı göz önünde bulundurulmuştur<sup>230</sup>. Böylece ulusal makamlar geniş takdir marjı içerisinde durumun aciliyetine karar verecek olmakla birlikte, acil olmayan durumlarda önceden nesnel tıbbi verilere dayanmak ve uzmana danışmak zorunlu olarak dile getirilmiştir. Ancak somut olayda başvurucunun davranışlarının acil tedbir alınmasını gerektirdiği ileri sürülmesine rağmen, hükümet tarafından başvurucunun dokuz gün süreyle niçin akıl hastanesinde muayene edilmediğinin gerekçesi ortaya konulmadığından bahisle Sözleşme'nin 5.

---

İkinci olarak akıl hastalığı nedeniyle tutma, olayın koşulları ışığında gerekli olmalıdır. Son olarak da nesnel verilerle kanıtlanan hastalığın tutma süresi boyunca varlığı aranmaktadır. Söz konusu koşullar için bkz. **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.23; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.158.

<sup>228</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.23; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.158.

<sup>229</sup> *Lazariu/ Romanya*, 31973/03, 13.02.2015, p.125.

<sup>230</sup> Mahkeme *Varbanov/Bulgaristan* kararında, durumun aciliyeti gözönüne alınarak, kişinin tutulduktan sonra derhal tıbbi denetimin yapılabileceğini ortaya koymuştur. Ancak *Lazariu/Romanya* davasında bu duruma ek olarak, aciliyete karar vermek noktasında taraf devletlere geniş takdir marjı tanındığı belirtilmektedir. *Varbanov/Bulgaristan*, 31365/96, 05.10.2000, p.47; *Lazariu/ Romanya*, 31973/03, 13.02.2015, p.125; *Plesó/Macaristan*, 41242/08, 02.10.2012, p.61.

maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin ihlal edildiğine karar verilmiştir<sup>231</sup>. Aciliyetin varlığı kanıtlanamadığından, nesnel tıbbi görüş aranmaksızın kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması, Sözleşme kapsamında yasaya uygun tutma olarak değerlendirilmemiştir.

Bu çerçevede takdir marjı doktrininin uygulandığı benzer konudaki yeni tarihli diğer bir dava olan 2012 tarihli *Plesó/Macaristan* davasında, Mahkeme'nin isabetli görülen yaklaşımını ele almak gerekmektedir<sup>232</sup>. Söz konusu davanın koşulları ışığında, başvuruçunun davranışları aile üyeleri üzerinde endişe uyardığından muayene edilmesi için hastaneye sevk edilmiştir. Başvuruçuya akıl hastalığı teşhisi konulmuş ve doktoru tarafından zorunlu tedavi için mahkeme emri talep edilmiştir. Ulusal mahkemenin başvuruçunun doktorunu ve aile üyelerini dinledikten sonra vermiş olduğu karar neticesinde, başvuruçuyu tedavi altına alınmıştır. İHAM akıl hastalığı nedeniyle yasaya uygun tutmanın asgari koşullarını ortaya koyduktan sonra somut olayda bu koşulların varlığını aramıştır<sup>233</sup>.

Mahkeme görevinin, Sözleşme kapsamında ulusal makamların kararlarının denetlenmesi olduğunu belirtmektedir. Keza ulusal makamlar bir dava kapsamında delilleri öncelikle değerlendirme yetkisine sahip olduğundan, bir kişinin akıl hastalığı sebebiyle özgürlüğünden yoksun bırakılması hususunda klinik teşhis ile ilgili olarak ulusal makamların belirli takdir marjına sahip olduğunu ortaya koymaktadır<sup>234</sup>. Bununla birlikte ulusal makamların görevi olan çeşitli tıbbi görüşleri yeniden değerlendirmenin kendi görevi olmadığını; ancak özgürlükten yoksun bırakmanın haklılığını ortaya koyan yeterli delil bulunup bulunmadığını tespit etmek gerektiğini belirtmektedir<sup>235</sup>. Bununla birlikte, takdir marjı doktrinine başvuruçunun diğer bir paragrafta ise bu konuda uygulamanın ve mevzuatın Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında değişkenlik gösterdiğini ortaya koymaktadır. Ancak Sözleşme'nin özü gereği kişi özgürlüğü hakkı söz konusu olduğunda taraf devletlere tanınan takdir marjının bu

---

<sup>231</sup> Kişinin akıl hastalığı nedeniyle yasaya uygun tutulması için; tutmanın gerekliliği nesnel tıbbi verilerle desteklenmeli ve tutma süresince varlığını devam ettirmelidir. Acil nedenlerle kişinin tutulması durumunda derhal tutmanın gerekliliğinin ortaya konması adına, tıbbi görüşler gecikmeksizin alınmalıdır. Geniş takdir marjı aciliyetin varlığını tespit etmek hususunda olsa da ulusal makamlar kişinin akıl sağlığının muayene edilmesi için derhal harekete geçerek muayene edilmesini sağlamak yükümlülüğü altında bulunmaktadır. *Lazariu/Romanya*, 31973/03, 13.02.2015, p.130-133.

<sup>232</sup> *Plesó/Macaristan*, 41242/08, 02.10.2012, p.61.

<sup>233</sup> *Plesó/Macaristan*, 41242/08, 02.10.2012, p.60.

<sup>234</sup> *Plesó/Macaristan*, 41242/08, 02.10.2012, p.61.

<sup>235</sup> Mahkeme, acil tutuklama varsa ulusal makamların yetkisinin genişleyeceğini belirtmektedir. *Plesó/Macaristan*, 41242/08, 02.10.2012, p.61.

alanda geniş olarak yorumlanamayacağını vurgulamaktadır<sup>236</sup>. Dolayısıyla Avrupa konsensüsünün bulunmadığı bir alanda ulusal makama tanınan takdir marjının sınırının daraltılarak sıkı bir denetim yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede Mahkeme, nesnel tıbbi veriler ışığında kişinin akıl hastalığının bulunsa da söz konusu akıl hastalığının türü ve derecesinin zorla tutmayı gerektirecek nitelikte ikna edici bir biçimde ortaya konulmadığından bahisle Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır<sup>237</sup>.

Nitekim Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uygulamasında akıl hastalığı sebebiyle yasaya uygun tutma istisnasında görünür olan takdir marjı doktrininin, esasen delilleri değerlendirmek noktasında ulusal makamların sorunlara yakınlığını ve ulusal hukuku uygulamak hususunda söz konusu ulusal makamların öncelikle yetkili olmalarını ifade etmekten ibaret görünmektedir. Keza akıl hastalığı sebebiyle yasaya uygun tutmanın asgari koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek ilk olarak ulusal makamların görevidir. Mahkeme nihai olarak bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemektedir.

Bununla birlikte, Mahkeme'nin kişinin kendisine ve çevresine zarar vermesi gibi acil durumlarda kişinin akıl hastalığı nedeniyle tutulması söz konusu olmaktadır. Söz konusu acil durumlarda kişi başkalarına ve kendisine zarar vermemek için tutulmakta, ardından gecikmeksizin, diğer deyişle derhal muayene edilmektedir. Bu durumda aciliyet hakkında karar vermek konusunda ulusal makamların geniş takdir marjı bulunmaktadır. Fakat bu durumlarda kişinin muayene edilmesi gecikmeksizin sağlanmak zorundadır.

Belirtmek gerekir ki Mahkeme tarafından yapılan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının söz konusu olduğu alanda, taraf devletlere tanınan takdir marjının geniş olarak yorumlanamayacağı vurgusu isabetli görünmektedir. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması kişinin ve kamunun menfaatleri gözetilerek diğer tedbirlerin yetersiz kalması durumunda; genel şart olan hukukilik kriterine uygun olarak ve madde bentlerinde sayılan ve sadece dar yorumlanması gereken istisnalar uyarınca

---

<sup>236</sup> *Plesó/Macaristan*, 41242/08, 02.10.2012, p.66.

<sup>237</sup> Kararda yeterince değerlendirilmeyen hususlar belirtilmiş ve başvurunun akıl hastalığının tür ve derecesinin zorla tutmayı gerektirecek nitelikte bulunmadığına kanaat getirilmiştir. Keza, adil dengeyi sağlamak için yeterli değerlendirme yapılmadığı belirtilmiştir. Nihayet, akıl hastalığı nedeniyle tutmanın son çare olarak ve kişinin sağlığı için gerçekten fayda sağlayacak şekilde ve orantısız yük yüklenmeden yapılması gerekmektedir. *Plesó/Macaristan*, 41242/08, 02.10.2012, p.66-69.

mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla bu kapsam dışında Mahkeme'nin takdir marjı olarak ifade ettiği alanlar ikincillik ilkesinin görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ile *ülkeye izinsiz girişin önlenmesi yahut sınır dışı veya iade edilenlerin yasaya uygun olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması* diğer bir istisna olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu bent kapsamında ülkeye izinsiz girişin önlenmesi yahut sınır dışı veya iade edilenlerin yasaya uygun olarak tutulmasının Sözleşme'ye uygunluğu için söz konusu tedbirin ulusal ve uluslararası hukuka uygun olması gerekmektedir<sup>238</sup>. Bu nedenle kişinin tutulmasının keyfi olup olmadığı ve yasal dayanağının mevcudiyeti aranmaktadır. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde de yasallık ölçütü kabul edilerek yasal dayanak ortaya konmakta; ancak genel şart olarak birinci fıkrada aranan hukukilik kriteri gereğince de öngörülebilir ve erişilebilir nitelikte, keyfiyete karşı yeterli usuli güvenceler içeren hukuki düzenlemelerin mevcudiyeti gerekmektedir. Bununla birlikte, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşme'nin 5. maddesine uygun olabilmesi için, özgürlükten yoksun bırakmanın özel şart olarak dar yorumlanması gereken istisnalardan birine girmesi aranmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine ilişkin davada ortaya koyduğu net tavır önem arz etmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ilâ (f) bentlerinde dar yorumlanan istisnaların, kişinin özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile devletin halkı terör tehdidinde karşı koruma arasında adil denge sağlanmasına izin verecek şekilde yorumlanamayacağını vurgulamaktadır<sup>239</sup>. Böylelikle, taraf devletlerin ulusal güvenlik gerekçesiyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin güvenceleri yok sayarak, birinci fıkrada altı bent halinde sayılan istisnaları genişletmeleri mümkün gözükmemektedir.

Ülkeye izinsiz girişlerin önlenmesi yahut sınır dışı veya geri verme işlemi yapılan kişi hakkında özgürlükten yoksun bırakılma hali bu amaçlarla gerçekleştirilmelidir<sup>240</sup>. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi uygulamasında isabetli bir biçimde takdir marjı doktrine atıf yapılmadığı belirtilmelidir. İkincillik ilkesinin doğal sonucu olarak, ulusal makamların ülkeye izinsiz girişlerin önlenmesi yahut sınır dışı veya geri verme işlemleri sırasında, söz

<sup>238</sup> **Karan**, "Özgürlük ve Güvenlik.", s.197.

<sup>239</sup> *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık, 3455/05, 19.02.2009, p.171.*

<sup>240</sup> **Karan**, "Özgürlük ve Güvenlik.", s.197; **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.27.

konusu işlemlerin yerine getirilmesi amacıyla yasaya uygun tutmanın koşullarını belirlemek ve bu koşulları değerlendirmek hususunda yetki sahibi oldukları aşikârdır<sup>241</sup>. İHAM tarafından nihai olarak bu amaçlarla uygulanan tutmaların Sözleşme'ye uygunluğu denetlenmektedir. Keza Sözleşme'nin 5. maddesinin temel prensibi olarak kişinin özgürlüğünden keyfi bir biçimde yoksun bırakılmasına karşı korunması gerekmekte; aksine sonuçlar doğuran ulusal makamların uygulamaları Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlaline yol açmaktadır<sup>242</sup>.

### 3- Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Kişilerin Hakları

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında, kamu menfaati için sınırlı sayıda sayılan özgürlüğünden yoksun bırakılma istisnalarından biri nedeniyle tutulan kişinin, keyfiyete karşı korunabilmesini sağlamak maksadıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin iki ilâ beşinci fıkralarında özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hakları düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>243</sup>. Sözleşme'nin 5. maddesinin ikinci fıkrasında yakalanan kişinin yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen isnad hakkında anladığı dilde derhal bilgilendirilme hakkı; üçüncü fıkrasında tutuklunun derhal yargılama yetkisine sahip bir merci önüne çıkarılma hakkı ve makul sürede salıverilmesini isteme hakkı; dördüncü fıkrasında özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin *habeas corpus* güvencesi olarak, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukukilik denetimi için hızlı bir şekilde karar verecek ve salıverilmeye hükmetme yetkisine sahip bir mahkemeye erişim hakkı; beşinci fıkrasında ise hukuka aykırı bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin tazminat hakkı yer almaktadır<sup>244</sup>.

Öğretide, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin sahip olduğu hakları düzenleyen Sözleşme'nin 5. maddesinin iki ilâ beşinci fıkraları bağlamında takdir marjı doktrininin tartışılmadığı görülmektedir. Sözleşme'nin 1. maddesinin somutlaştırdığı üzere, taraf devletler yetki alanları içerisinde bulunan herkesin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamakla yükümlü olmaktadır. Bu nedenle ulusal makamlar, hak ve özgürlüğe keyfi bir biçimde müdahale etmemek ve ilgili hak ve özgürlüğü korumak yönünde eyleme geçme

<sup>241</sup> Aynı yönde bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.252.

<sup>242</sup> Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamında geliştirdiği kriterler için bkz. *Saadi/Birleşik Krallık*, 13229/03, 29.01.2008, p.67; *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 3455/05, 19.02.2009, p.164. Ayrıca bkz. **Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights**, s.26-28; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.162-165.

<sup>243</sup> **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.393; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.166 vd.

<sup>244</sup> Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hakları için bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.166-201; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.252-261; **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.393-412; **Bleichrodt**, s.469 vd.

yükümlülüğü altındadırlar. Böylelikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının özgürlükten yoksun bırakılan kişiye tanıdığı hakları, takdir marjı doktrinine dayanarak esnetmenin kesinlikle mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir. Keza ulusal makamların Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan kavramları dilediği gibi yorumlama yetkisi bulunmamaktadır. Elbette ki soruşturmanın karmaşıklığına, makul şüpheye, makul süreye, kişinin tutulma nedeni hakkında bilgilendirilmesinde geçecek olan süreye, Sözleşme metninde belirtilenler dışında kamu yararına uygun bir tutuklama nedeni belirlemeye ve tutuklama nedenlerinin somut olaydaki koşullar çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecek olanların öncelikle ulusal makamlar olduğuna şüphe yoktur. Ancak sözleşmeciler devletlerin uluslararası nitelikte *sui generis* bir antlaşma olan İHAS'a taraf olarak, rızaları çerçevesinde egemenlik yetkilerini sınırlandırdıkları aşikârdır. Bu nedenle de ulusal makamlar değerlendirmelerini yaparken, İHAM kriterlerine uyumlu davranmak yükümlülüğü altındadır. Böylelikle Sözleşme sisteminin hedefi ortak insan hakları standartları ve anlayışı yaratmak olduğundan, değerlendirmeler yapılırken usul güvencelerini ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin sahip olduğu hakları esnetmek mümkün gözükmemektedir. Ulusal makamların bu noktada takdir marjının bulunduğunu belirtmek isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilmemektedir. Bu çerçevede ulusal makamlara takdir marjı tanıdığını ifade etmenin işaret ettiği tek durum şu olabilir ki o da sorunlara yakınlığı ile elverişli konumda bulunan ulusal makamlar, İHAM kriterleri ışığında öncelikle değerlendirilmemektedir<sup>245</sup>. Nitekim Mahkeme ikincil yetkisi gereğince, ulusal makamların Sözleşme güvencelerini yerine getirmek noktasında eksik kaldığı alanları tamamlamaktadır.

Bu çerçevede, özgürlükten yoksun bırakma ulusal hukuktaki maddi hukuk ve usul hukuku hükümlerine uygun olmalı; ulusal hukuk kurallarının Sözleşme'nin 5. maddesiyle uyumlu olabilmesi için hukukun üstünlüğü testini geçmeli, diğer bir deyişle erişilebilir, öngörülebilir ve yeterli açıklıkta olmalı; maddenin amacına uygun olarak müdahale keyfi olmamalı ve bentte yazılı olan istisnalardan biri uyarınca kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmalıdır. Son olarak da keyfiliği önlemek adına devam

---

<sup>245</sup> Bu durum yargısal denetim gerçekleştirirken fayda sağlayan bir argüman sunmadığından isabetli görünmemektedir. Nitekim ulusal makamların tutuklama nedenlerini eldeki deliller ışığında gerekçeli bir biçimde değerlendirmek noktasında, sorunlara yakın olduğundan bahisle belirli takdir marjı tanıdığını belirtmek, Sözleşme sistemine herhangi bir kazanç sağlamamaktadır. Bunun yerine Mahkeme'nin görevinin ilgili hüküm uyarınca Sözleşme sisteminden sapma durumunda ikincil nitelikte olduğunu belirtmek yeterli görülmektedir.



eden özgürlükten yoksun bırakılma halleri için ilgili ve yeterli gerekçeler ortaya konulmalıdır<sup>246</sup>. Bununla birlikte özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin haklarının ise İHAM kriterleri dikkate alınarak yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır.

### **B- Adil Yargılanma Hakkı**

Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı; yargılama süreci içerisinde geçerli usuli ilkeleri belirleyerek, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığıyla ilgili olarak, medeni hak ve yükümlülük ile ilgili uyuşmazlıklar ve suç isnadının karara bağlanması esnasında adalet mekanizması içerisinde kullanılacak hakları içermektedir<sup>247</sup>. Adil yargılanma hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında hukuk ve ceza davalarında geçerli olan kimi adil yargılanma hakkının unsurları açıkça sayılmakta; ancak Sözleşme organları "*hakkaniyete uygun surette yargılanma hakkı*" bağlamında madde kapsamında açıkça belirtilmemesine rağmen birtakım ilke veya hakları adil yargılanma hakkının zımni unsuru olarak kabul etmektedir<sup>248</sup>.

Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında medeni ve ceza yargılamalarında kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, aleni ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkı/adil muhakeme hakkı açıkça sayılmış bir şekilde madde metninde yer almaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme organları tarafından; mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi, gerekçeli karar ve delillere ilişkin ilkeler, susma hakkı, duruşmada hazır bulunma gibi söz konusu zımni unsurlar adil yargılanma hakkının esasları olarak değerlendirilmektedir<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.30, 31.

<sup>247</sup> Bu kapsamda içerik olarak adil bir karar verilip verilmediğiyle değil, adil karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı önem arz etmektedir. Ulusal hukukta varılan sonuçtan çok yargılama sürecine odaklanılmaktadır. İHAM açıkça hatalı delil takdirini, keyfi bulguları denetlediğinden, bir nebze de olsa kararın içeriğinin adilliyetini denetlemektedir. Bu konuda bkz. **İnceoğlu**, Sibel; "Adil Yargılanma Hakkı", in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.209; **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.608. Yargılama süreci ifadesinden sadece kovuşturma aşaması anlaşılmalıdır. Yargılamaya hazırlık ve hükmün uygulanması sürecini de içerecek şekilde bir bütün olarak düşünülmektedir. Bkz. **Altıparmak**, Cüneyd; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", TBB Dergisi, 2006, S.63, s.244, 245. Sözleşme'nin 6. maddesi, hakkında en çok karar verilen hüküm olması ve geniş kapsamı, diğer haklarla ilişkisi bakımından önem arz etmektedir. Bkz. **Turan**, Hüseyin; "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi", TBB Dergisi, 2009, S.84, s.213-230.

<sup>248</sup> **Gölcüklü**, Feyyaz; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 'Adil Yargılama'", AÜSBFD, C.XLIX, 1994, S.1, s.200; **İnceoğlu**, "İHAS ve Anayasa.", s.210.

<sup>249</sup> Söz konusu unsurların her birinin değerlendirilmesi ve açıklamaya girişilmesi çalışmanın kapsamını aşacağından, sadece takdir marjı doktriniyle bağlantı kurulan hususlarla ilgili olarak açıklama yapılacaktır. Adil yargılanma hakkının unsurları açısından yapılan değerlendirmeler ve Mahkeme

## 1- Uygulanabilirlik Sorunu

Sözleşme'nin 6. maddesinde güvencelenen adil yargılanma hakkının birinci fıkrasında maddenin uygulanabilirliği; medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar ve bir suç isnadının karara bağlanmasıyla ilgili davalarla sınırlı tutulmuştur<sup>250</sup>. Ancak Sözleşme organları otonom kavramlar doktrini uyarınca, madde metnindeki “*medeni hak ve yükümlülükler*” ve “*suç isnadı*” kavramlarını şekli anlamlarıyla algılamamış; geniş şekilde yorumlayarak, kamu hukukuna ilişkin disiplin hukuku ve idare hukuku uyuşmazlıklarını medeni hak ve yükümlülükler kapsamında madde metni içerisinde değerlendirmiştir<sup>251</sup>. Dolayısıyla Mahkeme madde metnindeki kavramların ulusal hukukta yorumlanış şekliyle kendisini bağlı saymamaktadır.

Mahkeme Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliği için medeni hak ve yükümlülükle ilgili bir uyuşmazlığın mevcudiyetini tespit etmektedir<sup>252</sup>. Böylelikle İHAM iç hukukta tanınan bir hak üzerinde uyuşmazlığın varlığını aramaktadır. İç hukukta tanınan bir hak üzerindeki uyuşmazlık, söz konusu hak ve yükümlülüğün varlığı hakkında olabileceği gibi, kapsamı ve kullanım biçimine ilişkin olarak da olabilmekte; ancak gerçek ve ciddi bir uyuşmazlığın varlığı gerekmektedir. Bununla birlikte, uyuşmazlığın sonucunun söz konusu hak üzerinde doğrudan belirleyici bir etkisinin olması gerekmekte; zayıf bağlantı ve uzak sonuçlar maddenin

---

içtihatları için bkz. **İnceoğlu**, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Baskı, İstanbul 2013, s.105 vd.; Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak yakın tarihte güncellenen Mahkeme'nin rehber kitapları, içtihatların izlerini sürmek adına yol gösterici niteliktedir. Suç isnadı hakkında içtihatlar için bkz. **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to Fair Trial (criminal limb)**, Council of Europe, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf), (e.t.: 12.12.2018), Medeni uyuşmazlıklar hakkında bkz. **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to Fair Trial (civil limb)**, Council of Europe, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf), (e.t.: 12.12.2018).

<sup>250</sup> **Gölcüklü**, s.200; **İnceoğlu**, “İHAS ve Anayasa.”, s.210.

<sup>251</sup> Özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklar, devlet ve özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklar, idari uyuşmazlıklar madde kapsamında medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, siyasi haklar, vergilendirme, para cezaları, yabancıların ülkeye kabulü, sınır dışı edilmesi, vatandaşlık, askerlik hizmeti gibi konular kamu hukukuna dâhil görülmektedir. **Altıparmak**, “Adil Yargılanma.”, s.246, 247; **İnceoğlu**, “İHAS ve Anayasa.”, s.211; **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.614; Maddenin uygulanabilirliği için bkz. **Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigoriy; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması (çev.: Serkan Cengiz), Avrupa Konseyi, Strasbourg 2012, s.11 vd.

<sup>252</sup> Mahkeme içtihatlarına göre; Sözleşme'nin 6. maddesi uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak mevzuatın (medeni, ticaret ve idare hukuku) ve yargılama yetkisine sahip makamın niteliğine (genel yetkili mahkeme, idari makam) bakılmaksızın uygulanmaktadır. Söz konusu kavramlar günümüz koşulları ışığında yorumlanmaktadır. Mahkeme'nin genel ilkelerinin yer aldığı içtihatlar için bkz. *Bochan/Ukrayna (No. 2)*, 22251/08, 05.02.2015, p.42, 43; *Nait-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.103-106; *Sporrong And Lönnroth/İsveç*, 7151/75, 7152/75, 23.09.1982, p.81; *Boulois/Lüksemburg*, 37575/04, 29.05.1997, p.90; *Micallef/Malta*, 17056/06, 15.10.2009, p.74. Mahkeme ulusal hukukun nitelendirilmesiyle bağlı olmasa da içeriğin belirlenmesinde etkili olduğu için ulusal hukuku dikkate almaktadır. Bu konuda bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.214, 215.

uygulanabilirliği için yeterli görünmemektedir<sup>253</sup>. Dolayısıyla Mahkeme medeni hak ve yükümlülük kapsamı ve niteliğiyle ilgili olarak, Sözleşme ışığında bir hakkın medeni olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda, taraf devletin söz konusu hakkı ulusal hukuku kapsamındaki hukuki tasnifine göre belirlememekte; hakkın maddi içeriği ve etkilerine bakarak nitelendirme yapmaktadır<sup>254</sup>.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir bulunduğu diğer alan ise bir kimseye suç isnadının söz konusu olduğu ceza davalarıdır. Suç isnadının karara bağlanmasıyla ilgili davalarda Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının yanı sıra; ikinci fıkrada masumiyet karinesi ve üçüncü fıkrada şüpheli veya sanığa tanınan asgari haklar düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>255</sup>. Bununla birlikte daha önce irdelendiği üzere, Mahkeme otonom kavramlar doktrini uyarınca suç ve ceza kavramlarını nitelendirirken ulusal makamların yorumuyla bağlı olmamaktadır. Aynı şekilde isnat kavramı için de özerk bir anlama sahip olduğu dile getirilmektedir. Mahkemece isnat sözcüğü şekli değil maddi bir içeriğe sahip olup, kişinin suç işlediği iddialarının yetkili makamlar tarafından resmen bildirilmesi ya da şüphe neticesinde kişiye yönelik yetkili makamların eylemlerinin kişinin durumunu esaslı bir biçimde etkilemesi olarak tanımlanabilmektedir<sup>256</sup>. Keza suç isnadı kavramı söz konusu olduğunda, taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde uygulanan kategoriden bağımsız olarak kavramın özerk bir anlama sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>257</sup>.

Mahkeme *Engel ve diğerleri/Hollanda* davasında suç isnadının özerk anlamına ilişkin olarak kriterlerini ortaya koymuş bulunmaktadır<sup>258</sup>. Böylelikle; (i) *suçun iç hukukta tasnifi*, (ii) *suçun niteliği* ve (iii) *öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı* önem

---

<sup>253</sup> **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (civil limb)**, s.6-15. Bu kriterler yeterli açıklığa sahip olmadığından ve hukuki kesinliği sağlamadığından bahisle eleştirilmektedir. Takdir marjı doktrini bağlamında ilerleyen sayfalarda bu hususta açıklamalar yapılacaktır.

<sup>254</sup> *König/Almanya*, 6232/73, 28.06.1978, p.89.

<sup>255</sup> *Gölcüklü*'ye göre; Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında yer alan suç isnadı altındaki kişinin hakları sayılanlarla sınırlı değildir. Söz konusu güvenceler gerektiğinde medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklarda da uygulanabilmektedir. Bkz. **Gölcüklü**, "Adil Yargılama.", s.201.

<sup>256</sup> *Deweer/Belçika*, 6903/75, 27.02.1980, p.46; *Eckle/Almanya*, 8130/78, 15.07.1982, p.73; *McFarlane/İrlanda*, 31333/06, 10.09.2010, p.143; *İbrahim ve diğerleri/İngiltere*, 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, 13.09.2016, p.243.

<sup>257</sup> *Blokhin/Rusya*, 47152/06, 23.03.2016, p.179.

<sup>258</sup> *Engel ve diğerleri/Hollanda* davasında, hükümet disiplin hukuku yaptırımının ne medeni hak ve yükümlülüklerle ne de suç isnadına ilişkin olduğunu ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, bu kavramların ulusal hukuktaki anlamlarıyla anlaşılması gerektiğini reddetmiştir. Mahkeme'nin amacı, taraf devletlerin bu yolla Sözleşme hükümlerini dolanmasının önüne geçmektir. **Letsas**, "Truth in Autonomous Concepts.", s.282.

arz etmektedir<sup>259</sup>. Görüldüğü üzere suç isnadının karara bağlanmasına ilişkin bir davanın söz konusu olup olmadığında, iç hukuktaki tasnif özellikle dikkate alınmaktadır. Ulusal hukukta ceza hukuku anlamında bir suç söz konusu olduğunda otomatik olarak Sözleşme'nin 6. maddesine uygulama alanı açılmış bulunmaktadır<sup>260</sup>. Burada ulusal hukuktaki tasnif görece bir ağırlığa sahiptir ve başlangıç noktası teşkil etmektedir<sup>261</sup>. Diğer ikinci ve üçüncü kriterler ise birbirlerine alternatif olup, kümülatif bir yaklaşımı zorunlu kılmamakta; ancak suç isnadının varlığı hususunda her bir kriter açık bir sonuca varılmasını mümkün kılmıyorsa suçun niteliği ile öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığının birlikte ele alınabilmesi mümkün olmaktadır<sup>262</sup>.

Suçun niteliğinin değerlendirilmesinde yeri geldiğinde, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin söz konusu fiilleri nasıl sınıflandırdıkları dikkate alınmaktadır<sup>263</sup>. Böylece Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunluğunda suç olarak düzenlenen fiillerin, diğer bir devlette suç dışında diğer yaptırım usulleri öngörülse de Mahkeme tarafından suçun niteliği kriteri gereğince cezai nitelikte bir suç olarak değerlendirildiği görülmektedir<sup>264</sup>. Böylelikle Mahkeme'nin suçun niteliği konusunda Avrupa konsensüsünü dikkate aldığı söylemek mümkün gözükmemektedir. Üçüncü kriter olan öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığını gözetirken, verilmesi muhtemel cezanın niteliği ve ağırlığı dikkate alınmaktadır<sup>265</sup>.

Görüldüğü üzere Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan kavramlar tıpkı diğer hükümlerde olduğu gibi, Mahkeme tarafından yorumlanmakta ve özerk bir anlama sahip olmaktadır. Bunun amacı ise taraf devletlerin Sözleşme hükümlerini

<sup>259</sup> Engel ve diğerleri/Hollanda, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976, p.82. Bir isnadın varlığı ve isnadın cezai nitelikte olması (*suç isnadı*) gerekmektedir. **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (criminal limb)**, s.10-12.

<sup>260</sup> Mahkeme'nin özerk bir anlama sahip olan kavramları bağımsız şekilde yorumladığı görülmektedir. Bunun amacı taraf devletlerin Sözleşme'nin koruma alanından ve yükümlülüklerinden kaçmasını önlemektir. Ancak ulusal hukukta cezai nitelikte bir suç isnadı söz konusu olduğunda, Mahkeme tarafından maddenin kapsamı daraltılmamakta; ulusal hukukta cezai süreçle karşı karşıya kalan kişi için Sözleşme'nin 6. maddesi uygulanabilir bulunmaktadır. Hatta kural olarak, ayrıca bir uygulanabilirlik denetimi yapılmasına gerek duyulmamaktadır. Ancak kişi ceza hukukunun güvencelerinden yoksun bırakılmış ise suçun niteliği ve öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı göz önüne alınarak muhakeme alanı belirlenmektedir. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.616.

<sup>261</sup> **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (criminal limb)**, s.11.

<sup>262</sup> Bendenoun/Fransa, 12547/86, 24.02.1994, p.47.

<sup>263</sup> Öztürk/Almanya, 8544/79, 21.02.1984, p.53.

<sup>264</sup> Bu durumun “*ortak payda yaklaşımı*” olarak adlandırılması yönünde bkz. **İnceoğlu**, “İHAS ve Anayasa.”, s.212, dn. 25. Bununla birlikte, tek kriter Konsey üyesi ülkelerdeki hukuki düzenlemeler değildir. Söz konusu kuralın genele yönelik bağlayıcılığı ya da belirli bir gruba yönelik olup olmadığı, cezalandırma ve caydırma amacı, suçun ceza hukukundaki suçlarla benzerliği gibi kriterler de yer almaktadır. Bu konuda bkz. **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (criminal limb)**, s.11.

<sup>265</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.210.

dolanmasının önüne geçmektir. Ancak bu durumda ulusal hukukun tasnifi ile Sözleşme hükümlerinin karşı karşıya geldiği görülmektedir. Nitekim bu husus; Sözleşme organlarının, ulusal hukuk düzeni içerisinde yasama organının bir konuyu yaptırım hukuku bağlamında nasıl düzenleyeceğine ilişkin bir müdahale olarak algılanabileceğinden takdir marjı doktrini ışığında değerlendirilebilir. Bu gerilimli karşıtlığın, *Öztürk/Almanya* kararına yansıdığı şekliyle çalışmaya aktarılmasının ise takdir marjı doktrininin irdelenmesine katkı sunacağı düşünülmektedir<sup>266</sup>.

Federal Almanya’da kusurlu araç sürmenin karşılığı ceza hukuku yaptırımı olmaktan çıkarılmış ve karşılık olarak idari para cezası öngörülmüş bulunmaktadır. Mahkeme Sözleşme’nin 6. maddesinin uygulanabilirliği için ceza hukuku anlamında bir suç isnadı bulunmasa da *Engel ve diğerleri/Hollanda* davasında belirlediği kriterler ışığında “suçun niteliğini” dikkate almaktadır<sup>267</sup>. Böylelikle Mahkeme idari para cezasının caydırma ve cezalandırma amacını göz önünde bulundurarak, cezanın suç isnadı anlamına geldiğini ve Sözleşme’nin 6. maddesinin uygulanabilir olduğunu kabul etmektedir<sup>268</sup>. Mahkeme bu çerçevede, Sözleşme sisteminin taraf devletlerin kamu menfaatinin koruyucusu olarak görevlerini yerine getirirken, ulusal hukuktaki amaçlar doğrultusunda farklı suç kategorileri arasında ayırım ve sınıflandırma yapmasına karşı olmadığını altını çizmektedir<sup>269</sup>. Ancak Mahkeme, taraf devletlerin bu sınıflandırmasının Sözleşme’nin amacı açısından belirleyici olmadığı kanaatini paylaşmaktadır. Bununla birlikte taraf devletler arasında bir eylemin suç olmaktan çıkarılmasına karşı olmadığını tekrarlayarak, taraf devletlerin Sözleşme’nin 6. ve 7. maddelerinin uygulama dışı kalması için suç yerine idari para cezası olarak tasnif etmek şeklinde bir takdir yetkisine sahip olabilmelerinin ise söz konusu hükümlerin uygulanmasının taraf devletlerin egemen iradesine tâbi kılınacağına belirterek söz konusu tehlikeye dikkat çekmektedir<sup>270</sup>. Keza Mahkeme bu yetkinin genişletilmesinin, Sözleşme’nin amacıyla bağdaşmayan sonuçlara yol açılabileceğini öngörmektedir.

Kararın karşı oylarında ise farklı gerekçelerle de olsa davalı taraf devletin ceza politikası alanında suç olmaktan çıkararak idari para cezası şeklinde düzenleme yetkisine müdahale edildiği<sup>271</sup>, suçların sınıflandırılması hususunda Avrupa

<sup>266</sup> *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984.

<sup>267</sup> *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, p.50.

<sup>268</sup> *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, p.53.

<sup>269</sup> *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, p.49.

<sup>270</sup> *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, p.49.

<sup>271</sup> Bu değerlendirmenin cezai alanda söz konusu olan eski sınıflandırmayla bir farkı olmadığını belirtmiştir. Nitekim söz konusu eski suç tipi artık cezai alandan çıkarılmıştır. Değişikliğin

Konseyi'ne üye devletler arasında ortak payda olmadığı<sup>272</sup>, cezalandırma ve caydırma amacının belirsiz olduğu<sup>273</sup> dile getirilmektedir. Takdir marjı doktrini açısından *Yargıç Liesch* tarafından, toplum menfaatinin ve caydırıcılığın dikkate alınarak, küçük tipte bir suçun cezalandırma alanı dışında bırakılmasının sosyal reaksiyona yol açmayacağı, söz konusu suç tipinin varlığının demokratik toplumun temel değerlerini korumak bakımından gerekli olmadığı, sosyal reaksiyon göz önüne alındığında yasama organının söz konusu davranışı suç olmaktan çıkararak cezalandırmada sınır tesis ettiği ve kısacası yasama organının takdir marjının sınırlarını aşmadığı belirtilmektedir<sup>274</sup>.

*Yargıç Bernhardt* ise yukarıda açıklanan Engel kriterlerini somut olaya uygulayarak karşı oyunu oluşturmuştur<sup>275</sup>. Federal Almanya ulusal sisteminin, ceza hukuku ve idare hukuku yaptırımları yönünden yapılan ayırım hakkında modern eğilime uymakta olduğunu tespit etmiştir. *Yargıç Bernhart*, ulusal hukukun nihai yorumunun kabul edilemeyeceği fikrini sahiplenmiş ve Sözleşme hükümleri ile özerk yorumun denetlenemeyen tek taraflı bir nitelendirmeyi içermediğini dile getirmiştir. Ancak, ulusal hukukun nihai bir biçimde tek taraflı nitelendirme yapamayacak olmasının da ulusal nitelendirmenin önemsiz olduğu anlamına gelmeyeceğini vurgulamıştır. Bu çerçevede *Bernhart*'ın karşı oyda altını çizmiş olduğu hassas denge kurma gerekliliğini ortaya koyan ifadeleri önem arz etmektedir. *Bernhardt*'a göre İHAM yargıçları; “*Bir yandan ulusal hukuk sisteminin nitelendirmesi ile takdir marjı arasındaki zorlu ve muğlak sınırı çizmek göreviyle; diğer bir yandan Sözleşme hükümlerinin özerkliğiyle ilgilenmektedir.*”<sup>276</sup>.

---

değerlendirilmesi için yasanın dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, *Yargıç Thór Vilhjálmsson karşı oyu*. Devletin cezai bir alanı idari alana taşıma konusunda yetkisi olduğu yönünde ayrıca bkz *Yargıç Pinheiro Farinha kısmi karşı oyu*.

<sup>272</sup> Dolayısıyla yargıç otonom kavram yorumu için Viyana Sözleşmeler Hukuku Antlaşması'nın 31. maddesinin genel yorum kuralı hükmüne atıf yaparak, alelade anlamından uzaklaşıldığını belirtmektedir. Mahkeme'nin hukuk kavramları için daha hassas olması gerektiği kanaatini paylaşmaktadır. Bununla birlikte otonom kavramların yorumu karşılaştırmalı hukuk verilerini analiz etmeyi gerektirmektedir. Suç tasnifi konusunda ortak payda olmadığından, açıkça ifade etmese de taraf devletin takdir marjına müdahale edilmemesi gerektiği düşüncesindedir. *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, *Yargıç Matscher karşı oyu*.

<sup>273</sup> *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, *Yargıç Bindschedler-Robert karşı oyu*.

<sup>274</sup> *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, *Yargıç Liesch karşı oyu*.

<sup>275</sup> *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, *Yargıç Bernhardt karşı oyu*.

<sup>276</sup> “*We are here concerned with the difficult and precarious task of drawing the borderline between the qualification by the national legal system and the national margin of appreciation, on the one hand, and the autonomy of the Convention provisions, on the other.*” *Öztürk/Almanya*, 8544/79, 21.02.1984, *Yargıç Bernhardt karşı oyu*.

Bu bağlamda İHAM yargıcı, ulusal hukuk sisteminin nitelemesi ve ulusal makamların takdir marjı arasındaki ince sınırı tayin etmekte; diğer yandan Sözleşme hükümlerinde yer alan kavramların özerk yorumunu yapmaktadır. Yargıç, ulusal hukuk sisteminin nitelemesinin takdir marjı kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirmekte; bir yandan ulusal sistemleri dikkate alarak, ancak bağımsız bir şekilde Sözleşme hükümlerine özerk anlamını kazandırmaktadır. Diğer bir deyişle, ulusal hukuk sisteminin nitelendirmesini Sözleşme'nin amacını üstün tutarak, özerk yorum aracılığıyla görmezden gelebilir ya da söz konusu yetki kullanımını ulusal makamların takdir marjı kapsamında değerlendirebilir.

Nihayet *Yargıç Bernhardt* cezanın ağırlık derecesini dikkate alarak, suç olmaktan çıkarmanın ulusal nitelemenin meşru bir uygulaması olarak kabul edilip edilmeyeceği ile bu eylemin Sözleşme'nin 6. maddesinin amacıyla bağdaşır bağdaşmadığı sorununa meşru bir uygulama olduğu yönünde olumlu yanıt vermektedir. Bununla birlikte *Bernhardt*'ın devletler arasındaki farklı uygulamaların belirleyici olmayacağını, bu durumun takdir marjının ve Sözleşme'nin uygulanması ile ilgili olarak farklılıklar içeren taraf devletlerin sahip olduğu “*sınırlı tek yanlı nitelendirme hakkının*” özünü teşkil ettiğini belirtmesi ayrıca önem arz etmektedir. Nitekim taraf devletlerin nitelendirmelerinin farklılık içerebileceği, nihai olmadığı ve Sözleşme organlarının denetimine tâbi olduğu vurgusunu içermektedir.

Bu çerçevede Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliği ile bağlantılı olarak, belirsizliğin mevcut olduğu hakkında maddenin uygulama alanı öğretide eleştirilere konu olmaktadır<sup>277</sup>. Bu nedenle maddenin uygulanabilirliği hakkında takdir marjının sınırı üzerinde tartışmaları engelleyebilecek bir öneri getirmek mümkün gözükmemektedir. Adil yargılanma hakkının uygulama alanının günümüz koşulları

<sup>277</sup> **Barkhuysen**, Tom/**Van Emmerik**, Michiel/**Jansen**, Oswald/**Federova**, Masha; “Right to Fair Trial”, in: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (ed.: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.522, 538. *Öztürk/Almanya* davasının aksine, önleyici nitelikte değerlendirilen şehir planlamasına aykırılık nedeniyle verilen idari para cezası Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında kabul edilmemiştir. *Inocencio/Portekiz*, 43862/98, 11.01.2011. Söz konusu belirsizlik İHAS'ın 6. maddesinin uygulama alanına ilişkin olup, 1982 Anayasası böyle bir sınırlamaya gitmediğinden norm kapsamı açısından anayasa şikâyetine ilişkin kararlarda bir sınırlamaya gidilmemesi gerekmektedir. Ancak AYM, adil yargılanma hakkının norm kapsamını İHAS'a paralel bir biçimde daraltmaktadır. Bu nedenle maddenin norm kapsamının aşağıdaki öneriler ışığında genişletilmesi isabetli bir yaklaşım olarak görülmektedir. Bunun yanı sıra; Sözleşme'nin 53. maddesi uyarınca Sözleşme hükümlerinden hiçbiri ulusal hukukta tanınmış hakları sınırlayacak ve ihlal edecek bir biçimde yorumlanamaz. Nitekim adil yargılanma hakkı Anayasa ve İHAS'ın ortak olarak tanıdığı bir hak olmakla beraber, hüküm kapsamını çizmek için yorumlanması meselesinde İHAS'ın 53. maddesi uyarınca Anayasa'nın cevaz verdiği elverişli yorum tercih edilmelidir. Hak ve özgürlüklerin AYM'nin norm alanı ve kapsamını dar yorumlamaması gerektiği yönünde bkz. **İnceoğlu**, “İHAS ve Anayasa.”, s.214.

ışığında genişletilmesi ve dinamik yorumun tercih edilmesi insan haklarının güvence altına alınması bağlamında tereddütsüz önem arz etmektedir. Bununla birlikte, suç isnadının belirlenmesinde ulusal hukukun yaptığı nitelendirme ceza hukukunun alanından çıkıyorsa, amaç davalı hükümetin Sözleşme’yi dolanmasını engellemektir. Bu nedenle davalı hükümetin amacının değerlendirilmesi gerekebileceğinden, zaten ağır sayılabilecek yaptırımların ya da nitelendirmelerin ceza hukuku alanından tümüyle çıkarılarak disiplin yaptırımına dönüştürülmesi takdir marjı içerisinde görünmemektedir.

Sözleşme’nin 6. maddesinin uygulanabilirliği hakkında belirlilik sağlamak için özgürlüğünden yoksun bırakma cezaları süresine bakılmaksızın maddenin uygulama alanında kabul edilmelidir. Para cezaları söz konusu olduğunda ise cezanın ağırlığı ve derecesi ile ilgili olarak kişinin ekonomik durumu dikkate alınarak miktara göre bir değerlendirme yapılabileceği ileri sürülmektedir<sup>278</sup>. Ancak maddenin uygulanabilir olmadığından bahisle, ulusal hukuktaki eylem ve işlemlerin denetimden yoksun bırakılmasından ziyade dinamik yorumla yargısal denetime açmak isabetli görülmektedir. Bu bağlamda ulusal makamlar madde metninin uygulanabilirliğine odaklanmamalı ve Sözleşme hükmünün gereklerini yerine getirmelidir. Dolayısıyla ulusal makamlar ceza hukuku yaptırımlarını idare hukuku alanına taşımakta serbest olsalar dahi Mahkeme’nin denetimine tâbi olmalıdırlar. Böylelikle disiplin yahut ceza yaptırımı niteliğine bakılmaksızın özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerinin bütünü açısından; ayrıca niteliği ne olursa olsun yaptırımın caydırıcılık niteliği gereği, para cezalarının miktarına bakılmaksızın Sözleşme’nin 6. maddesi uygulanabilir kabul edilmelidir. Söz konusu yaklaşım taraf devletlerin takdir marjını ortadan kaldırmamakta; aksine dinamik yorumla taraf devletin kullanmış olduğu yetkiyi yargısal denetime açarak, maddenin uygulanabilirliği noktasında hukuki belirlilik sağlamakta; bu yolla ulusal makamların takdir marjının sınırları netleşmektedir.

Keza medeni hak ve yükümlülüğün kapsamının belirli olmadığı ve eleştirilere konu olduğu görülmektedir. Öğretide, Mahkeme’nin medeni hak ve yükümlülük kapsamında devletin kamu gücünü kullandığı imtiyazlı alanları dışlama eğilimini dinamik yorumla aşması gerektiği belirtilmektedir<sup>279</sup>. Medeni hak ve yükümlülük kapsamının ulusal hukukta cezai olmayan tüm yükümlülükler olarak anlaşılmasının; medeni hak ve yükümlülük ifadesinin ise madde metninde cezai alanın yanında yer

<sup>278</sup> Barkhuysen/Van Emmerik/Jansen/Federova, s.539.

<sup>279</sup> Harris/O’Boyle&Warbrick, s.224, 225.



aldığından bahisle Sözleşme metnine zarar vermeksizin bu yönde dinamik yorumun mümkün olduğu ileri sürülmektedir<sup>280</sup>. Bu alanda Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliği hakkında hukuki belirsizliği sona erdirmek ve etkili bir koruma sağlamak için Sözleşme'nin 6. maddesinin hak ve yükümlülüklerin özel hukuk niteliğine içerip içermediğine ya da iddiaların kamu hukuku ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, başvurunun hukuki durumunun kamu otoritesi tarafından belirlendiği tüm davalarda uygulanabilir kabul edilmelidir<sup>281</sup>. Bu yönde bir yaklaşım taraf devletlerin takdir marjını yok saymak anlamına gelmemekte; aksine dinamik yorum yöntemi sayesinde ulusal makamların insan haklarına yönelik olarak negatif ve pozitif yükümlülüklerini belirginleştirmeye yarar sağlayacaktır. Adil yargılanma hakkının korunduğu Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir bulunarak, söz konusu müdahalelerin yargısal denetime açılması, ulusal makamların hareket alanını netleştirmek ve hukuki belirlilik ilkesinin hayata geçmesini sağlamak yönünde katkı sunacaktır.

## 2- Mahkemeye Erişim Hakkı

Takdir marjı doktrininin adil yargılanma hakkının unsurları açısından özellikle görünür olduğu alan ise Sözleşme'nin 6. maddesinde açıkça yer almamış olmasına rağmen; Mahkeme'nin Sözleşme'nin amacı ışığında madde metnini yorumladığı *Golder/Birleşik Krallık* davasında, zımni olarak adil yargılanma hakkının bir unsuru kabul ettiği *mahkemeye erişim hakkı* bağlamındadır<sup>282</sup>. Böylece herkes medeni hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanması için mahkemeye erişme hakkına veya dava açma hakkına sahip bulunmaktadır<sup>283</sup>. Bu bağlamda mahkemeye erişim hakkı, özel kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında olduğu gibi, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle çıkan uyuşmazlıklar açısından da geçerli kabul edilmektedir<sup>284</sup>. Bununla

<sup>280</sup> Sözleşme'nin hazırlık aşamasında, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulama alanının genişlemesi istenmemiş olsa da genişletici yorumun insan haklarıyla uyumlu olduğu yönünde bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.225.

<sup>281</sup> **Barkhuysen/Van Emmerik/Jansen/Federova**, s.522.

<sup>282</sup> Mahkeme'ye göre, bu yorum taraf devletlere yeni yükümlülükler yükleyen geniş bir yorum değildir. Hukuk yaratan bir antlaşma olan Sözleşme'nin konu ve amacı ile hukukun genel ilkeleri dikkate alınarak yorumlanan Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasına dayanmaktadır. *Golder/Birleşik Krallık*, 4451/70, 21.02.1975, p.36. Karar hakkında ayrıca bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.295; **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.671. Yazarlar, *Golder* davasını Mahkeme'nin atmış olduğu en yaratıcı adımlardan biri olarak değerlendirmektedirler. Bu konuda bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.237, 238. Belirtmek gerekir ki mahkemeye erişim hakkı, zamanla karar hakkı kararın icrası hakkıyla birlikte anlaşılmalıdır. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkından söz edilirken kast edilenin geniş anlamda mahkeme hakkı olduğu unutulmamalıdır. Aynı yönde bkz. **Vitkauskas/Dikov**, s.25.

<sup>283</sup> *Nait-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.113.

<sup>284</sup> **İnceoğlu**, "İHAS ve Anayasa.", s.216; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.237; **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.619, 620.

birlikte, mahkemeye erişme hakkı sadece medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar ile sınırlı kalmamaktadır. Aynı zamanda hakkında suç isnadı bulunan kişinin mahkemeye erişme hakkı, söz konusu isnat hakkında Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasındaki nitelikleri taşıyan bir mahkeme tarafından bu isnadın yerinde olup olmadığı yönünde karar verilmesini isteme hakkı bağlamında anlaşılmaktadır<sup>285</sup>. Bununla birlikte İHAM tarafından mahkemeye erişim hakkının hukuki varlığının yanı sıra; *fili ve etkili bir şekilde* var olması gözetilmektedir<sup>286</sup>. Keza mahkemeye erişim hakkının etkili olabilmesi için başvuru yollarının teorik ve aldatıcı olmaması; bireylerin mahkeme hakkına müdahale eden eylemlere karşı açık ve somut fırsatlara sahip olması gerekmektedir<sup>287</sup>. Bununla birlikte, İHAM ulusal mevzuatın mahkemeye erişimin hakkını tanıma derecesinin, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesi gözönünde bulundurularak, bireylerin mahkeme hakkını güvence altına almak için yeterli derecede açık ve kapsamlı olmasının yanı sıra, yeterli güvenceler içermesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>288</sup>. İHAM'ın genel olarak mahkeme hakkını tanıması hukukun üstünlüğü ve hukukun genel ilkeleri ışığında adil yargılanma hakkını yorumlamasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, ulusal makamların mahkemeye erişim hakkını kısıtlayan düzenlemeleri kabul etme ya da uygulama safhalarında hukukun temel ilkelerini gözönünde bulundurmaları ve yeterli açıklıkta ve kapsamlı düzenlemeler öngörmeleri beklenmektedir.

Ancak mahkemeye erişim hakkı mutlak olmayıp, hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda hem de suç isnadının karara bağlanması esnasında sınırlamalara tâbi tutulabilmektedir<sup>289</sup>. Ayrıca cezai konularda mahkeme hakkının, hukuki meselelerde olduğu kadar mutlak olmadığı ve zımni sınırlamalara tâbi olduğu belirtilmektedir<sup>290</sup>. Böylelikle taraf devletlerin mahkemeye erişim hakkını

<sup>285</sup> Ceza davaları için kabul edilen mahkemeye erişim hakkı, mağdura ceza davası açma hakkı, kamu davasının açılmasını talep etme hakkı doğurmamaktadır. *Helmers/İsveç*, 11826/85, 29.10.1991, p.28.

<sup>286</sup> *Bellet/Fransa*, 23805/94, 04.12.1995, p.36

<sup>287</sup> *Zubac/Hırvatistan*, 40160/12, 05.04.2018, p.77.

<sup>288</sup> *Bellet/Fransa*, 23805/94, 04.12.1995, p.36; *De Geouffre De La Pradelle/Fransa*, 12964/87, 16.12.1992, p.34.

<sup>289</sup> **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (criminal limb)**, s.16; **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (civil limb)**, s.23, 24.

<sup>290</sup> Mahkemeye erişim hakkı, "*mahkeme hakkı*"nın bir unsurudur. Esasen Mahkeme tarafından kabul edilen mahkemeye erişme hakkı olarak ifade edilen hak, mahkeme hakkıdır. *Doğru ve Nalbant*'ın tasnifi bu anlamda İHAM'ın "*mahkeme hakkı*"nı nasıl anladığına ilişkin olarak bütüncül bir yaklaşım sunmaktadır. Böylece mahkeme hakkı dört unsurdan oluşmaktadır. Mahkeme hakkından türetilen haklar; mahkemeye erişme hakkı, tüm maddi ve hukuki sorunları inceleyebilen tam yetkili bir mahkeme önünde yargılanma hakkı, uyuşmazlığın mahkeme tarafından karara bağlanması hakkı (*karar hakkı*) ve son olarak kararın icrası hakkıdır. Bu konuda bkz. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.620-632. Mahkeme hakkı cezai konularda, hukuki meselelerde olduğu kadar mutlak değildir ve zımni sınırlamalara (*implied*

belirli ölçütler ışığında sınırlandırabileceği kabul edilmekte; Mahkeme tarafından taraf devletlere bu ölçütlere uygun sınırdaki takdir marjı tanınmaktadır. İHAM taraf devletlere tanımış olduğu takdir marjının sınırını *Ashingade/Birleşik Krallık* davasında çizmiş bulunmaktadır<sup>291</sup>. Böylelikle mahkemeye erişim hakkı devlet tarafından düzenlenmesi gereken niteliği gereği sınırlandırılabilir<sup>292</sup>. Bireylerin ve toplumun ihtiyaçları ve kaynakları ile ilgili olarak zamana ve yere göre değişkenlik gösteren düzenlemeler, niteliği gereği devlet tarafından yapılması gerektiği için hakkın sınırlandırılmasına zımnen müsaade edilmektedir<sup>293</sup>. Akabinde Mahkeme tarafından söz konusu düzenlemelerin yapılmasında taraf devletlere belirli takdir marjı tanınmakta; Sözleşme'nin gerekliliklerini denetlemek hususunda nihai karar Mahkeme tarafından alınmakla beraber, Mahkeme'nin görevi bu alanda en iyi politikanın ne olacağının değerlendirmesini yapan ulusal makamların yerine geçerek başka bir değerlendirme yapmak değildir<sup>294</sup>. Ancak taraf devletlerin uyguladıkları sınırlamaların hakkın özünü zedeleyecek bir şekilde ve ölçüde kısıtlamaması veya azaltmaması gerekmektedir. Bununla birlikte sınırlama meşru amacı izlemeli ve seçilen araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi aranmaktadır<sup>295</sup>. Dolayısıyla ulusal makamlar takdir marjı bu kriterlerle çerçevelenmiş bulunmaktadır. Böylece ulusal makamların hukuki düzenlemeleri ve uygulamaları; hakkın özünü zedelememeli, sınırlamanın meşru amacı ışığında araç ile amaç arasında makul bir bağlantı var

---

*limitations*) tâbi tutulmaktadır. Bu konuda bkz. *Deweer/Belçika*, 6903/75, 27.02.1980, p.49; *Kart/Türkiye*, 8917/05, 03.12.2009, p.67.

<sup>291</sup> Başvurucu akıl hastalığı nedeniyle hastaneye kapatılmasına karşı makul özen eksikliği veya kötü niyet harici dava açamamasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiasındadır. Ancak Mahkeme akıl hastasına bakan kişinin davalar yoluyla taciz edilmesinin meşru amaç teşkil ettiğini ve orantılı bir müdahale olduğunu belirterek ihlal bulmamıştır. *Ashingade/Birleşik Krallık*, 8225/7, 28.05.1985, p.57. Mahkemeye erişim hakkının sınırlarına ilişkin kriterler *Ashingade kriterleri* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı., s.201. Öğretide *Ashingade/Birleşik Krallık* davasında uygulanan ölçülülük ilkesinin, takdir marjının sınırlandırılması ve düzeltilmesi aracı olarak başarısız bir şekilde uygulandığı belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.47 ve dn.116.

<sup>292</sup> Mahkeme temyiz koşullarının belirlenmesinde de mahkemeye erişim hakkının devlet tarafından düzenlenmesi gereken niteliği gereği zımnen sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Ancak sınırlamalar hakkın özünü zarar veremez, sınırlama meşru amacı izlemeli ve seçilen araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılı bir ilişki olmalıdır. *Luordo/İtalya*, 32190/96, 17.07.2003, p.85.

<sup>293</sup> *Ashingade/Birleşik Krallık*, 8225/7, 28.05.1985, p.57; *Golder/Birleşik Krallık*, 4451/70, 21.02.1975, p.38.

<sup>294</sup> *Ashingade/Birleşik Krallık*, 8225/7, 28.05.1985, p.57.

<sup>295</sup> *Ashingade/Birleşik Krallık*, 8225/7, 28.05.1985, p.57; *Omar/Fransa*, 24767/94, 29.07.1998, p.34; *Fayed/Birleşik Krallık*, 17101/90, 21.09.1994, p.65; *Guérin/Fransa*, 25201/94, 29.07.1998, p.37; *Luordo/İtalya*, 32190/96, 17.07.2003, p.85; *Zubac/Hırvatistan*, 40160/12, 05.04.2018, p.78.

olmalı, hak ve özgürlüğü en az sınırlayan araç tercih edilmeli, araç ve amaç arasında adil denge tesis edilmelidir<sup>296</sup>.

Bu bağlamda bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda yargı yolunun hiç bulunmaması ya da pratikte işleyen fiili ve etkili bir yargı yolunun bulunmaması<sup>297</sup>, dava açma ehliyeti hakkında küçükler, akıl hastalığı bulunanlar, kısıtlılar ve hükümlüler üzerinde sınırlamalar meşru amaca sahip olsa da hakkın özü ve ölçülülük ilkelerine uygun olmayan sınırlamalar kabul edilmesi<sup>298</sup>, kişi ve gruplara geniş bir şekilde yargı bağışıklığı tanınması ve yasama bağışıklıkları<sup>299</sup>, tebligat hukuku kapsamında dava açma sürelerinin açıkça belirlenmemiş olması veya kısa tutulması<sup>300</sup>, yargılama harç ve giderlerinin orantısız şekilde takdir edilmesi<sup>301</sup>, usuli kuralların aşırı şekilci bir şekilde yorumlanması<sup>302</sup>, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi<sup>303</sup> mahkemeye erişim hakkına yönelik orantısız bir müdahale teşkil edebilecektir<sup>304</sup>. Bu bağlamda Mahkeme'nin *Ashingade kriterleri* uyarınca ulusal makamların takdir marjını denetlediğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Ancak Mahkeme'nin 2018 tarihli *Nait-Liman/İsviçre* kararında, *Ashingade kriterleri* ışığında ölçülülük ilkesini uygulamakla birlikte; ulusal makamlara tanınan takdir marjı doktrininin kapsamını da Avrupa konsensüsünü dikkate alarak genişlettiği saptanmış bulunmaktadır. Bu nedenle, ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırını belirlemede yararlı olacağı düşünüldüğünden, söz konusu Büyük Daire kararı irdelenecektir<sup>305</sup>.

Söz konusu davanın koşulları, İsviçre'de siyasi sığınmacı olan Tunus vatandaşı başvuruçunun, Tunus'ta işkence gördüğü dönemde İçişleri Bakanlığı yapan kişinin İsviçre'ye tedavi için gelmesinin akabinde, eski Bakan'ın ve Tunus'un aleyhine açtığı tazminat davasının İsviçre makamları tarafından reddedilmesinin mahkemeye erişim

---

<sup>296</sup> Sınırlama ve Güvence Rejimi başlığı altında ölçülülük ilkesi değerlendirildiğinden burada kapsamlı bir açıklamaya gerek duyulmamıştır.

<sup>297</sup> *Bodén/İsveç*, 10930/84, 27.10.1987, p.35.

<sup>298</sup> *Winterwerp/Hollanda*, 6301/73, 24.10.1979, p.75.

<sup>299</sup> *Fayed/Birleşik Krallık*, 17101/90, 21.09.1994, p.65. Mahkeme yasama dokunulmazlığı nedeniyle hakkındaki suç isnadından aklanmak isteyen başvuruçunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasını, meşru amacın bulunduğu ve orantılı bir müdahale olduğundan bahisle haklı bulmamıştır. Bkz. *Kart/Türkiye*, 8917/05, 03.12.2009, p.79, 114.

<sup>300</sup> *Stubbings ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 22083/93, 22095/93, 22.10.1996, p.51.

<sup>301</sup> *Kreuz/Polonya*, 28249/95, 19.06.2001, p.60-67.

<sup>302</sup> *Walchli/Fransa*, 35787/03, 26.07.2007, p.29.

<sup>303</sup> *Hornsby/Yunanistan*, 18357/91, 19.03.1997, p.40.

<sup>304</sup> Mahkeme'ye erişim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin İHAM içtihatları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.241-248; **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (criminal limb)**, s.16 vd.; **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (civil limb)**, s.23 vd.

<sup>305</sup> *Nait-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018.

hakkını ihlal ettiğine ilişkindir. İsviçre yargı organları, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Üzerine Federal Yasası'nın (LDIP) ilgili hükümleri gereğince işkence iddialarının yurtdışında meydana geldiği ve İsviçre'yle bağlantısının bulunmadığından bahisle başvuru talepleri reddedilmiştir<sup>306</sup>. Başvurucunun şikâyeti üzerine açılan ceza soruşturması ise Savcılık makamının sorgulama faaliyetlerinin, şüphelinin ülkeden ayrılması sebebiyle sonuçsuz kalması ve soruşturmanın sona ermesiyle nihayete ermiştir<sup>307</sup>.

Davanın konusu, başvuru Tunus'ta maruz kaldığı işkence eylemleri nedeniyle manevi zararlarının tazmini nedeniyle açmış olduğu hukuk davasının reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediğine ilişkindir. Belirtmek gerekir ki davanın koşullarının karmaşıklığı, Tunus devletinin eski İçişleri Bakanı'nın fiillerine ilişkin olduğu için siyasi niteliği, Daire kararının dörde karşı üç çoğunlukla alınması Büyük Daire'yi karşılaştırmalı hukuk verilerini içerecek şekilde kapsamlı bir denetim yapmaya itmiş görünmektedir. Mahkeme, diğer kararlarında olduğu gibi yeniden mahkemeye erişim hakkının devlet tarafından düzenlenmesi gereken niteliği gereği zımni sınırları olduğunu ve devletin belirli takdir marjının bulunduğunu belirtmektedir<sup>308</sup>. Burada dikkat çeken nokta ise Mahkeme ulusal makamlara takdir marjı tanıdığını ortaya koyarken, bireylerin ve toplumun ihtiyaçları ve kaynakları ile ilgili olarak zamana ve yere göre değişen düzenlemelerden bahsetmemektedir. Nitekim sınırlamanın hakkın özüne zarar vermemesi gerektiğini, sınırlamanın meşru amaç içermesi gerektiğini ve seçilen araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin varlığını aramaktadır<sup>309</sup>. Bununla birlikte Mahkeme, iç hukuku uygulamanın ve yorumlamanın ulusal makamların özellikle de yerel mahkemelerin görevi olduğu yönünde temel ilkeyi vurgulamakta; açıkça bir hata veya

---

<sup>306</sup> İsviçre hukuku zorunlu yargı yetkisi (*forum of necessity*) doktrinini kabul etmektedir. Söz konusu doktrin yurtdışındaki yargılamanın imkânsız ya da aşırı zor olduğu yerde, genel ve özel yetki kuralları uyarınca uyumsuzluğu çözmeye yetkili olmayan hukuk mahkemeleri tarafından varsayılan istisnai yargı yetkisini ifade etmektedir. Söz konusu istisnai yargı yetkisinin kabul edildiği devletlerde iki koşulun varlığı aranmaktadır. İlk olarak diğer devletin yargı makamlarının önüne uyumsuzluğun götürülmesinin *de facto* ve *de jure* imkânsızlığı ile uyumsuzluk ve yargı yeri devlet (*forum state*) arasında belirli bir bağlantının varlığı kümülatif olarak bulunması gereken koşullardır. İsviçre Federal Yasası'nda yer alan koşulların gerçekleşmediğinden bahisle, İsviçre yargı organları yargı yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. *Nait-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.84, 88 ve 180.

<sup>307</sup> *Nait-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.14-36.

<sup>308</sup> *Nait-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.114.

<sup>309</sup> *Nait-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.114, 115.

keyfiyet olmadıkça ulusal makamların kararlarının yerindeliliğini sorgulamadığının altını çizmektedir<sup>310</sup>.

Mahkeme genel ilkelerini davanın koşulları çerçevesinde uygularken; mahkemeye erişim hakkının meşru amacının, delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi ile kararın infazıyla bağlantılı olan zorluklarla ilgili olarak adaletin düzgün işleyişi olduğuna kanaat getirmiştir<sup>311</sup>. Söz konusu meşru amaçlar ışığında ölçülülük değerlendirmesi yapan Mahkeme, öncelikle mevcut davada takdir marjının kapsamının bu alanda ilgili uluslararası hukuka bağlı olduğunu belirtmiştir. Böylelikle, Mahkeme ulusal makamlara tanınan takdir marjının kapsamını, Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında konuya ilişkin olarak Avrupa konsensüsünün veya belirli bir eğilimin var olup olmadığını inceleyerek saptamıştır<sup>312</sup>. Bu çerçevede, İsviçre Hukuku'nda uygulanan zorunlu yargı yetkisi (*the forum of necessity*) ile evrensel yargı yetkisinin uluslararası hukukta, Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında uygulanışını irdelemiş; hukuk davalarında işkenceye karşı evrensel yargı yetkisinin uygulandığı tek ülkenin Hollanda olduğunu, bunun dışında Avrupa kıtası dışında Amerika ve Kanada tarafından uygulandığını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye on iki ülkede zorunlu yargı yetkisinin kabul edildiğini saptamıştır. Bu nedenle Mahkeme, uluslararası hukukun, işkence eylemlerinin hukuk davasına konu olmasına ilişkin olarak ne evrensel yargı yetkisinin ne de zorunlu yargı yetkisinin İsviçre makamlarına dava açmak yükümlülüğü yüklediğine; bu alanda ulusal makamlara geniş takdir marjı tanındığına kanaat getirmiştir<sup>313</sup>.

Böylece Mahkeme söz konusu davada takdir marjının kapsamını belirlerken; Avrupa konsensüsü ölçütünden hareketle uluslararası hukuk verilerinden yararlanmıştır. Daha önce mahkemeye erişim hakkına ilişkin davalarda takdir marjı doktrininin kapsamını belirleme uğraşına girmeyen Mahkeme, bu defa ulusal makama tanınan takdir marjını genişleterek uygulama yoluna gitmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki Avrupa konsensüsün tespitinde Mahkeme'nin Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde yargı yetkisine odaklanmış olması karşı oy görüşünde eleştiriye maruz kalmıştır<sup>314</sup>. Nitekim *Yargıç Dedov* tarafından, işkenceye karşı etkili tedbirler almak

---

<sup>310</sup> *Naît-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.116; *Kruslin/Fransa*, 11801/85, 24.04.1990, p.29; *Kopp/İsviçre*, 23224/94, 25.03.1998, p.59.

<sup>311</sup> *Naît-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.122-128.

<sup>312</sup> *Naît-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.173-175.

<sup>313</sup> *Naît-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, p.203.

<sup>314</sup> *Naît-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, *Yargıç Dedov'un karşı oyu*.

konusunda Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında konsensüs olduğu dile getirilmiştir<sup>315</sup>.

Nihayet Mahkeme, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından somut olayda İsviçre mevzuatında uygulanan yargı yetkisinin hukuki yorumunun, keyfi veya açıkça makul olmayan bir yorum olmadığına ikna olduğunu belirtmiştir. Böylelikle Federal Anayasa Mahkemesi'nin takdir marjının sınırını aştığına ilişkin bir unsur görülmediğinden ve mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasının meşru amaçla orantılı olduğundan bahisle, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edilmediği yönünde hüküm kurmuştur. Bu kapsamda taraf devletin yargı yetkisini belirlemesi hususunda geniş takdir marjı bulunmakta ise de uluslararası hukukta geçerli kabul edilen kriterlere uygun biçimde bir yasal düzenleme aracılığıyla yargı yetkisi kabul edilmelidir.

Böylece İHAM tarafından mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil eden iddialara yönelik olarak yapılan denetimde, ulusal makamlara tanınan belirli takdir marjının, *Ashingade kriterleri* ışığında ölçülülük incelemesine tâbi tutulduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Öğretide bu durumun gerekçesinin, mahkemeye erişim hakkının Sözleşme metninde açıkça yer almayıp, Mahkeme'nin bu hakkı Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının özünden çıkarılan bir hak olarak, adil yargılanma hakkının zımni unsuru mahiyetinde kabul etmesinden kaynaklandığı belirtilmektedir<sup>316</sup>.

*Arai-Takahashi*'ye göre; mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında ulusal makamların takdir marjının kapsamını belirleyecek ana hatlar içtihatlarda şu şekilde ortaya konulmuş bulunmaktadır<sup>317</sup>. İlk olarak, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasından yorum yoluyla çıkarılan mahkemeye erişim hakkının zımni sınırları olduğu belirtilmektedir. İkinci olarak, söz konusu zımni sınırlamalar, taraf devletlerin varsayımsal olarak yurttaşlarına uygun hukuki imkânlar sunmak yönünde pozitif yükümlülükleri bulunduğunu haklı çıkarmaktadır. Üçüncü olarak, zaman ve mekâna göre değişen bireylerin ve toplumun ihtiyaçları, taraf devletlere belirli bir takdir marjı tanınmasını gerekli kılmaktadır. *Arai-Takahashi* söz konusu üç gerekçeyle ulusal makamlara takdir marjı tanınmasının, madde kapsamında taraf devletlerin pozitif

---

<sup>315</sup> *Yargıç Dedov*, devletlerin çoğunun İşkence'ye Karşı Sözleşme'yi onayladığını belirterek, başka ne tür bir konsensüse ihtiyaç duyulduğunu sormaktadır. *Nait-Liman/İsviçre*, 51357/07, 15.03.2018, *Yargıç Dedov'un karşı oyu*.

<sup>316</sup> **Arai-Takahashi**, *Margin of Appreciation.*, s.35.

<sup>317</sup> **Arai-Takahashi**, *Margin of Appreciation.*, s.47.

yükümlülüklerinin denetlenmesinde, Mahkeme'nin ne ölçüde kendi kendisini sınırlandırmasını haklı kılıp kılmayacağı konusunda kayda değer bir şüphenin olduğunun altını çizmektedir<sup>318</sup>. Bununla birlikte dördüncü olarak ise Sözleşme'nin 8-11. maddelerine benzer bir şekilde ölçülülük ilkesi uygulamasının taraf devletlerin takdir marjının kapsamını belirlediğini ifade etmektedir. Ancak yazar Mahkeme'nin esnek bir şekilde ölçülülük ilkesini uyguladığını ve ölçülülük ilkesini daha katı bir şekilde uygulamak konusunda tereddüt etmemesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>319</sup>.

Bununla birlikte, Mahkeme'nin yeni tarihli *Naït-Liman/İsviçre* davası aracılığıyla, artık mahkemeye erişim hakkına ilişkin olan kararlarında takdir marjı doktrininin kapsamını belirleyeceği ve Avrupa konsensüsü arayışına gireceği haklı bir beklenti olarak belirebilir. Ancak söz konusu dava işkence nedeniyle Tunus'un eski İçişleri Bakanı'ndan talep edilen tazminat taleplerinin, İsviçre yargı makamlarının yargı yetkisinin bulunmadığından bahisle reddedilmesine ilişkindir. Bu nedenle, diğer bir ihtimal olarak ise Büyük Daire'nin kapsamlı bir inceleme yapma gereği hissettiği ifade edilebilir. Nitekim bölgesel bir Mahkeme'nin önünde şikâyete maruz kalan davalı taraf devletin, uluslararası hukukun süjesi olan üçüncü bir devletin eski Bakanı'nın hukuki sorumluluğunu tespit etmesi gerektiği yönünde bir kararın doğabileceği açıktır. Bu nedenle de Büyük Daire'nin; özellikle hukukun yorumlanmasının kendi görevi olmadığını, ikincil yetkisini, geniş takdir marjını sıklıkla vurguladığı görülmektedir. Yine de Mahkeme'nin *Naït-Liman/İsviçre davasında* söz konusu olduğu gibi, ilgili davanın koşulları ışığında uluslararası hukuk verilerini kullanarak ve takdir marjı doktrininin kriterlerini dikkate alarak, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasının Sözleşme'ye uygunluğunu incelemesi gerekmektedir. Böylece ulusal makamlara mahkemeye erişim hakkını güvence altına alma hususunda tanınan takdir marjının denetimi daha etkili bir şekilde gerçekleştirilecektir.

Bu çerçevede vurgulamak gerekir ki mahkemeye erişim hakkı esasen mahkeme hakkı olarak anlaşılmakta ve Sözleşme sistemi içerisinde mahkemeye erişim hakkı mahkeme hakkının bir unsuru kabul edilerek değerlendirilmektedir. Bu duruma ek olarak altı çizilmesi gereken husus ise ulusal makamların yargı yetkisini, yargılama teşkilatını düzenlerken adil yargılanma hakkının unsurlarını esnetmesi, Sözleşme sisteminin gereklerini görmezden gelmesi mümkün olmamaktadır. Bu nedenle ulusal

<sup>318</sup> Arai-Takahashi, Margin of Appreciation., s.47.

<sup>319</sup> Arai-Takahashi, Margin of Appreciation., s.47, 48.



makamların mahkeme teşkilatlarını, mahkeme hakkının gereğinin yerine getirilmesi için Sözleşme'ye uygun bir şekilde düzenlemeleri gerekmektedir. Bunun için de Sözleşme'nin 6 maddesi kapsamında özerk bir anlama sahip olan mahkeme kavramı; tüm maddi ve hukuki sorunları inceleyebilen tam yetkili bir makam olmalı, söz konusu mahkeme ise uyuşmazlığın karara bağlanması hususunda yetki sahibi olabilmeli (*karar hakkı*) ve son olarak uyuşmazlığın çözümünü sağlayan mahkeme kararının yerine getirilmesi (*kararın icrası hakkı*) engellenmemelidir. Dolayısıyla, ulusal makamlar gerek yargı kararlarının yerine getirilmesinde gerekse uyuşmazlığın çözümü hususunda karar verecek adli makamların tarafsızlık ve bağımsızlık kriterlerinde, adil yargılanma hakkının unsurlarını esnetemezler. Kısacası, ulusal makamların bu güvenceleri dilediği gibi yorumlama yetkisi bulunmamakta; ulusal makamlar adli makamların verdikleri kararların yerine getirilmesinde, yasayla kurulmuş tarafsızlık ve bağımsızlık niteliklerinin askıya alınmasında takdir marjına sahip değildir. Aksine Sözleşme sistemine bağlı taraf devletlerin ulusal makamları söz konusu adli teşkilatı bu güvenceler ışığında kurmak ve düzenlemek hususunda ödevlidir. Ancak mahkemeye erişim hakkının sınırlaması söz konusu olabilmekte; bu noktada ise ulusal makamlar tarafından ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak, ulaşılmak istenen amaca elverişli, amacın gerçekleşmesinde daha az yük bindiren ve orantılı bir aracın tercih edilmesi gerekmektedir.

### 3- Adil Yargılanma Hakkının Kurumsal Gereklilikleri

Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında adil yargılanma hakkının kurumsal gereklilikleri olarak, *yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma* hakkı düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>320</sup>. Bu çerçevede mahkeme hakkında belirtildiği üzere, adil yargılanma hakkı kapsamında mahkeme kavramı özerk bir anlam içermektedir. Buna göre, Strasbourg içtihatlarında mahkeme kavramı; yasayla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencelerine sahip bir makam olarak anlaşılmaktadır<sup>321</sup>. Böylece Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen gerekliliklerden biri, mahkemenin yasayla kurulması olmakla birlikte; Strasbourg içtihatlarında bu husus demokratik bir toplumda yargı teşkilatının

<sup>320</sup> Vitkauskas/Dikov, s.39 vd.

<sup>321</sup> *Le Compte, Van Leuven And De Meyere/Belçika*, 6878/75, 7238/75, 23.06.1981, p.55; *Kıbrıs/Türkiye*, 25781/94, 10.05.2001, p.233. Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s.298. Yasayla kurulan mahkeme özerk olmalı, diğer deyişle karar vermek yetkisine sahip olabilmeli, kararın icra kabiliyeti olmalı ve kanuni dayanağının yani yargı yetkisi ve çevresinin kanun yoluyla belirlenmiş olması gerekmektedir. Bu yönde bkz. Altıparmak, "Adil Yargılanma.", s.253.

yürütme organından bağımsız olması gerektiğini, fakat yasama organı tarafından çıkarılan bir yasayla düzenlenmesini ifade etmektedir<sup>322</sup>. Keza iç hukukta mahkemenin nasıl adlandırıldığına bakılmamakta; ancak mahkeme kavramının yasayla kurulması, bağımsız ve tarafsız olmasının yanı sıra; doğası gereği bağlayıcı karar verme yetkisinin bulunması gerekmektedir<sup>323</sup>.

Bu kapsamda Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde yargılanma hakkına ilişkin kararlarında takdir marjı doktrininin belirleyici bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme tarafından adli makamların bağımsızlığının denetlenmesinde göz önünde bulundurduğu ölçütler ise bu noktada önem arz etmektedir. Mahkeme bağımsızlığı değerlendirirken; (i) *üyelerin atanma şekline*, (ii) *görev süresine*, (iii) *dış baskılara karşı güvencelerin varlığına*, (iv) *üyelerin bağımsız bir görüntü sergileyip sergilemediğine* odaklanmaktadır<sup>324</sup>. Bir adli makamın üyelerinin niteliğini, görev sürelerini, atanma şeklini iç hukukunda düzenleyecek olan taraf devletlerin yasama organları olmakla birlikte, bağımsızlık kriterine uyulup uyulmadığı Mahkeme'nin denetimine tâbi tutulmaktadır.

Bu kapsamda, İHAM derdest ceza davasında mahkeme üyelerinin sürekli yer değiştirmesini, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı yönünden incelediği davada; adaletin düzgün işlenmesini temin etmek amacıyla yargılama sürecini yönetmenin ulusal makamların görevi olduğunu belirtmekte; bir yargıcın veya mahkemenin davaya atanmasında ulusal makamlara takdir marjı tanındığını işaret etmektedir<sup>325</sup>. Nitekim Mahkeme davanın bir yargıca veya mahkemeye atanmasında uygun kaynaklar, yargıçların niteliği, çatışan menfaatler, tarafların duruşma yerine erişebilirliği gibi çok kapsamlı unsurlar bulunduğunun altını çizmektedir. İHAM'ın görevinin ise yargıç atamalarında ulusal makamların gerekçelerinin geçerli olup olmadığını değerlendirmek olmasa da Mahkeme yargıçların yeniden atanmasının Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrası bağlamında bağımsız ve tarafsızlık kriterlerinin gerekliliklerine uyumlu olduğunu denetlediğini vurgulamaktadır<sup>326</sup>.

<sup>322</sup> *Richert/Polonya*, 54809/07, 25.10.2011, p.42.

<sup>323</sup> *Van De Hurk/Hollanda*, 16034/90, 19.04.1994, p.45.

<sup>324</sup> **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (criminal limb)**, s.21.

<sup>325</sup> *Moiseyev/Rusya*, 62936/00, 09.10.2008, p.176.

<sup>326</sup> Mahkeme ilgili karar kapsamında hükmün öngörülebilir olmadığı, yeterli güvenceler içermediğinden bahisle, somut olayda gerekçe göstermeksizin yargıçların değişiminin keyfi olduğuna hükmetmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, bağımsızlık ve tarafsızlık eksikliği nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. *Moiseyev/Rusya*, 62936/00, 09.10.2008, p.176, 185.

Mahkeme bir ceza davası sırasında yargıçların görev yerinin değiştirilmesinin ihtiyaçlar, yargıçların niteliği, tarafların duruşma yerine yakınlığı gibi pek çok unsurların dikkate alınarak, ulusal makamların görevi olduğunu ve kendisinin ise ikincil niteliğinin altını çizmektedir. Ancak görüldüğü üzere, ulusal makamların derdest dava sırasında keyfi ve gerekçesiz bir şekilde yargıçların görev yerini değiştirmeleri adil yargılanma hakkıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle yargılama sırasında yargıçlarla ilgili değişiklikler, mahkemenin yürütme organına karşı bağımsızlığını ve objektif tarafsızlığını zedelememelidir. Nitekim mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlık kriteri için usuli güvencelerin eksikliği nedeniyle kontrolsüz yetkilere yol açabilecek uygulamalardan kaçınılmalı; yargıçların görev yeri değişiklikleri için ulusal makamların takdir marjının sınırına uygun bir biçimde öngörülebilir bir yasal düzenleme ile usuli güvenceler kabul edilmelidir.

#### 4- Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen adil yargılanma hakkının diğer bir unsuru olan makul sürede yargılanma hakkına ilişkin kararlarında takdir marjı doktrinini kullanmadığı görülmektedir<sup>327</sup>. Ancak Mahkeme makul süreyi mutlak olarak belirlememekte, somut olayın koşullarına göre davanın karmaşıklığını, başvuruçunun ve görevli makamların tutumunu göz önünde bulundurmaktadır<sup>328</sup>. Mahkeme bu ölçütler ışığında; etkililiği ve güvenilirliği tehlikeye sokabilecek gecikmeler olmaksızın adaletin işlenmesi ile şüphelinin uzun süre suç isnadı altında kalmaması ve hakkındaki suç isnadının karara bağlanması amacıyla, kişilerin yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasının önüne geçmektedir<sup>329</sup>.

<sup>327</sup> Belirtmek gerekir ki Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan tutuklulukta makul süre ile Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen makul süre birbirinden farklılık arz etmektedir. Öncelikle tutukluluk süresinin sonu olarak yerel mahkemenin hükmü dikkate alınırken; Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasındaki makul süre, kanun yollarını da kapsamaktadır. Keza Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında özgürlükten yoksun bırakılan kişinin tutukluluk halinin çok uzun sürmemesi amaçlanırken; adil yargılanma hakkında kişinin akıbetinin ne olacağına belirsiz bir konumda uzun süre kalmamasıdır. Bununla birlikte tutuklu kişinin yargılanmasında söz konusu iki hüküm arasında yakın bir bağ bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **İnceoğlu**, "İHAS ve Anayasa.", s.277. Takdir marjı doktrininin açıkça uygulanmadığı hakkında ayrıca bkz. **Doğru**, Takdir Marjı., s.134, 135. Sürenin makullüğünün değerlendirilmesinde Mahkeme kendi değerlendirmesini yapmaktadır ve takdir marjı doktrinini en azından görünür bir biçimde uygulanmamaktadır. Bu görüş için bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.282.

<sup>328</sup> **İnceoğlu**, "İHAS ve Anayasa.", s.280-282; **Gölcüklü**, s.213-216.

<sup>329</sup> **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (criminal limb)**, s.51 vd.; **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (civil limb)**, s.68 vd.

## 5- Aleni Yargılanma ve Aleni Karar Hakkı

Takdir marjı doktrininin uygulama alanına ilişkin olarak adil yargılanma hakkının diğeri bir unsuru olan *aleni yargılanma* ve *aleni karar hakkı* inceleme konusu yapılabilir. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tamamı yargılamanın aleniliği ilkesini benimsemekle beraber; kuralın gerek kapsamı gerek uygulama koşulları bakımından yasal sistemleri ve adli uygulamaları çeşitlilik arz etmektedir<sup>330</sup>. Zira Mahkeme, yargılamanın aleniliğinin şekli yönünün aleniyet ilkesinin amacıyla karşılaştırıldığında tali öneme sahip olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, adil yargılanma hakkının unsuru olan aleniyet ilkesi sözlü duruşma yapılması zorunluluğu ile birlikte, duruşmanın aleni yapılmasını ve aleni hüküm verilmesini kapsamaktadır<sup>331</sup>. Ancak Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında duruşmanın aleniyeti; kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, genel ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik, küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği şeklinde sayılan sınırlama sebeplerine dayanılarak, tüm dava süresince veya kısmen duruşmanın kamuya açık yapılması sınırlandırılabilir. Madde metninde sınırlı sayıda sayılan sınırlama sebepleri Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde düzenlenen sebeplere benzemektedir; aleni yargılanma hakkı kapsamında açık duruşma yapılmasının sınırlandırılması, meşru amaçlardan bir veya birkaçı ile ilgili olarak zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması gerekmekte ve izlenen meşru amaçla orantılı olması aranmaktadır. Mahkeme Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında sayılan sınırlama sebeplerinin kaçınılmaz ölçüde olup olmadığının değerlendirmesini yaparken; Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde gerçekleştirdiği ölçülülük denetiminden farklı olarak, ulusal makamlara tanınan takdir marjını kullanmadığı görülmektedir. Elbette ki madde metninde yer alan sınırlama sebeplerinin var olduğuna ve zorunlu toplumsal ihtiyaca karşılık gelen ve ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı bir aracın seçimi ulusal makamlar tarafından yapılmaktadır. Ancak Mahkeme ulusal makamlara takdir marjı tanındığını belirtmemekte; bu hususta kendi değerlendirmesini kendi yapmaktadır. Öğretide, adaletin gerekleri ifadesinin takdir marjının kullanılmasını gerektirdiği; fakat madde metnindeki *kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde sınırlama sebeplerine başvurulması gerektiği* düzenlemesinin, kısıtlı bir hareket alanı sağladığı

<sup>330</sup> Pretto ve diğerleri/İtalya, 7984/77, 08.12.1983, p.22.

<sup>331</sup> Bu konuda bkz. **İnceoğlu**, "İHAS ve Anayasa.", s.272 vd. Ayrıca bkz. **Turan**, Hüseyin; "Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı", Ceza Hukuku Dergisi, C.IV, 2009, S.9, s.247-257.

belirtilmektedir<sup>332</sup>. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere aleni yargılanma hakkının madde metninde yazılı sebeplerden bir veya birkaçı nedeniyle sınırlandırılması sıkı bir denetime tâbi tutulmaktadır. Duruşmanın kamuya açıklığının demokratik toplumda kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde sınırlama sebeplerine dayanılarak orantılı bir şekilde sınırlandırılması mümkün olmaktadır. Ulusal makamların bu yönde gerçekleştirmiş olduğu sınırlandırmalar, Mahkeme'nin sıkı bir şekilde denetimine maruz kalmaktadır. Bu noktada Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan sınırlama sebeplerinin varlığına kanaat getirecek olan ulusal makamların, ilk değerlendirmeyi yapan merciiler olarak dar takdir marjına sahip oldukları söylenebilir.

Aleni karar hakkının ise Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında hiçbir istisnaya tâbi tutulmadığını belirtmek gerekmektedir. Ancak bu durum, diğer deyişle hükmün aleni olmasının istisnaya tâbi olmaması, hükmün her koşulda duruşmada tefhim edilmesi anlamına gelmemektedir<sup>333</sup>. Kimi durumlarda Mahkeme, kararın kamu denetimine sınırlı şekilde açık tutulmasını aleni hüküm hakkına uygun bulmaktadır. Belirtmek gerekir ki Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında sayılan sınırlama sebepleri aleni yargılanma hakkına ilişkin olup, bu sebeplere dayanılarak aleni karar hakkının sınırlandırılması mümkün gözükmesine de Mahkeme'nin esnek bir yaklaşım benimseyerek çeşitli istisnaları kabul ettiği görülmektedir<sup>334</sup>. Ancak Mahkeme aleni karar hakkının zımnî sınırlamalara tâbi olduğunu kabul etmemekte ve kararın aleniyetinin lafzi yorumuyla kendisini bağlı hissetmemektedir<sup>335</sup>. Zira Mahkeme taraf devletlerin iç hukuku bağlamında verilen kararın aleniyetinin her bir davada, adil yargılanma hakkının güvence altına alınması amacıyla kamunun yargıyı denetleyebilmesi adına söz konusu sürecin özel koşulları ve adil yargılanma hakkının amacının değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>336</sup>. Bu nedenle yargı sisteminin kamu tarafından denetlenmesini sağlayan aleni karar hakkının milli güvenlik, kamu düzeni gibi gerekçelerle kamuya erişiminin kısıtlanması Sözleşme'yle bağdaşmayacaktır<sup>337</sup>.

<sup>332</sup> Harris/O'Boyle&Warbrick, s.275.

<sup>333</sup> İnceoğlu, "İHAS ve Anayasa.", s.272 vd.

<sup>334</sup> Harris/O'Boyle&Warbrick, s.279, 280.

<sup>335</sup> Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 7819/77, 7878/77, 28.06.1984, p.90, 91.

<sup>336</sup> Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 7819/77, 7878/77, 28.06.1984, p.91.

<sup>337</sup> Aynı yönde bkz. İnceoğlu, "İHAS ve Anayasa.", s.275.

## 6- Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

Takdir marjı doktrini kapsamında diğerk bir inceleme alanının ise Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında adil yargılanma hakkının unsuru mahiyetinde *hakkaniyete uygun yargılanma hakkı* olduğu kabul edilebilir. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, ulusal mahkemeler tarafından verilen kararların doğru veya yanlışlığına ilişkin bir tespiti mümkün kılmamakta; aksine yargılama sürecinin tüm aşamalarında hukuk veya ceza davasının hakkaniyete uygun bir surette sonlandırılması için gerekli olan ilkeleri ortaya koymaktadır<sup>338</sup>. Nitekim Mahkeme tarafından hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan masumiyet karinesi ile suç isnadı altında bulunan kişinin asgari haklarıyla bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. Ancak hakkaniyete uygun yargılanma hakkı çerçevesinde geçerli olan hak ve ilkeler ise sadece Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan asgari haklarla sınırlı olarak değerlendirilmemektedir<sup>339</sup>. Keza Mahkeme'nin adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeleri hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ışığında ortaya koyduğu, Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarını hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla birlikte değerlendirdiği görülmektedir<sup>340</sup>.

Bu kapsamda, ilk etapta hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin olarak belirtilmesi gereken, hukuk davalarında asgari haklar listesi öngörülmemiş olduğundan, ulusal makamların ceza davalarına nazaran hukuk davalarında daha geniş takdir marjına sahip oldukları kabul edilmektedir<sup>341</sup>. Dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen hakkında suç isnadı bulunan kişinin asgari hakları, niteliğine uygun düştüğü ölçüde hukuk davaları için hakkaniyete uygun yargılanma hakkı içerisinde değerlendirilmekte; ancak bu güvenceler hukuk davaları için aynı titizlikte uygulanmayabilmektedir<sup>342</sup>. Keza aynı durum duruşmada hazır bulunma hakkı için de kabul edilebilir.

<sup>338</sup> **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.635; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.309.

<sup>339</sup> **İnceoğlu**, "İHAS ve Anayasa.", s.238.

<sup>340</sup> Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı/adil muhakeme hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama ilkesi ile delillerin değerlendirilmesi iki ana başlığı altında toplanabilir. Bununla birlikte, susma hakkı, gerekçeli karar hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı gibi adil yargılanma hakkı için olmazsa olmaz nitelikte görülen haklar hakkaniyete uygun yargılanma hakkından türetilmiştir. Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları hakkaniyete uygun yargılama hukukunun uzantılarıdır. Bu konuda bkz. **Doğru/Nalbant**, C.I Açıklama., s.635; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.248, 249; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.309.

<sup>341</sup> *Dombo Beheer/Hollanda*, 14448/88, 27.10.1993, p.32.

<sup>342</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.249.

Bununla birlikte, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı içerisinde ulusal makamlarının takdir marjının dikkate alındığı diğer bir konu delillerin değerlendirilmesi sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkını güvence altına aldığı, ancak delillerin kabul edilebilirliği hususunda bir kural düzenlenmediğini belirtmekte; bu alanın esas itibarıyla ulusal hukukta düzenleme konusu teşkil ettiğini dile getirmektedir<sup>343</sup>. Keza, ispat değeri ve ispat yükü konusunda aynı husus geçerliliğini korumakta; ispat yükü ve ispat değeri ulusal hukukun düzenleme konusunu oluşturmaktadır<sup>344</sup>. Mahkeme'nin görevi delillerinin ne şekilde toplandığını içerecek şekilde muhakemenin bir bütün olarak adil olup olmadığını belirlemektir<sup>345</sup>. Bununla birlikte ulusal yargı makamlarının görevi ise tarafların ileri sürdüğü delillerin, iddia ve görüşlerin düzgün bir şekilde incelenmesini yürütmektir<sup>346</sup>. Ayrıca Mahkeme, görevinin kural olarak belirli bir delil türünün, örneğin hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delilin kabul edilebilirliği hakkında karar vermek olmadığını ifade etmektedir<sup>347</sup>. Mahkeme'ye göre bu noktada cevap verilmesi gereken soru yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır. Dolayısıyla bu kapsamda Mahkeme hukuka aykırı yollardan elde edilen delilin yargılamada belirleyici etkisinin olmaması ve başvuruçunun diğer usuli güvencelerinin, savunma hakkının sağlanması durumlarında yalnızca hukuka aykırı delilin varlığını yargılamanın adilliğini etkilemediği kanaatindedir<sup>348</sup>. Böylelikle Mahkeme hukuka aykırı delilin kullanılmasını doğrudan Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olarak görmemekte; yargılamanın bütününe değerlendirmektedir<sup>349</sup>. Nitekim Sözleşme'nin 8. maddesi

<sup>343</sup> *Schenk/İsviçre*, 10862/84, 12.07.1988, p.46; *Matovanelli/Fransa*, 21497/93, 18.03.1997, p.34; *Moreira Ferreira/Portekiz* (No.2), 19867/12, 11.07.2017, p.83.

<sup>344</sup> *Tiemann/Fransa ve Almanya*, 47457/99, 47458/99, 27.04.2000, p.2.

<sup>345</sup> *Elsholz/Almanya*, 25735/94, 13.07.2000, p.66.

<sup>346</sup> *Van De Hurk/Hollanda*, 16034/90, 19.04.1994, p.59.

<sup>347</sup> *Khan/Birleşik Krallık*, 35394/97, 12.05.2000, p.34.

<sup>348</sup> *Schenk/İsviçre*, 10862/84, 12.07.1988; *Khan/Birleşik Krallık*, 35394/97, 12.05.2000.

<sup>349</sup> 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin altıncı fıkrası ve 5237 sayılı CMK'nın 206. maddesinin ikinci fıkrası ve 217. maddesinin ikinci fıkrası hukuka aykırı delillerin hükümde kullanılmasını ve dayanak teşkil edilmesini mutlak olarak yasaklamaktadır. Öğretide, mutlak değerlendirme yasağı, çıkarların dengelenmesi (*nisbi değerlendirme yasağı*), delillerin hukuka uygun kabul edilebilirliği, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi yönünden hukuka aykırı delillere ilişkin çeşitli görüşler mevcuttur. Türkiye'de nisbi değerlendirme yasağının geçerli olabileceğini ileri süren yazarlar mevcut olduğu gibi, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi yönünden mutlak değerlendirme yasağını savunan yazarlar da mevcuttur. Anayasa hükmünün hukuka aykırı delillerin kullanılmasına açıkça cevaz vermediğinden kullanılmayacağı yönünde bkz. **Çınar**, Ali Rıza; "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBB Dergisi, 2004, S.55, s.63, 64. Hukuka aykırı deliller hakkında ileri sürülen görüşler ve mutlak değerlendirme yasağının ileri sürüldüğü çalışma için bkz. **Akyürek**, Güçlü; "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", TBB Dergisi, 2012, S.101, s.61-82. Hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin geçerli olduğu yönünde bkz. **Öztürk**, Bahri; Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları: Hukuka

ihlal edilerek elde edilen hukuka aykırı delilin kullanılmasını; somut olayda tek delil olmamasına, kaydın gerçekliğine itiraz etme imkânına ve başvuruçunun savunma hakkını kullanmış olmasına dayanarak hakkaniyete uygun yargılama olduğunu düşünmektedir<sup>350</sup>.

Mahkeme delilleri değerlendirme ve deliller ile ispat yüküne ilişkin olarak ilkeleri belirlemenin ulusal makamlara ait bir görev olduğunu belirtmektedir. Ancak yargılamanın bütününe adil olup olmadığına kanaat getirme görevini ifa ederken; savunma hakkına saygı gösterilip gösterilmediğine, delillerin kullanımına ve gerçekliğine itiraz etme imkânı tanınıp tanınmadığına, delillerin kalitesi ve delillerin elde edildiği koşullar ile bu koşulların delillerin doğruluğu ve gerçekliği üzerine şüphe uyandırıp uyandırmadığına odaklanmaktadır<sup>351</sup>. Bu çerçevede Mahkeme ulusal yargı makamlarının delil takdirine keyfi veya açıkça adil olmayan sonuçlara yol açmadıkça karışmamaktadır<sup>352</sup>. Dolayısıyla, Mahkeme'nin ulusal makamların delil takdirinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkını zedelememesi için delillerin gerçekliğine ve kullanımına ilişkin olarak itiraz hakkı tanınması ve savunma hakkının kullanılmasına saygı gösterilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edilmesi sonucunda elde edilen delilin kullanılması noktasında Mahkeme'nin daha hassas davrandığının tespitini yapmak mümkündür. Mahkeme işkence ve insanlık dışı muameleye dayanarak toplanan delillerin mahkumiyet hükmü üzerinde belirleyici olmasa bile yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğacağını belirtmektedir<sup>353</sup>. Keza işkence veya kötü muamele sonucu elde edilen delillerin ağırlığına bakılmaksızın maddi olayların ispatlanmasında kabulünün, delil değerine ve mahkumiyet hükmü üzerinde belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan duruma getirdiğini tespit etmiş bulunmaktadır<sup>354</sup>. Ancak Mahkeme delil dışlama kuralları hususunda Avrupa konsensüsü bulunmadığını belirterek, mahkumiyet hükmünün soruşturma evresinde insanlık dışı muamele sonucu elde edilen ikrara dayanmayıp, yargılama sürecinde elde

---

Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi, Ankara 1995, s.32, 33.

<sup>350</sup> *Khan/Birleşik Krallık*, 35394/97, 12.05.2000, p.35.

<sup>351</sup> *Bykov/Rusya*, 4378/02, 10.03.2009, p.89.

<sup>352</sup> Bu yönde bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.261.

<sup>353</sup> *İçöz/Türkiye*, 54919/00, 09.01.2003; *Jalloh/Almanya*, 54810/00, 11.07.2006, p.99; *Haratyunyan/Ermenistan*, 36549/03, 28.06.2007, p.63.

<sup>354</sup> *Gäfgen/Almanya*, 22978/05, 01.06.2010, p.166; *Cēsniēks/Letonya*, 9278/06, 11.02.2014, p.66.



edilen ikrara dayanarak hüküm kurulmasını yargılamanın bütününe değerlendirerek adil olduğu kanaatini paylaşmaktadır<sup>355</sup>. Burada belirtilmesi gereken husus, Mahkeme'nin hukuka aykırı delillerin dışlanmasına ilişkin bir ilke ortaya koymak konusunda çekingenlik göstermesidir. Zira *Gäfgen/Almanya* kararının karşı oy görüşlerinde ifade edildiği üzere, bu konudaki hukuka aykırı delillerle ilgili olarak nedensellik zincirinin kırıldığı görüşüne katılmak mümkün olmamakla birlikte, hakkaniyete uygun bir yargılama için hukuka aykırı delillerden elde edilen delillerin mutlak olarak değerlendirme yasağı kabul edilmeli ve hukuka aykırı delillerin uzak etkisi teorisinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>356</sup>.

Nitekim bu yönde belirsiz durumlar yaratan, taraf devletlerin hukuka aykırı deliller hususunda delil dışlama kurallarını belirlemesi yaklaşımı; hakkaniyete uygun yargılanma hakkının özünü oluşturan bir meseleyi görmezden gelmeye ve Mahkeme'nin esnek bir denetim gerçekleştirmesine yol açmaktadır. Bu nedenle, hukuka aykırı delillerin dışlanması kuralı hakkaniyete uygun yargılanma hakkının özüne ilişkin olduğundan, Mahkeme bu noktada daha net bir tavır sergilemelidir. Aksine bu konuyu açıkça ulusal makamlara bırakmış görünmekte; somut olayın koşullarına göre yargılamanın bütününe göz önünde bulundurmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu belirsiz durum ulusal makamların asgari standart teşkil eden Sözleşme'nin öngördüğü güvencelerden daha özgürlükçü bir düzeni tercih etmelerine engel değildir. Yine vurgulamak gerekir ki Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesinin

---

<sup>355</sup> Mahkeme'nin söz konusu kararı tartışmalıdır. Yukarıda belirtilen ilkelerinden sapmaksızın karar vermeye çalışan Mahkeme, ulusal yargı makamının çocuğun öldürmesiyle suçlanan başvuruçunun yasak ifade ve sorgu yöntemleriyle elde edilen tartışma konusu delillerin, yargılama sürecinde elde edilen ikrar ve şüphelinin evinin aranması sonucu elde edilen delillerle mahkum edildiğini ve tartışma konusu delillerle nedensellik zincirinin kırıldığı kanaatindedir. Somut olayda ek delil olarak hukuka aykırı olarak dolaylı yolla elde edilen delillere de ek delil olarak dayanılmıştır. Mahkeme somut olayda kamu yararını ve adil yargılanma hakkına ilişkin bireysel yararı dahi tartma yoluna girmiş görünmektedir. Delil dışlama kuralları hususunda konsensüs bulunmadığından, tartışma konusu delillerin dışlanmasa da yargılamanın adil olduğuna ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki Mahkeme net bir cevap vererek Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir biçimde elde edilen delillerin dışlanması kuralının bir ilke olarak kabul etmek hususunda çekince göstermekte ve yargılamanın bütünü adil olduğu sürece bu hususu ulusal makamlara bırakmış görünmektedir. Ancak bunu yaparken genel ilkelerini esnettiğini söylemek mümkündür. Karar on bire karşı altı oyla alınmıştır. Karşı oy sahibi yargıçlar tarafından, isabetli bir biçimde zehirli ağacın meyvesinin dışlanması gerektiği ileri sürülmektedir. *Gäfgen/Almanya*, 22978/05, 01.06.2010, p.169-188. Bkz. **Dülger**, Murat Volkan; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanılması Sorunu", TBB Dergisi, 2014, S.111, s.407

<sup>356</sup> Bu noktada Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline bu yol açan delillerin ve bu delillerden elde edilen dolaylı delillerin açıkça dışlanmaksızın hüküm kurulması hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline yol açmalıdır. *Gäfgen/Almanya* kararının kapsamlı ve tutarlı bir eleştirisi için bkz. **Dülger**, "Deliller.", s.325-410. Benzer yönde bkz. **Doğru**, Takdir Marjı., s.137, 138.

ihlali yoluyla elde edilen delillerin kullanılmasına cevaz vermemekte; bu delillere dayanmaksızın nispi değerlendirme yasağının ya da mutlak değerlendirme yasağının seçimini ulusal makamlara bırakmaktadır<sup>357</sup>.

### **7- Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı Bakımından Takdir Marjının Uygulama Alanının Genişlemesi**

Mahkeme tarafından hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin olarak, biri *İHAM kararlarının yerine getirilmesi*, diğeri *savunma hakkıyla* bağlantılı iki güncel kararında takdir marjı doktrininin uygulamasının incelenmesi gerektiği düşünülmektedir. Zira, Büyük Daire tarafından bu kararlar dokuza karşı sekiz oyla alınmış olup, takdir marjı doktrininin söz konusu kararlarda belirgin rolü göz önüne alındığında, ayrıca inceleme konusu yapılması yararlı görülmektedir.

Mahkeme tarafından verilen hüküm Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükler hakkında bir ihlalin varlığı veya yokluğu üzerine olup, ulusal makamlar dava sonucunda ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak, başvurucaı ihlal öncesi duruma getirmek ve mevcut doğabilecek ihlallerin önüne geçmek yükümlülüğü altındadır<sup>358</sup>. Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca taraf devletler karara uymayı taahhüt etmekte; Avrupa Konseyi organı olan Bakanlar Komitesi ise kararların infazının denetimini yapmaktadır. Ancak Mahkeme'nin ihlal kararı sonrasında ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmanın nasıl ve hangi yöntemle olacağına ilişkin hukuki sorun gündeme gelmektedir. Bu konuya ilişkin Mahkeme'nin ise takdir marjı doktrinine atıfla sorunu çözümlenmeye çalışmayı tercih ettiği görülmektedir<sup>359</sup>.

Bu kapsamda örnek mahiyetinde güncel bir kararı irdelemek gerekirse, somut olay kapsamında başvurucaı ayırt etme gücünden yoksunluğu nedeniyle cezai sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle bir üst mahkemeye başvurmuş, ancak temyiz mahkemesi ise başvurucaının gıyabında yerel mahkemenin kararını

---

<sup>357</sup> Mahkeme delilin elde edilmesi sırasında ihlal edilen hak/çıkara ile hukuka aykırı delilin kabul edilmemesi halinde ihlal edilen hak/çıkara arasında orantılı bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade eden nispi değerlendirme yasağını uyguladığı görülmektedir. Ancak bu noktada delil dışlama kurallarının tercihini ulusal makamlara bırakmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilerek elde edilen hukuka aykırı delillerin belirleyici delil olmaması, savunma hakkının tanınması halinde hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermektedir. Bununla birlikte Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilerek delil elde edilmesinde daha hassas davranarak bu delillerin mahkumiyet hükmü üzerinde belirleyici olup olmamasına bakmaksızın yargılamanın bütününe adillğini etkileyeceğine karar vermektedir. Ancak Mahkeme daha sonra yapılan ikrara dayanılarak hüküm kurulmasını ise hakkaniyete uygun kabul etmektedir. Bu kapsamda nispi değerlendirme yasağının kabul edildiği yönünde bkz. **Akyürek**, s.68.

<sup>358</sup> **Karaman**, s.414.

<sup>359</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz*, 19867/12, 11.07.2017.

bozmaksızın yalnızca verilen para cezasını indirmiştir. Bunun üzerine İHAM'a yapılan ilk başvuru sonucunda, başvuru sahibinin yokluğunda duruşma yapılmasının Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiş; ardından başvuru sahibinin söz konusu kararın gereğinin yerine getirilmesi için ulusal hukukta ileri sürdüğü yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi ise İHAM'a yapılan ikinci başvurunun sebebinin oluşturmuştur<sup>360</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesi için mutlaka yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak gerekmediği ileri sürülmektedir<sup>361</sup>. Nitekim makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği ya da infazın gerçekleşmesinden sonra ihlale karar verilmiş olması durumlarında yargılamanın yenilenmesi gereksiz olabilmektedir<sup>362</sup>. Keza Mahkeme, kararın nasıl yerine getirileceğini taraf devletlere bırakmış bulunmakta ve kararın infazının denetimi ise Bakanlar Komitesi'ne ait olmaktadır. Taraf devletler kararın uygulanması için gereken tedbirleri almak yükümlülüğü altındadır; ancak kararın gereğinin yerine getirilmesinin biçimi ve içeriğini taraf devletlerin kendisi belirlemektedir<sup>363</sup>. Ancak Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararlarında belirtildiği üzere, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın düzeltilmesi veya yargılamanın yenilenmesi en uygun ve tek çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>364</sup>.

Somut olayda ise başvuru İHAM'ın adil yargılanma hakkının ihlaline karar verdiği için mahkumiyetinin denetlenmesinin reddedilerek ilgili ceza usul kanununun uygulanmasında Yüksek Mahkeme'nin ciddi hata yaptığını, İHAM'ın ihlal kararı ile artık mahkumiyeti hakkında ciddi kuşklar uyandığını, yeniden yargılama talebinin reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ve kararların infazına ilişkin Sözleşme'nin

---

<sup>360</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, p.18-26.*

<sup>361</sup> **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Korkmaz**, Ömer; "Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali", DEÜSBED, C.V, S.2, 2003, p.198.

<sup>362</sup> **Doğru**, Osman; "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, 2000, C.XVII, s.203; **Erdem/Korkmaz**, s.198, dn.77.

<sup>363</sup> Sözleşme'nin taraf devletlere yargılamanın yenilenmesi yükümlülüğü yüklediği hakkında bkz. **Erdem/Korkmaz**, s.192, 193. Mahkeme güncel tarihli kararında Bakanlar Komitesi'nin 2 No'lu tavsiye kararına atıfta bulunmuş, ihlal kararları sonrasında ceza davalarında yargılamanın yenilenmesinin kabul edildiği çok sayıda devletin olduğunu saptamıştır. Ancak kararın yeniden değerlendirilmesi veya yargılamanın yenilenmesi için başvuru yapılan yargı yeri, yerel mahkeme veya Yüksek Mahkeme olmak üzere değişkenlik göstermektedir. İhlal kararının ardından ulusal hukukta yargılamanın yenilenmesi imkânına açıkça yer vermeyen ülkeler; Arnavutluk, Danimarka, İzlanda, İtalya, Malta, İsveç ve Birleşik Krallık'tır. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu otuz beş ülkenin mevzuatlarında ise yargılamanın yenilenmesine veya kararın yeniden değerlendirilmesine açıkça yer verildiği belirtilmiştir. *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, p.34 vd.*

<sup>364</sup> **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s.130, 131.

46. maddesini ihlal ettiği gerekçeleriyle Mahkeme'ye başvurmuştur<sup>365</sup>. Hükümet ise ilgili hükmün yorumlanmasında ulusal makamların geniş takdir marjı bulunduğunu, yargılamanın yenilenmesi kurumunun Portekiz Hukuku'nda ne mutlak ne de otomatik olduğunu ileri sürmüştür<sup>366</sup>. Portekiz Ceza Usul Kanunu uyarınca taraf olunan uluslararası sözleşmeler gereğince verilen bağlayıcı kararlarla uyuşmayan bir hüküm varsa ve söz konusu karar hükmün geçerliliği üzerinde ciddi kuşklar uyandırıyor ise yargılamanın yenilenmesi mümkün olabilmektedir<sup>367</sup>. Portekiz Yüksek Mahkemesi ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarda yeniden yargılamaya karar vermekte; ancak kesin hüküm (*res judicata*) niteliğini ortadan kaldırmamak adına, usuli eksiklikler ağır olmadığı müddetçe ceza davasının yeniden görülmesi talepleri reddedilmektedir.

Mahkeme'nin öncelikle bütüncül bir şekilde, delillerin değerlendirilmesi ve ulusal hukukun uygulanmasında söz konusu mevcut tutumunu aktardığı görülmektedir. Böylelikle ulusal mahkemeler tarafından yapılan maddi ve hukuki hatalar, Sözleşme'de güvence altına alınan hakları ihlal etmediği müddetçe Mahkeme tarafından denetlenmemektedir<sup>368</sup>. Diğer bir husus olarak Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi kapsamında, Sözleşme'nin 6. maddesinin bir kural koymadığını ve bu hususun esasen ulusal hukukun ve mahkemelerin alanına girdiğini belirtmektedir. Mahkeme dördüncü bir yargı yeri olarak davranmamakta (*fourth instance doctrine*); açıkça keyfi ya da makul olmayan bir değerlendirmede gördüğü noktada Sözleşme'ye uygunluk denetimi yaptığını vurgulamaktadır<sup>369</sup>. Sözleşme'de güvencelenen hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerle ilgili olarak, Mahkeme ulusal mahkemelerin karar gerekçelerinin otomatik ve basmakalıp olup olmadığına bakmaktadır<sup>370</sup>. Keza Mahkeme tarafından söz konusu ulusal makamların keyfiyete varan hukuki hataları, delil değerlendirmede keyfi ya da makul olmayan durumların varlığı "*adaletin reddi*" (*denial of justice*) olarak adlandırılmaktadır<sup>371</sup>.

Bu kapsamda ilkelerini somut olaya uygularken; İHAM kararlarının infazı için Portekiz Hukuku ve davanın koşulları göz önünde bulundurularak, yargılamanın

<sup>365</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz*, 19867/12, 11.07.2017, p.76, 77.

<sup>366</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz*, 19867/12, 11.07.2017, p.78-82.

<sup>367</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz*, 19867/12, 11.07.2017, p.27 vd.

<sup>368</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz*, 19867/12, 11.07.2017, p.83; *Bochan/Ukrayna (No.2)*, 22251/08, 05.02.2015, p.61; *Garcia Ruiz/İspanya*, 30544/96, 21.01.1999, p.28.

<sup>369</sup> Normal şartlarda ulusal mahkemelerin belirli deliller ya da değerlendirmeler hakkında ağırlık vereceği hususlar, Mahkeme'nin inceleme alanına girmememektedir. *Moreira Ferreira/Portekiz*, 19867/12, 11.07.2017, p.83.

<sup>370</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz*, 19867/12, 11.07.2017, p.84.

<sup>371</sup> *Bochan/Ukrayna (No.2)*, 22251/08, 05.02.2015, p.61.

yenilenmesinin ulusal makamların değerlendirmeleri için tavsiye edilebilir en tatmin edici seçenek olduğunu belirtmekte; ancak kararın infazı için tek seçenek olmadığını vurgulamaktadır<sup>372</sup>. Nitekim Mahkeme, önceki kararında yer alan kural olarak ifadesinden, bağlayıcı kararların nasıl infaz edileceği hususunda ulusal makamlara geniş bir manevra alanı tanıdığı sonucuna varmış bulunmaktadır<sup>373</sup>. Bununla birlikte, Mahkeme kararların yorumlanması hususunda ulusal makamlara belirli takdir marjı tanıdığını daha önceki kararında dile getirmiştir<sup>374</sup>. Ancak bu kararda, kararın infazı konusunda ulusal makamlara geniş takdir marjı tanıdığı zikredilmiştir.

Portekiz Yüksek Mahkemesi, İHAM'ın ulusal mahkemenin verdiği mahkumiyet hükmü hakkında ciddi şüpheler uyandırabileceği ihtimalini ortadan kaldırdığı ve hükmün geçerliliği hakkında şüphe bulunmadığına karar vererek İHAM'ın adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin olarak verdiği kararı ulusal hükümleri ışığında yorumlamıştır<sup>375</sup>. İHAM ise kararın infazı ve yorumlanması konusunda ulusal makamlara tanınan takdir marjı ışığında, yapılan yorumun geçerliliği hakkında fikirlerini ifade etmeye gerek olmadığına kanaat getirmiştir<sup>376</sup>. Böylelikle İHAM, Yüksek Mahkeme'nin takdir marjı kapsamında yorumladığı adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin İHAM kararının *çarpıtılmadığını* ve *yanlış sunulmadığını* kabul etmiş; adaletin reddine yol açan bir hukuki ya da maddi hatanın bulunmadığı sonucuna varmıştır<sup>377</sup>. Bu nedenle Mahkeme ikincil yetkisini ve ilk kararının ifadelerini göz önünde bulundurarak, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddinin ulusal makamların takdir marjı sınırları içerisinde kaldığına ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin delillerin değerlendirilmesi ve ulusal hukukun yorumlanması hakkında yaklaşımı dördüncü derece yargı yeri olmamasından kaynaklı bir yaklaşım olarak kabul edilebilir görünse de açıkça denilebilir ki Mahkeme, Yüksek Mahkeme'nin yaptığı yorumla ihlal kararının gereğinin yerine getirildiği ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığı kanaatindedir. Yargılamanın yenilenmesinin kabulü için mahkumiyet hükmünün geçerliliği için ulusal hukukta ek koşullar geçerli olabilmektedir. Ancak duruşma yapılmaksızın yargılama yapıldığından adil

---

<sup>372</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, p.94.*

<sup>373</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, p.93.*

<sup>374</sup> *Emre/İsviçre (No.2), 5056/10, 11.10.2011, p.71.*

<sup>375</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, p.26, 95.*

<sup>376</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, p.95.*

<sup>377</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, p.96, 97.*

yargılanma hakkının ihlalinin üzerinde, iç hukukta yeni yorumlar yapmak, örneğin olayda olduğu gibi ciddi şüphe uyandırmak yaklaşımının aranması Sözleşme'nin 6. maddesinin içeriğini boşaltabilecek sonuçlara yol açabilecektir. Kararın gereğinin yerine getirilmesi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararı uyarınca başvurunun eski hale iadesi ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması ile mümkün olabilmektedir. Bunun için en iyi aracın ise yargılamanın yenilenmesi olduğu kabul edilmekte ve tek seçenek olmasa da yargılamanın yenilenmesi kurumu otuz beş üye ülkede geçerliliğini korumaktadır. Bu husus karşı oy görüşlerinde dile getirilerek çoğunluk görüşüne sahip olan yargıçlar eleştiriye tâbi tutulmuşlardır<sup>378</sup>. Nitekim takdir marjı doktrini kapsamında kararın yorumlanmasında geniş takdir marjı tanınması, kararın en talihsiz noktası olarak nitelendirilmiştir<sup>379</sup>. Keza çoğunluk görüşüne katılan yargıçların Avrupa konsensüsünü yüksek bir eşikte belirleyerek, ulusal makamların takdir marjını sınırlarının ötesinde genişlettiklerini ileri sürmüşlerdir<sup>380</sup>. Karar kapsamında Avrupa konsensüsünün yanlış saptandığını, esasen somut olayda ihlal sonucunda ulusal hukukta öngörülen yargılamanın yeniden değerlendirilmesi ve yenilenmesi usullerinde, esasa ilişkin kabul edilebilirlik kriterlerinin belirlendiği çok az üye ülke bulunduğunu belirtmişlerdir<sup>381</sup>. Otomatik olarak yargılamanın yenilenmesinin olmayacağına, en azından şekli kriterlerin öngörüleceğine dikkat çeken yargıçlar, somut olayda davacı hükümetin uygulamasının azınlıkta kaldığına; Sözleşme'nin ihlali durumlarında Bakanlar Komitesi'nin tavsiye ettiği şekilde ihlalin giderilmesi konusunda açık bir Avrupa konsensüsü bulunduğu vurgu yapmışlardır<sup>382</sup>. Bununla birlikte, Sözleşme'nin ihlaline dayanarak yargılamanın yenilenmesinde Avrupa konsensüsünün oluştuğu ve esasa ilişkin kriterlere dayanarak yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi hususunda, yetkili mahkemelerin takdir marjının bulunmadığı kanaatini paylaşmaktadırlar<sup>383</sup>.

Nihayet bahse konu davada Büyük Daire'nin yaklaşımının, insan haklarının güvencelemesinde etkili bir mekanizma olan İHAM'ın etkililiğine gölge düşüren

<sup>378</sup> Görüşlerine katıldığımız *Yargıç Pinto*'nun karşı oyuna yer verilmiştir.

<sup>379</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, Yargıç Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović ve Küris'in katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu, p.54*

<sup>380</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, Yargıç Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović ve Küris'in katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu, p.50.*

<sup>381</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, Yargıç Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović ve Küris'in katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu, p.48.*

<sup>382</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, Yargıç Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović ve Küris'in katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu, p.49*

<sup>383</sup> *Moreira Ferreira/Portekiz, 19867/12, 11.07.2017, Yargıç Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović ve Küris'in katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu, p.60.*

cinsten olduğunu belirtmek mümkün gözükmemektedir. Mahkeme Avrupa Konseyi organı Bakanlar Komitesi'nin kararların infazı için tavsiye niteliğinde; ancak Sözleşme'nin etkililiğinin temini için önemle vurguladığı ve ortak bir yaklaşımın olduğu bir hususta taraf devletlerin geniş takdir marjının bulunduğunu belirterek, tarihsel bir çekingenlik örneği ortaya koymaktadır. Sözleşme'nin ihlali saptandığında kararın gereğinin yerine getirilmesi için ihlal bir yargı kararından doğuyorsa yargılamanın yenilenmesi kurumuna başvurmak noktasında Avrupa konsensüsü bulunmaktadır. Sözleşme'nin amacının yerine getirilmesini sağlamak maksadıyla Avrupa konsensüsü oluşan ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasında yeniden yargılama yapılmasında taraf devlete takdir marjı tanınmamalıdır.

Belirtmek gerekir ki Portekiz Hukuku'nda yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü için ihlal kararının mahkumiyet hükmünün üzerinde ciddi şüpheler uyandırması koşulu mevcutken; 5271 sayılı CMK'nın 311. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde ise mahkumiyet hükmünün kesinleşmiş ihlal kararına dayanması koşul olarak yer almaktadır<sup>384</sup>. Dolayısıyla, 5271 sayılı CMK açısından İHAM tarafından verilen kesinleşmiş ihlal kararlarının ulusal mahkemenin verdiği hükme etki ettiği durumda bir yıl içerisinde yargılamanın yenilenmesine başvurulabilmektedir. Bu nedenle 5271 sayılı CMK'da yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak isabetli bir biçimde esasa ilişkin kriterler belirlenmemiş olup, ihlal kararının yargılanma nedeni kabul edilmesi için ihlal kararı ile hüküm arasında sebep sonuç ilişkisinin varlığı ise yeterli kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra; 25.07.2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanunun 18. maddesiyle, ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmesi yanında, dostane çözüm veya tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi de yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak ilgili madde metnine eklenmiş bulunmaktadır. Somut olayda olduğu gibi gıyabında yargılama, tanık dinlenmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali lehe yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmektedir<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> **Bakım**, Sevi; "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi", MÜHF-HAD (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), C.IXX, 2013, S.2, s.919-951. Öğretide, İHAM kararlarının Anayasa Mahkemesi için yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edip etmediği tartışılmaktadır. İptal ve itiraz davaları için yargılamanın yenilenmesi mümkün görülmemekte; ancak siyasi parti kapatma ve Yüce Divan yargılamaları için yargılamanın yenilenmesinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Döner**, Ayhan/**Köküsarı**, İsmail; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu", GÜHFD, C.XII, 2008, S.1-2, s.663-686.

<sup>385</sup> İHAM kararlarının yeniden yargılamaya elverişli içerikte olması gerektiği kabul edilmektedir. Keza makul sürede yargılanma hakkının ihlali ile gözaltında sürenin aşılması ihtimallerinde yargılamanın

Adil yargılanma hakkı içtihatları içerisinde takdir marjı doktrininin tartışmalı bir diğer kullanımı ise savunma hakkıyla bağlantılı bir kararda ortaya çıkmış bulunmaktadır<sup>386</sup>. Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde, suç ile itham edilen herkesin kendisini bizzat veya seçeceği bir müdafî yardımı aracılığıyla savunma hakkı tanındığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, adaletin sağlanması adına taraf devletlerin hukuk sistemlerinde, dava süresince avukatla temsil zorunluluğunun geçerli kabul edildiği görülmektedir<sup>387</sup>. Bu konuya ilişkin olarak ise Büyük Daire tarafından, mahkemeye hakaretten dolayı yargılanan bir avukatın kendini bizzat savunma isteminin reddedilmesinin ve avukat olan sanığın ceza yargılamasında müdafîyle temsil edilme zorunluluğunun bulunmasının, yargılamanın bütünü göz önüne alındığında adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine karar verilmiştir<sup>388</sup>. Bununla birlikte, 2001 tarihinde başvuru benzer şikâyetlere dayanan başvurusu incelenmiş ve açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına hükmedilmiştir. Kabul edilemezlik hakkındaki söz konusu kararda, suç isnadıyla karşılaşan bir kimsenin kendisini bizzat veya avukat aracılığıyla savunma hakkıyla bağlantılı olarak, adalet mekanizmalarında savunma hakkının güvence altına alınması için uygun araçların seçilmesinde Mahkeme'den daha iyi konumda bulunan taraf devletlere takdir marjı tanındığı belirtilmiştir<sup>389</sup>.

2018 tarihli *Correia de Matos/Portekiz* Büyük Daire kararında ise Mahkeme'nin ikincillik ilkesini ve takdir marjı doktriniyi uygulayarak sonuca vardığı ve kararın dokuza karşı sekiz çoğunlukla alındığı görüldüğünden, ilgili kararın takdir marjı doktrini açısından önem arz ettiği düşünülmektedir. Keza Mahkeme sonuca ulaşırken; Avrupa konsensüsünün bulunmadığı, yasama organı tarafından adalet mekanizmasının düzgün işlemesi adına müdafîyle temsil zorunluluğu getirildiğinden bahisle ilgili ve yeterli gerekçe gösterildiği, ayrıca yargılamanın bütünü değerlendirildiğinde adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği yönündeki çoğunluk kararına karşılık, karşı oy sahibi yargıçlar tarafından kararın kapsamlı bir şekilde eleştirildiği görülmektedir. Gerçekten de karar kapsamında yargıçlar arasında savunma hakkı bağlamında kişinin kendisini bizzat veya müdafî yardımıyla

---

yenilenmesi kurumu adil yargılanma hakkının ihlalini giderir nitelikte olmadığından, ihlalin bu yolla giderilmesi mümkün değildir. Bu konuda bkz. **Bakım**, s.934 vd.

<sup>386</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018.

<sup>387</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.318.

<sup>388</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, p.166-169.

<sup>389</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 48188/99, 15.11.2001.



savunması, diğerk bir deyişle başvuruçuya kendisini bizzat savunma şansı verilmemesi ve müdafiiyle temsil zorunluluğı noktasında karşılaştırmalı hukuk verilerinin irdelendiğı göze çarpmakta; ancak yargıçlar arasında dava konusu hakkında konsensüs oluşup oluşmadığı hususunda dahi görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Mahkeme tarafından öncelikli olarak ulusal makamların demokratik meşruluğına sahip olduğunun altı çizilerek, yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirmek için uluslararası mahkemelere nazaran daha iyi konumda buldukları belirtilmektedir<sup>390</sup>. Yasama organının takdir marjına sahip olduğu durumlarda, kural olarak takdir marjı doktrininin yasama organının hem belirli bir alana müdahalede bulunduğu kararlarını hem de yapılan düzenlemelerin Sözleşme'yle uyumlu olabilmesi ile yarışan kamusal ve özel menfaatler arasında denge kurulabilmesini sağlamak amacıyla kabul edilen ayrıntılı kuralları kapsadığı ifade edilmektedir<sup>391</sup>. Ancak yasama organının tercihleri ve ulaştığı çözümlerin Mahkeme'nin denetiminin dışında tutulduğu anlamına gelmediğı belirtilmekte; adil dengenin kurulup kurulmadığını tespit etmek, yasama organının yaptığı tercihlere öncülük etmek ve yasama işlemleri sürecinde göz önünde bulundurulan unsurları dikkatlice incelemek Mahkeme'nin görevi kapsamında değerlendirilmektedir<sup>392</sup>. Bu çerçevede taraf devletin takdir marjının sınırı, sanığın korunması ve kamu menfaatleri ile bağlantılı olduğu belirtilmekle beraber; sanığın kendisini müdafii olmaksızın bizzat savunma hakkı tanınması noktasında, taraf devletler arasında eğilim bulunmakta; ancak bu konuda, hakkın nasıl ve ne zaman tanınacağı büyük ölçüde değişkenlik gösteren ulusal mevzuatlarda bir konsensüsün varlığı kabul edilmemektedir<sup>393</sup>. Mahkeme'nin ardından avukatların adaletin işleyişindeki özel rolüne atıf yaptığı görülmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, davalı hükümetin ilgili ve yeterli gerekçesinin bulunup bulunmadığı ile yargılamanın bütünüünün adilliğini kümülatif bir biçimde incelediğı görülmektedir.

Böylelikle Mahkeme'ye göre; (i) Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi sanığa savunmasını bizzat gerçekleştirme yönünde bir hak

<sup>390</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, p.116.

<sup>391</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, p.117.

<sup>392</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, p.117.

<sup>393</sup> Karşılaştırmalı hukuk verilerinin incelendiğı paragrafta otuz beş üye arasında inceleme yapıldığı belirtilmiştir. Buna göre otuz bir üye ülkede (Avusturya, Arnavutluk, Ermenistan, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Moldova Cumhuriyeti, Monako, Montenegro, Hollanda, Polonya, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya, İsveç, Türkiye, Ukrayna, Birleşik Krallık) bazı durumlarda zorunlu müdafilik kurumu bulunsa da genel kural olarak kişinin kendisini savunması kabul edilmektedir. İtalya, Norveç, San Marino ve İspanya'da kişinin kendisini bizzat savunması yasağı genel kural olarak geçerli olmaktadır. *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, p.81-84, 137.

tanınmasını zorunlu kılmamakta; (ii) mahkeme kararı veya iç hukuk hükümleri uyarınca, sanığın mahkeme tarafından atanan veya seçmiş olduğu bir avukatla temsil edilmesi ya da kendisini bizzat savunması şeklinde iki alternatif arasından hangisinin seçilmesi gerektiğine karar verilmekte; (iii) taraf devletlere bu seçimi yapmak hususunda sınırsız olmayan bir takdir marjı tanınmaktadır<sup>394</sup>. Nihayet bu ilkeler ışığında, yasama organının somut olayda yaptığı seçimlerin ilgili ve yeterli gerekçesinin bulunup bulunmadığını ve söz konusu ilgili ve yeterli gerekçeler bulunsa dahi ceza yargılamasının bütününe adil olup olmadığının değerlendirilmesi bağlamında, hukuk kuralını uygulayan yerel mahkemelerin kararlarında ilgili ve yeterli gerekçe gösterip göstermedikleri denetlenmektedir<sup>395</sup>. Mahkeme tarafından somut olay kapsamında, Portekiz hukukunda geçerli olan ceza yargılamasında zorunlu hukuki temsil kuralının amacının, adaletin düzgün işlemesi ve silahların eşitliğine saygı göstermek olduğu kabul edilmekte; başvurucunun yargılamanın adil olmadığını belirten geçerli bir argüman ileri sürmediği belirtilmektedir<sup>396</sup>.

Dolayısıyla Sözleşme sistemi içerisinde, sanığın kendisini bizzat savunması veya müdafî aracılığıyla temsil edilmesi konusunda ulusal makamlara takdir marjının tanındığı açıkça belirtilmiş bulunmaktadır. Yasama organı savunma hakkının genel kuralının çerçevesini çizerken, sanığın kendisini bizzat savunması veya zorunlu müdafîlik kurumunu kabul etmek hususunda ilgili ve yeterli gerekçeler ışığında değerlendirme yapmak serbestisine sahip olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, yerel mahkemeler kuralı uygularken söz konusu ilgili ve yeterli gerekçeleri kararlarında göstererek yargılamanın bütününe adil olmasını temin etmek yükümlülüğü altında bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki Mahkeme otuz bir üye ülkede sanığın kendisini bizzat savunmasının genel kural olarak kabul edilmesini ve uluslararası organ olan BM İnsan Hakları Komitesi'nin kişinin kendisini savunmasının mutlak bir yasak şeklinde düzenlenmemesi yönündeki kararını konsensüsün oluşması için yeterli görmemiştir. Nitekim Mahkeme, Sözleşme'nin dış etkilerden bağımsız bir biçimde yorumlanamayacağını belirtmiş; insan hakları koruma mekanizmalarının yorumlarının

---

<sup>394</sup> Mahkeme tarafından yasama organının savunma hakkı bağlamında tercihini yaparken ilgili ve yeterli gerekçesinin bulunup bulunmadığı denetlenmekte; ayrıca yerel mahkemelerin ilgili ve yeterli gerekçeleri kararlarında nasıl uyguladıkları incelenerek, ceza yargılamasının bütününe adil olup olmadığı denetime tâbi tutulmaktadır. Bkz. *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, p.143.

<sup>395</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, p.143.

<sup>396</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, p.159, 167, 168.

mümkün olduğunca uyum içinde olması gerektiğine değinmiştir. Ancak örnekleriyle birlikte yapılan yorumun her zaman uyum içinde olmayabileceğini dile getirmiştir<sup>397</sup>.

Mahkeme'nin söz konusu yaklaşımı, *Yargıç Pinto*<sup>398</sup> tarafından karşı oy gerekçesinde; takdir marjının gerekçesiz kullanımı, takdir marjını sınırlayan unsurlar ve takdir marjından sapma başlıkları altında tutarlı bir biçimde eleştirilmiştir. Buna göre; ulusal makamlara takdir marjı tanırken sağlam gerekçelerin bulunması gerektiği ileri sürülmüş; daha iyi konumda bulunma gerekçesinin (i) ahlaki, etik ve dini konular (ii) kamu gücünün kullanılmasına ilişkin konular ile cezai ve diğer önleyici tedbirler (iii) kamu kaynakları ve giderleri (iv) toplumsal düzeyde mülkiyet, çevre ve göç konuları olmak üzere dört başlık altında kullanıldığını belirtmiştir<sup>399</sup>. Böylelikle Mahkeme'nin sosyal yaşamın önemli konularını denetlemekte rahat hissetmediğini ortaya koymuş; ancak somut olayda iddia edildiği gibi ulusal makamların daha iyi konumda bulunduğu bu durumlardan hiçbirinin elde edilmediği ve çoğunluğun niçin ulusal makamların daha iyi konumda bulunduğunu tartışmadıklarını vurgulamıştır<sup>400</sup>. Bu durum neticesinde ise ilkeler, değerler, siyasi hoşgörü ve yargısal el çekme hakkında yargının kendi kendini sınırlamasının kolayca bir bilinmezliğe dönüştüğünün altını çizmiştir<sup>401</sup>. Yargıç takdir marjının sınırlandırılması konusunda karşı oy görüşünde, Portekiz'in sanığın kendini savunmasını yasaklayan uygulamasının diğer otuz beş ülkede görülmediğinin, bu nedenle de çoğunluğun kararının aksine konsensüsün var olduğunun tespitini yapmıştır. Bunun yanı sıra takdir marjından sapıldığını ortaya koyan yargıç; ilgili ve yeterli gerekçe aranan somut olayda takdir marjının usuli kullanımının gereksiz şekilci olduğunu, yasama sürecinin incelemeyi onaylanmasının hakların korunmasının yerine geçtiğini, bu şekilde Mahkeme'nin yasama sürecini denetlemede aşırı düşük standartların hiçbir şekilde aşılamayacağını, eğer bu denetim taraf devletlerin yükümlülüklerinden serbest kalmasına yol açarsa takdir marjının sınırsız olacağını belirtmiştir<sup>402</sup>. Yargıç kararın Avrupa'nın kara geçmişine geri dönüşün habercisi olduğunu ve sanığın iradesine

<sup>397</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, p.134, 137.

<sup>398</sup> *Yargıç Pinto*'nun Mahkeme'nin takdir marjı doktrini uygulamasına karşılık, genel olarak muhalif bir tutum sergilediği görülmektedir.

<sup>399</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, *Yargıç Sajó'nun katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu*, p.5, 8.

<sup>400</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, *Yargıç Sajó'nun katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu*, p.10, 12.

<sup>401</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, *Yargıç Sajó'nun katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu*, p.12.

<sup>402</sup> *Correia de Matos/Portekiz*, 56402/12, 04.04.2018, *Yargıç Sajó'nun katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu*, p.42.

rağmen, onun çıkarlarını belirleyen sınırsız güce sahip devletin elinde nesne olarak nitelendirildiğinin altını çizmiştir<sup>403</sup>.

Bu görüşe benzer bir şekilde *Yargıçlar Tsotsoria, Motoc ve Mits* ortak karşı oy görüşlerinde, takdir marjının kapsamının belirlenmesinde oluşan konsensüsün dikkate alınması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>404</sup>. Bunun yanı sıra; cezanın ağırlığı, davanın karmaşıklığı, başvurucunun eğitimi gibi unsurların değerlendirilmesinin eksikliği nedeniyle, yerel mahkeme tarafından bireyselleştirilmeyen kararın gerekçesi yeterli görülmemiştir<sup>405</sup>. Ayrıca karşı oy sahibi yargıçlar tarafından, somut olay kapsamında üye ülkelerin uygulamalarının ve uluslararası insan hakları hukukundaki gelişmelerin gösterdiği üzere, ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırlı olduğu ileri sürülmüştür<sup>406</sup>. Böylelikle, söz konusu yargıçlar taraf devletin ilgili ve yeterli gerekçeler sunmadığını ve takdir marjının sınırlı olmasını göz önünde bulundurarak, yargılamanın bütününe adil olarak değerlendirilemeyeceği kanaatini paylaşmışlardır.

Gerçekten de Mahkeme kararının gerekçesini teşkil eden Büyük Daire'nin çoğunluk kararının konsensüse ilişkin saptamalarına katılmak mümkün gözükmemektedir. Mahkeme yaklaşım itibarıyla, sanığa tanınan savunma hakkının kendisini bizzat veya atanmış ya da seçilmiş müdafii aracılığıyla temsil edilerek savunmasını seçimlik alternatif olarak değerlendirmektedir. Ancak İnsan Hakları Komitesi'nin yaklaşımı, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerdeki uygulama ve gelişmeler göstermektedir ki sanığın kendisini bizzat savunmak istemesi durumunda bir serbesti tanınmakta, sadece ağır suçlarda veya sanığın durumu göz önünde bulundurularak zorunlu müdafilik kurumunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle somut olayda Portekiz Hukuku'nda yargı otoritesiyle karşılaşıldığı anda avukatla temsil zorunluluğunun kabul edilmesi, Avrupa konsensüsü ile bağdaşmamaktadır. Tüm bu gerekçeler ışığında taraf devletin yasama organının bu konuda dar takdir marjının bulunduğu saptanması isabetli bir yorum olarak düşünülmektedir. Mahkeme'nin ise yasama organına bir müdahalede bulunma çekincesi içerisinde kendi kendisini sınırlama durumunun ortaya çıktığı görünmektedir.

---

<sup>403</sup> *Correia de Matos/Portekiz, 56402/12, 04.04.2018, Yargıç Sajó'nun katılmış olduğu Yargıç Pinto De Albuquerque'nun karşı oyu, p.82.*

<sup>404</sup> *Correia de Matos/Portekiz, 56402/12, 04.04.2018, Yargıçlar Tsotsoria, Motoc ve Mits'in karşı oyu, p.6.*

<sup>405</sup> *Correia de Matos/Portekiz, 56402/12, 04.04.2018, Yargıçlar Tsotsoria, Motoc ve Mits'in karşı oyu, p.36.*

<sup>406</sup> *Correia de Matos/Portekiz, 56402/12, 04.04.2018, Yargıçlar Tsotsoria, Motoc ve Mits'in karşı oyu, p.37.*

Görüldüğü üzere, adil yargılanma hakkında takdir marjı doktrininin kullanılması tartışmalara neden olmaktadır. Adil yargılanma hakkı bağlamında takdir marjı doktrini uygulaması en çok mahkemeye erişim hakkı bünyesinde ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan kavramların içeriğinin doldurulmasında otonom kavramlar doktrini uyarınca kendi yorumunu yapmaktadır. Bu noktada takdir marjı doktrinine atıfla ulusal hukukun adlandırmasının belirleyici olmadığı gözükmemektedir. Bununla birlikte, delillerin değerlendirilmesinin ulusal makamların takdir marjının vurgulandığı bir diğer alan olarak ortaya çıkmaktadır. Keza güncel tarihli kararlarda adil yargılanma hakkında takdir marjı doktrininin uygulamasının kapsamının genişlediği ve daha tartışmalı bir hal aldığı karşı oy gerekçelerine yansımış bulunmaktadır. Taraf devletlerin ulusal makamlarına düşen görev ise adil yargılanma hakkının güvencelerini dikkate alarak yargılama usulü kurallarını düzenlemek ve sanığın devlet otoritesiyle karşılaştığı düzlemde sahip olduğu haklarına saygı göstererek bir usul sürdürmektir. Keza Sözleşme'nin güvence sistemi asgari standartları ortaya koymakta olup, bu standartları geliştirerek çağdaş bir hukuk sistemi kurgulamak taraf devletlerin elindedir.

### C- Etkili Başvuru Hakkı

Sözleşme'nin 13. maddesinde koruma altına alınan *etkili başvuru hakkı*, ihlal iddiasında bulunan bir kişinin ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını güvence altına alan bir usul hakkı olmakla birlikte; taraf devletlere insan haklarının ihlalleri iddiasına karşılık etkili bir hukuk yolu kabul etmek yükümlülüğü getirmektedir<sup>407</sup>. Ancak etkili başvuru hakkı Sözleşme sistemi içerisinde bağımsız bir madde olmayıp, Sözleşme'nin başka bir maddesiyle birlikte ileri sürülebilmektedir. Yine de Sözleşme'nin 13. maddesinin bağlantılı bulunduğu madde hükmü ihlal edilmeksizin, etkili başvuru hakkının ihlal edilmesi mümkündür<sup>408</sup>.

Kabul edilebilirlik kriterlerini düzenleyen Sözleşme'nin 35. maddesinde iç hukuk yollarını tüketme koşulu bulunmaktadır. Zira etkili başvuru hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 13. maddesi ile kabul edilebilirlik kriterlerini belirleyen Sözleşme'nin

<sup>407</sup> **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.559, 560. Bu konuda bkz. **Tanrıkulu**, Sezgin; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.10 vd.; **Aksoy**, Emine Eylem; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 13 Maddesi: Etkili Başvuru Hakkı”, GSÜ Yayınları (Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı), 2004, s.17-24.

<sup>408</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.415. Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmiş olması için Sözleşme'nin diğer maddelerinin ihlal edilmesini aramayıp, etkili başvuru hakkının özerk bir hak olma yönünü güçlendirmektedir. Bu yönde bkz. **İnceoğlu**, Sibel; “Etkili Başvuru Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.439, 440.

35. maddesi, ayrıca insan haklarına saygı yükümlülüğünü düzenleyen Sözleşme'nin 1. maddesi, Sözleşme sisteminin ikincil niteliğini ortaya koymakta; Sözleşme'nin koruduğu hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle ulusal makamlar önünde incelenmesi ve düzeltilmesi olanağının tanınması gerektiğini somutlaştırmaktadır<sup>409</sup>. Böylece Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri güvence altına almak yükümlülüğü ulusal makamlara ait olmaktadır. Öğretide, ulusal başvuru yollarının kapsamlı ve etkili bir biçimde iç hukukta geçerli kılınmasının; İHAM önündeki dava sayısını azaltarak, Mahkeme'nin iş yükünü hafifleteceği ve bu durumun sonucunda Mahkeme'nin üzerindeki baskının kalkacağı, incelenen başvurularda içtihadın daha nitelikli olacağından bahisle, ulusal makamlardan beklenenlerin daha açık bir hal alacağı ifade edilmektedir<sup>410</sup>. Dolayısıyla, etkili başvuru hakkı aracılığıyla insan haklarına saygı yükümlülüğü gerçekleştirilecek ve Mahkeme'nin ikincil rolü hayata geçirilmiş olacaktır.

Belirtmek gerekir ki etkili başvuru hakkı için iç hukukta başvuru yolun yargısal makam olması gerekmekte; hukuken bağlayıcı kararlar verebilen yeterince bağımsız ulusal bir makâmın varlığı yeterli görülmektedir<sup>411</sup>. Bununla birlikte, aykırılık bulunduğu iddiasının belirli bir ciddiyet derecesine ulaşması gerekmekte, diğer deyişle savunulabilir bir iddia olmalıdır<sup>412</sup>. Nihayet etkili hukuk yolu, teoride ve pratikte etkili olmalı; ihlalin meydana gelmesini veya sürmesini engelleyen, eğer ihlal gerçekleşmiş ise yeterli giderim imkânı sunan bir hukuk yolu öngörmelidir<sup>413</sup>. Kabul edilebilirlik kriterleri açısından makul başarı şansı sunan hem teoride hem de pratikte erişilebilir, yeterli ve etkili olan hukuk yolunun tüketilmesi gerekmektedir. Ancak devletler etkili hukuk yolu öngörerek, Sözleşme'nin 13. maddesi bağlamında

---

<sup>409</sup> Sözleşme'nin tanıdığı hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü asıl olarak ulusal makamlara düşmektedir. Aynı yönde bkz. **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.562; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.413; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.578.

<sup>410</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.577.

<sup>411</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.585. Ancak ulusal makam, ihlale konu olan makâmdan bağımsız olmalıdır. Bu konudaki içtihatlar için ayrıca bkz. **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.561.

<sup>412</sup> *Boyle ve Rice/Birleşik Krallık*, 9659/82, 27.04.1988, p.52.

<sup>413</sup> Öğretide etkili hukuk yolu için *erişilebilir, yeterli ve etkili* olması gerektiği şeklinde tasnif yapılmaktadır. Mahkeme ise bu hususları birlikte incelemekte; esas olarak pratikte uygun ve etkili, erişilebilir bir hukuk yolunun bulunması gerektiğini belirtmektedir. Etkili hukuk yolu kamu makamının takdirine bırakılmamış veya güç koşullara bağlanmamış olmalı, diğer deyişle *erişilebilir* olmalıdır. Ulusal makam ihtilafı çözmeye yetkili olmalı ve giderim sistemi *yeterli* olmalıdır. Bununla birlikte, bir hukuk yolunun *etkili* olabilmesi için ihlalin meydana gelmesini veya sürmesini engellemeli veya gerçekleşmiş ihlale ilişkin olarak giderim imkânı sunmalıdır. Bu tasnif için bkz. **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.564. Mahkeme içtihatları için bkz. *Aksoy/Türkiye*, 21987/93, 18.12.1996, p.95; *Akdivar ve diğerleri/Türkiye*, 21893/93, 16.09.1996, p.65; *Gutsanovi/Bulgaristan*, 34529/10, 15.10.2013, p.88.

yükümlülüklerini yerine getirirken takdir marjına sahiptirler<sup>414</sup>. Böylece Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin ulusal hukukta korunması için bir hukuk yolunun var olmasını güvence altına almakta; taraf devletlere hüküm kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirme yöntemini seçmek bakımından takdir marjı tanınmış bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre ne Sözleşme'nin 13. maddesi ne de Sözleşme'nin kendisi, Sözleşme hükümlerinin iç hukukta etkili bir şekilde uygulanmasını güvence altına almak için herhangi bir usul öngörmektedir<sup>415</sup>. Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükler ne şekilde korunursa korunsun, hak ve özgürlüklerin özünün uygulanması için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına almaktadır<sup>416</sup>. Bu nedenle Sözleşme'nin 13. maddesinin belirli bir olayda uygulanması, ilgili taraf devletin Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilen egemenlik alanında bulunan herkesin hak ve özgürlüklerini doğrudan korumanın düzenlendiği haklarına saygı yükümlülüğünü ne şekilde yerine getireceğini seçme şekline bağlı olduğundan, insan haklarına saygı yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği egemen devletlerin seçim ve takdirine bırakılmış bulunmaktadır<sup>417</sup>.

Ancak insan haklarına saygı yükümlülüğünün nasıl ve ne şekilde yerine getirileceğinin ikincilik ilkesine uygun olarak taraf devletlere bırakılması, ulusal makamların denetimsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Yine de ilerleyen satırlarda inceleneceği üzere, Mahkeme'nin iç hukuk yolunun erişilebilir, yeterli ve etkili olup olmadığına karar verirken, son dönemde ikincilik ilkesine ağırlık verdiği görülmektedir. Başlangıçta etkili bir hukuk yolunun tespiti için kural olarak, başvurunun yapıldığı tarihteki hukuk yollarının etkili olup olmadığı incelenmektedir. Ancak Mahkeme ikincil niteliğine dayanarak, istisnai olarak başvurunun yapıldığı tarihten sonra, fakat başvurunun kabul edilebilirliği hakkında karar verilmesinden önce iç hukuk yolunun oluşturulmuş olması durumunda, başvuruçunun sonraki hukuk

---

<sup>414</sup> Taraf devletlerin bu hüküm kapsamında yükümlülüklerini yerine getirme tarzı bakımından takdir yetkisine sahip olmalarına rağmen, yetkili ulusal makamın uygun bir giderim imkânı sunan ve Sözleşme kapsamındaki şikâyetine esasını incelemesine izin veren bir iç hukuk yolunun tanınmasını gerekli kılmaktadır. *Rotaru/Romanya*, 28341/95, 04.05.2000, p.67.

<sup>415</sup> *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 8793/79, 21.02.1986, p.84; *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25.03.1983, p.113(d).

<sup>416</sup> *Boyle ve Rice/Birleşik Krallık*, 9659/82, 27.04.1988, p.52; *Soering/Birleşik Krallık*, 14038/88, 07.07.1989, p.120.

<sup>417</sup> *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25.03.1983, p.113. Ayrıca bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.413.

yolunu iç hukukta tüketmesi gerekebilmektedir<sup>418</sup>. Böylelikle ikincillik ilkesine ağırlık verilerek, hatta mevcut iç hukuk yolunda öngörülen usullerin etkililiği hakkında karar verilemeyeceği erken dönemlerde dahi başvuruları ulusal hukuka havale etmekte; bu şekilde iş yükünün hafiflemesini sağlamaktadır.

Bu konu aynı zamanda öğretide eleştiri konusu olmakta; Mahkeme'nin reform süreçlerine hakim olan verimlilik ilkesi gerekçesiyle, paradoksal bir şekilde en ciddi insan hakları ihlallerin en az şekilde korumasının sağlandığı dile getirilmektedir<sup>419</sup>. Keza, Türkiye'de terörle mücadele alanında tazminat komisyonlarının kurulmasının tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğuna karar verildiği *İçyer/Türkiye* kararının eleştirildiği görülmektedir<sup>420</sup>. Mahkeme daha önceki kararlarında köy boşaltma davalarında sosyal riske dayanan idare mahkemesi kararlarının tazminat sorumluluğunu yeterli görmemiş ve sorumluların cezalandırılmasının önemine vurgu yapmıştır<sup>421</sup>. Ancak Mahkeme *İçyer/Türkiye* kararıyla 1500'e yakın davayı pilot dava usulü ile tazminat komisyonlarına göndermiştir.

Bununla birlikte, Mahkeme *Ümmühan Kaplan/Türkiye* davasında uzun süreli yargılamaların Türkiye açısından yapısal bir sorun olduğunu tespit ederek, genel ilkelerini hatırlatmış ve Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmek için taraf devletin iç hukukta kullanması gereken araçları seçmede asıl sorumlu olduğunu belirtmiştir<sup>422</sup>. Ardından *Turgut ve diğerleri/Türkiye* davasında ise 6384 sayılı Kanun ile anayasa şikâyetinin yürürlüğe girdiği 23 Eylül 2012 tarihinden önce İHAM önünde derdest olan uzun yargılama şikâyetine ilişkin başvurular için etkili hukuk yolu kurulması için komisyon kurulduğundan bahisle, başvuru kabul edilemez bulunmuştur<sup>423</sup>. Böylelikle, Mahkeme pilot dava usulü aracılığıyla iç hukukta mevcut yapısal sorunun çözümünü taraf devlete bırakmıştır<sup>424</sup>.

---

<sup>418</sup> 2001 tarihli *Baumann/Fransa* davasında, başvuru tarihinde iç hukuk yollarının etkililiğinin incelenmesinin istisnalarının olabileceği kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. **Altıparmak**, Kerem; "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?", 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?, (yay.haz.: Kerem Altıparmak), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s.81.

<sup>419</sup> **Altıparmak**, "Pilot Kararlar.", s.106.

<sup>420</sup> *Altıparmak*'a göre, *İçyer/Türkiye* kararı Strasbourg birikimini hiçe sayan bir karardır. Nitekim, bu karar verimlilik üzerine inşa edilen reform süreçlerinin ne derece tehlikeli olabileceğine dair sembol niteliği taşımaktadır. Bu görüş için bkz. **Altıparmak**, "Pilot Kararlar.", s.101, 105. *İçyer/Türkiye*, 18888/02, 12.01.2006, p.73.

<sup>421</sup> *Menteş ve diğerleri/Türkiye*, 23186/94, 28.11.1997, p.89; *Akdıvar ve diğerleri/Türkiye*, 21893/93, 16.09.1996, p.71.

<sup>422</sup> *Ümmühan Kaplan/Türkiye*, 24240/07, 20.03.2012, p.67.

<sup>423</sup> *Turgut ve Diğerleri/Türkiye*, 4860/09, 26.03.2013.

<sup>424</sup> Pilot dava türleri üçe ayrılmaktadır. İlk olarak, ulusal hukuktaki bir kural veya uygulamanın Sözleşme'ye aykırı olduğu çok sayıda kişiyi etkileyen *spesifik ihlaller*, yani bir mahkemenin bağımsız



Mahkeme'nin ikincil niteliğinden hareketle, başvuru tarihinde etkili bir hukuk yolunun bulunup bulunmadığını incelediği genel kural yerine, istisna olarak sonradan kurulan hukuk yoluna başvurulması gerektiğini belirttiği diğer bir konu ise Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu'nun etkililiği sorunudur. Türkiye'de OHAL uygulamaları için 685 sayılı KHK ile kurulan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu'nun etkili bir hukuk yolu olup olmadığına ilişkin süregelen tartışmalar ve Mahkeme'nin bu konudaki yaklaşımı bu başlık altında incelenmeyi hakketmektedir. Komisyon'un kurulduğu, ancak henüz göreve başlamadığı tarihte verilen kabul edilemezlik kararlarında, Mahkeme OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu'nun kararlarına karşı idari ve AYM denetiminin mümkün olacağını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, Komisyon'a başvuru aracılığıyla yeterli bir telafi sağlanamayacağını ve Komisyon'un makul başarı beklentilerini sunmadığının söylenmesine imkân sağlayacak herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Zira Mahkeme, daha sonra Komisyon kararlarının etkililik sorunlarının yeniden incelenebileceğini vurgulamaktadır. Ancak 685 sayılı KHK'nin 10. maddesinden anlaşıldığı üzere, Komisyon'un verdiği kabul ve ret kararı kamu görevinden ihraç işlemi tüm etki ve sonuçları ile kaldırmamaktadır. Komisyon kararı iptal niteliğinde geçmişe etkili olmayıp, ortadan kaldırma ve geri alma işlemi değildir. Kararın idare hukuku bağlamında ileriye yönelik olarak bir değiştirme işlemi olduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle belirtilebilir ki Komisyon kararları yargı denetimine açık olsa dahi ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından yeterli ve etkili bir hukuk yolu değildir<sup>425</sup>.

Bölgesel insan hakları koruma mekanizmasının sistematik ve yapısal ihlalleri bütüncül bir şekilde iç hukuka havale etmesi problematik bir durum olmanın yanı sıra;

---

ve tarafsız olmaması, kamulaştırma bedelleri gibi ihlaller; ikinci olarak, *usule ilişkin yapısal veya sistematik ihlaller* ise spesifik ihlal türlerinden farklı olarak toplumun tümünü etkilemektedir. Örnek olarak, yargılama süresinin uzunluğuna ilişkin başvurular belirtilebilir. Son olarak ise *esasa ilişkin olan yapısal sorunlar ve sistematik ihlaller* pilot dava türü olsa da esasa ilişkin yapısal ihlallerde pilot dava usulüyle etkili bir giderim aracı sunmanın güç olduğu vurgulanmaktadır. Öğretide, pilot davanın siyasi araç haline gelme tehlikesi belirtilerek açıklanan şekilde üçlü ayrıma gidilmektedir. Bu konuda bkz. **Altıparmak**, "Pilot Kararlar.", s.89-95.

<sup>425</sup> Bu yönde eleştiriler için bkz. **Kaboğlu**, İbrahim/**Palluel**, Christelle; "İnsan Hakları Avrupa Hukuku Bağlamında Türkiye'de Olağanüstü Hal", Suç ve Ceza, 2018, S.1, s.21. Karar için bkz. *Köksal/Türkiye*, 70478/16, 06.06.2017, p.25-30. Komisyon kararının iptal ve ortadan kaldırma niteliği olmadığı yönünde bkz. **Ardıçoğlu**, M. Artuk; "Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, 2017, S.2, s.52. OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu'nun Venedik Komisyonu kriterlerine uygun olmadığı, verilen kararlar ihlalin sonuçlarının ortadan kalkmadığı ve sonradan kurulan komisyonların İHAM nezdinde kabul edildiği davaların dosya üzerinden incelenebileceği; ancak OHAL Komisyonu'nun incelemesinin mekanik bir şekilde savunma hakkı tanımadan yapılamayacağı gerekçeleriyle, isabetli bir biçimde Komisyon'un etkili bir hukuk yolu olmadığı ileri sürülmektedir. Söz konusu görüş için bkz. **Altıparmak**, Kerem; "Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu", Ankara Barosu Dergisi, 2017, S.1, s.69-88.

taraf devletin yapısal ihlalleri tek başına çözebileceği yönünde iyimser bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin esasına ilişkin taraf devletlerde ortaya çıkan yapısal veya sistematik ihlaller karşısında daha titiz bir inceleme gerçekleştirilmeli ve ikincillik ilkesi aracılığıyla taraf devletlerin egemenlik yetkisine saygı göstermek adına, aşırı şekilci bir yaklaşımla Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin ihlalinin iç hukukta giderilmesi beklenirken yeni ihlallere yol açılabilecek durumların önüne geçilmelidir<sup>426</sup>. Esasa ilişkin yapısal ihlal iddialarının iç hukukta çözülebileceği yaklaşımı, insan hakları ihlallerini bir süre görmezden gelmek, daha sonra incelemek üzere ötelemek anlamına gelmektedir. Öğretide Strasbourg koruma mekanizmasının tarihinin, uluslararası hukukunun süjesi haline gelen bireylere uluslararası bir giderim imkânı sunan bireysel adalet dağıtmak veya Mahkeme’nin asli görevinin Sözleşme’de güvencelenen hakları tanımlayan anayasal adaleti kurmak olduğu yönündeki söz konusu iki yaklaşım arasında süregelen gerilim üzerine inşa edildiği ifade edilmektedir<sup>427</sup>. Her iki yaklaşım birbirine zıt olmayıp birbirini tamamlar nitelikte olduğundan, Mahkeme’nin verimlilik ve iş yükü gerekçeleriyle insan hakları ihlallerini ötelemek ve ikincillik ilkesi ile takdir marjına kontrolsüz bir biçimde anlam yüklemek, Mahkeme’nin varlığını sorgulamaya yol açmaktadır. Zira Mahkeme’nin İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra yaşanan ağır insan hakları ihlallerine tepki neticesinde doğduğu göz önüne alındığında, ihlal iddialarının muhatabı olan taraf devletlere sorunu çözmek için gereğinden fazla güven duyup iyimser yaklaşmak tehlike yaratabilecektir.

### III- AYRIMCILIK YASAĞI

Ayrımcılık yasağı Sözleşme’nin 14. maddesinde ve Sözleşme’nin 12 No’lu Ek Protokolü’nün 1. maddesinde güvence altına alınmaktadır. Sözleşme’nin 12 No’lu Ek Protokolü’nde bağımsız bir şekilde genel ayrımcılık yasağı düzenlenmekte ve hukuken tanınmış haklardan yararlanılması bakımından ayrımcılık yasağı koruma altına alınmaktadır. Bununla birlikte Sözleşme’nin 14. maddesinde ise Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından ayrımcılık yasağı düzenlendiğinden, Sözleşme’nin diğer hükümleriyle birlikte uygulanmaktadır<sup>428</sup>. Sözleşme’nin 12 No’lu

<sup>426</sup> İkincillik ilkesine bağlılık, Mahkeme’nin varoluş nedenini zayıflatmamalıdır. **Kaboğlu/Palluel**, s.24. Bu sorunun temel nedeni İHAM reformlarının iş yükü sorununa odaklanmasıdır. Aynı yönde bkz. **Altıparmak**, Kerem; “Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Bürokrasi Krizi: Tamam ya da Devam”, *Çağımızda Hukuk ve Toplum*, C.XXVIII, S.5, s.44.

<sup>427</sup> **Altıparmak**, “Bürokrasi Krizi.”, s.36.

<sup>428</sup> Ayrımcılık yasağının uygulanması için mutlaka Sözleşme’nin diğer hükümlerinin ihlal edilmesine gerek yoktur. Sözleşme’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı için maddi hükümlerle birlikte

Ek Protokolü ayrımcılık yasağının koruma kapsamını genişletmiş olsa da henüz on dokuz devlet tarafından onaylandığı için uygulamasının henüz gelişmemiş olduğu rahatlıkla söylenebilmekte; ancak Sözleşme'nin 14. maddesinin maddi hükümlerle birlikte tamamlayıcı bir şekilde uygulanması için nesnel bağlantı yeterli kabul edilmektedir<sup>429</sup>. Ancak Mahkeme'nin Sözleşme'nin 14. maddesinin tamamlayıcı niteliği gereği eğer Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerden birinin ihlaline karar verildiyse, ayrımcılık yasağını incelemek konusunda isteksiz davrandığı ileri sürülmektedir<sup>430</sup>.

Sözleşme'nin 14. maddesinde cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet veya servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı ayrımcılık yapmak yasaklanmaktadır. Metinden anlaşıldığı üzere, Sözleşme'nin 14. maddesinde sınırlı bir sayım yapılmayıp, sayılanlar dışında herhangi başka bir nedene dayanarak yapılan ayrımcılığın kabul görmesi mümkün olmamaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesinin düzenleniş şekline bakıldığında ulusal makamlara herhangi bir takdir marjı tanınmamış gibi görülmekte, ancak ulusal makamların benzer durumdaki bireylere farklı muameleleri nesnel ve makul neden içeriyorsa haklılık içerebilmektedir<sup>431</sup>. Bununla birlikte ayrımcılık yasağı kapsamında sadece farklı muamele ayrımcılık oluşturmamakta; kimi durumlarda farklı durumda bulunanlara aynı ya da benzer muamelede bulunulmasının ayrımcılık yarattığına karar verilebilmektedir<sup>432</sup>.

---

uygulandığından tali nitelikte olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Gerards**, Janneke; "Prohibition of Discrimination", in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.998, 999.

<sup>429</sup> Sözleşme'nin ilgili hükmüyle nesnel bağlantı yeterli olup, söz konusu esneklik pek çok davanın Sözleşme'nin 14. maddesinin koruma kapsamı içerisinde değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır. **Gerards**, "Prohibition of Discrimination.", s.999, 1000.

<sup>430</sup> Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı diğer hak ve özgürlükleri tamamlayıcı nitelikte olması nedeniyle "*parazit madde*" olarak anılmaktadır. Bkz. **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.598; **Karan**, Ulaş; "Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı", in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.470, 471 ve oradaki atıflar.

<sup>431</sup> **Schokkenbroek**, Jeroen; "The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation", HRLJ, C.IXX, 1998, S.1, s.20.

<sup>432</sup> Bu nedenle hem doğrudan ayrımcılık yasağını hem de dolaylı ayrımcılık yasağını koruma kapsamına almıştır. Bu konuda bkz. **Gerards**, "Prohibition of Discrimination.", s.1005, 1006; **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.605-607; **Karan**, Ulaş; Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.203 vd.; **Özkan Duvan**, Ayşe; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı", GSÜHFD, 2017, S.2, s.26 vd.

Dolayısıyla Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı hem doğrudan ayrımcılık hem de dolaylı ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır.

Bu yönde ayrımcılık yasağına dair ihlal iddiaları incelenirken, uygulanabilirlik sorununa ilişkin olarak öncelikle ayrımcılık iddiasının Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden en az birinin kapsamına girmiş olması gerekmektedir<sup>433</sup>. Bununla birlikte Mahkeme'nin incelemesinde dikkate alınan ölçütlerden ilkinin ise iki durum arasında kıyaslanabilir bir durumun varlığını ortaya koyan karşılaştırılabilirlik ölçütü oluşturmaktadır<sup>434</sup>. Karşılaştırılabilir durumun yoksunluğu halinde bir sonraki aşamaya geçilmeksizin yapılan inceleme sona ermektedir. Ardından Mahkeme ayrımcılık iddiasına konu olan muamelenin nesnel ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığını incelemektedir<sup>435</sup>. Eğer farklı muamele nesnel ve makul bir neden oluşturuyorsa, kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık bulunmasını aramaktadır<sup>436</sup>. Ancak Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağında Sözleşme'nin ortak sınırlama rejimi öngördüğü hükümlerin ikinci fıkralarında yer alan meşru amaçlar gibi sınırlı sayıda ölçütler bulunmamakta; Mahkeme nesnel ve makul nedenin bulunup bulunmadığını kendisi araştırmaktadır<sup>437</sup>. Bu noktada ulusal makamlar tarafından ileri sürülen nesnel ve makul nedenlerin kapsamının kabul edilebilirliğine ilişkin Mahkeme'nin yaklaşımı önem arz etmektedir. Mahkeme'nin tutumunu ortaya koymak adına, farklı muamelenin geleneksel olarak ayrımcılığa uğrayan gruba yönelmesi durumunda ayrımcılığın temeli şüpheli olarak tasnif edilmekte; şüpheli temeller söz konusu olduğunda ise ayrımcılık iddiası dikkatli bir incelemeye tâbi tutularak muamelenin haklılık oluşturması güç gözükmektedir<sup>438</sup>.

<sup>433</sup> *Abdulaziz, Cabales et Balkandali/Birleşik Krallık, 9214/80 9473/81 9474/81, 28.05.1985, p.71.*

<sup>434</sup> Mahkeme'nin genelde karşılaştırılabilirlik ölçütünü geçerek doğrudan meşru amaç ölçütünü değerlendirdiği dile getirilmekte; karşılaştırılabilirlik ölçütüne ağırlık verilmesinin koruma kapsamını daraltabileceğine dikkat çekilmektedir. Bu konuda bkz. **Karan**, "Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı.", s.487.

<sup>435</sup> Mahkeme karşılaştırılabilir durumların varlığını tespit etmektedir. Ardından nesnel ve makul nedeni inceledikten sonra, bu amacı gerçekleştirmek için seçilen araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık bulunması gerekmektedir. Mahkeme'nin ayrımcılık iddiasını incelerken uyguladığı ölçütler için bkz. **Gerards**, "Prohibition of Discrimination.", s.1013; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.421.

<sup>436</sup> *Abdulaziz, Cabales et Balkandali/Birleşik Krallık, 9214/80 9473/81 9474/81, 28.05.1985, p.72-78; Konstantin Markin/Rusya, 30078/06, 22.03.2012, p.125.*

<sup>437</sup> **Karan**, "Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı.", s.489.

<sup>438</sup> Kişinin kendi kontrolünde olmayan, değişmez nitelikteki özelliği veya tarihsel ve yaygın bir şekilde ayrımcılığa uğrayan bir grubun söz konusu olması durumunda, bu şüpheli temellerin dikkatli bir incelemeye tâbi tutulduğu belirtilmektedir. Şüpheli temeller için bkz. **Karan**, "Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı.", s.467; **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.610; **Arnardóttir**, *Odný Mjöll*; "The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, C.XIV, 2014, S.4, s.649.

Dolayısıyla ırk veya etnik köken<sup>439</sup>, cinsiyet<sup>440</sup>, cinsel yönelim<sup>441</sup>, vatandaşlık<sup>442</sup>, doğum<sup>443</sup>, din<sup>444</sup>, fiziksel engellilik<sup>445</sup> ve kronik hastalıklar<sup>446</sup> temelli farklı muameleler şüpheli kategoriler içerisinde yer aldığından, söz konusu muamelelerin nesnel ve makul nedenler oluşturması için “*oldukça önemli gerekçelerin*” ileri sürülmesi gerekmektedir<sup>447</sup>. Bu nedenle şüpheli kategoriler içerisinde yer alan ayrımcılık iddiaları sıkı bir denetime tâbi tutulduğundan ulusal makamların takdir marjı oldukça sınırlandırılmaktadır<sup>448</sup>.

Böylelikle Mahkeme tarafından ırk veya etnik köken ayrımcılığının vahim sonuçları dikkate alındığında özel önem verilmesi ve sert tepki gösterilmesi gereken bir ayrımcılık türü olduğu ortaya konulmakta, taraf devletlerin elverişli tüm araçlarla ırkçılıkla mücadele etmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>449</sup>. Keza taraf devletlerin muhtemel ırkçı saiklerle meydana gelen şiddet eylemlerini soruşturmak yönünde usuli yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>450</sup>. Farklı muamelenin ırka veya etnik kökene dayandığı durumlarda nesnel ve makul neden ölçütünün katı bir şekilde yorumlanması gerektiği kabul edilmekte; ulusal makamların takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Bu çerçevede eğitim programının hazırlanması konusunda geniş takdir marjı tanınmış olsa da takdir marjı sınırlandırılmış; Roman başvuruçuların özel eğitim kurumuna yerleştirilmeleri konusunda nesnel ve makul neden bulunmadığı ve ulaşılmak istenen amaç ile aracın orantısız olması neticesinde ayrımcılık yasağı ile birlikte eğitim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir<sup>451</sup>.

<sup>439</sup> *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, 43577/98, 43579/98, 06.07.2005, p.145, 160-168; *D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, 57325/00, 13.11.2007, p.176, 196.

<sup>440</sup> *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık*, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985, p.78; *Ünal Tekeli/Türkiye*, 29865/96, 16.11.2004, p.59-61. Kadınlara pozitif ayrımcılık yapılan ve özel tedbirler öngörülen durumlarda ise taraf devletlerin takdir marjı genişlemektedir. Bkz. *Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 65731/01, 65900/01, 12.04.2006, p.52, 65, 66.

<sup>441</sup> *E.B./Fransa*, 43546/02, 22.01.2008, p.70-98; *Alekseyev/Rusya*, 4916/07, 25924/08, 14599/09, 21.10.2010, p.106-110.

<sup>442</sup> *Gaygusuz/Avusturya*, 17371/90, 16.09.1996, p.42-52.

<sup>443</sup> *Mazurek/Fransa*, 34406/97, 01.02.2000, p.50-55.

<sup>444</sup> *Hoffman/Avusturya*, 12875/87, 23.06.1993, p.36.

<sup>445</sup> *Glor/İsviçre*, 13444/04, 30.04.2009, p.53.

<sup>446</sup> *Kiyutin/Rusya*, 2700/10, 10.03.2011, p.112.

<sup>447</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.610, 611.

<sup>448</sup> **Arnardóttir**, “The Differences that Make a Difference.”, s.649, 655.

<sup>449</sup> *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, 43577/98, 43579/98, 06.07.2005, p.145, 160-168.

<sup>450</sup> *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, 43577/98, 43579/98, 06.07.2005, p.145, 160-168.

<sup>451</sup> *D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, 57325/00, 13.11.2007, p.176, 196. Çeçen başvuruçunun seyahat özgürlüğünün kısıtlanması aynı zamanda ayrımcılık yasağının ihlaline neden olmuştur. Bu konuda bkz. *Timishev/Rusya*, 55762/00, 55974/00, 13.12.2005, p.53-59.

Mahkeme cinsiyet ayrımcılığı konusunda Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında cinsiyet eşitliğini ilerletmek ana hedef olduğundan, cinsiyet temelli farklı muamelenin Sözleşme'yle uyumluluğu için oldukça önemli gerekçelerin ileri sürülmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>452</sup>. Ancak oldukça önemli gerekçelerin ileri sürülmesi gerektiği ölçütü Avrupa konsensüsünün bulunmadığı alanlarda göz ardı edilerek takdir marjı genişlemektedir. Ekonomik ve sosyal politikalar alanında cinsiyet temelli farklı muamele için oldukça önemli gerekçeler aranıyor olsa da taraf devletlerin geniş takdir marjı bulunmakta ve kadının emeklilik yaşının erkeklere nazaran daha düşük düzenlenmesi takdir marjı sınırı içerisinde görülmektedir<sup>453</sup>. Görüldüğü üzere kadınlara pozitif ayrımcılık yapılan ve özel tedbirler öngörülen durumlarda taraf devletlerin takdir marjı genişlemektedir. Zira Mahkeme kadına doğum izni ödeneği öngören; ancak erkeğin bu haktan yararlanamadığı mevzuata ilişkin başvuruda, Avrupa konsensüsünün bulunmadığından bahisle takdir marjını genişletmiştir<sup>454</sup>.

Bununla birlikte Mahkeme söz konusu içtihadında değişikliğe gitmiş ve kadınların aksine erkek askerlerin ebeveynlik izninden yararlanamamasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>455</sup>. Keza askeri personelin sivil kişilere nazaran hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması hususunda ulusal makamların geniş takdir marjı bulunduğunu belirtmiştir<sup>456</sup>. Ancak Mahkeme Sözleşme'nin herkesi koruduğunu ve kadının üç yıllık ebeveynlik izninden yararlanıp, erkek askerlerin bu hükmün dışında kalmasının kadının evde çocuğa baktığı erkeğin ise bu sırada para kazandığı yönünde geleneksel toplumsal cinsiyet rollerinin paylaşımını yansıtan bir stereotip olarak farklı muamelenin gerekçesi olamayacağını saptamıştır<sup>457</sup>. Mahkeme aynı zamanda yirmi üç devlette eşit ebeveynlik izni tanınmasını önemli sayıda devlette muamele farklılığı bulunmadığından bahisle karşılaştırmalı hukuk verilerini dikkate almıştır<sup>458</sup>. Milli güvenlik gerekçesiyle ebeveynlik izinlerinin kısıtlanmasının

---

<sup>452</sup> *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık*, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985, p.78; *Ünal Tekeli/Türkiye*, 29865/96, 16.11.2004, p.59-61. Bu konuda bkz. **Bakım**, Sevi; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı", MÜHF-HAD (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), C.XXII, 2016, S.3, s.3201-3207.

<sup>453</sup> *Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 65731/01 65900/01, 12.04.2006, p.52, 65, 66.

<sup>454</sup> *Petrovic/Avusturya*, 20458/92, 27.03.1998, p.38.

<sup>455</sup> *Konstantin Markin/Rusya*, 30078/06, 22.03.2012.

<sup>456</sup> *Konstantin Markin/Rusya*, 30078/06, 22.03.2012, p.134.

<sup>457</sup> *Konstantin Markin/Rusya*, 30078/06, 22.03.2012, p.143.

<sup>458</sup> *Yargıç Pinto* ise mutabakat şerhinde uluslararası konsensüs olduğu kanaatindedir. *Konstantin Markin/Rusya*, 30078/06, 22.03.2012, p.147, ayrıca bkz. *Yargıç Pinto mutabakat şerhi*.

Sözleşme sistemine uygun olabileceğini ortaya koymuş; ancak geleneksel rollerin pekiştirilmesine hizmet eden ırk veya etnik köken, renk, cinsiyet ve cinsel yönelim temelli stereotiplerin farklı muamelenin nesnel ve makul gerekçesini oluşturamayacağını vurgulamıştır<sup>459</sup>.

Öğretide Mahkeme'nin bu yeni yaklaşımı ile şüpheli temeller arasında bağ kurulmakta; geleneksel bir şekilde toplumsal ötekileştirmeye neden olan stereotip, önyargı ve lekelemenin sürekli hal alan biçimiyle ilgili ayrımcılık temellerinin, farklı muamelenin meşru görülmeyen nedenleri olarak *a priori* şüphe doğurduğu kabul edilmektedir<sup>460</sup>. Böylelikle Mahkeme'nin söz konusu yaklaşımı sıkı bir denetime yardımcı olacağından olumlu karşılanmakta; ayrıca ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınan durumların belirlenmesini kolaylaştıracağı dile getirilmektedir<sup>461</sup>. Mahkeme'nin bu yöndeki tutumu ve sıkı denetimi ise "*toplumsal-bağlamsal yaklaşım (social-contextual approach)*" olarak adlandırılmaktadır<sup>462</sup>. Bu çerçevede denilebilir ki ırk veya etnik köken, renk, cinsiyet ve cinsel yönelim temelli geleneksel rolleri pekiştiren farklı muamelelerin nesnel ve makul gerekçesi kabul edilmemekte; ulusal makamların geleneksel rolleri pekiştiren farklı muamelelerden kaçınmak şeklinde negatif yükümlülükleri ve geleneksel rollere hizmet eden farklı muameleleri ortadan kaldırmaları şeklinde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Aksi yönde değerlendirme yapmaya imkân sunacak şekilde takdir marjı tanınmamakta; ulusal makamlara sadece bu sınırlar içerisinde, ancak uygun araçları seçmek noktasında oldukça sınırlı bir takdir marjı bırakılmaktadır. Belirtmek gerekir ki herhangi bir argüman olmaksızın sadece cinsiyet temelli farklı muamelelerde bulunmak ayrımcılık oluşturacağından, ulusal makamların nesnel ve makul neden olmaksızın cinsiyet temelli farklı muamelede bulunma yönünde takdir marjı bulunmamaktadır.

Cinsel yönelim ve cinsel kimlik nedeniyle gerçekleşen farklı muameleler Mahkeme'nin sıkı denetimine tâbi olan şüpheli temellerden birini oluşturduğundan, söz konusu ayrımcılık iddialarında ulusal makamların dar takdir marjı bulunmaktadır. Mahkeme çocuğun menfaatine dayanarak başvuruçunun eşcinsel olması gerekçesiyle evlat edinme talebinin reddini geniş takdir marjı tanıyarak ayrımcılık yasağının ihlali

<sup>459</sup> Konstantin Markin/Rusya, 30078/06, 22.03.2012, p.142, 143 ve 151.

<sup>460</sup> **Arnardóttir**, "The Differences that Make a Difference.", s.664.

<sup>461</sup> Ötekileştirmeye neden olan farklı muameleler "*insanların yaşamlarında fark yaratan farklılıklar*" olarak ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. **Arnardóttir**, "The Differences that Make a Difference.", s.665.

<sup>462</sup> **Arnardóttir**, "The Differences that Make a Difference.", s.664.

olarak görmemiş<sup>463</sup>; ancak bu içtihadından dönerek cinsel yönelim nedeniyle farklı muamelenin nesnel ve makul nedenlerinin olabilmesi için oldukça önemli gerekçelerin ileri sürülmesi gerektiğinden bahisle ulusal makamların takdir marjını sınırlamıştır. Böylece cinsel yönelime dayanarak evlat edinmenin reddedilmesi Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte ayrımcılık yasağının ihlaline yol açmıştır<sup>464</sup>. Sözleşme'nin 8. maddesinin incelendiği ikinci bölümde görüldüğü üzere, bireyin cinsel yaşamı özel yaşamın önemli yönünü oluşturduğundan ve farklı muamelelerin nesnel ve makul nedeninin olabilmesi için oldukça önemli gerekçelerin varlığı arandığından ulusal makamların takdir marjı oldukça sınırlandırılmıştır. Keza aynı durum Sözleşme'nin diğer hükümleri açısından da geçerli kabul edilmektedir. Ayrımcılığa dikkat çekmek için yapılacak gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması Sözleşme'nin 11. maddesiyle birlikte ayrımcılık yasağının ihlaline neden olmaktadır<sup>465</sup>.

Mahkeme cinsiyet veya cinsel yönelim temelli farklı muamele söz konusu olduğunda, nesnel ve makul gerekçelerin oldukça önemli gerekçeler taşıması gerektiği kanaatinin yanı sıra; ulusal makamların takdir marjının sınırlandırıldığını açıkça ortaya koymaktadır<sup>466</sup>. Keza seçilen araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında elverişlilik yeterli olmamakta; aynı zamanda amacı gerçekleştirmek için seçilen araçların koşullar içerisinde gerekli olduğunun gösterilmesi gerekmektedir<sup>467</sup>. Şayet farklı muamele için ileri sürülen nedenler sadece başvuruçunun cinsel yönelimine dayanıyorsa, Sözleşme kapsamında ayrımcılık anlamına gelmektedir<sup>468</sup>. Bu nedenle sadece cinsiyet veya cinsel yönelim temeline dayanarak gerçekleşen farklı muameleler Sözleşme'ye aykırılık oluşturacağından, sadece bu temelde gerçekleşen farklı muamele konusunda ulusal makamların takdir marjı bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme tarafından vatandaşlık, evlilik içi ve evlilik dışı doğum nedeniyle farklı muameleler ve din veya inanç, engellilik temelli ayrımcılık

<sup>463</sup> *Frette/Fransa*, 36515/97, 26.02.2002, p.41.

<sup>464</sup> *E.B./Fransa*, 43546/02, 22.01.2008, p.70-98. Çiftlerin birlikte evlat edinmeleri durumu için bkz. *X ve diğerleri/Avusturya*, 19010/07, 19.02.2013, p.130 vd.

<sup>465</sup> *Alekseyev/Rusya*, 4916/07, 25924/08, 14599/09, 21.10.2010, p.106-110; *Genderdoc-M/Moldova*, 9106/06, 12.06.2012, p.48-55. Başvuruçuların ayrımcılığa dikkat çekmek için gerçekleştirdiği gösteride karşıt göstericiler tarafından şiddete uğraması neticesinde soruşturma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte ayrımcılık yasağının ihlaline neden olmuş; aynı zamanda Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bkz. *Identoba ve diğerleri/Gürcistan*, 73235/12, 12.05.2015, p.79 vd.

<sup>466</sup> *Alekseyev/Rusya*, 4916/07, 25924/08, 14599/09, 21.10.2010, p.108.

<sup>467</sup> *Alekseyev/Rusya*, 4916/07, 25924/08, 14599/09, 21.10.2010, p.108.

<sup>468</sup> *Alekseyev/Rusya*, 4916/07, 25924/08, 14599/09, 21.10.2010, p.108; *X/Türkiye*, 24626/09, 19.10.2012, p.57.



iddialarında nesnel ve makul gerekçelerin varlığı için oldukça önemli gerekçeler aranmaktadır. Bu nedenle söz konusu şüpheli temeller kategorisinde de ulusal makamların takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Sosyal güvenlik sistemi gereğince vatandaş olmayan başvuruçulara işsizlik maaşı<sup>469</sup> veya engelli ödeneği<sup>470</sup> ödenmemesi, bu nedenle sosyal güvenlik ödemelerinde farklı muamelede bulunulmasında nesnel ve makul nedenler için oldukça önemli gerekçeler bulunmadığından bahisle mülkiyet hakkıyla birlikte ayrımcılık yasağının ihlaline karar verilmiştir.

Evlilik dışı doğmuş çocuğa yönelik farklı muamelenin oldukça önemli gerekçeler içermesi gerektiğine ilişkin evlilik dışı çocuğun mirastan daha düşük pay alması durumunda, geleneksel ailenin korunması meşru amaç kabul edilmiştir<sup>471</sup>. Ancak nesnel ve makul nedenlerin oldukça önemli gerekçeler içermesi gerektiği ve Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasındaki belirgin eğilim dikkate alınarak takdir marjı sınırlandırılmış, seçilen araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir bağlantı bulunmadığına kanaat getirilmiştir<sup>472</sup>.

Yehova şahidi olduğu gerekçesiyle velayet hakkının verilmemesine ilişkin davada sadece dine dayalı farklı muamele kabul edilmeyeceğinden ayrımcılık yasağıyla birlikte Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline karar verilmiştir<sup>473</sup>. Kararın muhalefet şerhinde ise ulusal makamların çocuğun üstün menfaatini gözetmek konusunda geniş takdir marjı bulunduğu dikkat çekilmiştir<sup>474</sup>. Ancak herhangi bir argüman olmaksızın yalnızca din temelli farklı muamelede bulunulması yasaklanmış olduğundan ulusal makamlara takdir marjı tanınmaması isabetli olmuştur. Bununla birlikte, nesnel ve makul nedenlerin oluşabilmesi için oldukça önemli gerekçeler gerektiğinden ulusal makamların bu noktada takdir marjı sınırlandırılmıştır.

Mahkeme engellilik temelli farklı muamelelerde oldukça önemli gerekçeler aramaya başlamış; engellilik veya HIV virüsü ya da akıl sağlığı nedeniyle ayrımcılık iddialarında ulusal makamların takdir marjı sınırlandırılmıştır<sup>475</sup>. Ayrıca yaş temelli farklı muamelelerin nesnel ve makul neden içermesi için oldukça önemli gerekçeler

<sup>469</sup> *Gaygusuz/Avusturya*, 17371/90, 16.09.1996, p.42-52.

<sup>470</sup> *Koua Poirrez/Fransa*, 40892/98, 30.09.2003, p.46-50.

<sup>471</sup> *Mazurek/Fransa*, 34406/97, 01.02.2000, p.50-55.

<sup>472</sup> *Mazurek/Fransa*, 34406/97, 01.02.2000, p.52-55.

<sup>473</sup> *Hoffman/Avusturya*, 12875/87, 23.06.1993, p.36.

<sup>474</sup> *Hoffman/Avusturya*, 12875/87, 23.06.1993, *Yargıç Matscher karşı oyu*.

<sup>475</sup> **Gerards**, "Prohibition of Discrimination.", s.1025.

aranacağı ve denetimin sıkı bir şekilde yapılacağı öngörülmektedir<sup>476</sup>. Bununla birlikte tamamlayıcı nitelikte olan Sözleşme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesinin metninde sayılanlar dışında herhangi bir nedenle yapılan farklı muameleler de denetime tâbi tutulmaktadır. Ancak yukarıda ortaya konulan şüpheli temellerin dışında diğer ayrımcılık iddiaları konusunda ulusal makamların takdir marjı daha geniştir<sup>477</sup>.

Mahkeme tarafından herhangi bir gerekçe bulunmaksızın sadece ırk veya etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, din veya inanç temelli farklı muameleler kabul edilmemekte; bu nedenle sadece ilgili temellere dayanarak farklı muamelede bulunmak noktasında ulusal makamlara takdir marjı tanınmamaktadır. Bu konuda mevcut tüm yollar kullanılarak ve yeni yollar öngörerek ayrımcılıkla mücadele etmek gerekmektedir. Bunun yanı sıra ırk veya etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, din veya inanç, vatandaşlık, doğum, engellilik temelli muamelelerde nesnel ve makul neden ölçütü katı bir şekilde yorumlanmakta ve oldukça önemli gerekçelerin varlığı aranmaktadır<sup>478</sup>. Dolayısıyla nesnel ve makul nedenin tespit ve tayininde ulusal makamların takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Ayrıca son zamanlarda öğretide şüpheli temeller olarak isimlendirilen bu yaklaşımın Mahkeme'nin kararlarına yansıdığı görülmekte ve geleneksel rolleri pekiştiren müdahalelerle karşılaşıldığı zaman, mevcut ayrımcılık iddiasında *a priori* şüphe doğmaktadır. Böylece geleneksel rolleri pekiştiren stereotipler, bir birey veya grubu lekeleme ve önyargılar oluşturmamak gerekmekte ve ulusal makamların aksi yönde müdahaleleri kabul görmemektedir. Bu çerçevenin dışında diğer ayrımcılık iddialarında ise ulusal makamların yapmış olduğu değerlendirmelerde, nesnel ve makul nedenin tespit ve tayininde takdir marjı genişlemektedir.

#### IV- MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet hakkı, Sözleşme'nin 1 No'lu Ek Protokolü'nün 1. maddesinde güvence altına alınmıştır. Maddenin koruma kapsamına dâhil olan geniş anlamda mülkiyet hakkı anlayışı otonom kavramlar doktrini gereğince özerk bir anlama sahip

<sup>476</sup> **Harris/O'Boyle&Warbrick**, s.621; **Karan**, "Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı.", s.490.

<sup>477</sup> Cinsel yönelim madde metninde açıkça yazılmasa da şüpheli temeller kategorisinde yer almaktadır. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesini yorumlayarak madde metninde yazmayan diğer nedenlerle ayrımcılık iddialarını denetime tâbi tutmaktadır. Keza babalık, askeri rütbe, ikamet yeri, kuruluşa üyelik gibi temellere dayanan ayrımcılık iddialarını incelemekte; fakat söz konusu alanlarda nesnel ve makul nedenin noktasında takdir marjı genişlemektedir. Aynı yönde bkz. **Doğru**, Takdir Marjı., s.238-243; **Karan**, "Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı.", s.467.

<sup>478</sup> Bu alanlarda takdir marjının çok dar olduğu belirtilmektedir. **Gerards**, "Prohibition of Discrimination.", s.1019.

olup, Mahkeme ulusal hukuklarda geçerli kabul edilen mülkiyet hakkının tanımıyla bağlı değildir<sup>479</sup>. Dolayısıyla iç hukukun mal veya mülk olarak görmediği bir konunun, Mahkeme uygulamasında mülkiyet hakkı kapsamına girmesi mümkündür. Ancak öğretilerde uygulanabilirlik sorunuyla bağlantılı “*otonominin iflasi*” olarak nitelendirilen ve mülkiyet hakkının ileriye dönük mülk edinme beklentisi taleplerini değil; geriye etkili talepleri içerdiği belirtilmekte; mülkiyet hakkının konusu olan nesne ve değerlerin bireyin malvarlığına önceden dâhil edilmesi gerektiği dile getirilmektedir<sup>480</sup>. Bununla birlikte hakkın mevcut olması veya somut olarak bir hukuk kuralına ya da istikrarlı bir yargı kararı gibi hukuki tasarrufa dayanan meşru beklenti durumlarında ise söz konusu nesnenin veya değer mülkiyet hakkının konusu olarak koruma kapsamına girdiği kabul edilmektedir<sup>481</sup>.

Belirtmek gerekir ki mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olmayıp, kamu makamları mülkiyet hakkına müdahale edebilmekte; mülkiyetten yararlandırmama, mülkiyetten yoksun bırakma ve son olarak mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme şeklinde üç tür müdahale mümkün olabilmektedir<sup>482</sup>. Bu durumun Sözleşme’nin 1 No’lu Ek Protokolü’nün 1. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkının yapısıyla ilgili olduğu söylenebilir. Zira Mahkeme mülkiyet hakkının üç belirgin kuralı olduğunu belirtmektedir<sup>483</sup>. Böylece genel nitelikte olan birinci fıkranın birinci cümlesinde mülkiyetin dokunulmazlığı/barışçıl şekilde kullanılması ilkesi; aynı fıkranın ikinci cümlesinde mülkiyetten yoksun bırakma ve şartları; ikinci fıkrada ise mülkün kullanılmasının genel yarara uygun bir şekilde düzenlenmesi yetkisi mülkiyet hakkının üç kuralını oluşturmaktadır<sup>484</sup>. Ancak Mahkeme üç kuralı tamamen birbirinden ayrı şekilde yorumlamamakta; ikinci ve üçüncü kurallar genel ilke olan mülkiyet

<sup>479</sup> **Gemalmaz**, H. Burak; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s.124; **Carss-Frisk**, Monica; Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi, 2001, s.27. Mülkiyet hakkının konusunun geniş yorumlandığına ilişkin bkz. **Boyar**, Oya; “Mülkiyet Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.499; **Dinç**, Güney; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, TBB Yayınları, Ankara 2007, s.8.

<sup>480</sup> Mülkiyet hakkının uygulanabilirliği için bu husus “*zaman duvarı*” olarak adlandırılmaktadır. Maddenin uygulanabilirliği için zaman duvarını aşan durumlar ise kural olarak hakkın mevcut olması veya istisnası mahiyetinde meşru beklenti doktrini. **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı., s.135, 136. Bir mülkten bahsedebilmek için gerçek ekonomik menfaatin ispat edilmesi gerekmektedir. **Boyar**, “Mülkiyet Hakkı”, s.499.

<sup>481</sup> Meşru beklenti doktrini için bkz. **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı., s.139 vd.; **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.654; **Dinç**, Malvarlığı Hakları., s.33-37.

<sup>482</sup> **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.652.

<sup>483</sup> *Sporrong And Lönnroth/İsveç*, 7151/75, 7152/75, 23.09.1982, s.61.

<sup>484</sup> **Carss-Frisk**, s.32 vd.; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.440.

hakkından barışçıl şekilde yararlanılması ilkesinin özel şekilleri olup, ikinci ve üçüncü kuralların genel ilke ışığında yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>485</sup>.

Bununla birlikte Mahkeme tarafından yapılan incelemede öncelikle mülkiyetin konusu olduğu iddia edilen nesne veya değer mülkiyet hakkı kapsamına girip girmediği değerlendirilmektedir<sup>486</sup>. Ayrıca maddenin uygulanabilirliği için kamu makamları tarafından bireyin sahip olduğu mülkiyet hakkına müdahale edilmiş olması aranmaktadır<sup>487</sup>. Mahkeme tarafından ise mülkiyetten yararlandırmama, mülkiyetten yoksun bırakma ve mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme türündeki müdahalelerin iç hukukta yasal dayanağı irdelenmekte; yasal dayanağın hukukilik kriterine uygunluğu denetlenmektedir. Ancak yapılan denetim bununla sınırlı kalmamakta ve müdahalenin genel çıkar ve kamu yararına uygun olması, söz konusu meşru amaca uygun görülen müdahalelerin ise orantılı olması beklenmektedir. Zira Mahkeme tarafından ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulması gerektiği kabul edilmekte; bu husus toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil denge kurulması şeklinde ifade edilmektedir<sup>488</sup>. Keza Mahkeme tarafından ilgili kişiye aşırı bir yük yüklenirse, genel yarar ile bireyin haklarının korunması arasında adil denge kurulamayacağı dile getirilmektedir<sup>489</sup>. Kısacası müdahalenin türü ne olursa olsun; müdahalenin hukukiliği, kamu yararı ve genel yarar meşru amacını karşılayıp karşılamadığı, seçilen araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık ilişkisinin kurulup kurulmadığı denetlenmektedir<sup>490</sup>.

---

<sup>485</sup> *Lithgow ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 9006/80, 08.07.1986, p.106; *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 8793/79, 21.02.1986, p.37. Yazar bu durumu dördüncü kural olarak ifade etmektedir. Bu konuda bkz. **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı., s.23.

<sup>486</sup> Korumanın yöntemi için bkz. **Dinç**, Güney; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, TBB Dergisi, 2004, S.51, s.139 vd.; **Carss-Frisk**, s.40 vd.

<sup>487</sup> **Doğru/Nalbant**, C.II Açıklama., s.651; **Dinç**, “Mülkiyet Hakkı.”, s.139.

<sup>488</sup> *Sporrong And Lönnroth/İsveç*, 7151/75, 7152/75, 23.09.1982, s.69. Sözleşme'nin 1 No'lu Ek Protokolü'nün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkında, ortak sınırlama rejimi öngörülen Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde olduğu gibi, demokratik toplumda gereklilik ölçütü bulunmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle mülkiyet hakkında, ölçülülük ilkesinin asli dayanağı olan sınırlamanın sınırı ölçütü bulunmadığından bahisle, adil denge ölçütü ışığında ölçülülük ilkesinin uygulandığı kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı., s.519-521.

<sup>489</sup> *Könyv-Tár Kft ve diğerleri/Macaristan*, 21623/13, 16.10.2018, p.48.

<sup>490</sup> **Winisdoerffer**, Yves; “Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1”, HRLJ, C.XIX, 1998, S.1, s.18.

Bu noktada mülkiyet hakkına müdahalelerde ulusal makamların takdir marjının çift başlı olduğu söylenebilir<sup>491</sup>. İlk olarak mülkiyet hakkını sınırlandırmak söz konusu olduğunda, ulusal makamlar kendi toplumları ve toplumun ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgi sahibi olmaları nedeniyle, neyin kamu yararına ilişkin olduğu konusunda uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda bulunmaktadır<sup>492</sup>. Bu nedenle ulusal makamların kamu yararı meşru amacını belirlemek hususunda belirli takdir marjı bulunduğu kabul edilmektedir. Keza Mahkeme tarafından açıkça makul temelden yoksun olmadıkça ulusal makamların kamu yararı tercihlerine saygı duyulmaktadır<sup>493</sup>. Ancak Mahkeme'nin yaklaşımı ekonomik, siyasal, toplumsal meselelerde kamu yararının bir karine olduğunu kabul etmek, aksi durumun kabulünün ispatını başvuruca bırakmak yönündedir<sup>494</sup>. Başvurucu tarafından kamu yararının bulunmadığını ispat etmenin zorluğu karşısında, hemen hemen her durumda kamu yararının varlığının ortaya çıktığı söylenebilir.

Bu durumun yanı sıra Mahkeme'nin kamu yararının bulunmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verdiği tek bir davanın olduğu, meşru amacın bulunmadığının tespit edildiği davalarda da ölçülülük ilkesinin uygulandığı tespiti yapılmaktadır<sup>495</sup>. Bu nedenle uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda bulunan ulusal makamların kamu yararı ve genel yarar meşru amaçlarını belirlemede “*mutlak takdir marjı*” tanındığı saptaması oldukça isabetli gözükmektedir<sup>496</sup>. Nitekim Mahkeme'nin yasama organının siyasi tercihlerine saygı duyduğunu, sosyal ve ekonomik politikalarda geniş takdir marjı tanındığını kabul ettiğinden bahisle kamu yararı ve genel yarar ölçütlerini belirlemede ulusal makamlara mutlak bir alan yarattığını söylemek mümkündür.

Ancak ulusal makamların kamu yararı ve genel yarar ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil dengenin tesis edilip edilmediği araştırılmakta; kamu yararı olarak ileri sürülen meşru amaç ile seçilen aracın makul bir orantılık ilişkisi içerisinde olup olmadığı denetlenmektedir. Dolayısıyla takdir marjının tanındığı ikinci alan ise mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında araçların seçilmesi noktasında ulusal

---

<sup>491</sup> Kamu yararını belirlemede takdir marjı ile izlenen amaca ulaşmak için araçların seçiminde takdir marjı olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bu yönde yapılan ayırım için bkz. **Winisdoerffer**, s.18, 19; **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı., s.481, 482.

<sup>492</sup> *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 8793/79, 21.02.1986, p.46.

<sup>493</sup> *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 8793/79, 21.02.1986, p.46.

<sup>494</sup> *Broniowski/Polonya*, 31443/96, 22.06.2004, p.148.

<sup>495</sup> **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı., s.482.

<sup>496</sup> **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı., s.481 vd.

makamlara bırakılan takdir marjıdır. Taraf devletler uygun gördükleri araçları seçerek, sınırlandırılabilir bir hak olan mülkiyet hakkına müdahale edebilmektedirler. Nihai olarak Mahkeme, iç hukuk düzeninde mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin, öngörülen kamu yararı amacıyla makul bir orantılılığı ve bireye aşırı külfet yükleyip yüklenmediği yönünden yapılan müdahaleyi incelemeye tâbi tutmaktadır<sup>497</sup>. Şüphesiz Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde açıklandığı üzere, adil dengeyi kurmak için başlangıç değerlendirmesini ulusal makamlar yapacak olup, bu değerlendirmenin Sözleşme'ye uygunluğu hakkında son sözü ise Mahkeme'nin kendisi söyleyecektir. Böylelikle ulusal makamların takdir marjı sınırları içerisinde hareket edip etmediğine karar verilmiş olacaktır.

Mülkiyet hakkına müdahale edilirken uygun araçların seçilmesinde ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınmaktadır<sup>498</sup>. Adil dengenin tesis edilip edilmediği denetlenirken kamu yararı ile bireyin hakları arasında denge kurmanın yöntemleri hakkında ulusal makamların geniş takdir marjı bulunmaktadır. Ancak Mahkeme'ye göre, genel kural olan *mülkiyetin barışçıl şekilde korunması ilkesine/mülkiyete saygı hakkına* riayet edilmesi önem taşımaktadır. Bu noktada geniş takdir marjına sahip olan ulusal makamların takdir marjı sınırsız olmayıp, tazminat ilkeleri ile sınırlandırılmaktadır<sup>499</sup>. Kural olarak, taşınmazın değerine makul ölçüde bağlantılı bir tazminatın ödenmemesi başvuruca aşırı bir külfet yüklemekte; ancak mülkiyet hakkı her koşulda tam tazminat ödenmesi hakkını güvence altına almamaktadır<sup>500</sup>. Zira kamu yararı sınırlama ölçütü ışığında, istisnai olarak piyasa değerinin altında tazminat ödenerek bireyin mülkiyetten yoksun bırakılması kabul edilebilmektedir<sup>501</sup>. Bunun

<sup>497</sup> **Winisdoerffer**, s.19.

<sup>498</sup> *Chassagnou ve diğerleri/Fransa*, 25088/94, 29.04.1999, p.75. Büyükşehirin gelişmesi için karmaşık ve zor alanda imar politikalarını uygulamak konusunda ulusal makamların geniş takdir marjı bulunmaktadır. *Sporrong And Lönnroth/İsveç*, 7151/75, 7152/75, 23.09.1982, s.69. Sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yasama organlarının takdir marjının geniş olduğu kabul edilmektedir. *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 8793/79, 21.02.1986, p.46.

<sup>499</sup> Bu konuda bkz. **Carss-Frisk**, s.64-69. Öğretide, tazminatın denge sağlayıcı bir kurum mahiyetinde ölçülülüğün bir unsuru kabul edildiği görülmektedir. Bu yöndeki görüşler için bkz. **Gemalmaz**, *Mülkiyet Hakkı*, s.531 ve dn.1667. *Derya Doğru* ise ölçülülük ilkesi/adil denge ölçütünü takdir marjını sınırlayan bir kriter olarak ele almıştır. Bu görüşe mesafeli durmakta yarar vardır. Zira adil denge ölçütü ulusal makamların takdir marjını sınırlamamakta; ulusal makamların takdir marjı sınırlarını aşmış olmadığına ilişkin bir değerlendirmeyi somutlaştırmaktadır. Adil denge ölçütü, ulusal makamların başlangıç değerlendirmelerinin Sözleşme'ye uygun olup olmadığına ilişkin bir faaliyettir. Adil denge ölçütünün ulusal makamların takdir marjını sınırladığı yönündeki görüş için bkz. **Doğru**, *Takdir Marjı*, s.219.

<sup>500</sup> *Kutsal Manastırlar/Yunanistan*, 13092/87, 09.12.1994, p.71.

<sup>501</sup> Mülkün değeriyle makul ölçüde bir miktar ödenmeksizin mülkiyetten yoksun bırakma orantısız müdahale teşkil etmektedir. Ancak Mahkeme'ye göre; ekonomik reform tedbirleri veya sosyal adaleti

yanı sıra adil dengenin sağlanması adına, kamulaştırma bedeli olarak öngörülen tazminatın değer kaybına uğraması nedeniyle, tazminat bedeline faiz uygulaması gerekebilmektedir<sup>502</sup>.

Ayrıca özellikle tazminat ilkeleri söz konusu olduğunda ülkelerin içinde bulunduğu koşullar takdir marjının sınırını çizmede etkili olabilmektedir. Nitekim Mahkeme hukuk ve ekonomik sistemi değişim geçiren devletlerde haklar arasında denge kurmanın oldukça zor olduğunu kabul ederek, taraf devletlere tanınan takdir marjını oldukça genişletmektedir<sup>503</sup>. Sosyalist rejimden çıkarak liberal demokrasiyi benimseyen Doğu Avrupa devletlerine karşı olan başvurularda Mahkeme esnek bir yaklaşım benimseyerek, hukuki ve ekonomik yapısı radikal değişim gösteren devletlerin mülkiyet hakkı uygulamalarında takdir marjını genişletmekte; mali değerler altında tazminat uygulamalarını kabul etmektedir. Bununla birlikte Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesi sürecinde mülkiyet hakkına müdahaleler inceleme konusu olmuş ve Mahkeme müdahale karşısında tazminat öngörülmemesi hususunda istisnai duruma vurgu yaparak takdir marjını sınırsız bir hale getirmiştir<sup>504</sup>.

Görüldüğü üzere Mahkeme sosyalist rejimden çıkan ülkelere karşı davalar ile Almanya'nın birleşme sürecine ilişkin davalarda zaten geniş olan takdir marjını daha fazla kuvvetlendirmektedir<sup>505</sup>. Buradan hareketle ekonomik, siyasi ve hukuki düzenin kökten değişim gösterdiği dönemlerde, savaş ve yoğun çatışma ortamlarının yaşandığı bölgelerde ve bunun sonucunda ortaya çıkan siyasi koşullarda tazminat verilmeksizin mülkiyetten yoksun bırakmanın meşrulaşabileceği öngörülmektedir<sup>506</sup>.

Böylelikle temelde mülkiyet hakkının ulusal makamlara tanımış olduğu takdir marjının çift başlı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İlk olarak meşru amacın içeriğinin doldurulmasında neyin kamu yararı teşkil ettiğini belirlemek konusunda ulusal makamların mutlak bir takdir marjı bulunmaktadır. İkinci olarak ise ulusal

---

gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerin hedeflediği kamu yararı, piyasa değerinden daha az ödeme yapmayı gerektirebilir. *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 8793/79, 21.02.1986, p.54.

<sup>502</sup> *Yetiş ve diğerleri/Türkiye*, 40349/05, 06.07.2010.

<sup>503</sup> *Broniowski/Polonya*, 31443/96, 22.06.2004, p.182.

<sup>504</sup> *Jahn ve diğerleri/Almanya*, 46720/99, 72203/01, 72552/01, 30.06.2005, p.113-117. *Broniowski/Polonya* kararında mülkün değerinin yüzde ikisinin tazminat olarak öngörülmesi ihlale yol açmış; ancak *Jahn ve diğerleri/Almanya* kararında hiçbir tazminat ödenmemesi ihlalle sonuçlanmamıştır. Bu nedenle isabetli olarak çifte standart endişelerine konu olmuştur. Bu eleştiri için bkz. **Gemalmaz**, *Mülkiyet Hakkı*, s.543-545.

<sup>505</sup> Aynı yönde bkz. **Doğru**, *Takdir Marjı*, s.225-227.

<sup>506</sup> **Gemalmaz**, *Mülkiyet Hakkı*, s.549.

makamlara mülkiyet hakkına müdahalede bulunurken uygun araçların seçilmesi noktasında geniş takdir marjı tanınmaktadır. Bu hususta ulusal makamlar kendilerine tanınan takdir marjı ışığında seçilen araç ile kamu yararı ve genel yarar amaçları arasında makul bir orantılılık ilişkisini sağlamaya yönelik başlangıç değerlendirmelerini yapmakta; Mahkeme ise nihai olarak seçilen araç ile izlenen amaç arasında adil denge kurulup kurulmadığına karar vermektedir.

Mahkeme'nin mülkiyet hakkına ilişkin takdir marjı doktrini uygulaması *çift başlı* şekilde ortaya çıkmaktadır. Çift başlı takdir marjı doktrini kamu yararının tespitinde mutlak, hakkın sınırlandırılmasında geniş mahiyette uygulanmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme mülkiyet hakkına yönelen müdahalelerde, Sözleşme'nin ortak sınırlama rejimi öngörülen 8-11. maddelerine nazaran daha geniş takdir marjı tanımak eğilimine sahiptir<sup>507</sup>. Keza Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde özellikle kapsamlı bir şekilde uygulanan takdir marjı doktrini kriterleri Sözleşme'nin 1 No'lu Ek Protokolü'nün 1. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkında hemen hemen rol oynamamaktadır. Karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında Avrupa konsensüsünün takdir marjını sınırlandırdığı alanlar mevcut değildir<sup>508</sup>. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması için taraf devlete tanınan geniş takdir marjının otomatik bir hal aldığı söylemek mümkündür. Bu nedenle ölçülülük ilkesini güçlendirecek bir takdir marjı doktrini uygulaması için karşılaştırmalı hukuk verilerinin daha fazla incelenmesi gerekmekte; mülkiyet hakkına müdahale edilen hakkın konusu ve birey bakımından öneminin göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir<sup>509</sup>. Nitekim aile konutuna ilişkin uyuşmazlıkta takdir marjını daraltmak; aksine ticari uyuşmazlıklarda ise takdir marjını daha geniş kabul etmek takdir marjı doktrini kriterlerine uygun bir yaklaşım olacaktır.

---

<sup>507</sup> **Macdonald**, "Margin of Appreciation.", s.118.

<sup>508</sup> Aynı yönde bkz. **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı., s.525.

<sup>509</sup> Bu konuda aile konutuna ilişkin uyuşmazlıkta takdir marjını daraltmak; ticari uyuşmazlıkta daha geniş kabul etmek bir öneri olarak sunulabilir. *Burak Gemalmaz*'a göre; talep insan onurunun korunması ve yaşam standartları açısından ne kadar önemliyse takdir marjı o kadar daraltılmalıdır. Bununla birlikte daha sınırlayıcı aracın seçilmesi kriteri ele alınmasını, diğer bir deyişle ölçülülükte zorunluluk ilkesinin dikkate alınması gerektiğini, ortak sınırlama rejimi öngörülen hak ve özgürlüklere benzer bir şekilde zorunlu toplumsal ihtiyaç baskısı kriterinin canlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı., s.527-530.



## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ELEŞTİRİLER VE UYGULANABİLİRLİK EKSENİNDE TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

#### I- TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Takdir marjı doktrininin, İHAM içtihatları çerçevesinde doğuşu ve gelişimiyle başlayan serüven, henüz yürürlüğe girmese de doktrinin İHAS'ın 15. Ek Protokolü ile İHAS'ın Başlangıç metnine dâhil olma aşamasıyla devam etmektedir<sup>1</sup>. Fakat takdir marjı doktrininin içtihatlar aracılığıyla gelişim gösterme süreci devam ediyor olsa bile öğretilerde takdir marjı doktrininin mahiyeti hakkında geçmişten beri süregelen pek çok tartışma mevcuttur. Gerçekten takdir marjı doktrininin İHAM'ın en tartışmalı yorum araçlarından biri olduğu söylenebilir. Zira öğretilerde takdir marjı doktrini içtihatlar ışığında analiz edildiğinde, kabul edilebilecek yaklaşım mahiyetinde dört ihtimalin mevcut olduğu kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Takdir marjı doktrininin ilk ihtimalde yeni bir sistemin başlangıcıyla bağlantılı olarak “geçiş doktrini” olduğu belirtilmektedir. Sözleşme sistemine dâhil olan devletler arttıkça ve ortak Avrupa standartları oluştuğunda takdir marjı doktrininin varoluş nedenini kaybedip kaybetmeyeceği sorusunu sormanın daha fazla ilgi çekici olabileceğinin altı çizilmektedir. İkinci ihtimal olarak, takdir marjı doktrininin ulusal kararlar karşısında yetki aşımı ve yargısal aktivizm eleştirilerini önlemek adına Mahkeme'nin kullanmış olduğu “retorik araç” olduğu kabul edilmektedir. Takdir marjı doktrininin retorik kullanımı, ulusal makamların insan haklarını koruma yönünde asli sorumluluğunu yansıtmaktadır. Üçüncü ihtimal, incelenecek olan çeşitli sebeplerle takdir marjı doktrininin “sakıncalı bir doktrin” olduğuna odaklanmakta; son olarak karşıt görüş ise takdir marjını sakıncalı görmeyip “gerekli bir doktrin” olduğunu savunmaktadır.

Takdir marjı doktrini, sadece çatışan hak ve özgürlükler veya çatışan ilke ve değerler arasında adil dengeleme faaliyetine hizmet eden yargısal bir araç mıdır? Yoksa İHAM'ın etkili ve yeterli bir denetim mekanizması olmasının önünde bir engel

<sup>1</sup> Bu süreçte 15 No'lu Ek Protokol'ün kabulü ve yaşanan gelişmeler için bkz. **Spielmann**, “Whither the Margin of Appreciation.”, s.56-64.

<sup>2</sup> Bu görüşe göre takdir marjı doktrini her davada sonucu etkilememekte, iddiaların ileri sürülmesinde uygulanmaktadır. Takdir marjı doktrini gösterişten başka bir şeye hizmet etmemektedir. *Arai-Takahashi* ise takdir marjının bu şekilde gereksiz kullanıldığı alanların bulunduğunu ancak tamamen bu şekilde değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Bu konuda bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.231-235.

olarak nitelendirilebilir mi? Bu başlık altında öğretilerde takdir marjı doktrinine ilişkin süregelen tartışmalar sınıflandırılarak ortaya konulacaktır.

### A- Takdir Marjı Doktrini Uygulamasının ve Kavramın Belirsizliği Üzerine Düşünceler

Takdir marjı doktrinine ilişkin olarak kapsamlı bir çalışma ortaya koyan *Greer*'e göre; öğretilerde, takdir marjı doktrinini nasıl uygulandığını tanımlayabilecek basit bir çözüm olmadığı kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Yine, takdir marjı doktrininin İHAM'ın en tartışmalı ürünü olduğu işaret edilmektedir<sup>4</sup>. Keza, İHAM içtihatları ve analizler bakımından, takdir marjı doktrininin kazuistik, belirsiz ve öngörülemez doğası en dikkat çekici özellik olarak yaygın bir şekilde belirtilmektedir<sup>5</sup>. Esas itibarıyla, takdir marjı doktrininin ne zaman kullanılması gerektiği ya da sınırları ve çerçevesinin ne olduğu hususunda bir netlik yoktur. Bununla birlikte, takdir marjını uygulamanın sonuçları, öngörülebilirlik ve kesinlikten uzaktır<sup>6</sup>.

Bu görüşü ileri sürülenlere göre takdir marjı doktrini, uygulama yöntemi belirsiz ve şeffaf olmayan bir doktrindir<sup>7</sup>. Keza, doktrin İHAS sistemi içerisinde söz konusu normatif belirsizliği nedeniyle; ulusal makamlara tanınan takdir marjının, İHAS'ta koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin yol göstericiliği niteliğine zarar verebileceği

<sup>3</sup> **Greer**, *The Margin of Appreciation*, s.5; **Greer**, "Universal Principle.", s.3. *Merrills*'e göre, somut durumlarda takdir marjı doktrinini uygulaması zorluklarla doludur. İHAM'ın ulusal hukuku ve ulusal makamların uygulamalarını nereye kadar denetlemekle yetkili olduğu sorusunun önemini belirtmektedir. Strasbourg sistemi, ulusal makamların yerine geçmek, onların yetkilerini ortadan kaldırmak için kurulmamıştır. Mahkeme, vereceği kararlar aracılığıyla gerçekleştirilen denetimin derecesini uygulamazsa, Avrupa'da etkili bir denetim mekanizması kurma yönünde Sözleşme'nin amacı hüsrana uğrayacaktır. Mahkeme, bu problemi çözmeye yardımcı olması için takdir marjı olarak bilinen bir kavram geliştirmiştir. Bkz. **Merrills**, J. G.; *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 2. Baskı, Manchester University Press, Manchester-New York 1993, s.151.

<sup>4</sup> Akt. **Spielmann**, "Allowing the Right Margin.", s.417.

<sup>5</sup> **Greer**, *The Margin of Appreciation*, s.5. Öğretilerde, genel ahlak gibi sınırlandırma ölçütlerinin belirsizliğine dikkat çekilerek, takdir marjı doktrinini otomatik bir biçimde kullanılması eleştirilmektedir. Bu yönde bkz. **Feingold**, s.96. *Morrisson*'a göre, takdir marjı doktrinini açık ve kesin bir formülasyonu yapılamaz. *Morrisson*'dan akt. **O'Donnell**, s.475. Takdir marjı doktrinini tam tanımlanmamış olduğu, ancak takdir marjının en azından İHAM tarafından belirtildiği gibi, Sözleşme'nin gereklilikleriyle uyum sağlamak için, taraf devletlerin iyi niyetle çaba göstermesi gerektiği yönünde bir anlama geldiği söylenir. Bu yönde bkz. **Burke**, Karen C.; "Secret Surveillance and the European Convention on Human Rights", *Stanford Law Review*, C.XXXIII, 1981, S.6, s.1132, 1139.

<sup>6</sup> **Kratochvíl**, s.325, 327.

<sup>7</sup> **Brauch**, "The Margin of Appreciation.", s.148; **Shany**, "General Margin of Appreciation Doctrine.", s.937; **Hutchinson**, s.641; **Kratochvíl**, s.325, 327; **Spielmann**, "Allowing the Right Margin.", s.417; **Lester**, Anthony; "Universality versus Subsidiarity: A Reply", *European Human Rights Law Review*, C.I, 1998, s.73 vd.

belirtilmektedir<sup>8</sup>. Bununla birlikte, benzer davalara farklı standartlar uygulanarak, İHAM'ın güvenceleme mekanizmasının tamamen etkili bir şekilde işlemeye devam etmesinin içinin oyulduğu ifade edilmektedir<sup>9</sup>. *Brauch*'a göre, İHAM takdir marjı doktrinini otuz yılı aşkın bir süredir kullanmakta ve belirgin bir kullanım ile açık bir tanım yapmaya çalışmaktadır. Ancak, takdir marjı doktrini; geniş, belirsiz, büyük bir ölçüde tanımsız ve öngörülemez sonuçlara yol açan bir doktrin olarak kalmaktadır<sup>10</sup>. Bu nedenle *Brauch*'un ileri sürdüğü yönüyle, İHAM'ın takdir marjı doktrininin açık bir tanımını oluşturma çabası başarıya ulaşmamıştır<sup>11</sup>.

Görüldüğü üzere takdir marjı doktrini, belirsizliği ve insan hakları koruma mekanizmaları açısından öngörülemez sonuçlara yol açabileceğini işaret eder bir şekilde eleştirilmiştir. *Lester*'a göre, standardı olmayan takdir marjı doktrininin sürekli kullanılması tehlikesi karşısında; takdir marjı doktrini, insan haklarının tehlikeli değişken alanının bir kaynağı haline gelecek, mevcut içtihatların kazanımlarını aşındıracak ve ulusal koşullara, geleneklere, uygulamalara keyfi bir yetki verecektir<sup>12</sup>. *Lester* tarafından takdir marjı doktrini “*tehlikeli bir değişken*” olarak görülmekte, bu belirsizlik karşısında ulusal uygulamalara öncelik tanınarak, takdir marjı doktrininin insan hakları kazanımlarını ortadan kaldırmaya yol açacağı yönünde kaygılarını dile getirmektedir.

*Hutchinson*'a göre de nispeten basit sorunların olduğu ve marjın genişliğini/derecesini etkileyen unsurların uyum içinde olduğu durumlarda bile, her davada İHAM'ın uygun gördüğü marjın genişliği konusunda bir belirsizlik söz konusudur<sup>13</sup>. Bununla birlikte, takdir marjının genişliğini/derecesini bir kenara bırakmak; keyfi veya en iyi ihtimalle yeterli olmayan açıklıkta ve netlikte bir karar alma sürecinin olasılığını açık bırakır gözükmemektedir<sup>14</sup>. Zira, takdir marjı doktrinine dayanma bir yetkinin ilan edilmesi olarak belirtilip, yargısal ilkelerle uyumlu olmadığı

---

<sup>8</sup> **Shany**, “General Margin of Appreciation Doctrine.”, s.937.

<sup>9</sup> **Benvenisti**, s.844.

<sup>10</sup> Takdir marjı doktrininin öngörülemez ve sık sık keyfi sonuçlara yol açtığı görüşü için bkz. **Brauch**, “The Margin of Appreciation.”, s.125, 149.

<sup>11</sup> **Brauch**, “The Margin of Appreciation.”, s.125.

<sup>12</sup> **Lester**, s.73 vd.

<sup>13</sup> **Hutchinson**, s.641.

<sup>14</sup> **Lester**, s.78-79; **Hutchinson**, s.641.

açıkça vurgulanmaktadır<sup>15</sup>. Aynı zamanda, takdir marjının karar alma sürecini olması gerekenden daha opak hale soktuğu işaret edilmektedir<sup>16</sup>.

## **B- Takdir Marjı Doktrininin Sözleşme Sistemi İçerisinde Gerekli Olmadığı Üzerine Düşünceler**

Takdir marjı doktrininin Sözleşme sistemi içerisinde gerekli olmadığı yönünde ileri sürülen görüşe göre takdir marjı doktrini basmakalıp ifadelerden ibaret olup, insan haklarının korunması ve denetimi için gereksiz ve faydasız bir kavram olduğu kanaati paylaşılmaktadır. Bu durumda takdir marjı doktrini herhangi bir ihtiyaca hizmet etmediğinden, doktrininin kendisi gereksiz; başka bir deyişle lüzumsuz bir kavram olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşü savunanlara göre takdir marjı doktrini anlaşılması güç bir kavram olmasının yanı sıra, insan haklarının bölgesel korunma mekanizması içerisinde gereksiz ve faydasız bir kavram olduğu kanaati söz konusudur.

Bu hususa ilişkin olarak, öğretide yaygın olarak dile getirilen örnek ise *Yargıç De Meyer*'in *Z./Finlandiya* başvurusundaki karşı oyudur<sup>17</sup>. Başvuru; HIV virüsü taşıyıcısı başvurucuya ilişkin tıbbi kayıtların eski eşine ilişkin dava dosyasında kullanılması, başvurucunun kimliğinin temyiz mahkemesinin kararında açıkça yer alması, başvurucunun doktorlarının dava kapsamında ifade vermesi gibi hususlarla, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine yöneliktir<sup>18</sup>. Temyiz mahkemesinin başvurucunun kimliğini açık etmesi ve tıbbi verilerin kamuya açılmasının İHAS'ın 8. maddesini ihlal ettiğine; ancak tıbbi kayıtlara el konulması ve doktorların ifade vermesinin başvuru kapsamında orantılı bir müdahale teşkil ettiğinden bahisle İHAS'ın 8. maddesinin ihlalini oluşturmadığına karar vermiştir. *Yargıç De Meyer* ise kısmi karşı oyunda, ceza muhakemesindeki gerekçeler her ne olursa olsun, doktor hasta ilişkisinden kaynaklanan gizli bilgi ve belgelerin ifşa edilmesini meşru kılamayacağını belirtmiştir<sup>19</sup>. Konumuz açısından bu başvurunun önemi, *De Meyer*'in takdir marjı doktrinine yönelik ifadeleridir. *De Meyer*'e göre;

*“Mahkeme kararında bir kez daha ulusal makamların ‘takdir marjı’na dayanmaktadır. Mahkeme’nin bu kavramı gerekçelerinden çıkarmasının tam zamanı olduğunu düşünüyorum. Mahkeme, bu basmakalıp ifadeden vazgeçmekte ve ima ettiği*

<sup>15</sup> Hutchinson, s.649.

<sup>16</sup> Hutchinson, s.649.

<sup>17</sup> Sweeney, s.462.

<sup>18</sup> *Z./Finlandiya*, 22009/93, 25.02.1997, p.9 vd.

<sup>19</sup> *Z./Finlandiya*, 22009/93, 25.02.1997, *De Meyer*'in kısmi karşı oyu, p.1.

göreceliği terk etmekte zaten oldukça geç kalmıştır. Belirli alanlarda takdir marjını öngörmek mümkündür. Örneğin ceza mahkemelerinin, davanın ciddiyetine göre - yasama organının uygulamaya koyduğu cezalar çerçevesinde- hüküm tesis etmesi son derece doğaldır. Fakat, taraf devletlerin insan hakları söz konusu olduğu zaman; neyin kabul edilebilir neyin kabul edilemez olduğuna ilişkin karar vermesine imkân tanıyan bir takdir marjına yer yoktur. Bu konuda aşılması gereken sınır, mümkün olduğunca açık, net ve kesin olmalıdır. Bu konuda karar vermek, münferit olarak her bir taraf devletin değil, Mahkeme'nin görevidir. Mahkeme'nin görüşü, taraf devletin yargı yetkisi içerisinde herkese uygulanmalıdır. Mahkeme'nin devletlerin takdir marjıyla ilgili olarak -çok uzun süredir kararlarında tekrarlanan- boş/anlamsız ifadeleri, anlaşılması güç bir şekilde sadece; Mahkeme'nin insan hakları ile bağdaşmadığını düşünmediği her şeyi devletlerin yapabildiğini belirtmeye yarayan gereksiz laf kalabalıklarıdır. Pratikte anlamsız olduğu kadar prensipte yanlış olan bu terminoloji gecikmeksizin terk edilmelidir.”<sup>20</sup>.

*De Meyer*'in takdir marjı doktrinine yönelik eleştirilerinde işaret ettiği hususların altını çizmekte yarar vardır. *De Meyer*'a göre takdir marjı doktrini, İHAM'ın bir hak ihlali olarak görmediği hususlarda, devletin istediği her şeyi yapabileceğini belirten gereksiz, anlaşılması güç bir laf kalabalığından ibarettir. İHAM, zaten hangi müdahalenin İHAS'ın ihlaline yol açıp açmadığına karar vermektedir. İnsan hakları hususunda neyin kabul edilip edilmediğine karar veren İHAM'dır. İHAM'ın görüşü de taraf devletin yargı yetkisi altında bulunan herkese uygulanmaktadır. Bu nedenle de karşı oydan anlaşıldığı üzere *De Meyer*, takdir marjı doktrini olarak bir doktrin yaratmayı gereksiz ve anlamsız bulmakta, laf kalabalığı olarak nitelendirmektedir.

İHAM'ın gerçekleştirdiği denetim için uyarı niteliğinde ise insan hakları söz konusu olduğu zaman burada aşılması gereken sınırın açık, net ve kesin olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu yönde karar vermek ancak İHAM'ın görevli olduğu alandır. Yasama organının kanun çıkarması, bu kanun çerçevesinde ceza mahkemelerinin hüküm tesis etmesi gibi alanlarda takdir marjı öngörülmesini ise son derece doğal karşılamaktadır. Ancak, işin doğası gereği insan hakları ile bağdaşan konularda devletlerin değerlendirme yapma yetkisi zaten var olduğundan; aksi söz

<sup>20</sup> Z./Finlandiya, 22009/93, 25.02.1997, *De Meyer*'in kısmi karşı oyu, p.3.

konusu olduğunda ise İHAM'ın denetimiyle ulusal makamların bu yanlış değerlendirmesine mâni olunduğundan, bunu belirlemeye yarayan bir kavrama ihtiyaç olmadığı görüşündedir<sup>21</sup>.

### C- Takdir Marjı Doktrininin Yanlış Kullanımı: Otomatik Kullanım

İHAM'ın takdir marjı doktrininin gereksiz şekilde, otomatik bir refleks şeklinde kullandığı, öğretilerde ve karşı oy görüşlerinde yer alan bir görüştür. Bu görüş takdir marjı doktrininin gereksiz bir kavram olarak addetmemektedir. Aksine takdir marjı doktrininin gerekli bir kavram olduğu; ancak etkili bir yargısal denetim için, mekanik bir şekilde her vakada doktrine atıf yapılmasının yerine, çerçevesinin çizilmesi gerektiği dile getirilmektedir. *Feingold*'a göre, *Handyside/Birleşik Krallık* başvurusunda İHAS'ın 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan genel ahlak gibi belirsiz sınırlama ölçütüne dayanarak, mekanik bir şekilde takdir marjı doktrininin uygulanması, İHAS'ın 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünü geniş ölçüde tahrif etmektedir<sup>22</sup>.

Etkili bir bölgesel insan hakları koruma mekanizmasının sağlanması adına, takdir marjı doktrininin her bir vakada kullanılması yerine, gerekli olan başvurularda kullanmak; ayrıca takdir marjını otomatik olarak referans almaktan kaçınmak ve uygunca sınırlamak gerektiği *Yargıç Rozakis* tarafından dile getirilmiştir<sup>23</sup>.

*Egeland ve Hanseid/Norveç* başvurusunda, Norveç'te ulusal iki büyük gazetenin yazı işleri müdürü olan başvuruçular, cinayete mahkum edilen bir kişinin mahkemedен çıktığı sırada çekilen fotoğraflarını yayımlamışlardır. Başvuruçular bu nedenle para ve hapis cezasına mahkum edilmelerinin ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlal oluşturduğu iddiasını ileri sürmüşlerdir. Sonuç olarak, başvuruçuların ifade özgürlüğü ile başkasının şöhret veya haklarının korunması ve yargı bağımsızlığı arasında tartım yapan İHAM, verilen cezanın orantılı olduğu gerekçesiyle ilgili müdahalenin ihlal oluşturmadığı kanaatindedir<sup>24</sup>. Ayrıca, ilgili başvuruda taraf

---

<sup>21</sup> *Brauch*, bu görüşlerin sert, fakat yerinde olduğunu belirtmiştir. Bu görüş için bkz. **Brauch**, "The Margin of Appreciation.", s.126.

<sup>22</sup> **Feingold**, s.96

<sup>23</sup> *Egeland ve Hanseid/Norveç*, 38438/04, 16.04.2001.

<sup>24</sup> *Egeland ve Hanseid/Norveç*, 38438/04, 16.04.2001, p.59-65.

devletin yetkili makamlarına, çatışan değerlerin dengelenmesi hususunda geniş bir takdir marjı bırakılması gerektiği düşüncesindedir<sup>25</sup>.

*Yargıç Rozakis*'in kararın sonucuna mutabık kaldığı; ancak ek gerekçe belirtme ihtiyacı hissettiği bu başvuruda, benzer pek çok davada olduğu gibi davanın koşulları böyle bir uygulamayı gerekli kılmamasına rağmen, takdir marjının “*otomatik bir derece*” ile uygulanmasını eleştirmektedir<sup>26</sup>. *Rozakis*'e göre, eğer içtihatlar içerisinde takdir marjı doktrini kavramının herhangi bir anlamı varsa, o da dikkatli bir incelemeden sonra, ulusal makamların ulusal hukukun yerel ve özel koşullarını değerlendirmede, İHAM'dan daha iyi konumda bulunmalarıdır. Dolayısıyla, ulusal makamlar, başvuru ile ilgili en uygun nasıl karar verileceği hususunda uluslararası mahkemeden daha fazla bilgiye sahiptir. Bu durumda İHAM, davanın koşullarına göre, ulusal makamların yerine geçmeksizin ulusal kararların makul ve keyfiyetten uzak olup olmadığının denetimiyle kendisini sınırlamalıdır<sup>27</sup>.

*Rozakis*'e göre ilgili başvuruda; davanın koşulları, Mahkeme'nin sonuca ulaşmasında takdir marjı doktrininin vazgeçilmez bir araç olduğunu gösteren herhangi bir argüman için uygun değildir. Zira *Rozakis*, ifade özgürlüğüne ilişkin sıradan bir başvuru olarak nitelendirdiği başvurunun koşullarını ele aldığı anda, takdir marjı doktrinini uygulamada ve doktrine ilişkin ilgili değerlendirmeyi yapmada bir şüphe duymaktadır. Bu duruma ilişkin takdir marjının her bir davada otomatik kullanım yöntemine karşı şu soruyu sormaktadır:

*“Mahkeme'nin çatışan değerler arasında -ifade özgürlüğü ile özel yaşam-denge kurma işlemine ilişkin olarak, ulusal makamların uluslararası yargıçlara nazaran daha iyi konumda buldukları ve geniş takdir marjına sahip oldukları değerlendirmesini yapmaya yol açan ilgili unsurlar nelerdir?”*<sup>28</sup>.

Ayrıca, eğer takdir marjı doktrinine atıf yapılmıyorsa, kararın ne kadar farklılık taşıyacağına merak konusu olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak, öneri mahiyetinde dile getirilen ise Mahkeme'nin takdir marjı doktrinini uygulama yöntemini yeniden

---

<sup>25</sup> *Egeland ve Hanseid/Norveç*, 38438/04, 16.04.2001, p.55. *Yargıç Malinverni*, takdir marjının genişliği konusunda farklı görüştedir. Bu konuda bkz. *Egeland ve Hanseid/Norveç başvurusu Yargıç Malinverni'nin gerekçesi*.

<sup>26</sup> *Egeland ve Hanseid/Norveç*, 38438/04, 16.04.2001, *Yargıç Rozakis'in gerekçesi*.

<sup>27</sup> Makul ve keyfiyetten uzak olup olmadığını değerlendirmek, ölçülülük testini ifade eder.

<sup>28</sup> Avrupa devletleri arasında geniş bir konsensüsün bulunmaması, takdir marjını uygulamada haklı bir gerekçe değildir. Bkz. *Egeland ve Hanseid/Norveç*, 38438/04, 16.04.2001, *Yargıç Rozakis'in gerekçesi*.

değerlendirmesi, otomatik bir şekilde atıf yapmaktan kaçınması ve takdir marjına başvurmanın gerçekten gereklilik olduğu davalarla kendisini sınırlaması gerektiği ve bu durumda da adalete ve insan haklarını korumaya daha iyi hizmet edeceği dile getirilmiştir.

*Yargıç Rozakis*, takdir marjı doktrininin her başvuruda; kullanımının gerekli olup olmadığına bakılmaksızın *otomatik/mekanik* bir şekilde uygulanmasına karşıdır. Buna yönelik olarak önerisi de İHAM'ın ölçülülük testine yarar sağlamayan, takdir marjı doktrini uygulanmasaydı kararın sonucunda bir değişiklik arz etmeyecek olan başvurularda takdir marjı doktrininin uygulanmamasıdır. Belirtmek gerekir ki *Rozakis*'in, İHAM'ın içtihatlarında otomatik olarak takdir marjına atıf yapılmasının yersiz ve faydasız olduğu yönündeki görüşleri isabetlidir. Zira ilgili başvuruda takdir marjının derecesi hususunda dahi bir uzlaşma söz konusu değildir<sup>29</sup>. Ancak bu eleştirisine ilişkin olarak geliştirmiş olduğu somut bir öneri sunduğunu ifade etmek güçtür.

#### **D- Takdir Marjının Enflasyonu**

Takdir marjı doktrininin öğretide pek çok tanımı yapılmaktadır. Keza, bazı yazarlar, İHAS'ın uygulanmasında hak ve özgürlükler ile kamu menfaati arasında söz konusu çatışmaları dengelemek için; bazıları yükümlülüklerin yerine getirilmesinde ulusal makamların yapacağı seçimleri belirtmek için takdir marjı doktrinine atıf yapmaktadırlar. Öğretide ise bu tanım çabalarının takdir marjı doktrininin kullanımına ilişkin belirsizliği ve doktrinin farklı kullanımlarını ortaya koyduğu belirtilmektedir<sup>30</sup>.

Bu yönde eleştirilerini dile getiren *Kratochvíl*'in işaret ettiği hususlar, aslında öğretide mevcut olan görüşlerdir. Diğer başlıklarda çerçevesini çizdiğimiz eleştirilere benzer bir biçimde, İHAM tarafından takdir marjı doktrininin farklı kullanımları olduğunu ve bunun da belirsizliğe, doktrinin bilinçsizce, gereksiz yere kullanılmasına yol açtığını vurgulamaktadır<sup>31</sup>. Ancak *Kratochvíl*'in, bu eleştirilere ilişkin bir kavram oluşturması, diğer eleştirilere nazaran kendine özgü bazı hususlar ortaya koyması ve

---

<sup>29</sup> *Yargıç Malinverni*, takdir marjının genişliği konusunda aynı kanaatte değildir. Tek davaya dayalı bir argümanı ikna edici bulmamaktadır. Bkz. *Egeland ve Hanseid/Norveç başvurusu Yargıç Malinverni'nin gerekçesi*.

<sup>30</sup> **Kratochvíl**, s.327.

<sup>31</sup> **Kratochvíl**, s.326. Takdir marjı doktrininin mekanik bir şekilde gereksiz yere kullanılması eleştirisi için ayrıca bkz. **Feingold**, s.96; **Spielmann**, "Allowing the Right Margin.", s.418; *Yargıç Rozakis*'in görüşü için bkz. *Egeland ve Hanseid/Norveç*, 38438/04, 16.04.2001.



bu hususları sistematik bir biçimde ele almasından dolayı, ayrı bir başlık altında incelenmesinde yarar görülmektedir.

Takdir marjı enflasyonu olarak kavramsallaşan bu görüşe göre, İHAM içtihatlarında takdir marjı doktrininin bazı kullanım biçimleri herhangi bir faydalı amaca hizmet eder gibi görünmemektedir<sup>32</sup>. Zira İHAM içtihatlarındaki takdir marjı enflasyonu çeşitli farklı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu durumların ortak paydası ise bu şartlar altında herhangi bir faydalı amaca hizmet eder gibi gözükme bile kararlarda takdir marjına atıf yapılmasıdır. *Kratochvíl* tarafından takdir marjı enflasyonu olarak belirtilen beş durum söz konusudur. Yazar, takdir marjı enflasyonu olarak belirtilen bu beş durum arasında bazı örtüşmeler bulunsa da belirli özelliklere sahip olan tüm bu durumların analitik gerekçelerle ayrıma tâbi tutulmasında yarar görmektedir<sup>33</sup>. Bu beş durumu yakından inceleyelim.

### 1- Takdir Marjının Gerekçelerle İlgisiz Bir Biçimde Kullanılması

Takdir marjı enflasyonu durumunun ilki, başvuruda karar verilen gerekçelerle ilgisiz olarak takdir marjından söz edilmesidir. Bu duruma örnek olarak *Connors/Birleşik Krallık* başvurusu ele alınmıştır. Başvuruda roman kimliğine sahip azınlık olan başvurucu ve ailesinin on üç yıl boyunca yaşadıkları bölgeden, uygunsuz davranışları ve başkalarını rahatsız etmeleri gerekçe gösterilerek, yerel makamlar tarafından tahliye edilmelerinin, İHAS'ın 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkını ihlal edip etmediği irdelenmiştir<sup>34</sup>.

Kararda sosyal ve ekonomik politikaları ilgilendiren alanlarda, ulusal makamlara tanınan takdir marjının geniş olduğu belirtilmiştir<sup>35</sup>. Ayrıca bireyin sahip olduğu usuli güvenceler, taraf devletlerin hukuki düzenlemeler yaparken takdir marjı sınırları içerisinde kalıp kalmadığını değerlendirmede özellikle önemlidir<sup>36</sup>. Daha önceki kararlarda belirtildiği gibi, Romanların azınlık olarak korunmasız durumda olmaları hem ilgili hukuki düzenlemelerde hem de karar verilirken onların farklı yaşam tarzlarına ve kendi ihtiyaçlarına özel bir önem verilmesinin gerektiği anlamına

<sup>32</sup> *Kratochvíl*, s.336.

<sup>33</sup> Takdir marjı enflasyonu olarak belirtilen beş durum şu şekildedir: (i) başvuruda karar verilen gerekçelerle ilgisiz olarak takdir marjından söz edilmesi, (ii) herhangi bir açık rolü olmaksızın takdir marjından söz edilmesi, (iii) “*belirli bir takdir marjı (a certain margin of appreciation)*” kavramını uygulama alışkanlığı, (iv) sadece sonuçta takdir marjından bahsedilmesi, (v) takdir marjının kullanılmasında tutarsızlıklar. *Kratochvíl*, s.336-343.

<sup>34</sup> *Connors/Birleşik Krallık*, 66746/01, 27.08.2004, p.14.

<sup>35</sup> *Connors/Birleşik Krallık*, 66746/01, 27.08.2004, p.82.

<sup>36</sup> *Connors/Birleşik Krallık*, 66746/01, 27.08.2004, p.83.

gelir<sup>37</sup>. Bu nedenle de İHAM, azınlıkların yaşam koşullarını kolaylaştırmak için İHAS'ın 8. maddesinin taraf devletlere pozitif yükümlülükler yüklediğini belirtmektedir. Buna karşılık olarak *Kratochvíl* de başvuruda böyle bir usuli yükümlülüğe ulaşmada takdir marjına atıf yapılmasının Mahkeme'ye yardımcı olmadığını vurgulamaktadır<sup>38</sup>. Ek olarak, takdir marjı doktrininin İHAS'ın yorumlanmasına yardımcı oluyormuş gibi ya da uyumsuzluğu çözüyormuş gibi uygulanmasının aksine; aslında bir “*sır perdesi*” olarak işlediği gözükmektedir<sup>39</sup>.

## 2- Takdir Marjının Kararda Açık Bir Rolü Olmaksızın Kullanılması

Takdir marjı enflasyonu durumunun ikincisi olarak herhangi bir açık rolü olmaksızın takdir marjından söz edilmesidir. Bu durumda İHAM kendi incelemesini gerçekleştirirken, bu inceleme üzerinde açık bir rolü olmayan takdir marjını uygulamaktadır. Bu durumu netleştirmek adına da ölçülülük ilkesi belirtilmektedir<sup>40</sup>. İHAM ölçülülük testini gerçekleştirmiş olduğu için yaptığı inceleme üzerinde takdir marjının nasıl etkili olduğu ilgili davadan anlaşılamamaktadır. Örnek mahiyetinde ise *Czarnowski/Polonya* başvurusu irdelenmektedir<sup>41</sup>.

İlgili başvuruda, İHAS'ın 8. maddesinin, tutuklu bir kimsenin akrabasının cezasine katılmak için cezaevinden çıkabilmesi yönünde koşulsuz bir hakkı garanti etmediği belirtilmiştir. Her bir talebi değerlendirmenin ise ulusal makamlara ait olacağı ifade edilmiştir. Ulusal makamın ilgili kararının denetlenmesi, taraf devlete bırakılan takdir marjı göz önüne alınarak, alınan tedbirlerin başvuruçunun İHAS'da tanınan hakları kapsamında değerlendirilmesi ile sınırlandırılmıştır<sup>42</sup>. *Kratochvíl*'e göre, kararın bu bölümünden takdir marjına ilişkin kısım çıkartılırsa eğer, yapılan analizin sonucu için hiçbir şey kaybedilmeyecektir<sup>43</sup>.

Aynı başvuruya ilişkin irdelenen diğer kısım ise müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmede, İHAM'ın taraf devletlere bıraktığı

<sup>37</sup> *Connors/Birleşik Krallık*, 66746/01, 27.08.2004, p.84.

<sup>38</sup> **Kratochvíl**, s.336.

<sup>39</sup> İHAS'da başvuruçunun tahliyesinin usuli güvenceler gerektirip gerektirmediği sorusu ortaya çıkarsa, İHAM bu soruya gereklilik, elverişlilik gibi muhakemeleri kullanarak cevap vermelidir. Bkz. **Kratochvíl**, s.337.

<sup>40</sup> **Kratochvíl**, s.337. Ölçülülük ilkesini takdir marjı doktrininin öteki yüzü olarak nitelendirip, iki ilke arasındaki bağı ortaya koyan görüş için bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.14.

<sup>41</sup> *Czarnowski/Polonya*, 28586/03, 20.01.2009. Diğer örnek içtihatlar için bkz. *Gorzelik ve diğerleri/Polonya*, 44158/98, 17.02.2004; *A./Norveç*, 28070/06, 09.04.2009.

<sup>42</sup> *Czarnowski/Polonya*, 28586/03, 20.01.2009, p.26.

<sup>43</sup> **Kratochvíl**, s.337.

takdir marjını göz önüne aldığı yönünde yaptığı vurgudur<sup>44</sup>. Ayrıca, olayda söz konusu tüm koşullara bakıldığında ve taraf devlete bırakılan takdir marjı göz önüne alındığında, başvuruçunun bir yıllık hapis cezası aldığı belirtilmiştir<sup>45</sup>. Nihayet, *taraf devletlere tanınan takdir marjına rağmen*, başvuruçunun babasının cenazesine katılma isteğinin reddedilmesinin, izlenen meşru amacın karşısında orantılı olmadığı ve zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılamadığı gibi, demokratik toplumda gerekli olmadığına karar verilmiştir<sup>46</sup>.

*Kratochvíl*, kararda takdir marjının önemli bir rol oynuyormuş gibi lanse edilmesini eleştirmektedir. Keza İHAM'ın kararın sonuç kısmında takdir marjı doktrinine rağmen, ihlal kararı verdiğini belirtmesi neredeyse hiç aydınlatıcı bulunmamaktadır. Sonuç kısmından bu cümle çıkarıldığında kararın sonucu hiçbir şekilde değişmeyecektir<sup>47</sup>. Nitekim takdir marjının uygulanmasının herhangi bir amaca hizmet edip etmediği kuşkusunu bu örnek davalar göstermektedir. Tüm bu algılardan ikincilik ilkesini destekler gibi görünerek kaçınmanın güç olduğunu belirtmektedir<sup>48</sup>. Gerçekten de kararda takdir marjının derecelendirilmesi, çerçevesinin ortaya konulması söz konusu değildir. İHAM bu kararında denetimini gerçekleştirirken, takdir marjı doktrinini, analiz yöntemine katkı sunacak şekilde kullanmamaktadır.

### 3- Belirli Bir Takdir Marjı Kavramının Eleştirisi

Takdir marjı enflasyonu durumunun üçüncüsü olarak takdir marjının herhangi bir genişliği/derecelendirilmesi tanımlanmaksızın “*belirli bir takdir marjı (a certain margin of appreciation)*” kavramını uygulama alışkanlığı belirtilmektedir<sup>49</sup>. Belirtmek gerekir ki belirli takdir marjı kavramı esasen, Komisyon önünde *Kıbrıs vakası* ve *Lawless* başvurusunda kullanılmıştır<sup>50</sup>. İHAM tarafından da herhangi bir derecelendirme yapılmaksızın taraf devletlere “*belirli bir takdir marjı (a certain*

<sup>44</sup> *Czarnowski/Polonya*, 28586/03, 20.01.2009, p.27.

<sup>45</sup> *Czarnowski/Polonya*, 28586/03, 20.01.2009, p.28.

<sup>46</sup> Kararda bahsedilen gerekçelerle İHAS'ın 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. *Czarnowski/Polonya*, 28586/03, 20.01.2009, p.33.

<sup>47</sup> Diğer örnekler için bkz. *Kratochvíl*, s.338, 339.

<sup>48</sup> *Kratochvíl*, s.339.

<sup>49</sup> *Kratochvíl*, s.340, dn.82.

<sup>50</sup> Kıbrıs vakasında bu kullanım belirli bir takdir yetkisi şeklinde iken; *Lawless* başvurusunda belirli bir takdir marjı şeklindedir.

*margin of appreciation*)” tanındığı ya da herhangi bir sıfat kullanmaksızın, sadece “*takdir marjı (a margin of appreciation)*” tanındığı kararlar mevcuttur<sup>51</sup>.

İHAM’ın erken dönem içtihadî birikiminde, takdir marjı doktrininin derecelendirilmesi yapılmaksızın kullanılması doğal karşılanabilir. Ancak burada eleştirilen husus, İHAM’ın bazı içtihatlarında hala söz konusu durumun sürüyor olmasıdır. *Kratochvíl*’e göre, takdir marjının derecelendirilmesi söz konusu olmaksızın somut olaya uygulanması sonucunda, sadece yapılan incelemenin aydınlatılması başarısızlığa uğramamakta; aynı zamanda kararların da oy çokluğu ile alınmasına yol açmaktadır<sup>52</sup>. Çünkü yargıçların belirli takdir marjı olarak tanıdıkları zihinlerinden geçen marjın derecesi ve genişliği hakkında kimse fikir sahibi değildir. Takdir marjı gerçekten belirli midir? “*Belirli*” ne anlama gelmektedir? Marjı belirlemeye yönelik bir test bulunmamaktadır. Bu nedenle, takdir marjı doktrininin bu şekilde kullanılması İHAM’ın denetiminin açıklık ve netliğine gölge düşürmektedir<sup>53</sup>. Yine takdir marjı doktrini, taraf devletlerin yükümlülüklerini veya bireylerin hak ve özgürlüklerini öngörmesi konusunda bir yardımda bulunmamaktadır<sup>54</sup>.

#### 4- Kararın Sadece Sonuç Kısmında Takdir Marjından Bahsedilmesi

*Kratochvíl*, takdir marjı enflasyonunun bu dördüncü durumunda, kararın sadece sonuç kısmında herhangi bir derecelendirme yapılmaksızın takdir marjına atıf yapılmasını kast etmektedir<sup>55</sup>. Bu durumda kararın herhangi bir yerinde takdir marjına ilişkin bir tahlil söz konusu değildir. İHAM kararın sonuç kısmında, yapılan değerlendirmeler kapsamında, taraf devletin takdir marjına rağmen, İHAS’ın ilgili maddesinin ihlal edilip edilmediği yönünde karar vermektedir<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, p.58,59; *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, p.47,48, 49.

<sup>52</sup> Bu durumda yargıçlar daha dar takdir marjı uygulanması ve daha sıkı bir denetim gerçekleştirilmesi gerektiğini ileri sürebilmektedirler. Bkz. **Kratochvíl**, s.341.

<sup>53</sup> **Kratochvíl**, s.341. Takdir marjı doktrininin denetimin yoğunluğunu belirlemede uygulandığını ve söz konusu teorik işlevinin faydalı olduğunu savunan yazarlar tarafından da belirli takdir marjı kullanımının belirsizliği eleştirilmektedir. Bu konuda bkz. **Gerards**, Janneke; “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, C.XVIII, 2018, S.3, s.495-515

<sup>54</sup> **Kratochvíl**, s.341,342. Bu nedenle de hukukun üstünlüğünün gerektirdiği açıklık, öngörülebilirlik, keyfiyet dışılık olmadığı için takdir marjı doktrini eleştirilmektedir. **Brauch**, “The Margin of Appreciation.”, s.133.

<sup>55</sup> **Kratochvíl**, s.342, dn.90.

<sup>56</sup> Bu duruma örnek olarak verilen kararlar için bkz. *Young, James ve Webster/Birleşik Krallık*, 7601/76, 7806/77, 13.08.1981; *Kuimov/Rusya*, 32147/04, 08.02.2009.

*Kratochvíl*'e göre, bu durumda İHAM'ın denetimine takdir marjının etkisi olursa eğer, daha kötü bir sonuçla karşılaşılacaktır. Çünkü eğer takdir marjıyla bir bağlantı kurulursa, bu durum karar alma süreçlerinde şeffaflık eksikliği anlamına gelmektedir. Fakat takdir marjının bir etkisi olmaksızın denetim gerçekleştirilirse, takdir marjı doktrinini sadece faydasız olarak nitelendirmek mümkündür. Kararın sadece sonuç kısmında takdir marjına değinmenin, gerçekleştirilen bir denetime etkisi olmayacağından bahisle, faydasız olarak nitelendirmek de bir sakınca görmemektedir.

### 5- Takdir Marjının Kullanılmasında Tutarsızlıklar

Takdir marjı enflasyonu durumunun beşinci ve son durumu olarak, İHAM'ın takdir marjını kullandığı benzer bazı vakalarda tutarsızlıklar bulunması belirtilmektedir. *Kratochvíl* bu durumu yansıtmak için, bir başvuruda takdir marjı doktrininin uygulandığı yerde; benzer bir başka başvuruda takdir marjının uygulanmadığına dikkat çekmektedir<sup>57</sup>. Buna karşılık takdir marjı doktrini bir davada gerekli görülmeyip, niçin aynı meseleye ilişkin bir başka davada gerekli görülmektedir? *Kratochvíl* bu soruyu irdelemek üzere İHAM'ın üç kararını irdelemektedir<sup>58</sup>. Her bir davada, başvurucular sınırdan geçerken kanuna uygun bir şekilde elde edilen yabancı paranın beyan edilmemesi ile suçlanmaktadır. İHAM, başvurucuların paralarına el koyulmasını, mülkiyet haklarına orantılı bir müdahale oluşturmadığı gerekçesiyle İHAS'ın 1 Ek No'lu Protokolünün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir.

*Kratochvíl*'in bu üç başvuruya ilişkin olarak dile getirdiği husus ise her bir başvurunun sonuçları aynı olmasına rağmen, takdir marjı doktrininin uygulamasının farklılık arz etmesidir. İHAM, *Grifhorst/Fransa* başvurusunda, İHAS'ın 1 Ek No'lu Protokolün 1. maddesinin ikinci fıkrasının taraf devletlere geniş takdir marjı tanıdığını belirtmektedir<sup>59</sup>. Bir diğer başvuru olan *Gabric/Hırvatistan* başvurusunda ise davalı hükümetin savunmasında yer almasına rağmen takdir marjı doktrinine değinilmemektedir<sup>60</sup>. Son örnek başvuru da *Ismayilov/Rusya* başvurusu olup, mülkiyet

---

<sup>57</sup> **Kratochvíl**, s.343.

<sup>58</sup> *Grifhorst/Fransa*, 28336/02, 26.02.2009; *Gabric/Hırvatistan*, 9702/04, 05.02.2009; *Ismayilov/Rusya*, 30352/03, 06.11.2008. **Kratochvíl**, s.343.

<sup>59</sup> *Grifhorst/Fransa*, 28336/02, 26.02.2009.

<sup>60</sup> *Gabric/Hırvatistan*, 9702/04, 05.02.2009.

hakkının ihlaline ilişkin bu kararda karşı oy yazan yargıcın aksine takdir marjı doktrininden bahsedilmektedir<sup>61</sup>.

Bu durumda takdir marjının kullanılıp kullanılmadığı sorusunun, çok önemli gözükmediği, nitekim her bir davada varılan sonuçların aynı olduğu vurgulanmaktadır<sup>62</sup>. Sonuç olarak, diğer enflasyon durumlarında da belirtildiği üzere takdir marjının kullanıldığı başvurularda bu marjın herhangi bir amaca hizmet edip etmediği hususunun sorgulanabileceğinin altı çizilmektedir<sup>63</sup>. Eğer benzer davaların bir kısmında takdir marjı uygulanıyor bir kısmında da göz ardı ediliyorsa, bu kavramın gereksiz ve faydasız olduğunu ileri sürmekte bir sakınca görülmemektedir<sup>64</sup>.

*Kratochvíl*'in takdir marjı enflasyonu kavramı, İHAM'ın takdir marjı doktrinini gereğinden fazla, bilinçsizce atıf yaparak kullanmasını; bu durumun da İHAM'ın gerçekleştirmiş olduğu hak ve özgürlüklere ilişkin denetime herhangi bir fayda sunmadığını nitelendirmektedir. Keza, takdir marjı doktrininin, İHAS'ın yorumlanmasına katkı sunuyormuş gibi sunulmasının aksine; bir “*sır perdesi*” gibi işlediği, “*içi boş içerikli bir çözümün aktarılmasından başka hiçbir şey olmadığı hissini uyandıran*” bir kavram olduğunu belirtmektedir<sup>65</sup>. Ancak *Kratochvíl*, takdir marjı doktrininin belirli durumlarda faydalı rolü olduğunu da göz ardı etmediği için bu tür enflasyon adı altında kullanım durumlarının başarısız olduğu kanaatinde değildir.

### **E- Mahkeme'nin Kendini Sınırlama Aracı Olduğu Görüşü**

Yargısal aktivizm ve yargının kendi kendini sınırlandırması hususu anayasa yargısını benimsemiş ülkelerde gündeme gelmektedir<sup>66</sup>. Demokratik yönetim ilkesi gereği atanan yargıçların, seçilmişlerden oluşan yasama organının iradesiyle ortaya çıkan yasama işlemlerini denetlemesi; nihayetinde gerçekleştirilen yargısal denetimin

<sup>61</sup> *Ismayilov/Rusya*, 30352/03, 06.11.2008.

<sup>62</sup> **Kratochvíl**, s.343.

<sup>63</sup> **Kratochvíl**, s.343.

<sup>64</sup> Benzer yönde *Yargıç De Meyer* da karşı oyunda doktrinin gereksiz olduğunu belirtmektedir. *Kratochvíl* de takdir marjı enflasyonu durumlarından birini oluşturan, takdir marjı doktrininin benzer davalarda tutarsız kullanımını gereksiz ve faydasız olarak nitelendirmektedir. Ayrıca bu durumun karışıklığa yol açacağını da belirtmektedir. Bu nedenle takdir marjı enflasyonu durumlarından tutarsızlık görüşü, *Yargıç De Meyer*'in görüşüyle örtüşmektedir.

<sup>65</sup> **Kratochvíl**, s.337, 343.

<sup>66</sup> **Özbudun**, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, AÜSBFD (Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan), C.LXI, 2007, S.3, s.258-268. Öğretide, yargısal kendi kendini sınırlama ilkesinin (*judicial self-restraint*) anayasada açıkça düzenlenmesiyle, hâkimlerin yargının siyasallaşmasına yol açan kararlarının önüne geçilebileceği görüşü hakkında bkz. **Uslu**, s.551, 352.

meşruiyeti ve sorununu tartışma konusu yapmaktadır<sup>67</sup>. Bugün, yasama organının işlemlerinin anayasaya uygunluk denetimi hususunda, hukuk devleti anlayışı ön plana çıksa da gerçekleşen anayasaya uygunluk denetiminin sınırı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin aktivizm tezini ileri sürmek; demokratik yönetim ilkesiyle bağdaşmadığından, seçilmiş organların tahakkümü olarak algılanmaktadır<sup>68</sup>. Bununla birlikte, yargısal aktivizm ile demokratik yönetim ilkesi gereği yargının kendi kendini sınırlandırması, subjektif değer yargıları içermektedir. Bu nedenle somut vakalar söz konusu olduğunda, hangi durumun yargısal aktivizm ya da yargının kendi kendini sınırlandırması olduğu konusunda, herkesin üzerinde uzlaştığı net bir ayırım yapılamamaktadır<sup>69</sup>. Zira yargısal aktivizm ve yargının kendi kendini sınırlaması, birbirlerinden bağımsız olarak düşünülemeyeceği gibi; zamandan ve mekândan bağımsız olarak da düşünülmemektedir<sup>70</sup>.

Günümüzde yargısal aktivizm sadece anayasa yargısı endeksli değerlendirilmemektedir. Bu konuda bölgesel insan hakları koruma mekanizması olan İHAM yargıçlarının tutumları da araştırma konusu olmaktadır<sup>71</sup>. Belirtmek gerekir ki İHAM yargıçları atandıkları ülkenin bir temsilcisi olarak değil; kendi adlarına İHAM'a katılmaktadırlar<sup>72</sup>. Bağımsız ve tarafsız olarak görev yapan yargıçlar, yeri geldiğinde seçilmiş bir devlet organının yasama işleminin veya yürütme organının siyasi tercihleri doğrultusunda yaptıkları eylemlerin ya da gerçekleştirdikleri işlemlerin İHAS'da yer alan hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğine karar vermektedirler. Dolayısıyla devlet organlarının egemenlik yetkisinden kaynaklı olarak

---

<sup>67</sup> Anayasa yargısının tarihi, anayasa yargısının sınırları üzerine sürdürülen tartışmaların tarihidir. *Alleweldt*'ten akt. **Göztepe**, Ece; "Anayasa Yargısının Meşruluğu", s.389. Anayasa yargısının meşruluğuna ilişkin Türkiye'de süregelen tartışmalar için bkz. **Gülener**, s.191 vd.

<sup>68</sup> *Özbudun*'a göre, Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivizmi temel hak ve özgürlüklerin gelişimi yönünde değil, devletin çıkarlarını koruma yönünde bir aktivizmdir. Bkz. **Özbudun**, "Yargısal Aktivizm.", s.264. Yargısal aktivizm ve "yargının sınırlılığını/judicial restraint" birlikte ele alan çalışma için bkz. **Ergül**, Ozan; "Berraklaşırılmayan Bir Kavram: Yargısal Aktivizm", TBB Dergisi, S.104, Y.25, 2013, s.40 vd.

<sup>69</sup> **Ergül**, s.53.

<sup>70</sup> ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Miranda v. Arizona* kararında ortaya koyduğu, polis şüpheliye zorunlu ihtarda bulunması, verildiği kararda aktivizm olarak eleştirilse de sonradan Amerikan toplumu ve polis tarafından benimsenmiştir. Örnek için bkz. **Ergül**, s.46.

<sup>71</sup> *Morrisson*, 1959 ve 1979 yılları arasında İHAM içtihatlarını tarayarak, o dönem görev yapan on üç yargıcı; katı aktivist, aktivist, yumuşak aktivist, yumuşak sınırlamacı, normal ve katı sınırlamacı olmak üzere altı sınıfa ayırmıştır. Bu konuda bkz. **Morrisson**, Clovis C.; *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1981, s.3-29.

<sup>72</sup> Bu durum İHAS'ın 21. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmektedir.

söz konusu eylem veya işlemleri; hatta demokratik yönetim ilkesi gereği seçilmişlerin işlemleri uluslararası yargıçlar tarafından denetlenmektedir. Bu durumda insan haklarının gelişimini sağlamak yönünde yorum yapan İHAM yargıçlarının aktivizmi ile demokrasi ilkesi gereği kendini sınırlandıran İHAM yargıçlarının tutumu farklılaşmaktadır. Bu durumun elbette ki konumuzun kapsamını aşan çeşitli boyutları mevcuttur. Ancak takdir marjı doktrinine ilişkin kısım ise yargıçların takdir marjı aracılığıyla, demokrasi ilkesi gereği kendi kendilerini sınırlandırdıkları; dolayısıyla kimi durumlarda çekinik tutum sergilemeleri meselesidir.

Takdir marjı doktrinine eleştirel yaklaşan bu görüş; İHAM'ın takdir marjı doktrini aracılığıyla zor davalar olarak nitelendirilebilecek kimi durumlarda, doktrine başvurarak denetimden kaçındığı, çekingen kaldığı ve bu sayede de İHAS sisteminin devamlılığını sağladığı yönünde ileri sürülen görüştür<sup>73</sup>. Evleviyetle belirtmek gerekir ki İHAM içtihatlarında yansıtılan çoğulcu demokrasi anlayışına rağmen, İHAS'ın başlangıç kısmındaki demokratik siyasal rejim vurgusu ulusa/halka dayanan bir egemenlik ilkesine gönderme yapmaktadır<sup>74</sup>. Bununla birlikte, 15. Ek Protokol'ün takdir marjı doktrini ile ikincilik ilkesini başlangıç kısmına ekleme yönündeki eğilim de bu yorumu yapmayı kolaylaştırmaktadır. Ancak, taraf devletlerin her ne kadar egemenlik yetkisi ulusalüstü denetim aracılığıyla sınırlandırılmış olsa da İHAM tarafından devletlerin egemenlik yetkisine saygı gösterildiği aşikârdır. Yargıçların sergiledikleri tutum ile kimi zaman taraf devletlerin egemenlik yetkisine ve Mahkeme'nin tali niteliğine dayanarak kendilerini sınırlandırdıkları; kimi zaman ise aktivist tutum sergileyerek hak ve özgürlükleri geniş bir şekilde yorumladıkları gözlemlenmektedir.

Yargıçların tutumlarını irdeleyen *Morrisson*'a göre, karşı oy yazan yargıçlar daha aktivist bir tutum sergilemektedirler<sup>75</sup>. Bununla birlikte, takdir marjı doktrini ifadesinin, İHAM'ın kendi kendini sınırlandırmasının ipuçları olduğunu dile getirmektedir<sup>76</sup>. Ayrıca, aktivist tutum takınan yargıçların veya tam aksi bir şekilde kendini sınırlandıran bir anlayış ortaya koyan yargıçların tespitini yaparken, İHAS'ın dar veya geniş yorumlanmasını aradığını belirtmektedir. Zira *Morrisson*, İHAS'ın dar

---

<sup>73</sup> **Feingold**, s.105.

<sup>74</sup> **Şirin**, "Takdir Marjı.", s.380, 381.

<sup>75</sup> Ayrıca egemenlik yetkisini sınırlandıran antlaşmaların uygun bir şekilde yorumlanmasının önemini vurgulamaktadır. Bu görüş için bkz. **Morrisson**, s.5-6.

<sup>76</sup> **Morrisson**, s.6.



yorumlandığı, taraf devletlere geniş takdir marjı tanındığı, önceki içtihatlarla sıkı bağlılığın söz konusu olduğu, uluslararası hukuktan kaynaklanan fikirler ve ilkelere aşırı bir bağlılığın olduğu tüm durumları, kendi kendini sınırlandıran bir tutumun göstergesi olarak değerlendirmektedir<sup>77</sup>.

*Morrisson*, başka bir eserinde ise takdir marjı doktrininin, özü itibarıyla; yargısal sınırlılık, başka bir deyişle yargının kendi kendini sınırlandırması doktrini olduğunu dile getirmektedir<sup>78</sup>. Keza yazara göre, takdir marjı doktrini İHAS'ın uygulanmasında zorunlu bir araç olarak görülmekte; bu durumda üç nedene bağlanmaktadır<sup>79</sup>. Bunlardan ilki, tüm yargı organları, nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin bir çeşit değerlendirme yapma yetkisini ifade eden takdir yetkisini uygulamaktadırlar. İkinci olarak, İHAS'ın sunduğu güvenceler belirsiz bir dil ile nitelendirilmektedir. Üçüncü olarak ise Sözleşme'yi uygulayan organlar, taraf devletlerin İHAS'ı feshederek insan haklarını koruma mekanizmasından çıkma ihtimalinden etkilenmektedir. Dolayısıyla *Morrisson*, İHAM'ın takdir marjı doktrini kendini sınırlandırma aracı olarak kullanmasını eleştirmekten ziyade, doğal bir sonuç olarak görmektedir<sup>80</sup>.

Esas sorun ise takdir marjı doktrininin ilkeli bir biçimde uygulanması ve takdir marjının insan haklarının korunması, etkili bir denetim mekanizmasının işlerliğine olumsuz bir etkide bulunmaması için nasıl kontrollü bir şekilde uygulanacağı hususudur. Öyle ki İHAM'ın ne bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmesini hoş görmesi ne de ulusal yönetimlerin meşru işlevlerine zarar gelmemesi için takdir marjı doktrini ilkeli bir biçimde uygulaması gerekmektedir<sup>81</sup>. Ancak *Burke*'ye göre, bu tarz bir

<sup>77</sup> Dar takdir marjını, insan haklarını korumak için ortak ve evrensel standartlar inşa etme arzusu gibi bazı durumları da aktivist eğilimler için belirtmektedir. **Morrisson**, s.6,7.

<sup>78</sup> *Morrisson*'dan akt. **O'Donnell**, s.477.

<sup>79</sup> *Morrisson*'dan akt. **O'Donnell**, s.477.

<sup>80</sup> *Morrisson*'un görüşü ile aynı yönde, takdir marjı doktrininin anlaşılması güç olduğunu kabul eden; ancak ilkeli bir şekilde standartları ortaya konulmuş ve net bir şekilde kullanımına bağlı olarak, İHAS sistemi içerisinde gerekli bir yargısal araç olabileceği belirtilmektedir. Bu durumun karşılığı olarak, ilerlemeyi kolaylaştırıcı gerekli bir araç mahiyetinde (*necessary jurisprudential grease*) olduğu dile getirilmektedir. Bu konuda bkz. **O'Donnell**, s.495, 496. Öğretide, yargıcın kendini demokrasi ilkesi gereğince sınırlamasının ve insan haklarının evrenselliği ve rölativizm tartışmalarının, takdir marjı doktrininin işlevi ve gerekçeleri olduğu ileri sürülmektedir. Mahkeme'nin kendini sınırlaması ve Sözleşme sistemine dâhil olan ülkelerin kültürel yapısına saygı göstermesi için takdir marjı doktrini uyguladığı, bu nedenle takdir marjının ortaya çıkış nedeni olduğu doğal bir sonuç olarak yansıtılmaktadır. Bu görüş isabetli olsa da Mahkeme'nin kimi durumlarda aşırıya kaçması, takdir marjı doktrini ekseninde eleştiri konusu olmaktadır. Bu gerekçeler ışığında, söz konusu yaklaşımlar eleştiriler başlığı altında ele alınmaktadır. Takdir marjı doktrininin ortaya çıkış nedeni ve gerekçesi başlığı altında ele alan yazarlar için bkz. **Doğru**, Takdir Marjı., s.39 vd.; **Şirin**, "Takdir Marjı.", s.380, 381.

<sup>81</sup> Bu yönde bkz. **Burke**, s.1132; **O'Donnell**, s.496.

değerlendirme yetkisi maskesi içerisinde yargısal el çekme (*judicial abdication*) durumu, bazen Mahkeme'nin ve Komisyon'un ihlal iddialarına karar vermede süper temyiz mercii olmadığı gerekçesiyle, vakaları ve hukuku bağımsız bir şekilde tespit etmekten kaçınmasına yol açmaktadır<sup>82</sup>. Mahkeme, söz konusu kendi kendini sınırlama durumunu ikincilik ilkesine dayandırmaktadır. Keza bu duruma yönelik olarak karşılaşılabilecek bir tehlike ise taraf devletlerin sahip oldukları yetkiye duyulan güvene dayanılarak, İHAM'ın verdiği kararların ulusal makamların eylemlerinin bir onayından ibaret olması ihtimaline dikkat çekmektedir<sup>83</sup>. Bu tehlikenin giderilmesi için altı çizilen nokta da İHAM ve Komisyon'un takdir marjı doktrinini uygulamaya karar vermeden önce, potansiyel ihlaller ile ilgili olarak rutin bir şekilde mümkün olduğunca elde olan bilgileri toplamak ve değerlendirmektir<sup>84</sup>. Yine İHAM bu tarz değerlendirmeler aracılığıyla kendi kendini sınırlama maskesi içerisinde, önemli ihlalleri görmezden gelmemeli ve tolerans göstermemelidir; aksi halde bu şekilde ulusal makamlara tanınan saptırılmış yetki, İHAS'ın ortaya koyduğu güvencelerin ve mevcut ilkelerin içini boşaltma, bir başka deyişle anlamsız kılma riskini bünyesinde barındırmaktadır<sup>85</sup>.

Takdir marjı doktrininin İHAM'ın kendi kendini sınırlandırmasının bir aracı olarak kullanıldığı ve böylece İHAM'ın kurumsallaştırdığı koruma mekanizmasının devamlılığını sağlama yönünde bir çabanın aracı olduğu yaygın olarak ileri sürülen bir görüştür. Gerçekten de geniş takdir marjının tanındığı vakalarda bir sınırlılığın söz konusu olduğu, dikkate değer bir bulgudur<sup>86</sup>. Bunun yanı sıra, İHAM içtihatlarının taranarak, yargısal aktivizm ve yargının kendi kendini sınırlandırması durumlarının ortaya konduğu çalışmalarda görüş birliği bulunmamaktadır. Buna ilişkin olarak durumu açıklığa kavuşturmaya yarayacak iki karşıt çalışma ortaya konabilir<sup>87</sup>. Bu

---

<sup>82</sup> **Burke**, s.1134. Hassas konularda İHAM'ın yargısal denetim görevinden el çekmesi veya İHAS'ın şart koştuğu katı koşulları hafifletme yönünde eleştiriler mevcuttur. **De la Rasilla del Moral**, s.612.

<sup>83</sup> **Burke**, s.1134. Takdir marjı doktrini; ulusüstü bir denetim mekanizması içerisinde, ulusal makamlarla, Avrupa kuralları arasında oluşacak gerilime bir çözüm olarak nitelendirilmektedir. Ancak takdir marjı doktrininin bu faydasının belirtilmiş olmasına rağmen; *Burke*'nin uyarısı yinelenmiştir. Kısacası; takdir marjı doktrini, İHAM'ın bağımsız denetimden çekinmesine yol açmamalıdır. Bu görüş hakkında bkz. **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.313.

<sup>84</sup> **Burke**, s.1134.

<sup>85</sup> **Burke**, s.1140.

<sup>86</sup> Aynı yönde bkz. **Morrisson**, s.6.

<sup>87</sup> Bu çalışmalardan ilki için bkz. **Mahoney**, Paul; "Judicial activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", HRLJ, C.11, 1990, s.57 vd. Bu görüşe eleştiri için bkz. **Popovic**, Dragoljub; "Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", Creighton Law Review, C.XLII, 2009, s.361 vd.

çalışmalardan ilki *Mahoney*'e aittir. Bu çalışmada ifade edildiği üzere, yargısal aktivizm ve yargının kendi kendini sınırlandırması madalyonun iki yüzü olarak adlandırılıp, iki teorinin de birbiriyle çatışmadıkları; aksine birbirlerini tamamlayıcı parçalar oldukları dile getirilmektedir. Bununla birlikte, *Mahoney* diğer bir çalışmada, Sözleşme'nin uygulanması ve yorumlanmasında, Mahkeme'nin, çeşitliliğin muazzam zenginliğinin korunmasına katkı sunacak bir erk olarak hareket etmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>88</sup>. En azından farklı demokratik toplumların tümünde geçerli olacak tek tip çözümler arayarak, bu muazzam zenginliğin ortadan kalkmasına yol açmamak gerekmektedir<sup>89</sup>. Ardından *Mahoney*'in ilk çalışmanın yayımlanmasından on dokuz yıl sonra, *Mahoney*'in bulguları ele alınarak, yargısal aktivizmi seçilmiş organlar olan temsilcilerin yerine geçmek olarak tanımlayan görüş eleştiriye maruz kalmıştır<sup>90</sup>. Yargısal aktivizmin ve yargının kendi kendini sınırlandırmasının, iki ayrı metot olduğu belirtildikten sonra; yorum faaliyeti çerçevesinde yargıcın görevinin, yargısal aktivizm veya yargının kendini sınırlandırması durumlarına ilişkin başvuruyu tartmak ve tanımlamak olduğu şeklinde bir nitelendirme yapılmıştır<sup>91</sup>. Buna göre yazar, İHAM'ın son dönemde yargısal aktivizm yönünde bir eğilim gösterdiği görüşündedir.

Elbette ki yargısal aktivizm ve demokrasi ilkesi gereği yargının kendi kendini sınırlandırması anlayışı her ne kadar iki karşıt metot olsa da belirli bir uyum içerdikleri kabul edilmektedir. Keza, hak ve özgürlükleri geliştirmek ve hükümlere anlam kazandırmak, yargısal sınırlılığın yanı sıra, yargısal aktivizmin kullanılmasıyla söz konusu olacağı belirtilmekte; yargısal aktivizmin İHAS hükümlerinin gelişimine daha uygun olduğu; aynı zamanda içtihatların gelişim göstermesi amacına daha çok hizmet ettiği işaret edilmektedir<sup>92</sup>. Bununla birlikte, yargının kendi kendini sınırlandırması anlayışının en önemli aracının, İHAS'ın koruma alanının dışsal sınırı olan takdir marjı doktrini olduğu dile getirilmektedir<sup>93</sup>. Dolayısıyla, yargısal aktivizmin daha baskın

<sup>88</sup> **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.3.

<sup>89</sup> *Mahoney*'e göre, kültürel çeşitliliği tanımak, kültürel rölativizmin aynısı değildir. Kültürel çeşitliliği korumak gerekliliği, takdir marjı doktrininin ideolojik zeminini oluşturmaktadır. Takdir marjı doktrini demokrasi ilkesi gereği kendini sınırlamanın uygulaması olarak gönüllü bir imtiyazdır ve Sözleşme metninden kaynaklanmaz. **Mahoney**, “Marvellous Richness.”, s.2, 3 ve 4; **Matscher**, s.76.

<sup>90</sup> **Popovic**, s.363.

<sup>91</sup> Mahkeme'nin iki metoda ilişkin yaklaşımının eşit olduğu fikrine karşı olan görüşler söz konusudur. Kullanılan yorum metotları dikkate alındığında yargısal aktivizmin daha baskın olduğu kanaatindedir. **Popovic**, s.363, 366.

<sup>92</sup> Yargısal aktivizmin üstünlüğünün daha iyi ya da daha kötü olduğunun tartışmaya açık olduğunu belirten görüş için bkz. **Popovic**, s.395, 396.

<sup>93</sup> **Morrisson**, s.6; “Dışsal sınır” kavramını akt. **Popovic**, s.391-394 ve dn.112.

olduğunu ileri süren bu görüşe göre, yargının kendi kendini sınırlandırmasının en önemli tekniği olan takdir marjı doktrini daha az gelişim göstermiş vaziyettedir.

Mahkeme'nin kendini sınırlama aracı olarak takdir marjı doktrininin uygulandığı görüşünün yanı sıra, bu durumun hak ve özgürlükleri; aynı zamanda İHAS'ın uygulanabilirliğini tehdit altında bırakacağı ileri sürülmektedir<sup>94</sup>. Esasen demokrasi ilkesi gereği kendini sınırlandıran ve taraf devletlere değerlendirme alanı bırakan İHAM'ın, denetim mekanizmasının devamlılığını sağlama hedefiyle hareket ettiği söylenebilirse de takdir marjı doktrininin kimi zaman belirsiz; kimi zaman faydasız bir şekilde kullanılmasıyla çekinik konumda kalan İHAM'ın ve etkili denetim mekanizmasının üzerinde tehdit oluşturduğu görüşü, pek de isabetsiz görünmemektedir. Keza İHAM'ın takdir marjı doktrinine dayanarak karar vermesi, taraf devletlerin İHAS'ın ihlaline yol açtığı veyahut hükümlerine uygun müdahalelerde bulunduğu konusunda belirsiz bir durum olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu duruma ilişkin olarak da İHAM'ın takdir marjı doktrinine dayanarak karar vermeyi seçmesinin spekülasyonlara açık olduğu belirtilmektedir<sup>95</sup>. Takdir marjının tanımı ve açıklaması ne olursa olsun, karar alma sürecini ve bağımsızlığı ciddi bir şekilde etkilediği ileri sürülmekte; doktrinin belki ihlal kararı vermede İHAM'ın doğal bir isteksizliğini yansıttığı; belki de sıkı bir şekilde İHAS'ın uygulanması durumunda taraf devletlerin aleni ihlallerinin olma ihtimalini ve İHAS sisteminden çekilmeleri endişesinden dolayı, siyasi bir gerekçeyle Mahkeme'nin tercihini temsil ettiği dile getirilmektedir<sup>96</sup>.

## F- İnsan Haklarının Evrenselliği ve Rölativizm Tartışmaları

Bireyin varoluşundan kaynaklanan bir takım hak ve özgürlüklere sahip olduğunun evrensel bir anlayışla kabulü; zamana ve mekâna göre çeşitlilik gösteren ahlak ve toplum kuralları karşısında, hak ve özgürlüklerin özünün farklı içeriklere sahip olabileceği gerekçesiyle eleştiriye uğramaktadır<sup>97</sup>. Kültürel rölativizm

---

<sup>94</sup> Feingold, s.105.

<sup>95</sup> Feingold, s.105.

<sup>96</sup> Feingold, s.105. Bu görüşlerin abartılı ve karamsar bir bakış açısı olduğu yönünde bkz. Brems, "The Margin of Appreciation.", s.312.

<sup>97</sup> Bu anlayış ahlak felsefesi ve antropoloji kökenli, kültürel rölativizm kuramını yansıtmaktadır. İnsan haklarının evrenselliği ve kültürel rölativizm tartışması için bkz. Donnelly, Jack; Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları (çev.: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut), Ankara 1995, 119-135; Tesón, Fernando; "International Human Rights and Cultural Relativism", Virginia Journal of International Law, C.XXV, 1984, S.4, s.870 vd. Evrensellik düşüncesinin tarihsel gelişimi için ayrıca

kuramının ortaya koyduğu bu anlayış, oluşan yorum ve biçim çeşitlilikleri nedeniyle; insan haklarının zamandan, mekândan, ideolojilerden; hatta tüm kültürel değerlerden bağımsız olarak evrenselliğine şüpheyile yaklaşmakta, 1940'lı yıllardan itibaren insan haklarının evrenselliği tartışma konusu olmaktadır. Kültürel rölativizmin kültüre verdiği anlam ve değer, insan haklarının tarihsel kazanımlarını ortadan kaldırmaya yol açabilecekken; evrensellik anlayışı da batılı değerlerin diğer kültürlerle empoze edilmesi algısına yol açmaktadır. Bu çerçevede kültürel rölativistler tarafından, kültürel değerler nazara alındığında insan haklarının göreceli olduğu, insan onuru kavramının belirli bir kültüre ilişkin anlayışı yansıttığı, bu nedenle de insan haklarının evrenselliğinin ahlaki emperyalizm tehdidi doğuracağı belirtilmektedir<sup>98</sup>. Bunun yanı sıra, bireyin doğası itibarıyla sahip olduğu hak ve özgürlüklerin kültürel değerlerden, zamandan ve mekândan bağımsız olarak evrensel olduğu; zira kültürel farklılıkların nazara alınamayacağı insan haklarının normatifliği ile daha net bir şekilde dile getirilmektedir.

Ayrıca insan haklarının sınırlı göreliliğini kabul ederek, ahlaki yönden evrenselliğini savunanlara göre, hakkın konusunun alternatif bir mekanizmayla korunduğu, bir değer ilgili toplumda haklı olarak temel sayılmadığı veya beklenen saldırının olağan hale gelmediği belirtilerek evrensellik karinesini geçersiz kılmanın mümkün olacağı işaret edilmektedir<sup>99</sup>. Ancak modern devletin geleneksel devletlere nazaran idari ve teknolojik olarak elinde tuttuğu imkânlar çok daha geniştir. Bu nedenle modern devletin siyasal iktidarını kötüye kullanması, daha elverişli bir hal almaktadır. Keza bireyin korunması için siyasal iktidarın sınırlandırılması hususu ihtiyaçtan öte zorunluluktur. Bu nedenle insan hakları öğretisi, modern devletin sınırlandırılması ve bireyin korunması için meşru bir zemin oluşturmaktadır. Ancak hakkın konusunun alternatif bir mekanizmayla korunduğu durumlarda evrensellik karinesi geçersiz kılınabiliyorsa eğer, bu meşru zeminin tehditle karşılaşması mümkündür. Siyasal iktidarı elinde tutanların ise alternatif mekanizmalar aracılığıyla

---

bkz. **Korkmaz**, Ömer; "Tarihsel Süreç İçerisinde Evrensellik Düşüncesi", DEÜSBED, C.IV, 2002, S.3, s.154-197.

<sup>98</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin Batılı devletlerin yoğun katılımı gerçekleştiği için evrenselliği yansıttığı ve rölativistlerin en zayıf temsilini yansıttığı; ancak Viyana Bildirisi'nin Batılı olmayan devletlerin katılımı ile rölativist izler taşıdığı belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **Demir**, Esra; "İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm", MÜHF - HAD, C.XIV, S.3, 209-242. Kültürel rölativizmin temeli Alman aydınlanmacı düşünörlere dayandırılmaktadır. Bkz. **Zabunoğlu**, H. Gökçe; "Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği" (Zabunoğlu Armağanı), Ankara Üniversitesi Yayınları, s.799.

<sup>99</sup> **Donnelly**, s.132, 135.

her zaman, hakkın konusunun korunmakta olduğu ve belirli değerlerin toplumda temel sayılmadığı iddiasını ileri sürmeleri ihtimal dâhilindedir. Bu yüzden bu görüşe temkinli yaklaşmak gerekmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki kültürel rölativizm bir yandan insan haklarının evrenselliği gerekçesiyle doğan ahlaki emperyalizm tehdidine dikkat çekerken; insan haklarının evrenselliği kuramı, dünyanın çeşitli bölgelerinde yaşanan sorunların çözümünde ortak bir arayış, hak ihlallerinin ve siyasal iktidarın kötüye kullanılmasının önünde bir engel olarak bireyin korunmasında elverişli bir araç olmaktadır. İşte kültürel rölativizm ve insan haklarının evrenselliği kuramlarının bir arada var olmaları aynı zamanda yararlı görülebilmektedir<sup>100</sup>.

Yine de bireyin doğası itibarıyla insan onurundan kaynaklanan hak ve özgürlüklerin öznesi olması ile kültürel değerlerin hak ve özgürlüklerin uygulama alanında yorum farklılıklarına yol açması, birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunların çözümüne yönelik olarak kültürel rölativizm kuramında ayrıma gidilmektedir. *Radikal rölativizm* kültürü yegâne kaynak olarak ele almakta; bunun yanında *radikal evrensellik* de kültürel değerleri tamamen dışlamaktadır. Bu kuramlar birbirlerini dışlayıcı bir anlayış ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra; *katı kültürel rölativizm* bir ahlaki kuralın asıl kaynağının kültürel değerler olmasını yansıtmakta; *zayıf kültürel rölativizm* ise kültürün, ahlaki kuralın geçerliliğinin önemli bir kaynağı olduğunu kabul eden anlayışı yansıtmaktadır<sup>101</sup>. Zayıf kültürel rölativizm evrenselliğin aşırılıklarını gidererek, kapsamlı bir evrensel insan hakları dizisini kabul eder; fakat yerel değişiklik ve istisnalara cevaz verir. Katı kültürel rölativizm ise en azından az sayıda temel hakkı kabul etmektedir ve çoğu hak bakımından geniş bir çeşitliliğe imkân tanımaktadır<sup>102</sup>.

Bu genel açıklamalardan sonra, uluslararası yargıçlara göre ulusal makamların daha iyi konumda buldukları gerekçesiyle taraf devletlere takdir marjı doktrini

---

<sup>100</sup> Diđer kültürlerin kaygılarının dâhil edildiği, alışveriše açık evrensellik anlayışı önem kazanmaktadır. Bu görüş için bkz. **Demir**, “Evrensellik ve Rölativizm.”, s.242.

<sup>101</sup> *Donnelly*'e göre, evrensellik ile rölativizm arasında zorunlu bir tercih yapmaya gerek yoktur. Evrensellik ile özgüllük birleştirilerek “*sınırlı bir göreliliği*” kabul etmeye ihtiyaç vardır. Bu görüş hakkında bkz. **Donnelly**, s.119-120. Zayıf kültürel rölativizmin, insan haklarının evrenselliğiyle zıt olmadığı yönünde bkz. **Zabunoğlu**, “Görecelik ve Evrensellik.”, s.808, 809.

<sup>102</sup> Bu ayırım, en aşırı biçimleri olarak kabul edilen radikal rölativizm ve radikal evrensellik nazara alınarak oluşturulmuştur. Radikal bir rölativist anlayış, sadece kültürel olgulara dayanan toplumsal kurallar bütününe yol açacağından, bu durumda sırf insan olmaktan kaynaklanan hiçbir hak veya özgürlük olamazdı. Aynı yönde bkz. **Donnelly**, s.122.

tanınmasının, İHAM içtihatlarında yer alan zayıf kültürel rölativizmin bir görünümü olduğu yönünde bir değerlendirme yapmak mümkün gözükmemektedir<sup>103</sup>. Zira İHAS, taraf devletler arasında asgari ortak paydayı temin ettiğinden, bu anlayış katı kültürel rölativizm ile bağdaşmamaktadır<sup>104</sup>. Ancak takdir marjı doktrini, evrensel kurallara karşı sınırlı bir dengeleyici olan ulusal kültürlerin düzeltici rolü çerçevesinde, zayıf kültürel rölativizm kuramı ile uyum içerisindedir<sup>105</sup>. Bu görüşün tam aksi yönde, takdir marjı doktrininin kültürel rölativist bir argüman olmadığı; fakat İHAM'ın kullandığı faydalı bir yargısal araç olarak, ikincillik ilkesi ile adem-i merkezîyetçiliğe dayanan ulusal makamlar ile uluslararası nitelikte insan hakları mekanizması arasında etkileşimi yansıttığı ileri sürülmektedir<sup>106</sup>.

Evleviyetle belirtmek gerekir ki başlangıçta on ülke tarafından kurulan Avrupa Konseyi, etki alanını genişleterek kırk yedi üye ülkeye ulaşmıştır<sup>107</sup>. İlk etapta Batı Avrupa'nın ağırlıkta olduğu bir bölgesel örgüt olan Avrupa Konseyi, farklı kültürlerin giderek çeşitlendiği ve bir arada bulunduğu bir örgüt halini almıştır<sup>108</sup>. Bununla birlikte, Avrupa Konseyi organları tarafından hazırlanan İHAS'ın kurumsallaştırdığı

---

<sup>103</sup> Siyasi ve ekonomik olarak çeşitliliğin altı çizilerek, tüm taraf devletlerin demokratik bir nitelikte olması gerekse de Doğu Avrupa ile Batı Avrupa arasındaki siyasi rejim tercihleri bakımından tarihsel farklılıklara, Avrupa toplulukları arasındaki mezhep farklılıklarına, Türkiye'nin dini açıdan diğer Avrupa Konseyi üyelerinden farklılığına, hukuki sistemlerin farklılığına; ekonomik açıdan da çoğu taraf devletin Avrupa Birliği üyesi olduğuna; fakat ortak pazar ekonomisinde devletin rolünün farklılaştığı taraf devletlerin bulunduğu dikkat çekilmektedir. Ayrıca İHAS'ın ulusal hukuk karşısındaki konumu dahi, taraf devletler arasında farklılaşmaktadır. Bu yönde bkz. **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.306, 307. Takdir marjı doktrininin rölativist argümanlar içermesi evrensellik karşısında eleştirilmekte; ancak diğer yandan kimi yazarlar tarafından doktrininin taraf devletler arasındaki çeşitlilik dikkate alındığında faydalı ve gerekli bir yargısal araç olduğu ileri sürülmektedir. Takdir marjı doktrini aracılığıyla bir noktaya kadar kültürel rölativizmin Sözleşme'de yer almasına izin verilmekte olduğu belirtilmektedir. Nitekim Mahkeme'nin çekirdek Avrupa değerlerini korurken, taraf devletler arasında hak ve özgürlüklerin yorumunda ortaya çıkan farklılıkları uzlaştırmak için takdir marjı doktrininden istifade ettiği dile getirilmektedir. Böylece takdir marjı doktrininin evrensellik ile çatıştığı düşünülmez ve bu anlayış reddedilmektedir. Takdir marjı doktrini aracılığıyla bölgesel ve ulusal hak kavramlarına insan haklarının evrenselliği anlayışının uygulandığı savunulmaktadır. Zira takdir marjı doktrininin, özcü ahlak (evrensellik) ile meşrulaştırıcı esneklik (rölativizm) arasında uzlaşma yaratılmasına hizmet ettiği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Ostrovsky**, Aaron A.; "What's So Funny about Peace, Love, and Understanding - How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", *Hanse Law Review*, C.I, 2005, S.1, s.57, 58.

<sup>104</sup> **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.309, 310 ve 311.

<sup>105</sup> Zayıf kültürel rölativizm kuramı ile uyumlu olan takdir marjı doktrininin, insan haklarını koruma mekanizması içerisinde farklı kültürlere saygıyı temin etmek için faydalı bir araç olarak görülmesine rağmen, takdir marjının tüm çözümleri sağlamadığını ifade eden görüş için bkz. **Brems**, "The Margin of Appreciation.", s.310.

<sup>106</sup> **Sweeney**, s.459 vd.

<sup>107</sup> Bu ülkeler; Fransa, Büyük Britanya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, İtalya, İrlanda, Danimarka, Norveç ve İsveç'tir. Mevcut kırk yedi üye ülke için bkz., <https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights>, (e.t.: 05.08.2018)

<sup>108</sup> Aynı yönde bkz. **Lester**, s.74.

bölgesel bir denetim mekanizması olan İHAM, Konsey organlarıyla ortak amaçları doğrultusunda iş birliği içerisinde çalışsa da bağımsız bir niteliği haizdir<sup>109</sup>. Bağımsız niteliği ile yargısal denetim gerçekleştiren İHAM, yaklaşık 830 milyon bireyin hak ve özgürlüklerinin teminatıdır<sup>110</sup>. Bu kültürel çeşitlilik içerisinde; farklı toplumlar, hatta farklı bireylerin özerkliği nazara alındığında, kültürel çeşitliliğin asgari ortak anlayış temelinde bir arada bulunması; aynı zamanda Sözleşme'ye taraf devletlerin insan haklarının korunmasında ortak standartlara erişmesi beklenmektedir. İşte burada; takdir marjı doktrininin bağımsız denetim çerçevesinde kültürel çeşitliliğe saygı esaslı bir yargısal araç olduğu ya da insan haklarının evrenselliğine, hak ve özgürlüklerin bağımsızca denetlenmesine mâni olan bir argüman olduğu yönünde bitmek bilmeyen bir tartışma karşımıza çıkmaktadır.

Öğretide, İHAM ve diğer uluslararası organların faaliyetlerinin insan haklarını korumak ve geliştirmek için evrensel insan hakları standartlarını kurmaya yönelik olduğu belirtilmektedir<sup>111</sup>. Bu nedenle takdir marjı doktrininin bu evrensel ideali gerçekleştirmede büyük ölçüde bir tehlike arz ettiği; prensip itibarıyla ahlaki rölativizmin yansıması olan takdir marjının, insan haklarının evrenselliği kuramı ile uzlaşmadığı dile getirilmektedir<sup>112</sup>. Zira takdir marjı doktrini liberal bir şekilde uygulanırsa, ulusal politikaları aşan uluslararası insan hakları uygulamasını ve uluslararası organlara başvurunun güvenilirliğini ciddi bir şekilde zedeleyebileceği uyarısı yapılmaktadır<sup>113</sup>. Bu şekilde geniş ölçüde eleştiriye maruz kalmakta olan takdir marjı doktrinine şüpheyle yaklaşmakta; nitekim uluslararası kazanımları aşındıracak tehlikeli bir değişken olarak nitelendirilmektedir. Keza takdir marjı doktrinine yönelen bu şüpheli yaklaşımın, İHAM'ın yargı yetkisinin, siyasi ve kültürel olarak farklı gelenekleri içeren Avrupa topluluklarını kapsayarak hızlı bir şekilde genişlemesi nedeniyle arttığı; bu nedenle takdir marjının köklerinin kültürel rölativizm kuramında olduğu belirtilmektedir<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup> **Esen**, Egemen; “Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve Türkiye’ye İlişkin Yazılı Görüşleri Hakkında Birkaç Not”, Fasikül Hukuk Dergisi, (Eğitim Mühendisi Fehmettin Akingüç Armağanı), S.100, Y.10, s.474, 475.

<sup>110</sup> Avrupa Konseyi'nin web sitesinde, İHAS'ın 830 milyon insanın haklarını koruduğu belirtilmektedir. <https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights>, (e.t.: 05.08.2018)

<sup>111</sup> **Benvenisti**, s.843.

<sup>112</sup> **Benvenisti**, s.843, 844.

<sup>113</sup> **Benvenisti**, s.844.

<sup>114</sup> Bu yaklaşımın varsayım olduğunu belirten görüş için bkz. **Sweeney**, s.463.



Takdir marjı doktrininin kökenlerinin kültürel rölativizm olduğunu bir varsayım olarak kabul eden *Sweeney*'e göre; İHAM'ın Sözleşme'ye yeni taraf olan devletlerin değişkenlik gösteren kültürel özellikleri ve gelişim durumlarıyla baş etmesi gerektiği için, İHAM'ın insan haklarının evrenselliğini tehdit eden uygulamalara tolerans göstermek zorunda kalabileceği, ayrıca rölativist yaklaşımın teorik olarak değişkenlik gösterebileceği ve bu yaklaşımın devletlerin çıkarlarını maskeleyebileceği ileri sürülmektedir<sup>115</sup>. Bu konuda yazar, özellikle yeni taraf olan devletlere dikkat çekmekte; görüşlerini gerekçelendirmek adına örnek olarak iki başvuruyu ele almaktadır<sup>116</sup>. Başvurular İHAS'ın 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne ilişkindir. Ancak *Tammer/Estonya* başvurusunda, belirgin bir şekilde yerel dilde yapılan açıklamalara dayanılarak karar verilmesi söz konusu olduğundan, kültürel değerlere özellikle önem atfedildiği görülmektedir. Ayrıca karar oybirliği ile alındığı için de *Tammer/Estonya* başvurusunun üzerinde durulması gerekmektedir.

*Tammer/Estonya* başvurusunda, gazeteci olan başvurucunun kamuya mâl olmuş bir siyasetçinin özel hayatına ilişkin ifadelerinden dolayı, hakaret suçundan mahkum edilmesini, İHAS'ın 10. maddesine aykırı bulmamıştır. Başvurucu, somut olayda adı geçen siyasetçinin eski Başbakanla ilişkisi olduğunu, ilgisiz bir anne olarak genç kızlara iyi bir örnek oluşturmadığını belirtmiş; ayrıca Mahkemece, başvurucu tarafından röportaj sırasında kullanılan ifadelerin, Estonca dilinden tam olarak İngilizce'ye çevrilmediğini not düşmüştür<sup>117</sup>. Hükümet savunmasında başvurucunun ifadelerinin Estonca dilinde özel anlamları olduğunu ve İngilizce karşılığının bulunmadığı; ancak Estonca ile kültürlerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>118</sup>.

İHAM tarafından, başvurucunun hakaret suçundan para cezasına çarptırılması, davalı hükümetin de savunmasında kabul ettiği üzere ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca ifade özgürlüğüne yönelik gerçekleştirilen müdahalenin hukuki olduğu, İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan başkalarının şöhret veya haklarının korunmasının müdahalenin meşru amacını teşkil ettiği saptandıktan sonra, dava konusu olan açıklamaların kamu yararı ve toplumsal yarar sağlayan bir hususa ilişkin olmadığı belirtilmiştir. Buna göre, para

---

<sup>115</sup> *Sweeney*, s.463.

<sup>116</sup> *Tammer/Estonya*, 41205/98, 06.02.2001; *Janowski/Polonya*, 49033/99, 23.09.2003.

<sup>117</sup> *Tammer/Estonya*, 41205/98, 06.02.2001, p.22.

<sup>118</sup> *Tammer/Estonya*, 41205/98, 06.02.2001, p.52, 53.

cezasının miktarı da dikkate alındığında Estonya makamlarının müdahalesi demokratik toplumda gerekli bir müdahale olarak nitelendirilmiş; gazetecinin bilgilendirme hakkı ile başkalarının hak ve özgürlüğünün Estonya makamları tarafından adil bir şekilde dengelendiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda başvurucunun yerel dilde aşağılayıcı anlam ifade eden bir dille açıklama yapması, ifade özgürlüğü kapsamında görülmemiş, başvurucunun para cezasıyla cezalandırılması izlenen meşru amaç karşısında orantılı olarak değerlendirilmiştir<sup>119</sup>.

Esas itibarıyla başvuru İHAM'ın gereğinden fazla rölativist yaklaşım sergilediği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>120</sup>. *Tammer/Estonya* başvurusu ile *Janowski/Polonya* başvurusunda taraf devletlere tanınan takdir marjı, diğer taraf devletlerde ihlal olarak görülen sınırlamaların, yeni taraf devletlerde ihlal olarak değerlendirilmemesi ihtimaline yol açabilir. Ancak *Sweeney*, bu kaygıların aksini gösterecek şekilde üç adımda açıklama yapmaktadır<sup>121</sup>.

Yazarın üç adımda ileri sürdüğü gerekçelerin ilki olarak, merkez ve Doğu Avrupa taraf devletlerini de içerecek şekilde uygulanan takdir marjı doktrininin kullanımını değerlendirdiğinde, Mahkeme'nin Sözleşme'ye yeni taraf olan devletlere karşı uyumlu bir yaklaşım göstermekten uzak olduğunu belirtmektedir. Takdir marjı doktrininin, Sözleşme sistemi içerisinde sürekli aynı role sahip olmadığını anımsatmanın önemine değinen yazar, takdir marjının başlangıçta Sözleşme sistemini sağlamlaştırmak, bir nevi sistemin devamlılığını sağlamak olduğunu dile getirmektedir. Gerçekten *Yourow*'a göre de takdir marjı doktrininin 1979'dan bu yana, taraf devletlerin Sözleşme haklarına müdahaleye yönelik gerekçelerinin detaylı bir şekilde analiz edilmesini kolaylaştırmak için yararlı bir çerçeveye dönüştüğü yönünde temellendirmeleri göstermektedir ki takdir marjı doktrininin süreç içerisinde kullanımı değişmektedir<sup>122</sup>. *Sweeney* de en azından son yirmi beş yıldaki olumlu yönde bir gelişim olduğunu ifade etmektedir<sup>123</sup>. *Tammer/Estonya* başvurusu ile *Janowski/Polonya* başvurusunu, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmediğine hükmedilen davalarda, Mahkeme'nin bir veya birden fazla yaklaşımla

---

<sup>119</sup> *Tammer/Estonya*, 41205/98, 06.02.2001, p.34-71.

<sup>120</sup> *Sweeney*, s.466.

<sup>121</sup> *Sweeney*, s.466, 467.

<sup>122</sup> *Yourow*, Margin of Appreciation Doctrine., s.188.

<sup>123</sup> Makalenin yayımlandığı yıl 2005'dir. Yaklaşık olarak 1980'den itibaren doktrinin gelişim gösterdiğini kabul etmektedir. Bkz. *Sweeney*, s.467.

başvurduğu takdir marjı doktrininin küçük bir kategorisini teşkil ettiğini belirtmektedir.

İkinci gerekçe olarak, evrensel insan hakları kuramının ne anlama geldiğinin ortaya konmasının gerekliliğini vurgulamaktadır. Ayrıca, evrensel insan haklarının bir takım yerel uyarlamalar içerdiği kabul ediliyorsa, İHAM'ın yaklaşımının rölativist olarak nitelendirilemeyeceğinin altını çizmektedir<sup>124</sup>. Bununla birlikte, evrensellik kuramının tekdüzelik (*uniformity*) anlamına gelmediğini, takdir marjı doktrini uygulamasının rölativizm kuramını tanımladığı yönündeki eleştirilerin ise sadece devletlerin yerel ve bölgesel özelliklerin hatırlatıldığı örnekleri tespit etmiş olduklarını belirtmektedir<sup>125</sup>.

Son olarak da eğer takdir marjı doktrininin doğasının kültürel değerlere göre göreceli olmadığı gösterilebilirse, yerel kaygıları gidermek için sınırlı sayıda davada takdir marjı doktrininin kullanımının evrensellik ilkesi ile uyumlu olduğunu belirtmektedir. Zira takdir marjı doktrinin kavramsal köklerinin ise ikincillik ilkesinde bulunabildiğini açıklamaktadır<sup>126</sup>. Sonuç olarak, örnek mahiyetinde tahlil edilen *Tammer/Estonya* ve *Janowski/Polonya* başvuruları, Sözleşme sistemine yeni dâhil olan merkez ve Doğu Avrupa taraf devletlerine tanınan aşırı bir marjı ifade eden yeni bir geçiş döneminin habercisi olmadığını; her iki davada da ifade özgürlüğünün somut olayda uygulanamayacağını tartışılmadığını, dolayısıyla hakkın evrensel niteliğinin zedelenmediğini vurgulamaktadır<sup>127</sup>.

### **G- Normatifliğin Muhtemel Etkileri: Kopenhag Deklarasyonu**

İHAM'ın karşılaştığı sorunları ve geleceğini tartışmak üzere, Avrupa Konseyi'ne üye kırk yedi devletin temsilcilerinin katılım gösterdiği üst düzey

<sup>124</sup> Sweeney, s.469.

<sup>125</sup> Sweeney, s.469.

<sup>126</sup> Sweeney, s.467, 471.

<sup>127</sup> Sweeney'e göre, *Tammer/Estonya* ve *Janowski/Polonya* başvurularında takdir marjı doktrininin kullanım şekli, her bir davada vakaların dikkatlice değerlendirildiğini göstermektedir. Ayrıca, taraf devletlere tanınan takdir marjı, Walzer'in ince ve kalın olarak kavramsallaştırdığı evrensel ahlakın unsurlarına atıfla "*insan haklarının inceliğine*" sadakati garanti altına almak amacıyla her bir davada denetlendiğini belirtmektedir. Sweeney, s.474. Michael Walzer, evrensel ahlak anlayışının ince ve kalın olmak üzere iki unsuru olduğunu kuramsallaştırmıştır. Birbirleriyle çelişmekten ziyade, birlikte işleyen farklı amaçlara hizmet eden "*ince-kalın*" ahlak anlayışının, İHAM'ın takdir marjı doktrini uyguladığında aralarındaki bağlantının görüldüğünü belirtilmektedir. *İnce* kavramı öz ve asgari nitelikte olan vazgeçilemez temel ahlaki kurallar iken; *kalın* kavramı ise çeşitli kültürel öğelerin eklenmesiyle, farklılık gösterebilen ahlak anlayışıdır. Kısacası Sweeney, insan haklarının evrensel olduğunu; ancak Mahkeme'nin toplumların özel niteliklerini dikkate alarak, insan haklarının ilk elden ulusal makamlarca korunduğunu ifade eden "*kalın*" ahlak anlayışı ile ulusal makamlara belirli bir marj tanıdığını ileri sürmektedir. Akt. Sweeney, s.470, 471 ve 474.

konferanslar düzenlenmektedir<sup>128</sup>. Üst düzey konferanslar öncesinde önerileri içeren taslak deklarasyon ilan edilmekte, konferansın ardından ise nihai bir deklarasyon kamuoyuna açıklanmaktadır<sup>129</sup>. Deklarasyonların içeriği taraf devletlerin Sözleşme'ye bağlılıklarını teyit ettikleri, ancak Mahkeme'nin ikincil nitelikte olduğu bir söylem üzerinden, Sözleşme sisteminin güçlendirilmesi ve taraf devletlerin Yüksek Mahkeme organları ile Mahkeme arasında iş birliğinin geliştirilmesine odaklanmaktadır. Nitekim 2012 tarihli Brighton Deklarasyonu'nda Mahkeme'nin ikincillik ilkesi ile takdir marjı doktrinine ilişkin olarak içtihadının gelişim göstermesi memnuniyetle karşılanarak katılımcılar tarafından teşvik edici bir yaklaşım benimsenmiştir<sup>130</sup>. Böylece ikincillik ilkesi ile takdir marjı doktrininin Sözleşme'nin yorum ilkeleri kabul edilerek Başlangıç metnine eklenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>131</sup>. Ayrıca ulusal makamlar ile Mahkeme'nin iş birliğinin ne şekilde tesis edilebileceği ile Mahkeme'nin ikincil yetkisinin Kopenhag'ta gerçekleşen yakın tarihli üst düzey konferansta tartışmalara neden olduğu gözlemlenmektedir.

Bununla birlikte henüz yürürlüğe girmemiş olan Sözleşme'nin 15 No'lu Ek Protokolü aracılığıyla, takdir marjı doktrini ile ikincillik ilkesinin normatif dayanak elde edecekleri aşikârdır. Bu nedenle Sözleşme'nin 15 No'lu Ek Protokolü ve Sözleşme sisteminde yaşanan gelişmeler yakın tarihli üst düzey konferansın nihai metni olan Kopenhag Deklarasyonu'na yansımış durumdadır. Ancak Kopenhag Deklarasyonu'nun nihai metni yayımlanmadan açıklanan taslak metinde, takdir marjı doktrini ile ikincillik ilkesi vurgusu çok daha net bir şekilde metne yansımış, hatta taslak metinde Mahkeme'nin ikincil yetkisine ve ulusal makamların takdir marjına

---

<sup>128</sup> 2010 yılından itibaren gerçekleşen üst düzey konferanslar; Interlaken (2010), İzmir (2011), Brighton (2012), Brüksel (2015) ve Kopenhag (2018)'da gerçekleşmiştir.

<sup>129</sup> Interlaken Deklarasyonu için bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/2010\\_Interlaken\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf), İzmir Deklarasyonu için bkz. <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>, Brighton Deklarasyonu için bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf), Brüksel Deklarasyonu için bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf), Kopenhag Deklarasyonu için bkz. <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>, (e.t.:11.04.2019).

<sup>130</sup> **Brighton Declaration**, p.11, 12.

<sup>131</sup> **Brighton Declaration**, p.11, 12. 2012 tarihli Brighton Deklarasyonu'nu takip eden yıllarda Mahkeme tarafından takdir marjı doktrininin kullanımı ve ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınması istikrarlı bir şekilde artış göstermiştir. Mahkeme tarafından takdir marjı doktrinine ilişkin ifadelerde popülerite sıralaması takdir marjı, geniş takdir marjı, dar takdir marjı şeklindedir. Bu yönde nicel çalışma için bkz. **Madsen**, Mikael Rask; "Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?", *Journal of International Dispute Settlement*, C.IX, 2018, S.2, s.199-122.

ağırlık verilmesi hükümet dışı kuruluşların dikkatini çekmiştir<sup>132</sup>. Böylelikle hükümet dışı kuruluşlar, takdir marjı doktrini ile ikincillik ilkesinin Sözleşme metninde normatif dayanak elde edecek olması üzerine Kopenhag Deklarasyonu'nun taslak metnine yoğun bir şekilde yansımaya karşı harekete geçmişlerdir<sup>133</sup>. Nihayet Kopenhag Deklarasyonu taslak metni değişime uğrayarak yeniden yazılmış, bu süreçte pek çok taraf devletin temsilcisi başlangıçtaki taslak metne ve reform gündemine destek vermemiştir<sup>134</sup>. Keza Lüksemburg temsilcisi Kopenhag Deklarasyonu'nun taslak metni bu haliyle kabul edilir ve siyasetçilerin Mahkeme'nin yetki ve otoritesini etkilemek istedikleri bir sınır olarak algılanırsa destek vermeyeceklerini ilan etmiştir<sup>135</sup>.

Nitekim 5 Şubat 2018 tarihinde yayımlanan söz konusu taslak metin hükümet dışı kuruluşların, öğretinin yoğun endişe ve eleştirilerine maruz kalmış, daha sonra nihai metin değişim göstererek yapılan düzeltmelerle içerik yumuşatılmıştır. *Gerards ve Lambrecht* tarafından, taslak metnin mevcut haliyle kabul edilmesi durumunda Sözleşme sisteminin zarar göreceği yönünde öğretilerde ve hükümet dışı kuruluşlarda oluşan fikir birliği saptanmıştır. Keza taslak metnin Mahkeme'nin bağımsızlığına ve otoritesine verebileceği zararlar, Mahkeme'nin ikincil yetkisi tanımlanırken yargı yetkisi ve rolünün yanlış yorumlanması, insan haklarının evrenselliğini zayıflatma potansiyeli, Mahkeme'nin ulusal hükümetlerin siyasi baskılarına maruz kalmasına neden olabilecek yeni diyalog kanalları tesis etme hedefleri hakkında yoğun endişeler dile getirilmiştir<sup>136</sup>. Dolayısıyla takdir marjı doktrini ile ikincillik ilkesinin yorumu ve algılanışının, Mahkeme'nin geleceği üzerindeki etkisi yadsınamayacaktır. Böylelikle bu başlık altında Kopenhag Deklarasyonu'nun taslak metninde takdir marjı doktrini ile ikincillik ilkesinin ele alınışı ve hükümet dışı kuruluşların taslak metne yönelik tepkisi incelenecek, ardından takdir marjı doktrininin Kopenhag Deklarasyonu'nun nihai metnine nasıl yansıdığı irdelenecektir.

---

<sup>132</sup> Kopenhag Deklarasyonu'nun 5 Şubat 2018 tarihli taslak metnine erişmek için bkz. [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=0900001680793858](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680793858), (e.t.:13.04.2019)

<sup>133</sup> Hükümet dışı kuruluşların Kopenhag Deklarasyonu'nun taslak metnine karşı yanıt başlıklı 13 Şubat 2018 tarihli raporuna erişim için bkz. [http://www.omct.org/files/2018/02/24721/joint\\_ngo\\_response\\_to\\_the\\_copenhagen\\_declaration\\_\\_13\\_february\\_2018.pdf](http://www.omct.org/files/2018/02/24721/joint_ngo_response_to_the_copenhagen_declaration__13_february_2018.pdf), (e.t.:13.04.2019)

<sup>134</sup> **Gerards, Janneke/Lambrecht, Sarah**; "The Final Copenhagen Declaration: Fundamentally Improved with A Few Remaining Caveats", <https://strasbourgothers.com/2018/04/18/the-final-copenhagen-declaration-fundamentally-improved-with-a-few-remaining-caveats/>, (e.t.: 13.04.2019).

<sup>135</sup> **Gerards/Lambrecht**, aynı yer, (e.t.: 13.04.2019).

<sup>136</sup> **Gerards/Lambrecht**, aynı yer, (e.t.: 13.04.2019).

Öncelikli olarak Kopenhag Deklarasyonu'nun taslak metninde Mahkeme'nin sistematik ve yapısal sorunları, ağır insan hakları ihlallerini tespit etmeye odaklandığı etkili ve dengeli bir Sözleşme sistemine ihtiyaç olduğunun altı çizilmiştir<sup>137</sup>. Bunun için kaydadeğer sonuçların, özellikle ikincilik ilkesi güçlendirilerek Mahkeme'nin etkinliğinin geliştirilmesi ve Sözleşme'nin daha etkili bir şekilde uygulanması ihtiyacının karşılanmasıyla elde edileceği dile getirilmiştir<sup>138</sup>. Zira Sözleşme'nin etkili bir şekilde uygulanması için taraf devletler ile Mahkeme arasındaki sorumluluk paylaşımına dikkat çekilmiştir<sup>139</sup>. Akabinde 15 No'lu Ek Protokol'e ilişkin gelişmeler hatırlatılarak, ikincilik ilkesinin hem taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirme şeklini hem de Mahkeme'nin işlevini yerine getirme şeklini etkiler vaziyette olduğu belirtilmiştir<sup>140</sup>. Söz konusu bu durum, diğer bir deyişle ulusal makamlar ile insan hakları koruma mekanizması Avrupa sistemi arasında daha iyi bir denge kurulabilmesi ve hakların gelişmiş bir şekilde korunmasının temin edilebilmesi aracılığıyla “sorumluluk paylaşımı” hoşgörüsüyle karşılanmıştır<sup>141</sup>. Aynı şekilde Sözleşme sisteminin düzenleyici bir ilkesi olarak ikincilik ilkesinin Mahkeme içtihatlarında artan rolü desteklenmiştir<sup>142</sup>. Ulusal makamların demokratik meşruluğa sahip oldukları, yerel ihtiyaç ve koşulları değerlendirmek noktasında uluslararası bir mahkemeye nazaran daha iyi konumda buldukları hatırlatılmıştır. Böylece taraf devletlerin Sözleşme'nin nasıl uygulanacağı konusunda takdir marjı bulunduğu belirtilmiştir<sup>143</sup>. Mahkeme'nin dördüncü dereceli bir yargı makamı olmadığını altı çizilmiş; ulusal makamların somut vakayı Sözleşme standartlarına uygun olarak değerlendirdiğinde, Mahkeme'nin kendi değerlendirmesini ulusal makamların değerlendirmesinin yerine koymakla yetkili olmadığı ifade edilmiştir<sup>144</sup>.

Belirtmek gerekir ki Kopenhag Deklarasyonu taslak metnine hakim olan anlayış ikincilik ilkesi ile takdir marjı doktrinini merkeze almaktadır. Sözleşme'nin nasıl uygulanacağı ve kararların nasıl yerine getirileceği hususunda nihai değerlendirmeyi gerçekleştirecek makam olarak İHAM'ın kendisi karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla taraf devletlerin Sözleşme kapsamında yükümlülüklerini

---

<sup>137</sup> **Draft Copenhagen Declaration**, p.4.

<sup>138</sup> **Draft Copenhagen Declaration**, p.5.

<sup>139</sup> **Draft Copenhagen Declaration**, p.7-15.

<sup>140</sup> **Draft Copenhagen Declaration**, p.9.

<sup>141</sup> **Draft Copenhagen Declaration**, p.11.

<sup>142</sup> **Draft Copenhagen Declaration**, p.12.

<sup>143</sup> **Draft Copenhagen Declaration**, p.23.

<sup>144</sup> **Draft Copenhagen Declaration**, p.23, 24.

yerine getirirken değerlendirme yapma yetkisine sahip olması sınırsız bir alan yaratmamaktadır. Sözleşme'nin nasıl uygulanacağı hususunda ulusal makamlara takdir marjı tanındığı yaklaşımı, insan hakları koruma mekanizması içerisinde muğlak bir alan açmaktadır. Taraf devletler insan haklarına saygı yükümlülüğünün bir gereği olarak, ulusal düzlemde insan hakları ihlallerini gidermek ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak yükümlülüğüyle yüklenmişlerdir. Eğer ulusal düzlemde Sözleşme sistemine uyumlu bir biçimde ihlal giderilmediyse, Mahkeme'nin kendisi yapılacak olan başvurunun neticesinde yargısal denetimi gerçekleştirmektedir.

Sözleşme sistemi içerisinde muğlak ve öngörülemez bir şekilde ikincillik ilkesi ile takdir marjı doktrinini merkeze alan bir anlayış insan hakları ihlallerinin etkili bir şekilde denetlenmesinin görmezden gelinmesine yol açabilir. Eğer Sözleşme'nin nasıl uygulanacağı konusunda ulusal makamlara takdir marjı tanınmışsa, ulusal düzlemde hak ve özgürlüklerin yorumunun insan haklarının evrenselliğine zarar verecek şekilde yapılması mümkün olabilir. Bu nedenle ulusal makamlara tanınan takdir marjının insan haklarına saygı yükümlülüğü çerçevesinde okunması, muğlaklığa yol açabilecek yaklaşımlardan uzak durulması gerekmektedir. Keza Mahkeme'nin ikincil yetkisi, gerçekleştirilen yargısal denetimin ulusal makamların değerlendirmeleri karşısında ikincil önemde olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme, ulusal makamların kendilerine tanınan takdir marjını Sözleşme sistemine ve insan hakları standartlarına uygun bir şekilde kullanıp kullanmadığını denetlemektedir. Sözleşme'nin ulusal düzlemde nasıl yorumlanacağı ve nasıl uygulanacağını asgari kriterleri Mahkeme tarafından belirlenmiş olduğundan, sadece ulusal makamların bu kriterlerle çerçevelenmiş sınırlı bir takdir marjına sahip olduğu söylenebilir. Aksi halde Sözleşme'nin nasıl uygulanacağı konusunda ulusal makamlara takdir marjı tanındığı yaklaşımları, insan haklarının korunması ve koruma mekanizmalarının güçlendirilmesi amacına özgülendiği kabul edilerek iyi niyetli bir görünüm arz etse dahi yetersiz, eksik ve tehlikeli bir yaklaşım olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Denilebilir ki Sözleşme'nin henüz yürürlüğe girmeyen 15 No'lu Ek Protokolü aracılığıyla ikincillik ilkesi ile takdir marjı doktrininin normatif dayanak elde edecek olması, Kopenhag Deklarasyonu'nun taslak metnine söz konusu anlayışın hakim olmasını cesaretlendirmiştir. İkincillik ilkesi ile takdir marjı doktrininin normatif dayanak elde edecek olması Sözleşme sisteminin zayıflamasına yol açmamalıdır. Zira Kopenhag Deklarasyonu'nun taslak metninin odaklandığı hususlar ve çözüm

yollarının hükümet dışı kuruluşlar tarafından da benzer yönlerden eleştirildiği görülmektedir. Nitekim Sözleşme'nin ulusal düzlemde daha iyi bir şekilde uygulanmasının başta İHAM olmak üzere Avrupa Konseyi organları tarafından gerçekleştirilen etkili denetim ve gözetime bağlı olduğu vurgulanmaktadır<sup>145</sup>. İkincilik ilkesinin ise Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin korunmasında, asli sorumluluğun ulusal makamlara ait olduğu anlamına geldiği ifade edilmektedir. Ancak isabetli bir biçimde, taraf devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine riayet edip etmediklerinin denetiminde ikincilik ilkesinin Mahkeme'nin yetkisini kısıtlamadığı dile getirilmektedir<sup>146</sup>. Dolayısıyla insan haklarının korunmasının asli olarak ulusal düzeyde gerçekleştiği ifadesinin Mahkeme'nin yetkisini kısıtladığı; esas olarak Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri koruma yükümlülüğünün taraf devletlere ait olduğu belirtilmektedir. Böylelikle taraf devletler ile Mahkeme'nin ayrı ayrı rollerinden ziyade, ulusal düzeyde Sözleşme'nin uygulanması için taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından taslak metnin revize edilmesi önerilmiştir<sup>147</sup>.

Bununla birlikte takdir marjı doktrininin değişken ölçekte genişliğe sahip olduğu, ayrıca kimi hak ve özgürlüklere uygulanamaz nitelikte bulunduğu belirtilerek karmaşık bir yargısal yorum ilkesi olduğu kabul edilmiştir<sup>148</sup>. Ancak Sözleşme'nin 15 No'lu Ek Protokolü'nün ne takdir marjı doktrininin ne de ikincilik ilkesinin anlamında ve özelliklerinde değişiklik yaptığı vurgulanmıştır. Böylece takdir marjı doktrini ile ikincilik ilkesinin Mahkeme tarafından geliştirilen ve uygulanan yorumun yargısal aracı olduğu dile getirilmiştir<sup>149</sup>. Zira taraf devletlerin her zaman takdir marjına sahip olmadığına ilişkin açıklık getirilmesi gerektiğine; ayrıca takdir marjının kapsam ve varlığının taraf devletin değil, Mahkeme tarafından belirlendiği vurgusunun önemine dikkat çekilmiştir<sup>150</sup>. Nitekim hükümet dışı kuruluşlar tarafından ulusal makamların takdir marjının Mahkeme tarafından belirlendiği ve içtihatlarda yer aldığı şekilde Mahkeme'nin denetimiyle birlikte el ele yürüdüğü hususlarına açıklık getirilmesi gerektiği benimsenmiştir<sup>151</sup>.

---

<sup>145</sup> Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration, s.2.

<sup>146</sup> Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration, s.2.

<sup>147</sup> Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration, s.3.

<sup>148</sup> Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration, s.4.

<sup>149</sup> Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration, s.6.

<sup>150</sup> Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration, s.6.

<sup>151</sup> Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration, s.6.



Nihai metin olan Kopenhag Deklarasyonu'nda ise ikincillik ilkesi ile takdir marjı doktrini Mahkeme'nin yargı yetkisiyle birlikte değerlendirilmiştir. Taraf devletler ikincillik ilkesiyle uyumlu olarak Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri korumak için asli sorumluluğa sahip olup, ulusal makamlara tanınan takdir marjının Mahkeme'nin denetim yetkisine tâbi olduğu belirtilmiştir<sup>152</sup>. Taslak metne hakim olan anlayış terk edilerek Mahkeme'nin denetimine tâbi tutulan takdir marjına vurgu yapılmıştır. Ancak Kopenhag Deklarasyonu'nun ikincillik ilkesi ile takdir marjı doktrinine ilişkin olarak Sözleşme sistemine katkı sunacak yeni bir yaklaşım veya öneri getirmekten uzak olduğu söylenebilir. Zira ulusal düzlemde hukuk yolları tüketildikten sonra başvuru yapılabileceği, Mahkeme'nin ulusal makamların değerlendirmelerinin yerine geçebilecek dördüncü dereceli bir mercii olmadığı, davanın koşulları ile müdahale konusu hak ve özgürlüğe göre Sözleşme'nin nasıl uygulanacağı konusunda ulusal makamlara takdir marjı tanındığı, fakat takdir marjının Mahkeme'nin denetimiyle el ele yürüdüğü ortaya konmuştur<sup>153</sup>.

Kopenhag Deklarasyonu'nun taslak metninin sorunlu ifadelerinin çıkarılarak yeniden düzenlenmesi olumlu bir gelişme mahiyetinde değerlendirilebilir. Yine de belirtmek gerekir ki üst düzey konferansın nihai metninde takdir marjı doktrini ile ikincillik ilkesi söz konusu olduğunda Mahkeme'nin içtihatlarındaki tutum tekrar edilmiş, takdir marjı doktrininin nasıl uygulanması gerektiği hususunda Mahkeme'yi yönlendirici nitelikte ileriye doğru herhangi bir adım atılmamıştır<sup>154</sup>.

Kopenhag Deklarasyonu'nun taslak metnine hakim olan anlayış ise normatifliğin cesaretlendirici işlevinin bir ürünüdür. İkincillik ilkesi ile takdir marjı doktrininin normatif dayanak elde edecek olmasının Mahkeme'nin meşruiyetini sağlamlaştırma hamlesi olabileceği değerlendirilebilir. Ancak Sözleşme sistemi içerisinde gelişim gösteren ve kaynağını içtihadî hukuktan alan ilkelerin normatif dayanağa sahip olması mevcut durumun Sözleşme metninde açıkça ifade edilmesinden öte bir anlam taşımayacaktır<sup>155</sup>. Bununla birlikte takdir marjı doktrini ile ikincillik ilkesine ağırlık verilerek insan hakları ihlallerinin tümünden ulusal düzlemde çözülmesi gerektiği anlayışı Sözleşme sistemini anlamsız kılmaya yol açacaktır. Bu nedenle,

---

<sup>152</sup> **Copenhagen Declaration**, p.7.

<sup>153</sup> **Copenhagen Declaration**, p.28.

<sup>154</sup> Aynı yönde bkz. **Gerards/Lambrecht**, aynı yer.

<sup>155</sup> Takdir marjı doktrini ile ikincillik ilkesinin normatif dayanak elde edecek olması malumun ilanı olarak değerlendirilmektedir. Bu görüş için bkz. **Doğru**, Takdir Marjı., s.11.

görüldüğü üzere bu yoruma imkân tanıyan ve insan hakları ihlallerini birer *ulusal sorun* haline dönüştürebilecek gelişmelerin Sözleşme sistemine fayda sunmayacağı aşikârdır. Dolayısıyla takdir marjı doktrini ile ikincillik ilkesinin normatif dayanak elde etmesi insan hakları ihlallerini sadece birer ulusal sorun niteliğinde göstermeye neden olacağından olumsuz; zaten mevcut durumu ifade ettiğinden ise anlamsız bir gelişme olduğu belirtilebilir. Yine de gerek ikincillik ilkesi gerekse takdir marjı doktrini Mahkeme'nin denetim yetkisi olmaksızın açıklığa kavuşturulamaz. Taraf devletler insan haklarına Sözleşme standartlarına uygun bir şekilde saygı göstermekle yükümlü olup, Mahkeme ise yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği noktasında nihai olarak yargı yetkisini haizdir.

## II- TAKDİR MARJİ DOKTRİNİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

### A- Takdir Marjının Genişliğine Somut Olayın Etkisi

Takdir marjı doktrini, Mahkeme'nin sıkı bir şekilde kriterleri takip ederek somut olaya bu kriterleri uygulamış olduğu, böylece denetimin yoğunluğunu önceden net bir şekilde belirleyebildiği sabit bir ölçü birimi değildir<sup>156</sup>. Ancak görüldüğü üzere Mahkeme içtihatları analiz edildiğinde, her ne kadar tüketici bir biçimde olmasa da takdir marjı doktrinini öngörülebilir kılma çabası adına bazı kriterler tespit edilebilir. Mahkeme çoğu zaman somut olaya ve müdahale konusu hak ve özgürlüğe göre takdir marjı doktrini kriterlerini, özellikle Avrupa konsensüsünü nazara alarak ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırlarını çizmek uğraşına girmektedir. Takdir marjının sınırı ise Mahkeme'nin önüne gelecek olan her bir olay için tek tip bir şekilde uygulanabilir nitelikte olmayıp, takdir marjının kapsamı inceleme konusu somut olay özelinde geçerli kabul edilebilir. Her vaka kendi koşulları içerisinde değerlendirilerek ulusal makamların takdir marjının sınırı çizilebilir<sup>157</sup>. Dolayısıyla ulusal güvenlik, genel ahlak sınırlama sebebi geniş takdir marjı tanımakta ise de somut olayın kendine özgü koşulları içerisinde ulusal makamlara bırakılan takdir marjı sınırlandırılabilir. Bu nedenle takdir marjı doktrini kriterleri ulusal makamların takdir marjını tayin etse de bu durum ancak ilgili olay özelinde kabul edilebilir. Benzer bir olayda somut olayın bir özelliği takdir marjının daralmasına ya da genişlemesine

<sup>156</sup> Takdir marjı doktrininin sabit bir ölçü birimi olmadığı yönünde bkz. **Spielmann**, "Whither the Margin of Appreciation.", s.56.

<sup>157</sup> Bu nedenle öğretilerde müdahalenin niteliği takdir marjının kapsamını belirleyen kriterler arasında sayılmaktadır. Bu konuda bkz. **Spielmann**, "Allowing the Right Margin.", s.394 vd.; *Van Dijk/Van Hoof'un* görüşünü akt. **Greer**, *The Exceptions.*, s.16, 17.

neden olabilir. Bu nedenle sadece Avrupa konsensüsüne ya da meşru amaçlardan birine dayanarak doğrudan yargısal denetimin esnek bir şekilde yapılması gerektiği düşünülmemelidir. Keza taraf devletin olağanüstü hal koşullarında yükümlülüklerini askıya almış olması tek başına takdir marjını genişlettiğinden bu nedenle esnek bir denetim beklentisi içerisine girilmemelidir. Zira takdir marjı doktrininin diğer kriterleri hassas bir şekilde incelenerek ulusal makamın olağanüstü halde geniş olan takdir marjı sınırlandırılabilir.

Bununla birlikte tespit edilen takdir marjı doktrini kriterlerinin Sözleşme’de ortak sınırlama rejiminin öngörüldüğü 8-11. maddelerinde, Sözleşme’de koruma altına alınan diğer hak ve özgürlüklere nazaran bütüncül bir biçimde ele alınmasının daha elverişli olduğu söylenebilir. Fakat ortak sınırlama rejimi öngörülen maddelerin ikinci fıkralarında düzenlenen her sınırlama sebebi takdir marjının sınırını önceden tayin etmeye yarayacak ipuçlarını sunmamaktadır. Keza genel ahlak, ulusal güvenlik gibi sınırlama ölçütleri takdir marjını genişletmektedir. Bunun gibi ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırının çizilebildiği sınırlama ölçütleri söz konusu olsa bile somut olayın kendine özgü koşulları içerisinde korunan hakkın niteliği ile müdahalenin ağırlığı, korunan değerın önemi göz önüne alınarak ulusal makamlara tanınan takdir marjı bir yönden diğer bir yöne çekilebilmektedir<sup>158</sup>.

Ayrıca Mahkeme, ikinci bölümde görüldüğü üzere dini duygular ve ahlaki değerler uyuşmazlık konusu olduğunda, ulusal makamlara mutlak sayılabilecek genişlikte takdir marjı tanıyarak kimi gri alanlar yaratabilmektedir. Ancak ulusal makamların takdir marjının sınırını çizmek soyut bir faaliyet olmayıp, somut olayın tüm koşullarının değerlendirilerek sonuca varılan bir süreci oluşturmaktadır. Bu sürecin etkinliği ise takdir marjı doktrinine yönelen eleştirileri o ölçüde bertaraf edebilecektir. Mahkeme tarafından somut olayın koşullarına gereği gibi odaklanmadan peşin hükümlerle kabul gören takdir marjının genişliği, takdir marjı doktrinini yargısal denetimin ağırlık merkezine yerleştirecektir. Bu durum ise haklı olarak endişeleri beraberinde getirmekte ve Sözleşme sistemini zayıflatma tehditini bünyesinde barındırmaktadır.

Oysaki takdir marjı doktrini Mahkeme’nin başvuru üzerine gerçekleştirdiği denetimde sonuca ulaşmada tek başına ele alınan bir yorum aracı değildir. Keza

---

<sup>158</sup> Mahoney, “Marvellous Richness.”, s.5.

Mahkeme tarafından ele alınan kriterler, somut olayın özellikleri<sup>159</sup> ışığında ulusal makamlara tanınan takdir marjı *dar* veya *geniş* ölçekte belirlenmekte; bunun yanı sıra diğer yorum araçlarıyla birlikte değerlendirme yapılarak, ulusal makamların takdir marjının sınırlarını aşıp aşmadığına karar verilmektedir. Ulusal makamların takdir marjı geniş kabul edildiğinde daha esnek; aksi halde daha sıkı bir denetim gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte kimi konularda Mahkeme tarafından ulusal makamlara “*belirli takdir marjı*” tanınmaktadır. Aslında “*belirli*” olduğu iddia edilen takdir marjının sınırının son derece belirsiz olup, takdir marjının bu şekilde tespit ve tayininin yargısal denetime katkı sunmaktan uzak olduğu söylenebilecektir.

### **B- Takdir Marjı Doktrini ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yorum Araçları Arasındaki İlişki**

Takdir marjı doktrini, somut olayın koşullarına göre dar veya geniş ölçekte ulusal makamlara sunulduğunda denetimin yoğunluğunu belirleyen değişken ölçekli bir model olarak düşünülmektedir. Bu nedenle yargısal denetim faaliyetinde sonuca ulaşmada tek başına belirleyici etken olmayan takdir marjı doktrini yegâne bir ölçütmüş gibi düşünülmemeli, diğer yorum araçlarıyla arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır. Zira takdir marjı doktrini, Sözleşme sisteminde diğer yorum araçlarıyla belirli ölçüde etkileşim içerisindedir. Bu kapsamda öğretilerdeki görüşler ışığında takdir marjı doktrini ile diğer yorum araçları arasındaki ilişki irdelenecek; Mahkeme içtihatlarında takdir marjı doktrininin uygulaması üzerine görüş ve öneriler dikkate alınarak Sözleşme sistemi içerisinde takdir marjı doktrininin uygulanabilirliği sorgulanacaktır.

Öğretilerde yaygın olarak, takdir marjı doktrini ile ölçülülük ilkesi arasında var olan etkileşim ve ilişki irdelenmektedir. *Arai-Takahashi*, ölçülülük ilkesini takdir marjı doktrininin öteki yüzü olarak nitelendirip, iki ilke arasındaki bağı ortaya koymaktadır<sup>160</sup>. Böylelikle ulusal makamların takdir marjı daraldıkça, ölçülülük denetimi bir o kadar yoğunlaşmaktadır. Buradan hareketle öğretilerde ölçülülük ilkesinin ulusal makamların takdir marjının aşılıp aşılmadığını belirleyen bir araç olarak

---

<sup>159</sup> Takdir marjı doktrininin tüketici bir biçimde kriterlerini ortaya koymak mümkün değildir. Ancak Mahkeme içtihatları ışığında ikinci bölümde incelediğimiz şekilde ya da farklı kategoriler altında kimi kriterler belirlenebilir. Ancak her halükârda somut olayın kendine has koşulları ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırını çizecektir. Örneğin, Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğünde ifadenin içeriği, hakkın öznesi ile ifadenin muhatabı olan özne, ifadenin yeri ve zamanı, ifadenin içeriği önem arz edebilmektedir.

<sup>160</sup> *Arai-Takahashi*, Margin of Appreciation., s.14

uygulanması gerektiği önerilmektedir<sup>161</sup>. *Harbo* ise Sözleşme sisteminde ölçülülük ilkesinin içerik ve kapsamının belirlenmesinin takdir marjı doktrini uygulaması nedeniyle zorlaştığını belirtmektedir<sup>162</sup>. Keza yazara göre, Mahkeme'nin karşılaştığı çelişki bir yandan taraf devletler arasındaki siyasi, sosyal, ekonomik, kültürel çeşitlilikler kabul edilirken, öte yandan Sözleşme'yi uygulamaya yarayan kapsamlı denetim araçlarını geliştirme sorumluluğuna nasıl sadık kalınacağıdır<sup>163</sup>. Bu nedenle takdir marjı doktrininin ulusal ve uluslararası düzey arasındaki ilişkileri düzenlediğini, özellikle ulusal ve uluslararası düzeyde “*yetki paylaşımı*” olduğunu ifade etmektedir<sup>164</sup>. Bu durumun gerekçesini, Mahkeme içtihatlarına da sıklıkla yansıyan ulusal makamların sorunlara yakınlığıyla daha iyi konumda bulunmaları oluşturmaktadır. Zira Mahkeme'nin takdir marjı doktrinini uygulayarak, dava konusu hakkında karar vermek hususunda kısmen yetkisinden vazgeçtiğini ortaya koymaktadır<sup>165</sup>.

Bununla birlikte takdir marjı doktrininin sadece yetki paylaşımından ibaret olmadığını, diğer durumun aslında maddi hukukla ilgili olduğunu ileri sürmektedir<sup>166</sup>. Takdir marjı doktrininin, Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin farklı bir şekilde yorumlanmasına *de facto* olarak imkân sunduğunu belirterek, doktrini aynı zamanda maddi hukukla ilgili görmektedir. Bu durumda *Harbo*'ya göre takdir marjı doktrini, davanın koşullarına bağlı olarak kapsamı çerçevesinde farklılıklara izin vererek, Sözleşme'nin yeknesak bir biçimde uygulanmasına görecelik unsuru katmaktadır<sup>167</sup>. Gerçekten davanın koşullarına göre ulusal makamların takdir marjının dar veya geniş ölçekte sınırı belirlendiğinden, Sözleşme'nin yorumu her olayın kendi değeri içerisinde değişime uğrayabilmektedir. Somut olaya göre Avrupa toplum düzeninde mutabakata varılmayan bir konuda, aradan geçen zaman zarfında mutabakat oluşarak mevcut olan Avrupa konsensüsü ulusal makamların takdir marjını sınırlayabilmektedir.

---

<sup>161</sup> **Matscher**, s.79.

<sup>162</sup> **Harbo**, Tor-Inge; *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill Nijhoff, Leiden Boston 2015, s.68.

<sup>163</sup> **Harbo**, s.68.

<sup>164</sup> **Harbo**, s.68.

<sup>165</sup> **Harbo**, s.68.

<sup>166</sup> **Harbo**, s.69. Takdir marjı doktrininin maddi ve yapısal boyutu için bkz. **Letsas**, George; “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C.XXVI, 2006, S.4, s.709, 721.

<sup>167</sup> **Harbo**, s.69.

*Harbo*, takdir marjı doktrininin maddi boyutunun hak ve özgürlükler ile ulusal tedbirlerin dengelenmesine bir müdahale olduğunun ileri sürülebileceğine dikkat çekmektedir<sup>168</sup>. Yazara göre ölçülülük ilkesi ile takdir marjı doktrini arasındaki bağlantının yansıttığı gerçek şudur ki demokratik toplumda gereklilik ölçütünün yorumu, alınan tedbirin hem orantılı olup olmadığını hem de takdir marjı sınırı içerisinde kalıp kalmadığını belirlemek için başlangıç noktası işlevi görmektedir<sup>169</sup>. Öğretide, ölçülülük ilkesinin takdir marjını sınırlayan veya düzelten bir ölçüt şeklinde algılanabileceği<sup>170</sup>; ölçülülük ilkesinin aslında takdir marjı doktrininin öteki yüzü olduğuna ilişkin görüşler ileri sürülmektedir<sup>171</sup>. *Eissen* tarafından ise Avrupa denetimini yerine getirmekte olan Mahkeme'nin bir yandan ölçülülük ilkesi, diğer yandan ulusal takdir marjı kavramı arasında hassas bir denge kurmaya çalıştığı savunulmaktadır<sup>172</sup>. Keza *Harbo* tarafından, Mahkeme içtihatlarında yer alan takdir marjı doktrininin Avrupa denetimiyle el ele yürüdüğü ifadeleri temelde ölçülülük denetimiyle ilgili kabul edilmektedir<sup>173</sup>.

Bununla birlikte Sözleşme'de yer alan demokratik toplumda gereklilik ölçütü, takdir marjı ve ölçülülüğün uygulanan normu hakkında belirleyici olmasına rağmen, Mahkeme'nin takdir marjı doktrini ile ölçülülük ilkesindeki normları ayrı bir şekilde tartışabileceği belirtilmektedir<sup>174</sup>. Ancak ölçülülük ilkesindeki normlar ile takdir marjı doktrininin birbirleri üzerinde güçlü bir şekilde etkisi olduğundan kolayca şüphelenilebileceğinin altı çizilmektedir. Yani yazara göre “*meşru amaçla orantılılık*” ölçülülüğün katı yorumlanması şeklinde düşünülerek katı ölçülülük normunu oluşturmakta; “*orantılılıkla makul bağlantı*” ise daha esnek bir denetimi yansıttığı için esnek ölçülülük normunu yansıtmaktadır<sup>175</sup>. Böylece ulusal makamlara takdir marjı tanındığında daha esnek denetim yapılacağından orantılılıkla makul bağlantı aranacak, aksi durumda meşru amaçla orantılılık formu uygulanacaktır. Ancak bu formülasyonun Mahkeme tarafından kabul görmediğini belirtmek gerekmektedir. *Harbo*, ölçülülük ilkesiyle takdir marjı doktrini arasındaki ilişkinin hakkını teslim etmektedir. Hatta ulusal makamlara takdir marjının tanınıp tanınmamasıyla ilgili

---

<sup>168</sup> **Harbo**, s.70.

<sup>169</sup> **Harbo**, s.70.

<sup>170</sup> **Matscher**, s.79.

<sup>171</sup> **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.14.

<sup>172</sup> **Eissen**, s.125-146.

<sup>173</sup> **Harbo**, s.71.

<sup>174</sup> **Harbo**, s.71.

<sup>175</sup> **Harbo**, s.66.

olarak iki ayrı ölçülülük normundan katı veya esnek olanın seçilmesiyle aralarındaki korelasyonun derinleşebileceğini işaret etmektedir.

Ayrıca öğretilerde takdir marjı doktrini, ölçülülük ilkesi ve Avrupa konsensüsünün üç ayrı gerilimi çözme işlevine sahip olduğu ve tespit edilmiş bulunan, çözülmesi hedeflenen tüm gerilimlerin demokratik toplumda gereklilik denetiminde bütünleştiği belirtilmektedir<sup>176</sup>. Yazara göre demokratik toplumda gereklilik ölçütünün analitik çerçevesi marjın darlığı veya genişliği üzerine kurulmuş olduğundan, kararlardaki sorunlar ulusal egemenlik ile Mahkeme'nin yetkisi arasındaki sorunmuş gibi görülmektedir<sup>177</sup>. Halbuki takdir marjı doktrini, ulusal egemenlik ile Mahkeme'nin denetim yetkisi; ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlükler ile kamu menfaatlerini; Avrupa konsensüsü ise ulusal değerler ile Avrupa değerleri arasındaki gerilimi çözme işlevini üstlenmektedirler<sup>178</sup>. Burada yazar Mahkeme'nin hak ve özgürlükleri koruma görevinin yanı sıra; liberal ulus devletin aynı zamanda kamu menfaatlerini koruduğundan hareket ederek, Mahkeme'nin ayrıca kamu menfaatlerini koruma görevini üstlendiğini açıklığa kavuşturmuştur. Fakat bu durum takdir marjı sayesinde Mahkeme'nin kamu menfaatini koruma kararı olarak anlaşılmasında; Mahkeme'nin ulusal makamların kararlarına saygı duyması şeklinde algılanmaktadır<sup>179</sup>. Dolayısıyla takdir marjı doktrini Mahkeme'nin denetim yetkisinden vazgeçmesi olarak görülmemiş, Mahkeme'nin denetim faaliyeti nihayetinde toplumsal düzenin nasıl korunacağı hakkında bir tercih yaptığı ileri sürülmektedir<sup>180</sup>.

*Greer* ise demokratik toplumda gereklilik testinin üç unsuru bulunduğunu kabul eder. Demokratik toplumda gereklilik testinin üç ana unsurunun; demokratik gerekliliğin niteliği, ispat yükü ve ölçülülük, takdir marjı ve Avrupa denetimi olduğunu ortaya koyar<sup>181</sup>. Mahkeme, gereklilik sıfatının vazgeçilemez ile kabul edilebilir, makul, olağan, faydalı, beklenen arasında bir yerlerde konumlandığını ifade eder. Ayrıca Mahkeme'ye göre demokratik toplumun çoğulcu, hoşgörülü, açık fikirli nitelikleri; demokratik toplumun temel değerleri olarak vurgulanan hak ve

<sup>176</sup> **Demir Gürsel**, "Demokratik Toplumun Sınırı.", s.199, 200.

<sup>177</sup> **Demir Gürsel**, "Demokratik Toplumun Sınırı.", s.199.

<sup>178</sup> **Demir Gürsel**, "Demokratik Toplumun Sınırı.", s.199.

<sup>179</sup> **Demir Gürsel**, "Demokratik Toplumun Sınırı.", s.200. Sözleşme'nin temel amacının insan haklarını ve demokrasiyi birlikte korumak olduğu belirtilmektedir. Bu görüş için bkz. **Çoban**, s.192, dn. 13.

<sup>180</sup> **Demir Gürsel**, "Demokratik Toplumun Sınırı.", s.202.

<sup>181</sup> **Greer**, *The Exceptions.*, s.14.

özgürlüklerin içtihatlarda belirtilmesi demokratik gerekliliğin niteliğini açıklar<sup>182</sup>.Yazara göre, diğer bir ana unsur ise ispat yükü ve ölçülülük ilkesidir. Müdahalenin orantılı olup olmadığı hususunda ispat yükünün taşıyıcısının her zaman belirgin olmadığını; ancak Mahkeme'nin zaman zaman kullandığı çeşitli ifadeler aracılığıyla, Sözleşme'de korunan hakların ispat yükünü taraf devletin üzerine bırakmak konusunda öncelik verdiğini tespit eder<sup>183</sup>. Bununla birlikte Mahkeme'nin diğer kararları, usuli bir şekilde nasıl gerçekleştiği belirtilmeksizin hak ve özgürlükler ile istisnalar arasında denge kurulması gerektiğini ortaya koyar<sup>184</sup>. Sonuç olarak, “haklara öncelik verme” veya “denge” testleri arasında seçim yapmanın, ulusal takdir marjı kavramı ve Avrupa denetiminin sınırları arasında önemli bir karışıklık kaynağı haline gelmiş olduğunu belirtir<sup>185</sup>. Greer, demokratik toplumda gereklilik testinin üç ana unsurunu bu şekilde inceleyerek denetim araçları arasındaki etkileşimi tasvir eder. Demokratik toplumda gereklilik testinin ana unsuru görülen takdir marjı, devletin hakları gözetmesine, özellikle Sözleşme'deki istisnaları uygulamasına izin veren takdir yetkisini belirtir<sup>186</sup>. Ancak yazarın takdir marjı doktrini hakkında eleştirileri hatırdta tutulursa, takdir marjı doktrini uygulaması hakkında iyimser olmadığı söylenebilir. Yine de demokratik toplumda gereklilik testinin ana unsuru olarak görülen takdir marjının diğer denetim araçlarıyla ilişkisini görmezden gelmez.

Bununla birlikte Sözleşme'yi anlamlandırma faaliyeti olarak yorum ilkelerini sadece Mahkeme içtihatlarında ele alınan ölçütlere indirgemez<sup>187</sup>. Mahkeme'nin yorum ilkelerini anayasal sorulara cevap aradığı için doğası gereği anayasal nitelikte görür. İlk adımın yorum ilkelerinin ele aldığı üç soruyu cevaplandırmak olduğunu işaret eder. *Normatif soru*, ilgili hakkın ilişkili diğer haklar ve kamu menfaatlerini içerecek şekilde ne anlama geldiğidir. *Kurumsal soru*, yargısal nitelikte veya değil, ulusal ya da ulusüstü soruyu cevaplamaya hangi kurumun yetkili olduğudur. *Adli*

<sup>182</sup> Greer, The Exceptions., s.14, 15.

<sup>183</sup> İlgili ve yeterli gerekçeler ileri sürülmesi, ikna edici bir şekilde sınırlamanın gerekliliğinin ortaya konulması, Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin ikinci fıkralarında yer alan istisnaların dar yorumlanması örneklerini verir. Greer, The Exceptions., s.15.

<sup>184</sup> Greer, “Universal Principle.”, s.11, 12.

<sup>185</sup> Bu görüş için bkz. Greer, The Exceptions., s.15. Sözleşme sisteminde haklara öncelik verme ve haklar ile ortak amaçlar arasında denge kurma ilkeleri asli anayasal ilkeler olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda bkz. Greer, Steven; The European Convention on Human Rights Achievements, Problems and Prospects, Cambridge University Press, New York 2006, s.203 vd.

<sup>186</sup> Bu görüş için bkz. Greer, The Exceptions., s.15, 16.

<sup>187</sup> Yorum ilkelerini asli ve ikincil olmak üzere ikiye ayırır. Asli anayasal ilkeler; haklar ilkesi, demokrasi ilkesi, hukukun üstünlüğü, usuli hakkaniyet, yasallık ilkeleri, denge ve haklara öncelik tanıma ilkeleridir. İkincil anayasal ilkeler; otonom yorum, dinamik yorum, pozitif yükümlülükler, ölçülülük ilkesi, eşitlik ilkesi, takdir marjı doktrindir. Greer, Achievements., s.194 vd.



*soru*, normatif soruyu hangi yargısal yöntemle nasıl ele almak gerektiğiyle ilgilidir. Anayasal niteliğe sahip yorum ilkelerini ise asli ve ikincil olmak üzere hiyerarşik olarak ikiye ayırır. *Greer*, hiyerarşik olarak anayasal ilkelere üstünlük tanımayı, uluslararası bir antlaşma olan Sözleşme'nin tamamının demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesi kapsamında belirli hak ve özgürlükleri taraf devletlerin ihlallerine karşı koruma amaç ve hedefinden çıkarır<sup>188</sup>. Merkezi anayasal soruyu cevaplayabilmek için yorum ilkelerinin ilkel çorbasını (*primordial soup*) yeniden düzenlemek ve yapılandırmak gerektiğini kuramlaştırır<sup>189</sup>. Yeniden yapılandırma sürecinde diğer yorum ilkelerinin tâbi olduğu hukukun üstünlüğü, yasallık ilkesi, usuli hakkaniyet ilkelerinden üç adet söz konusu asli anayasal ilkeleri ortaya koyar. İlk olarak, "*haklar ilkesi*" demokratik bir toplumda hukuk aracılığıyla İHAM ve ulusal mahkemeler tarafından korunan hak ve özgürlükleri ifade eder. İkinci olarak, "*demokrasi ilkesi*" kamu menfaatlerinin hukuk çerçevesinde demokratik bir toplum içerisinde sorumlu ulusal makamlar tarafından demokratik bir şekilde gözetilmesini ortaya koyar. Son olarak "*korunan haklara öncelik ilkesi*" ise Sözleşme hükümleri uyarınca Sözleşme'de korunan haklarda ısrarcı olarak diğer iki ilke arasında aracılık eder. Fakat yasallık ilkesini üç anayasal ilkenin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirir. Asli anayasal ilkelerin karşısında hiyerarşik değeri ikincil önemde olan takdir marjı doktrininin, katı bir şekilde yorumlandığında demokrasi ilkesini desteklediğini ileri sürer.

*Greer*'in kuramında takdir marjı doktrini iki şekilde kendine yer bulur. İlk olarak, Sözleşme'de korunan hak ve özgürlükler ve birbirleriyle ilişkisiyle ilgili olduğu sürece, asli anayasal ilkeler yargısal niteliği olmayan ulusal makamlara gerçek manada hiçbir şekilde takdir marjı tanımamayı önermektedir<sup>190</sup>. Yazara göre, bu durum yasama ve yürütme organlarının Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin ne anlama geldiğini idrak etme teşebbüslerinden vazgeçmesini kast etmemekte; aynı zamanda ulusal makamların hak ve özgürlüklerin sınırlarını reddetmemesi

---

<sup>188</sup> **Greer**, "Universal Principle.", s.7.

<sup>189</sup> Üç anayasal soruyu bir araya getiren merkezi anayasal soru; "*Hukukun üstünlüğü ilkesine uyararak, hakları koruma sorumluluğu ve kamu menfaatinin demokratik arayışı yargısal ve yargısal olmayan kurumlar arasında nasıl paylaşılacaktır?*" Yeniden yapılandırılacak olan anayasal ilkeler ise insan haklarının etkili bir şekilde korunması, yasallık ve hukukun üstünlüğü ile demokrasi ilkesi olarak belirtilmektedir. **Greer**, "Universal Principle.", s.7.

<sup>190</sup> **Greer**, "Universal Principle.", s.10.

gerekmektedir<sup>191</sup>. “Demokrasi ilkesi” tarafından kuşatılan bu görevler sonucunda yargı dışı makama marj tanınmayarak, Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklerin tanımının yapıldığı yetkili merciilerin ulusal nitelikte yargı organları ve nihai olarak İHAM’ın kendisi olduğunu ortaya koymaktadır<sup>192</sup>. İkinci olarak, Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükler ile kamu menfaati çatışmasının çözümü söz konusu olduğunda, Mahkeme’nin sorumluluğu sadece ulusal seviyede yargı ve yargı dışı makamların *ad hoc* denge kurma faaliyetlerine izin vermek değildir. Mahkeme’nin ulusal makamlar tarafından ilgili Sözleşme hükümlerinin terimleri uyarınca usule uygun bir şekilde “haklara öncelik verme” ilkesinin gözetilip gözetilmediğini temin etmesi gerekmektedir<sup>193</sup>.

*Greer*’in ikinci durumda çizdiği çerçeve her ne kadar denge kurma faaliyeti olsa da yeniden yapılandırılmıştır. Bu yaklaşımı anlayabilmek adına takdir marjı doktrini ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkiyi değerlendirmek gerektiğini belirtmektedir<sup>194</sup>. Mahkeme’nin güncel yaklaşımında ölçülülük ilkesini algılayış şeklinde sorunlar olduğunu dile getirmektedir. İlk etapta, haklara öncelik verme ilkesinin Mahkeme tarafından istikrarlı bir şekilde tanınmadığını; hak ve özgürlüğe yönelik bir müdahalenin orantılılığı hakkında ispat yükünün, başvurucuya ya da taraf devlete ait olup olmadığı konusunda ise belirsizliğin hakim olduğunu savunmaktadır. Herhangi bir şekilde usuli olarak nasıl gerçekleştiği ifade edilmeden Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükler ile kamu menfaatleri arasında denge kurulması gerektiğinin ispat yükü açısından karışıklık yarattığını yansıtmaktadır. İkinci sorunu, Mahkeme’nin Sözleşme’de korunan hak ve özgürlükler arasındaki çatışmaları çözmek için takdir marjı doktrini ile ölçülülük ilkesini kullanması olarak tasvir etmektedir. Bu durum takdir marjı doktrini ile ölçülülük ilkesi arasında aşırı derecede güç algılanan bir farkı belirtebilirken; tam aksine *Greer* ise kendi kuramı çerçevesinde bu durumun önemli hukuki ve siyasi çıkarımları bulunduğuna inanmaktadır. Böylelikle takdir marjı doktrini ile ölçülülük ilkesi uyarınca Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükler arasındaki çatışmaları çözmek için hak ve özgürlükler arasında tanım yapmak ve denge kurmak arasındaki fark aslında ölçülülük ilkesini işaret etmektedir. Denge kurmanın ölçülülük ilkesini yansıttığını, hak ve özgürlükleri tanımlama noktasında

---

<sup>191</sup> Bu görevlerin demokrasi ilkesi tarafından kuşatıldığını ileri sürmektedir. Bu konuda bkz. **Greer**, “Universal Principle.”, s.10.

<sup>192</sup> **Greer**, “Universal Principle.”, s.10.

<sup>193</sup> **Greer**, “Universal Principle.”, s.10, 11.

<sup>194</sup> **Greer**, “Universal Principle.”, s.11, 12.

yargı dışı makamlara gerçek kapsamda takdir marjı tanınmadığını hatırlatmaktadır.

Belirtmek gerekir ki bu kuram haklara öncelik verme ilkesiyle ulusal makamların takdir marjını önemli ölçüde sınırlamaktadır. Yargı dışı makamlar hak ve özgürlükleri tanımlama işini üstlenmeyecek, hak ve özgürlükler ile kamu menfaati arasındaki çatışmaları uzlaştırma noktasında hak ve özgürlüklere hukukun temel ilkeleri ışığında üstünlük tanınacaktır. Ulusal düzeyde insan haklarına öncelik vererek adil denge kurulup kurulmadığı Mahkeme tarafından denetime tâbi tutulacaktır. Nitekim haklara öncelik verme ilkesini dikkate alarak adil dengenin tesis edilmesi faaliyeti ölçülülük ilkesiyle; Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin tanımlanması takdir marjı doktriniyle açıklanmaktadır<sup>195</sup>. Takdir marjı doktrini, Sözleşme sisteminde anayasal yorum ilkelerinin zorunlu ve ayrılmaz bir parçası olarak nitelendirilmektedir. Hatta Sözleşme’nin yorumunun nesnel olmadığından bahisle takdir marjının asla kontrol altına alınamayacağı belirtilmektedir. Ancak yazara göre, beklenti içinde olabilecek en iyi durum takdir marjı doktrininin asli anayasal ilkelere tâbi tutulmasıyla, ayrıca ikincil anayasal ilkelere özellikle ölçülülük ilkesiyle ilişkisini takdir ederek kabul edilebilir sınırlar içerisine çekilmesidir<sup>196</sup>.

*Van Dijk ve Van Hoof* ise Mahkeme içtihatlarında takdir marjı doktrini uygulamasını dört farklı yaklaşıma ayırarak tasnif etmektedir. İlk olarak taraf devlete takdir marjı tanınmamakta ve devletin yetkisi Mahkeme tarafından tam yetkili denetime maruz bırakılmaktadır. İkinci durumda, ulusal makamlara dar takdir marjı tanınarak denetim yetkisi kullanılmaktadır. Ancak yazarlar bu iki durum arasında ayırım yapmanın her zaman kolay olmadığını, çünkü Mahkeme’nin takdir marjına atıfla dahi tam denetim yaptığını belirtmektedirler. Son iki durum ise ispat yüküyle bağlantı kurularak gün yüzüne çıkarılmaktadır. İspat yükünün devlete ait olduğu durumda, taraf devlet ulusal makamların kararlarının makul olduğunu; diğer durumda ispat yükü başvurucuya ait olup başvurucu kararların makul olmadığını kanıtlamalıdır. Ayrıca yazarlar tarafından; iki anahtar unsurun, taraf devletin takdir marjı ile Avrupa denetimi karışımından hangisinin üstün geldiğini belirleme eğilimine ilişkin olduğu ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki müdahalenin niteliği olup, yerine göre müdahale

<sup>195</sup> Greer, “Universal Principle.”, s.12.

<sup>196</sup> Greer, “Universal Principle.”, s.14.

edilen hak ve iddia edilen haklı sebebe dönüşebilir; ikincisi ise taraf devletlerin uygulamalarından kaynaklanan Avrupa standardının genişliğidir<sup>197</sup>.

*Letsas*, takdir marjı doktrininin uygulamasına getirilen eleştirilere çözüm getirmek adına “*maddi (substantive)*” ve “*yapısal (structural)*” olmak üzere ikili bir yaklaşım sunmaktadır<sup>198</sup>. Evleviyetle belirtmek gerekir ki yazarın ikili ayrımı Mahkeme içtihatları analiz edildiğinde takdir marjı doktrininin iki farklı kullanımının olduğuna yönelik tespitini içermektedir. Ancak Mahkeme’nin kendisi söz konusu iki kullanım arasında belirgin bir tasnif yapmamaktadır. Eğer Mahkeme tarafından her birinin hizmet ettiği değerlere dayanılarak iki farklı kullanım ayırt edilirse, takdir marjı doktrininin tutarlı, gerekçeli, şeffaf bir şekilde uygulanabileceği dile getirilmektedir<sup>199</sup>. *Letsas*, mevcut yaklaşımının iki farklı kullanımı desteklediği anlamına gelmediğini belirterek, insan haklarının ahlaki karakteri ve yargısal denetimin rolü çerçevesinde takdir marjı doktrininin kullanımının topyekun meşru görülemeyeceği inancı içerisindedir<sup>200</sup>. Bununla birlikte takdir marjı doktrininin nasıl uygulanabileceği incelendiğinden ve Mahkeme’nin kullandığı diğer yargısal araçlarla ilişkisi ortaya konulduğundan söz konusu çözüm arayışına göz atmakta yarar vardır.

Takdir marjı doktrininin “*maddi boyutu*” bireysel hak ve özgürlükler ile kamu menfaati arasındaki ilişkiyi ortaya koymakta; “*yapısal boyutu*” ise İHAM’ın uluslararası mahkeme niteliğinden dolayı denetim yetkisinin yoğunluğunu ve sınırlarını yansıtmaktadır<sup>201</sup>. Yazara göre maddi boyut, bireysel hak ve özgürlükler ile ortak amaçlar arasındaki gerilimi çözüme kavuşturmak gibi görünmektedir. Söz konusu gerilim insan haklarının ahlaki teorileri tarafından uzlaştırılabilir; ayrıca ne Sözleşme ne de içtihatlarda yer alan Sözleşme’nin temelinde yatan ahlak teorisi bu gerilimi çözüme belirleyici olabilir<sup>202</sup>. Yapısal boyut, Mahkeme’nin ulusal nitelikte haklar bildirgesi olmayıp uluslararası niteliği, dördünü dereceli bir mercii olmadığı

<sup>197</sup> Bu konuda bkz. *Van Dijk/Van Hoof* un görüşünü akt. **Greer**, *The Exceptions.*, s.16, 17.

<sup>198</sup> **Letsas**, “Two Concepts.”, s.706.

<sup>199</sup> Takdir marjı doktrinine yönelen eleştirilerin ve söz konusu karışıklığın, Mahkeme’nin kararlarında iki görüşü/iki kullanımı ayırt etmesindeki başarısızlığından kaynaklandığı yönünde bkz. **Letsas**, “Two Concepts.”, s.706. Söz konusu ayrımın çok benzer işlevleri yerine getirdiği, maddi ve yapısal boyut ayrımının hem esasa ilişkin hem de esasa ilişkin olmayan gerekçelere dayandığı belirtilmektedir. Bununla birlikte bu eleştiriler sonucunda, ikili ayrım yeniden tartışılmakta; takdir marjı doktrininin sistemsel ve normatif unsurlardan oluştuğu savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. **Arnardóttir**, *Oddný Mjöll*; “Rethinking the Two Margins of Appreciation”, *European Constitutional Law Review*, C.XII, 2016, S.1, s.27-53.

<sup>200</sup> **Letsas**, “Two Concepts.”, s.706, 707.

<sup>201</sup> **Letsas**, “Two Concepts.”, s.706.

<sup>202</sup> Yazarın teorik açıklamaları için bkz. **Letsas**, “Two Concepts.”, s.709, 715.

gerekçeleriyle ulusal makamların kararlarına sık sık riayet etmesi anlamına gelmektedir. Yazara göre, bu gerekçelerle ikincillik ilkesi ve konsensüs kavramları takdir marjı doktrininin yapısal boyutunu desteklemektedir<sup>203</sup>. Böylelikle *Letsas*'ın ayırımına göre bireysel hak ve özgürlükler ile kamu menfaati olarak görülen ortak amaçlar arasındaki denge arayışı takdir marjı doktrininin maddi boyutunu oluşturmakta; yapısal boyutunu ise ikincillik ilkesine dayanan takdir marjı doktrininin kullanımını teşkil etmektedir. Dolayısıyla takdir marjı doktrininin maddi boyutu ölçülülük ilkesiyle, yapısal boyutu ise ikincillik ilkesiyle birlikte okunmaktadır. Yazar, Mahkeme'nin takdir marjı doktrinini uygularken, ulusal makamların ülkelerinin esaslı güçleriyle kurmuş oldukları doğrudan ve sürekli ilişkileri nedeniyle daha iyi konumda buldukları gerekçelerini sorunlu görmekte; takdir marjı doktrininin yapısal kullanımının tamamen terk edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>204</sup>. Nihayetinde denilebilir ki *Harbo*'nun takdir marjı doktrinini ilk etapta yetki paylaşımı olarak değerlendirmesi, *Letsas*'ın takdir marjı doktrininin yapısal kullanımına; maddi hukukla bağlantılı görüp ölçülülük ilkesiyle kurmuş olduğu ilişki ise takdir marjı doktrininin maddi boyutuna denk düşmektedir.

Belirtmek gerekir ki takdir marjı doktrininin maddi ve yapısal boyutlarıyla açıklanmaya çalışılması, takdir marjı doktrinini anlaşılabilir kılma çabası adına başka yazarlara da ilham vermektedir<sup>205</sup>. Bu görüşe göre, takdir marjı doktrini her biri farklı gerekçeye dayanan ve farklı işlevleri olan iki farklı unsurdan oluşmaktadır<sup>206</sup>. Böylelikle takdir marjı doktrini esasa ilişkin olmayan gerekçelerle diğer karar alma organlarının kararlarına saygı duymayı ifade eden “*sistemsel unsur (systemic element)*” ile İHAM'ın esasa ilişkin kendi değerlendirmesiyle ilgili olarak “*normatif unsur (normative element)*” olmak üzere iki unsuru içermektedir<sup>207</sup>. İkincillik ilkesinin sistemsel unsurunda olduğu gibi takdir marjı doktrininin sistemsel unsurunun, insan

<sup>203</sup> **Letsas**, “Two Concepts.”, s.706.

<sup>204</sup> **Letsas**, “Two Concepts.”, s.729, 732.

<sup>205</sup> *Letsas*'ın ayırımından ve *Legg*'in birincil ve ikincil neden ayırımından hareketle takdir marjı doktrini ikili ayırma tâbi tutulmaktadır. Takdir marjı doktrinini yeniden kavramsallaştırmanın gerekçesini ise daha önce esas ve esasa ilişkin olmayan ayırımın yapılmaması ve öğretide yapılan ayırımların benzer işlevleri yansıtması olarak gösterilmektedir. Bu konuda bkz. **Arnardóttir**, “Two Margins of Appreciation.”, s.27-53.

<sup>206</sup> Söz konusu unsurlar hakkında bkz. **Arnardóttir**, “Two Margins of Appreciation.”, s.29.

<sup>207</sup> **Arnardóttir**, “Two Margins of Appreciation.”, s.36-38. Takdir marjı doktrininin normatif işlevinin yanı sıra; sistemsel amacının, yani insan haklarını korumak ve denetlemek görevinin esas olarak ulusal makamlara bırakıldığını belirten görüşten hareketle, irdelenen normatif ve sistemsel unsur kavramı ortaya konulmuştur. Söz konusu görüş için bkz. **Spielmann**, “Whither the Margin of Appreciation.”, s.49, 63.

haklarını koruma mekanizması içerisinde farklı aktörlerin farklı yetkileriyle ilgili olarak işlevsel ve pragmatik gerekçelere dayandığı, ayrıca görevler arasında ayrılığı etkileyen işleve sahip olduğu kabul görmektedir<sup>208</sup>. Bununla birlikte, normatif unsurun ise çoğulculuk ve esneklik ile ilgili olarak normatif gerekçeye sahip olduğu, keza hakların nasıl uygulandığını ve yorumlandığını etkileyen bir işlevi içerdiği ortaya konmaktadır<sup>209</sup>. Takdir marjı doktrininin görev ayrılığı ile ilgili olarak sistemsal, yapısal, usuli işlevi ile Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasında çoğulculuk ve esnekliği yansıtan normatif, maddi unsurun aynı davada çeşitli şekillerde keşşebileceği belirtilmektedir<sup>210</sup>.

Takdir marjı doktrininin ikili ayrıma tâbi tutulduğu bir örnek daha vermek mümkün gözükmektedir. Nitekim bir müdahalenin varlığı konusunda Sözleşme’de yer alan hakkın kapsamı tartışma konusu edildiğinden korunan hakkın kapsamı siyasi nitelikte kabul edilerek, Mahkeme’nin bu alanda takdir marjı doktrinine başvurabileceği ileri sürülmektedir<sup>211</sup>. Böylece Sözleşme’de korunan hakların koruma kapsamı belirlenirken taraf devletlerin tercihlerine üstünlük tanınması gerektiği savunulmaktadır<sup>212</sup>. Hatta Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklerin varlığına ya da yokluğuna karar veren yargıçlara ihtiyaç olmadığı dile getirilmektedir<sup>213</sup>. Bu kapsamda hakkın içeriğinin kimin tarafından karar verilmesi gerektiği sorununun çözümü, hakka ilişkin kural konulmasını gerektirdiğinden bahisle söz konusu kural koyucu siyasi faaliyetlerin yargıçlar tarafından değil, demokratik karar

<sup>208</sup> **Arnardóttir**, “Two Margins of Appreciation.”, s.52, 53.

<sup>209</sup> **Arnardóttir**, “Two Margins of Appreciation.”, s.52, 53.

<sup>210</sup> Bu görüşe göre; sistemsal unsurun en saf ve aşırı uygulamasında takdir marjı doktrininin insan hakları koruma mekanizmaları içerisinde diğer aktörlere tam uyum olarak tanımlanabilecek şekilde Mahkeme gerekçesine güçlü bir etkisi olduğu kabul edilmektedir. Her nasılsa sistemsal unsur kısmi uyumla sonuçlanan normatif gerekçelerle etkileşim içinde olabilmekte ve bu durumda sistemsal unsurun belirleyici olması ise daha esnek denetimin bir işaretini yansıtmaktadır. Yazar, takdir marjını yeniden kavramsallaştırmanın doktrini daha açık bir hale getireceğini savunmaktadır. Bu ayrımın takdir marjı doktrini üzerine çamurlu suya dalmaya devam etmek yerine açıkça konuşabilmeyi sağlayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. **Arnardóttir**, “Two Margins of Appreciation.”, s.53.

<sup>211</sup> Bu görüşten anlaşılan siyasi nitelikte görülen alanlarda taraf devlete mutlak takdir marjı tanınması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Bununla birlikte aynı zamanda Mahkeme tarafından hakkın kapsamının tayininde takdir marjı doktrinine başvurulması eleştiriye konu edilmiştir. Bu konuda bkz. **Çoban**, s.200, 217.

<sup>212</sup> Bu durumun evrenselliği tehdit edici yönleri gibi problemlerinin farkında olunmasına rağmen demokratik karar verme mekanizmalarına öncelik verilmektedir. Belirtmek gerekir ki bu görüşü sadece yazarın belirttiği sorunlu noktaları işaret ederek dahi reddetmek mümkün gözükmektedir. Söz konusu görüş için bkz. **Çoban**, s.203.

<sup>213</sup> Burada Dworkin’in zor davalara ilişkin teorisi ele alınarak, İHAM yargıçlarının geleneksel anlayışın yargıcı olan Herbert rolünü üstlendikleri ortaya konmuştur. Bununla birlikte hakkın varlığı ve yokluğu konusunda toplumsal tercihlere dayanmadan karar verilmesi gerektiğini savunan Herkül gibi yargıçlara ihtiyaç olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. **Çoban**, s.197, 204.

mekanizmalarına bırakılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>214</sup>. Bununla birlikte takdir marjı doktrininin reddedildiği alan ise Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin denetiminde karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir deyişle ölçülülük ilkesinin uygulanması esnasında müdahalenin denetimi siyasi bir faaliyet olmayıp hukuki nitelik içerdiğinden evrensel standartlar belirlenerek tam bir ölçülülük denetimi yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>215</sup>. Ancak burada müdahale aracının seçilmesi siyasi nitelikte görülerek müdahale araçlarının tespit ve tayini ulusal makamlara bırakılmakta; sadece müdahalenin ağırlığının, derecesinin yargısal denetimi bahsekonu ise Mahkeme takdir marjı doktrinine başvurmadan kaçınmaya davet edilmektedir<sup>216</sup>. Mahkeme’nin tam bir ölçülülük denetimine davet edilmesi bir an için takdir marjı doktrininin merkezde yer aldığı bir denetimin reddedildiği izlenimini uyandırmaktadır. Belirtmek gerekir ki Sözleşme’de korunan hakkın kapsamını ve müdahale araçlarının tespiti ve tayinini siyasi görerek ulusal makamlara bırakmak, mutlak takdir marjı tanınan yeni alanlar yaratmak anlamına gelmekte; takdir marjı doktrininin merkeze alan bir anlayışı yansıtmaktadır<sup>217</sup>.

Öğretide, *Letsas*’ın Mahkeme tarafından kullanılan takdir marjı doktrininin ikili ayrıma tâbi tutması aynı zamanda şu şekilde açıklanmaktadır. Takdir marjı doktrininin maddi boyutu çatışan değerler arasında denge kurmaya odaklandığından ölçülülük ilkesi olarak tanımlanmakta; doktrinin yapısal formu ise uluslararası mahkeme niteliği dolayısıyla denetimin yoğunluğu ve sınırlarına ilişkin olduğundan takdir marjının asıl anlamına karşılık geldiği savunulmaktadır<sup>218</sup>. Diğer bir deyişle, Sözleşme’nin ortak asgari kriterleri oluşturma fikrine dayanarak takdir marjı doktrininin amacı, taraf devletin egemenlik yetkisi ile Mahkeme’nin denetim yetkisi arasında denge kurmak

---

<sup>214</sup> **Çoban**, s.204, 217.

<sup>215</sup> **Çoban**, s.217, 218.

<sup>216</sup> **Çoban**, s.218.

<sup>217</sup> *Çoban*, çalışmada siyasal tercihler ortaya çıktıktan sonra onu uygulama araçlarının siyasi değil hukuki nitelikte olduğunu açıklamaktadır. Ancak müdahale araçlarının seçimini siyasi görerek, Mahkeme’nin bu alana müdahale etmemesi gerektiğini belirtmektedir. Siyasal tercihleri uygulama araçlarının kendisi müdahale araçları değil midir? Siyasal tercihleri uygulama araçları hukuki nitelikte ise müdahale araçları nasıl olur da siyasi nitelikte görülebilir? Ölçülülük ilkesinin zorunluluk unsuru müdahale araçlarının denetimini gerekli kılmaktadır. Müdahale araçları siyasi nitelikte ise Mahkeme hangi şekilde tam bir ölçülülük denetimi yapacaktır? Kısaca irdelenen görüşün kendi içerisinde çelişkili olduğu söylenebilir. Yazarın bu konuda eleştirdiğimiz görüşleri için bkz. **Çoban**, s.216, 217, 218.

<sup>218</sup> Bu konuda bkz. **Ambrus**, Mónika; “The European Court of Human Rights and Standards of Proof: An Evidentiary Approach towards the Margin of Appreciation”, in: *Deference in International Courts and Tribunals Standard of Review and Margin of Appreciation*, (ed.: Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner), Oxford University Press, Oxford 2014, s.235-253.

olduğu kabul edilmektedir<sup>219</sup>. Yapısal takdir marjı doktrininin takdir marjının orijinal konsepti mahiyetinde görülerek, orijinal anlamıyla takdir marjı doktrininin ikincillik ilkesinin ifade ettiği devlet ile Mahkeme arasındaki ilişkiyi tarif ettiği dile getirilmektedir<sup>220</sup>.

*Ambrus*'a göre, takdir marjı doktrini bir davada taraf devletin yetkisinin genişliğine odaklanmakta ve aynı zamanda Mahkeme tarafından gerçekleştirilen denetimin seviyesi belirlenmektedir<sup>221</sup>. Keza “*denetim seviyesi*” kavramı aracılığıyla, vaka inceleme organının (*fact-finding body*) tarafların ileri sürdüğü olayları ve delilleri denetleme yoğunluğu kast edilmektedir<sup>222</sup>. Böylelikle *Ambrus* tarafından takdir marjı doktrini ispat yüküyle ilişkilendirilmekte; takdir marjı doktrinin diğer bir yüzünün ispat yükü olduğu kabul edilmektedir<sup>223</sup>. İspat yükü ile takdir marjı doktrini arasında kurulan bağlantıda Sözleşme hükümlerine göre Mahkeme'nin ispat standartları göz önünde bulundurulmaktadır.

Sözleşme'nin yaşam hakkını koruma altına alan 2. maddesi ile işkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği 3. maddesinde sık sık bir olayın meydana gelip gelmediği veya nasıl meydana geldiğinin kanıtlanması, diğer deyişle “*olusal meselenin kanıtlanması*” gerekmektedir. Mahkeme, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağında bir olgunun makul şüphenin ötesinde kanıtlanmasını aramaktadır. Yazar, Sözleşme'nin ortak sınırlama rejimi öngörülen 8-11. maddelerinde ise taraf devletin müdahalenin haklılığını belirli bir genişlikte kanıtlamakla yükümlü olduğunu, taraf devletin ispat yükünün ortak sınırlama rejimi öngörülen hak ve özgürlüklerde önemli bir rolünün olduğunu açıklamaktadır<sup>224</sup>.

---

<sup>219</sup> *Ambrus*, s.235.

<sup>220</sup> *Ambrus*, s.235.

<sup>221</sup> Bu kapsamda takdir marjı doktrininin orijinal anlamı yapısal boyutuyla takdir marjıdır. Bu görüş için bkz. *Ambrus*, s.235.

<sup>222</sup> *Ambrus*, s.235.

<sup>223</sup> İspat hukukunda iddia eden taraf iddiasını ispatla mükelleftir. Mahkeme pek çok kararında bu genel kuralı katı şekilde uygulamanın imkânı olmadığını belirtir. Sözleşme sisteminde ispat yükü paylaşılır. Başvurucu Sözleşme kapsamında korunan bir hak ve özgürlüğüne müdahale edildiğini kanıtlarsa; taraf devlet Sözleşme hükümleri çerçevesinde müdahalenin haklılığını kanıtlamakla yükümlüdür. Bu doğrultuda haklı sebep muhtemelse, ispat yükünün başvurucuda olduğu söylenebilir. Eğer haklı sebep yoksa ispat yükü ve takdir marjının rolünün bulunmadığı belirtilir. Bu konuda bkz. *Ambrus*, s.235, 236.

<sup>224</sup> Bağımsız niteliğe sahip olmayan ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşme'nin 14. maddesinde ise hangi hüküm çerçevesinde ileri sürüldüğüne göre, ilgili ispat standartları uygulanmaktadır. Ancak şüpheli kategoriler olduğunda katı bir denetim gerçekleştirilmektedir. *Ambrus*, s.236-242.



Böylece *Ambrus*'un ispat yükü ile takdir marjı doktrini üzerinden sunduğu çerçeve şu şekilde özetlenebilir<sup>225</sup>. Yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağında genellikle ispat yükü devletin üzerinde olmadığından, ilgili hükümler üzerinde takdir marjı doktrini tartışması yapılmamaktadır. Ancak yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağında ispat yükü devletin üzerindeyse, Mahkeme tarafından taraf devletin dar takdir marjı ve yüksek ispat standardıyla sonuçlanan sıkı bir denetim gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde ise ulusal makamların takdir marjını tanımlayan ve sonuç olarak Mahkeme tarafından uygulanan denetim standardını ortaya koyan üç adet denetim seviyesinin (*esnek/orta/sıkı*) tespit edilebileceği ileri sürülmektedir. Zira Mahkeme'nin geniş takdir marjı ve düşük ispat standardı uygulayarak *esnek*; belirli takdir marjı ve orta ispat standardı öngörerek *orta*; dar takdir marjı ve yüksek ispat standardı kabul ederek *sıkı* düzeyde denetim gerçekleştirdiği kabul edilmektedir.

Bununla birlikte Mahkeme içtihatları incelendiğinde takdir marjı doktrininin ulusal makamlar karşısında Mahkeme tarafından kabul edilen üç durumu kapsadığı ileri sürülmektedir<sup>226</sup>. İlki, olgusal değerlendirmelere ilişkin olup, vakalara hukukun uygulanması; ikincisi, hukukun uygulanması sürecinde normların dengelenmesi; üçüncüsü ise hukukun yorumlanmasında normların dengelenmesi olarak kabul edilmektedir<sup>227</sup>. Bu durumların ayrı bir şekilde incelenebileceği ve farklı gerekçeler içerdiği belirtilmekte; fakat üç durumun iç içe geçebileceği ortaya konulmaktadır. Bu kapsamda ilk duruma ulusun varlığını tehdit eden olgusal değerlendirmelerde ulusal makamlara geniş takdir marjı tanındığı örnek verilmektedir. İkinci durum, hukukun uygulanmasında normların dengelenmesi olup, çatışan değerlerin dengelenmesi sürecinde ulusal makamlara tanınan takdir marjını yansıtmaktadır. Son durum ise hukukun yorumlanmasında normların dengelenmesi olarak kavramsallaştırılmakta; böylelikle Sözleşme hükümlerinin uygulanabilirliği çerçevesinde, hak ve özgürlüklerin koruma kapsamı belirlenmektedir. Zira yaşam hakkına ilişkin başvurularda yaşamın başlangıcının ulusal hukukta belirlenmesi hususunda ulusal makamlara geniş takdir marjı tanınması son duruma örnek olarak verilmektedir<sup>228</sup>.

---

<sup>225</sup> **Ambrus**, s.253.

<sup>226</sup> **Shany**, Yuval; "All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee", *Journal of International Dispute Settlement*, C.IX, 2018, S.2, s.180-198.

<sup>227</sup> **Shany**, "All Roads.", s.185.

<sup>228</sup> **Shany**, "All Roads.", s.185-188.

Aynı zamanda takdir marjı doktrininin uygulanabilirliğinin Mahkeme içtihatlarının ve kararların taraf devletler üzerindeki etkisine katkı sunduğu savunulmaktadır. *Arnardóttir* tarafından takdir marjı doktrini ve ikincilik ilkesinin Mahkeme içtihatlarının *res interpretata* ve *erga omnes* etkisini işleve soktuğu ileri sürülmektedir<sup>229</sup>. Her ne kadar Sözleşme'nin 46. maddesi Mahkeme tarafından verilen kararların taraflar üzerinde bağlayıcı olduğu ve kararların *inter partes* etkisini ortaya koysa da taraf devletlerin Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca insan haklarına saygı yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklere yönelik olarak ihlalle karşılaşmamak için Sözleşme ilkelerini, Mahkeme içtihatlarını dikkate almakla yükümlüdür. Aynı zamanda Sözleşme'nin Mahkeme'nin kuruluşuna ilişkin 19. maddesi ile yargı yetkisine ilişkin 32. maddesi, insan haklarına saygı yükümlülüğü ile birlikte okunduğunda kararların *res interpretata* etkisi olduğu belirtilmektedir<sup>230</sup>. Nitekim ilgili Sözleşme hükümlerinden hareketle Mahkeme'nin Sözleşme ilkelerini ortaya koymak hususunda nihai yetkili olduğu bu nedenle kararların *res interpretata* etkisi ortaya konulmaktadır. Böylelikle *res interpretata* ilkesi, davalı olmayan farklı bir taraf devlet aynı durumla karşılaştığında Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirebilmiş sayılabilmesi için Sözleşme'yi Mahkeme içtihatlarına uyumlu bir şekilde yorumlaması ve uygulaması gerektiğini yansıtmaktadır<sup>231</sup>.

*Arnardóttir*'e göre, Mahkeme içtihatlarından ve Sözleşme hükümlerinden *res interpretata* ilkesi çıkarılabilmekte; fakat kararların *erga omnes* etkisinin açıkça anlamadığı, buna rağmen takdir marjı doktrini ile *res interpretata* ilkesi aracılığıyla *de facto* olarak kararların *erga omnes* etkisinin ortaya konulabileceği ileri sürülmektedir. Keza paradoksal gözükebileceğini; ancak takdir marjı doktrini ile ikincilik ilkesinin, *res interpretata* ilkesi aracılığıyla Mahkeme kararlarının *erga*

<sup>229</sup> **Arnardóttir**, Oddný Mjöll; "Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", EJIL, C.XXVIII, 2017, S.3, s.819-843.

<sup>230</sup> Sözleşme'nin 46. maddesinde kararların ilgili tarafları bağladığı, diğer deyişle kararların *inter partes* etkisi belirtilmektedir. Böylece ilgili ihlalin meydana geldiği yerde ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmakla davalı devlet yükümlüdür. Ancak insan haklarına saygı yükümlülüğü gereğince benzer ihlalin gerçekleşmesini önlemek adına, taraf devletler Mahkeme içtihatlarına önem atfetmek ve Mahkeme içtihatlarını dikkate almak zorundadır. Bu husus *res interpretata* ilkesini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. **Bodnar**, Adam; "Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings", in: Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century, (ed.: Yves Haeck, Eva Brems), Springer, Dordrecht 2014, s.223, 224. Mahkeme içtihatlarının davaya taraf olmayan diğer devletler üzerinde yönlendirici işlevi bulunduğu yönünde bkz. **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s.124, 125.

<sup>231</sup> **Arnardóttir**, "Res Interpretata.", s.842, 843.

*omnes* etkisini işleve soktuğu savunulmaktadır<sup>232</sup>. Mevcut içtihatlarla ilgili olarak birbirine uyan ve açık bir durum meydana geldiğinde, taraf devletlerin Mahkeme'nin önceki içtihatlarına dayanarak kendilerine karşı yeni bir davada aynı şekilde karar verene kadar beklemelerini haklı gösteremeyecekleri vurgulanmaktadır<sup>233</sup>. Ulusal düzeyde meydana gelen durum ve koşullara, Sözleşme sistemi içerisinde gelişen Mahkeme içtihatlarını yorumlama ve uygulama görevlerini yerine getirmeleri gerektiği dile getirilmektedir. Takdir marjı doktrininin işlevsel hale getirdiği *res interpretata* ilkesinin, Mahkeme içtihatlarının emsal değerinden ziyade ulusal düzeyde daha fazla ve uygun bir şekilde entegre olmaya olanak sağlayacağı kabul edilmektedir<sup>234</sup>.

Tüm bu açıklamalar ışığında öncelikle belirtmek gerekir ki son zamanlarda Mahkeme tarafından takdir marjı doktrininin kullanımı istikrarlı bir şekilde artmaktadır. Ancak söz konusu neticeyi sürpriz olarak nitelendirmemek gerekmektedir. Çünkü Mahkeme'nin etkililiğini arttırmak adına gerçekleşen üst düzey konferanslarda ve Protokoller'e ilişkin gelişmelerde arzu edilen eğilim, takdir marjı doktrini ile ikincilik ilkesi aracılığıyla ulusal makamlara sorumluluklarını hatırlatmaktır. Böylelikle ulusal makamların insan haklarına ilişkin sorunlarını ulusal düzeyde çözmek için uyuşmazlık oluşmadan çaba harcamaları ve asli sorumluluklarını yerine getirmeleri kendilerinden beklenmektedir. Nitekim bu gelişmelerin ışığında bir nevi Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri korumanın taraf devletlerin öncelikli ve asli sorumluluğu olduğu hususunun yinelendiği ve vurgulandığı söylenebilir. Mahkeme taraf devletlere tanıdığı marj aracılığıyla ulusal seviyede sorunu çözmeye yetkili organları sorunu çözmeye davet etmektedir. İnsan haklarına saygı yükümlülüğü çerçevesinde asli sorumluluğun ulusal makamlarda olduğunu, sorunların esas çözüm yerinin taraf devletlerin makamları olduğunu yinelemektedir. Mahkeme ulusalüstü niteliğiyle bu sorumluluğun yerine getirilip getirilmediğini nihai olarak denetlemektedir. Ancak ulusal makamlara hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında değerlendirme yapma yetkisi veren, denetimin yoğunluğunu belirleyen yargısal nitelikli bir yorum aracına normatiflik kazandırmak karışıklığa yol açmaktadır. Yorum araçlarına normatiflik kazandırarak çeşitli

<sup>232</sup> **Arnardóttir**, "Res Interpretata.", s.842, 843.

<sup>233</sup> **Arnardóttir**, "Res Interpretata.", s.838, 843.

<sup>234</sup> **Arnardóttir**, "Res Interpretata.", s.820, 843.

şekillerde tanım çabalarına girmek ya da yeni işlevler atfetmek iyi işleyen yorum araçlarının dahi mevcut işlevlerini yerine getirmelerine engel olabilecektir.

Takdir marjı doktrininin uygulanmasına ilişkin nicel araştırmalarda da Mahkeme içtihatlarında takdir marjına yapılan atıfların 2009-2015 yılları arasında istikrarlı bir şekilde arttığı tespit edilmektedir<sup>235</sup>. Bununla birlikte söz konusu artışın takdir marjı doktrininin işlevini yerine getirecek şekilde olmadığı, retorik bir araç halini aldığı ortaya konulmuştur. Böylelikle takdir marjı doktrininin Mahkeme kararının sadece sonuç kısmında yer almaya başlaması, geniş takdir marjı tanınmış olan durumlarda tam aksi olması gerekirken *katı* ya da *dar* takdir marjı tanındığında ilginç bir şekilde *esnek* denetim yapılması, belirli takdir marjının kullanımı gibi oldukça anlamsız bir artış olduğu saptanmaktadır<sup>236</sup>. Esasen takdir marjı doktrininin önemli bir işlevi yerine getirdiği, orijinal anlamının ve teorik işlevinin hak ve özgürlükleri yeterli bir şekilde azami seviyede korurken farklı ulusal standartları uzlaştırmada yardımcı olmak ve Mahkeme standartlarının öngörülebilir ve açık olmasına katkı sunmak olduğu vurgulanmaktadır<sup>237</sup>. Takdir marjı doktrini görece açık denetim standartlarına sahip olduğu ve takdir marjının kapsamını belirleyen unsurlar iyice yerleştiği sürece, ulusal makamların tedbirlerinin denetimiyle ilgili olarak açıklık ve öngörülebilirliğin sağlanmasına yardımcı olacağı isabetli bir biçimde açıklığa kavuşturulmuştur<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Madsen, s.199-122.

<sup>236</sup> Gerards, "Margin of appreciation.", s.501 vd.

<sup>237</sup> Mahkeme'nin Avrupa standartları ile ulusal çeşitlilik arasında uzlaşma faaliyeti için farklı stratejiler uygulamaya başladığı tespit edilmiştir. Takdir marjı doktrininin yerini bu stratejiler almaya başlamıştır. Takdir marjı doktrini ise esas işlevini yerine getirememektedir. Bir benzetme yapılarak, Mahkeme'nin hassas konularda doğrudan ilkelerini oluşturmak yerine önce suyun sıcaklığını test etmek için ayak parmaklarını suyun içine soktuğu ifade edilmektedir. Öncelikle kendini davanın koşullarıyla sınırladığını, daha sonra adım adım diğer başvurularla genel ilkelerini oluşturduğu aşamalı bir yaklaşımı benimsediği açıklanmıştır. Bununla birlikte Mahkeme'nin aşamalı yaklaşımın yanı sıra doğrudan vakaya dayanarak genel ilkelerini ortaya koyduğu vakaya dayalı yaklaşımı da uyguladığı belirtilmiştir. Bu konuda bkz. Gerards, "Margin of appreciation.", s.495-515.

<sup>238</sup> Böylece ulusal makamların Mahkeme'nin ilgili konuya ilişkin yaklaşımını anlaması, ihlalden kaçınması ve Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri koruma yönünde asli sorumluluğuna dikkat etmesi kolaylaşacaktır. Bunun için bkz. Gerards, "Margin of appreciation.", s.500.

## SONUÇ

Takdir marjı doktrini hakkında öğretilerde süregelen ihtilaflara rağmen; doktrinin Sözleşme sistemi içerisinde bir yorum aracı olarak uygulanabilirliği kabul görmekte ve Mahkeme tarafından yargısal denetim sırasında takdir marjı doktrinine yapılan atıflar zaman içerisinde artış göstermektedir. Takdir marjı doktrini çeşitli işlevleri yerine getirmekte; ancak doktrinin bu işlevleri gerçekleştirmesi Mahkeme'nin titiz yaklaşımını gerektirmektedir. Zira taraf devletlerin kendi ulusal koşullarını göz önüne alarak, Sözleşme standartlarını yerine getirmede değerlendirme yapma yetkisi olarak takdir marjı, Sözleşme kapsamında taraf devletlerin yükümlülükleri ile egemenlik yetkileri arasındaki hassas dengeyi sağlamak için Mahkeme'nin genel yaklaşımını tasvir etmektedir. Bunun yanı sıra, takdir marjı doktrini insan haklarının ulusal algılanışı ile Sözleşme değerleri arasında bir denge kurmak için uygulanmaktadır. Takdir marjı doktrini aracılığıyla Mahkeme'nin gerçekleştirmek istediği bir diğer hedefi ise taraf devletlerin, bireylerin Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerini sınırlandırırken; kamu yararı ve bireyin menfaatleri arasında kurmuş olduğu denge ölçütlerine saygı duymaktır.

Bununla birlikte, takdir marjı doktrini ne İHAS'ın hazırlık çalışmalarında (*travaux préparatoires*) ne de İHAS'ın metninde yer alan bir ifadedir. Ancak Sözleşme metninde yer almayan ve içtihadî hukuk aracılığıyla gelişen takdir marjı doktrini, 15 No'lu Ek Protokol ile Başlangıç metnine eklenerek normatif dayanak elde edecektir. Böylelikle 15 No'lu Ek Protokol yürürlüğe girdikten sonra takdir marjı doktrini, dayanağını doğrudan Sözleşme metninin kendisinden alacaktır. Ancak takdir marjı doktrininin kökenleri idarenin takdir yetkisine ve sıkıyönetim hukukuna dayandırılmaktadır. Ayrıca takdir marjı doktrininin taraf devletler ile Sözleşme organları arasında sorumluluk paylaşımını yansıttığından bahisle dayanağını anayasa yargısının meşruiyeti ile kuvvetler ayrılığı ilkesinden aldığı kanaati paylaşılmaktadır. Mahkeme'nin hak ihlallerini ortadan kaldırmak yönünde hukuki çare sunan bireysel bir koruma mekanizması olmasının yanı sıra; Sözleşme'nin anayasal işlevi göz önünde bulundurulduğunda, takdir marjı doktrininin dayanağını anayasa yargısının meşruiyeti ile kuvvetler ayrılığı ilkesinde aramak yanlış olmayacaktır. Aynı zamanda Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlükleri korumak asli olarak her bir taraf devletin kendisine ait olmaktadır. Taraf devletler, yetki alanları içerisinde herkesin Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamakla

yükümlüdür. Her bir taraf devletin insan haklarına saygı yükümlülüğü çerçevesinde negatif ve pozitif yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekmektedir. Mahkeme ise Sözleşme'nin 32. maddesi uyarınca taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini nihai olarak denetlemekle yetkilidir. Mahkeme, ulusal makamların karşısında temyiz organı olmayıp tali bir niteliğe sahip olarak ulusal makamların değerlendirmelerinin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını incelemektedir. Böylelikle, aynı zamanda ikincillik ilkesinin takdir marjı doktrininin esas dayanağı olarak kabul edilebileceği söylenebilir.

Takdir marjı doktrini, insan haklarının bölgesel korunma mekanizması Avrupa sistemi içerisinde, İHAS'ın öngördüğü yükümlülüklerin askıya alınmasına ilişkin olarak İHAS'ın 15. maddesi çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Ancak zamanla uygulama alanı bununla sınırlı kalmayıp İHAS'ın koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin geneline sirayet etmeye başlamıştır. Zira başlangıçta Komisyon'un olağanüstü halde Sözleşme'den doğan yükümlülüklerin askıya alınması ile bağlantılı olarak ortaya koyduğu takdir marjı doktrini, sınırlama ölçütlerinin taraf devletlere takdir marjı tanıdığı yorumuyla Sözleşme'nin diğer hükümlerine sirayet ederek takdir marjı doktrininin uygulama kapsamı genişlemiştir. Böylelikle takdir marjı doktrini Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin Sözleşme'ye uygunluk denetiminde birer yorum aracı olarak kullanılmaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme, takdir marjı doktrininin uygulama alanı içerisinde kapsamını belirlemeye yarayan birtakım kriterler geliştirmiştir. Mahkeme'nin çatışan değerler arasında adil denge kurma amacını yerine getirmeye hizmet eden takdir marjı doktrini hakkında, içtihatlar çerçevesinde oluşan birtakım kriterlerin söz konusu olduğunu belirtmek gerekmektedir. Her ne kadar takdir marjı doktrininin kendisine ve Mahkeme tarafından kullanım biçimine yöneltilen eleştirilerin mevcudiyeti göz ardı edilemese de içtihatlar çerçevesinde takdir marjı doktrininin kapsamını belirlemeye ilişkin kriterleri ortaya koymak mümkün gözükmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme içtihatları çerçevesinde, takdir marjı doktrininin tüketici bir şekilde genel teorisi ve kriterleri belirlenememekte; öğretilerde kriterler konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Gerçekten de takdir marjı doktrini, Mahkeme'nin sıkı bir şekilde kriterleri takip ederek somut olaya söz konusu kriterleri uygulamış olduğu, böylece denetimin

yoğunluğunu önceden net bir şekilde belirleyebildiği sabit bir ölçü birimi değildir. Ancak görüldüğü üzere Mahkeme içtihatları analiz edildiğinde, her ne kadar tüketici bir biçimde olmasa da takdir marjı doktrinini öngörülebilir kılma çabası adına bazı kriterler tespit edilebilir niteliktedir. Bu kriterler; taraf devletin içinde bulunduğu koşullar, Avrupa konsensüsü, korunan hakkın niteliği ve sınırlamanın izlediği meşru amaç olarak sıralanabilir. Takdir marjı doktrininin kapsamını belirleyen kriterler, herhangi bir kritere üstünlük tanınmaksızın ve somut olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde bütüncül bir şekilde uygulanmalıdır. Nitekim olağanüstü halin varlığına karar vermek ve olağan hukuk düzenine geçebilmek amacıyla gerekli olan tedbirleri almak hususunda ulusal makamlara geniş bir takdir marjı tanınmaktadır. Belirtmek gerekir ki olağan döneme kıyasla ulusal makamların takdir marjı daha geniş olup, söz konusu geniş takdir marjı ise müdahalenin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması ve uluslararası yükümlülüklerle ters düşmemesi koşullarıyla sınırlandırılmıştır.

Ayrıca, Mahkeme çoğu zaman somut olaya ve müdahale konusu hak ve özgürlüğe göre takdir marjı doktrini kriterlerini, özellikle Avrupa konsensüsünü nazara alarak takdir marjı doktrininin sınırlarını çizmek uğraşına girmektedir. Mahkeme'nin içtihatlarında Sözleşme'nin yaşayan belge niteliği işaret edilmekte, bunun gereği olarak da Mahkeme günün koşulları ışığında dinamik yorum aracılığıyla ortak bir insan hakları anlayışı geliştirmektedir. Bu yüzden Mahkeme'nin konsensüs arayışına girmesi her ne kadar söz konusu denetimi kolaylaştırmaya yarayan bir yargısal araç; bunun yanı sıra taraf devletler karşısında Mahkeme'nin meşruiyetini sağlamlaştıran bir argüman olsa da Avrupa konsensüsü Sözleşme'ye taraf devletlerin egemenlik endişelerini gidermek adına kullanılmamalıdır. Taraf devletlerin egemenlik yetkisi ile Sözleşme'den doğan yükümlülükleri arasında denge kurmakla yükümlü olan Mahkeme her davada ilgili konuya ilişkin, konsensüsün varlığını veya yokluğunu ya da oluşmakta olduğunu; hukuki kaynaklar, uluslararası örgütlerin raporları, Avrupa Konseyi organlarının faaliyetleri çerçevesinde ortaya koymalıdır. Nitekim konsensüs üzerine Mahkeme yargıçlarının da vurguladığı üzere, bir konu üzerinde konsensüsün yokluğu, Sözleşme'nin dinamik yorumuna engel olmamalı; Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında konsensüsün varlığı Sözleşme güvencelerini zayıflatmak için uygulanmamalıdır. Mahkeme'nin Avrupa konsensüsü arayışı sırasında kimi zaman zorlu davalarla karşılaştığını söylemek mümkündür.

Öğretide ve kimi zaman yargıçlar arasında dahi bir davada konsensüsün oluşup oluşmadığının tespiti konusunda zıt düşünceler ortaya çıkabilmektedir. Yargıçlar arasındaki görüş ayrılığına, Avrupa konsensüsünün tespiti ve tayini konusunda ortaya çıkan muhtelif ihtilaflar diyerek, bu durumu görmezden gelmek bir tercih olsa da özellikle ahlaki veya siyasi meselelere ilişkin davalarda karmaşıklığın ortaya çıktığını ortaya koymak gerekmektedir<sup>1</sup>. Mahkeme sürekli gelişim gösteren Avrupa toplumuna uyum sağlayarak, Sözleşme'yi günün koşullarına uyarlamak durumundadır. Bunu yaparken de taraf devletlerin egemenlik yetkisi doğrultusunda tercihlerine saygı göstermesi gerekmektedir. Sözleşme'yi günün koşulları ışığında yorumlayarak denetleme mekanizmasının güncelliğini sağlamak ve taraf devletlerin egemenlik yetkisine saygı göstermek arasında kalmaması önem arz etmektedir. Bu nedenle, Sözleşme sisteminin etkililiği ve devamlılığı için tutarlı bir uygulama ortaya koyması elzemdir. Öngörülebilirlik için ikna edici gerekçelerle her vakada hem Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasındaki mevcut gelişmeleri hem de uluslararası hukuktaki eğilimleri ve gelişmeleri birlikte ele almasında yarar görülmektedir.

Avrupa konsensüsü arayışı sırasında bir sonuca varabilmek adına, Mahkeme'nin örneklerin azlığından dolayı Avrupa konsensüsü arayışından bir sonuç çıkarılamayacağı veya Avrupa konsensüsünün takdir marjı üzerinde belirleyici etkisi bulunmadığı yaklaşımlarından vazgeçmesi gerektiği söylenebilir. Çünkü Avrupa konsensüsünü kimi davalarda kapsamlı bir şekilde araştırmak; kimi davalarda ise görmezden gelmek tutarlı bir yaklaşım sunmaya engel olacaktır. Zira Avrupa konsensüsünün ikna edici ve açık gerekçelerle varlığının ya da yokluğunun ortaya konmasının, aynı zamanda takdir marjı doktrininin içeriğini ve anlamını güçlendireceği gerçeği yadsınamaz. Bununla birlikte konsensüs arayışında Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında ve uluslararası hukuktaki mevcut gelişmeler ışığında sınırlamanın kapsamının evrensel ve bölgesel ölçekte ne derece kabul edilebilir olduğu sorgulanabilir.

Korunan hakkın niteliği takdir marjı doktrininin kapsamını belirleyen diğer bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle sınırlama ölçütü içermeyen ya da sınırlandırılması ağır koşullara tâbi olan hak ve özgürlüklerin, diğer hak ve özgürlüklerden ayrı düşünülmemeyeceğini belirterek; söz konusu çekirdek hakların

---

<sup>1</sup> *A, B ve C/İrlanda, 25579/05, 16.12.2010, p.235-241; X ve diğerleri/Avusturya, 19010/07, 19.02.2013, p.149.*



denetlenmesi sırasında taraf devletlere tanınan takdir marjının kararlarda belirleyici olmadığını dile getirmek gerekmektedir. Öğretide, çekirdek hakların korunması yönünde taraf devletin pozitif yükümlülükleri olduğundan çok küçük bir alan da olsa pozitif yükümlülüklerle bağlantılı olarak takdir marjının tanındığı kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Nitekim pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, örneğin yaşam hakkının korunmasında seçilecek araçların niteliği konusunda en azından küçük bir alanda takdir marjı tanınmaktadır. Ancak; kural olarak çekirdek haklar içerisinde takdir marjının yeri yoktur. Yaşam hakkına yönelik bir müdahalede mutlak gerekli ölçüde kuvvet kullanımının değerlendirilmesi söz konusu ise takdir marjı doktrini uygulanmamakta ve ulusal makamların sorunlara yakınlığı dikkate alınmamaktadır. Taraf devletlere tanınan takdir marjının gereği olarak, bazı devletlerin işkence yasağını ihlal etme konusunda diğer devletlerden daha fazla kötü muamelede bulunabilme ihtimali bulunmamaktadır. Bir davada değerlendirilen olayların işkence yasağını koruma alanına girmesi için müdahalenin işkence teşkil edip etmediği, asgari ağırlık düzeyine erişip erişmediği konusu, takdir marjı doktrinini kapsamamaktadır. Nihayet hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında takdir marjının bulunmadığı; en azından sadece pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde en dar kabul edildiği alan olarak, çekirdek haklar kabul edilmektedir.

Başlangıçta çekirdek haklar söz konusu olduğunda pozitif yükümlülüklerin kapsamının genişliği, koşulların öngörülemezliği ve belirsizliği bakımından, Strasbourg makamlarının açıkça veya zımni bir biçimde çekirdek haklar açısından takdir marjını tanımayı reddettiği belirtilmektedir<sup>3</sup>. Böylece Strasbourg makamları insan haklarının etkili bir şekilde korunmasında taraf devletlerin eylemsizlik ve ihmali işaret edebilmekte, etkili korumayı sağlamak için zorunlu görülen pozitif yükümlülüklerin derecesini kendi belirlemek istegindedir. Ancak güncel tarihli kararlarda, çekirdek haklarda dahi pozitif yükümlülükler yerine getirilirken gerekli araçların seçilmesi konusunda taraf devletlerin takdir marjına sahip olduğu vurgulanmaktadır<sup>4</sup>. Bununla birlikte Sözleşme'nin 2. maddesinde güvence altına

<sup>2</sup> Bu yönde bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.226

<sup>3</sup> Yazar bu yaklaşımı yaşam hakkı ve işkence yasağı bakımından ileri sürmüştür. Bu konuda bkz. **Arai-Takahashi**, Margin of Appreciation., s.220.

<sup>4</sup> *Ciechońska/Polonya*, 19776/04, 14.06.2011, p.65; *Murray/Hollanda*, 10511/10, 26.04.2016, p.110; *Cevrioğlu/Türkiye*, 69546/12, 04.10.2016, p.53; *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, 20.03.2008, p.134, 135; *Vilnes ve diğerleri/Norveç*, 05.12.2013, p.220; *Brincat ve diğerleri/Malta*, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, p.101;

alınan yaşam hakkının kapsamının belirlenmesi için yaşamın başlangıcı ve sona ermesi konularında ulusal makamlara takdir marjı tanınmaktadır. Bu durum göstermektedir ki Mahkeme Sözleşme’de korunan bir hakkın kapsamını belirlemek için takdir marjı doktrinine başvurmaktadır. Çekirdek hakların doğası takdir marjı doktrinini uygulamaya elverişli olmadığından pozitif yükümlülüklerde dahi takdir marjı doktrinini uygulamamak gerekmektedir. Nitekim ulusal makamların uygun araçları seçmek konusunda takdir marjına sahip olduğu hususu Mahkeme’nin tali niteliği karşısında açıkça anlaşılmaktadır. Çekirdek haklarda takdir marjı doktrinini uygulaması yargısal denetime katkı sunmaktan uzak bir görünüme sahip olup, hakkın kapsamını sınırlamaya yarayan bir işleve bürünmektedir.

Usuli hak ve özgürlüklerde ise genel olarak delillerin değerlendirilmesi ve ulusal hukukun uygulanmasında ulusal makamlara belirli takdir marjı tanındığı belirtilmektedir. Keza Mahkeme tarafından yapılan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının söz konusu olduğu alanda, taraf devletlere tanınan takdir marjının geniş olarak yorumlanamayacağı vurgusu isabetli görülmektedir. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması kişinin ve kamunun menfaatleri gözetilerek diğer tedbirlerin yetersiz kalması durumunda; genel şart olan hukukilik kriterine uygun olarak ve madde bentlerinde sayılan, sadece dar yorumlanması gereken istisnalar uyarınca mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla bu kapsam dışında Mahkeme’nin takdir marjı olarak ifade ettiği alanlar ikincilik ilkesinin görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla birlikte, Mahkeme Sözleşme’nin 6. maddesinde yer alan kavramların içeriğinin doldurulmasında otonom kavramlar doktrini uyarınca kendi yorumunu yapmaktadır. Bu noktada takdir marjı doktrinine atıfla ulusal hukukun adlandırmasının belirleyici olmadığı gözükmemektedir. Bunun yanı sıra adil yargılanma hakkı bağlamında takdir marjı doktrinini uygulaması en çok mahkemeye erişim hakkı bünyesinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca delillerin değerlendirilmesi, ulusal makamların takdir marjının vurgulandığı bir diğer alan olarak ortaya çıkmaktadır. Keza güncel tarihli kararlarda adil yargılanma hakkında takdir marjı doktrininin uygulamasının kapsamının genişlediği ve daha tartışmalı bir hal aldığı karşı oy gerekçelerine yansımış bulunmaktadır. Taraf devletlerin ulusal makamlarına düşen görev ise adil yargılanma hakkının güvencelerini dikkate alarak yargılama usulü kurallarını düzenlemek ve

---

*Beganović/Hırvatistan, 46423/06, 25.06.2009, p.80; Valiulienė/Litvanya, 33234/07, 26.03.2013, p.85; Wenner/Almanya, 62303/13, 01.09.2016, p.60, 61.*

sanığın devlet otoritesiyle karşılaştığı düzlemde sahip olduğu haklarına saygı göstererek bir usul sürdürmektir.

Ulusal mahkemeler tarafından yapılan maddi ve hukuki hatalar, Sözleşme’de güvence altına alınan hakları ihlal etmediği müddetçe Mahkeme tarafından denetlenmemektedir. Diğer bir husus olarak Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi kapsamında, Sözleşme’nin 6. maddesinin bir kural koymadığını, bu hususun esasen ulusal hukukun ve mahkemelerin alanına girdiğini belirtmektedir. Mahkeme dördüncü bir yargı yeri olarak davranmamakta (*fourth instance doctrine*); açıkça keyfi ya da makul olmayan bir değerlendirmede gördüğü noktada Sözleşme’ye uygunluk denetimi yaptığını vurgulamaktadır. Sözleşme’de güvencelenen hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerle ilgili olarak, Mahkeme ulusal mahkemelerin karar gerekçelerinin otomatik ve basmakalıp olup olmadığına bakmaktadır. Keza Mahkeme tarafından söz konusu ulusal makamların keyfiyete varan hukuki hataları, delil değerlendirmede keyfi ya da makul olmayan durumların varlığı “*adaletin reddi*” (*denial of justice*) olarak adlandırılmaktadır. Genel olarak usuli hak ve özgürlüklerde ulusal makamlara tanınan belirli takdir marjı, ikincillik ilkesinin bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır ve söz konusu kullanım şekli denetimin yoğunluğuna etki etmemektedir.

Belirtmek gerekir ki çekirdek hakların aksine, olağanüstü halde askıya alınması mümkün olabilen; fakat demokratik toplumun ana temelleri ve Avrupa demokrasisinin kurucu değerleri kabul edilen diğer hak ve özgürlükler ise taraf devletlerin takdir marjını daraltmakta; davalı hükümet tarafından alınan tedbirleri Mahkeme’nin ölçülülük incelemesi aracılığıyla denetlemesinin dikkat ve özenini kuvvetlendirmektedir<sup>5</sup>. Demokratik toplumun ana temelleri kabul edilen hak ve özgürlükler; Sözleşme’nin 5. maddesinde düzenlenen kişinin keyfi bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmasını koruma altına alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, Sözleşme’nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde özel ve aile hayatının asli öğeleri, Sözleşme’nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü bağlamında özellikle basın özgürlüğü, sanatsal ve bilimsel ifadeler kural olarak takdir marjının daraldığı ve ölçülülük incelemesinin özenle yapıldığı alanlar olarak ortaya çıkmaktadır<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Arai-Takahashi, Margin of Appreciation., s.226.

<sup>6</sup> Arai-Takahashi, Margin of Appreciation., s.226.

Mahkeme tarafından herhangi bir gerekçe bulunmaksızın sadece ırk veya etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, din veya inanç temelli farklı muameleler kabul edilmemekte; bu nedenle sadece ilgili temellere dayanarak farklı muamelede bulunmak noktasında ulusal makamlara takdir marjı tanınmamaktadır. Bu konuda mevcut tüm yollar kullanılarak ve yeni yollar öngörerek ayrımcılıkla mücadele etmek gerekmektedir. Bunun yanı sıra ırk veya etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, din veya inanç, vatandaşlık, doğum, engellilik temelli muamelelerde nesnel ve makul neden ölçütü katı bir şekilde yorumlanmakta ve oldukça önemli gerekçelerin varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla nesnel ve makul nedenin tespit ve tayininde ulusal makamların takdir marjı sınırlandırılmaktadır. Ayrıca son zamanlarda öğretilerde şüpheli temeller olarak isimlendirilen bu yaklaşımın Mahkeme'nin kararlarına yansıdığı görülmekte ve geleneksel rolleri pekiştiren müdahalelerle karşılaşıldığı zaman, mevcut ayrımcılık iddiasında *a priori* şüphe doğmaktadır. Böylece geleneksel rolleri pekiştiren stereotipler, bir birey veya grubu lekeleme gibi önyargılar oluşturmamak gerekmekte ve ulusal makamların aksi yönde müdahaleleri kabul görmemektedir. Bu çerçevenin dışında diğer ayrımcılık iddialarında ise ulusal makamların yapmış olduğu değerlendirmelerde, nesnel ve makul nedenin tespitinde takdir marjı genişlemektedir.

Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükler içerisinde; 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, diğer hak ve özgürlüklere nazaran taraf devletlere daha geniş takdir marjı tanımaktadır. Ancak mülkiyet hakkında taraf devletlerin takdir marjı, müdahalenin kapsamından ve dava konusunun niteliğinden etkilenmektedir. Belirtmek gerekir ki Mahkeme'nin mülkiyet hakkına ilişkin takdir marjı doktrini uygulaması *çift başlı* şekilde ortaya çıkmaktadır. Çift başlı takdir marjı doktrini kamu yararının tespitinde mutlak, hakkın sınırlandırılmasında geniş mahiyette uygulanmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme mülkiyet hakkına yönelen müdahalelerde, Sözleşme'nin ortak sınırlama rejimi öngörülen 8-11. maddelerine nazaran daha geniş takdir marjı tanımak eğilimine sahiptir. Keza Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde özellikle kapsamlı bir şekilde uygulanan takdir marjı doktrini kriterleri Sözleşme'nin 1 No'lu Ek Protokol'ünün 1. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkında hemen hemen rol oynamamaktadır. Karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında Avrupa konsensüsünün takdir marjını sınırlandırdığı alanlar mevcut değildir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması için taraf devlete tanınan geniş takdir marjının otomatik bir hal aldığı söylemek mümkündür.

Bu nedenle ölçülülük ilkesini güçlendirecek bir takdir marjı doktrini uygulaması için karşılaştırmalı hukuk verilerinin daha fazla incelenmesi gerekmekte; mülkiyet hakkına müdahale edilen hakkın konusu ve birey bakımından öneminin göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir. Nitekim aile konutuna ilişkin uyuşmazlıkta takdir marjını daraltmak; aksine ticari uyuşmazlıklarda ise takdir marjını daha geniş kabul etmek takdir marjı doktrini kriterlerine uygun bir yaklaşım olacaktır.

Bu kriterlerin yanı sıra sınırlamanın izlediği meşru amaç ulusal makamların takdir marjının sınırını çizmek hususunda belirleyici olabilir. Ancak Sözleşme’de düzenlenmiş, müdahalenin meşru amacını oluşturan tüm sınırlama ölçütleri, takdir marjının sınırını oluşturmak konusunda bir etken teşkil etmemektedir. Zira her bir sınırlama ölçütünün, takdir marjının dar veya genişliği hususunda doktrinin bir kriterini teşkil ettiğini söylemek mümkün gözükmemektedir.

Bununla birlikte tespit edilen takdir marjı doktrini kriterlerinin Sözleşme’de ortak sınırlama rejiminin öngörüldüğü 8-11. maddelerinde, Sözleşme’de koruma altına alınan diğer hak ve özgürlüklere nazaran bütüncül bir biçimde ele alınmasının daha elverişli olduğu söylenebilir. Fakat ortak sınırlama rejimi öngörülen maddelerin ikinci fıkralarında düzenlenen her sınırlama sebebi takdir marjının sınırını önceden tayin etmeye yarayacak ipuçlarını sunmamaktadır. Ancak genel ahlak, ulusal güvenlik gibi sınırlama ölçütleri takdir marjını genişletmektedir. Elbette ki takdir marjı doktrini kriterleri birbirlerine etki edebilmekte; taraf devlete geniş takdir marjı tanınan bir konuda diğer bir kriterin varlığıyla takdir marjının sınırı daralabilmektedir. Bu bağlamda ulusal makamların takdir marjı, müdahalenin demokratik süreç ve genel olarak toplum açısından önemi ile müdahaleden etkilenen bireyin varlığı için önemine bağlı olarak bir yönden diğer bir yöne çekilebilmektedir. Başka bir deyişle, ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırının çizilebildiği sınırlama ölçütleri söz konusu olsa bile somut olayın kendine özgü koşulları içerisinde korunan hakkın niteliği ile müdahalenin ağırlığı, korunan değerın önemi göz önüne alınarak ulusal makamlara tanınan takdir marjı geniş ise belirli ölçüde sınırlandırılmaktadır.

Takdir marjının sınırı çizilirken somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alındığından, birbirine etki eden kriterler somut olayın koşulları ışığında değerlendirildiğinde ulusal makamlara tanınan geniş takdir marjı daralabilmektedir. Zira Sözleşme’nin 8. maddesinde korunan özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı

bakımından (i) korunan hakkın niteliği, (ii) müdahalenin niteliği, (iii) hakkın birey bakımından önemi ulusal makamların takdir marjının sınırını belirlemek hususunda ayrıca önem arz etmektedir. Özellikle Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü açısından (i) ifadenin içerik ve bağlamı, (ii) hakkın öznesi ile ifadenin muhatabı olan özne, (iii) ifadenin yeri ve zamanı, (iv) ifade ediliş biçimi dikkate alınmaktadır. Aynı yaklaşımın Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlükleri açısından geçerli olduğu kabul edilebilir. Zira toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, ifade özgürlüğüne göre *lex specialis* nitelikte görülmekte ve demokratik toplumun nitelikleri gereğince ifade özgürlüğünden ayrı düşünülmemektedir.

Takdir marjı doktrininin sınırı ise inceleme konusu somut olay özelinde geçerli kabul edilebilir. Her vaka kendi koşulları içerisinde değerlendirilerek ulusal makamların takdir marjının sınırı çizilebilir. Keza irdelenen takdir marjı doktrini kriterleri Sözleşme'de koruma altına alınan her hak ve özgürlük için kümülatif bir biçimde uygulanabilir nitelikte değildir. Takdir marjı doktrini kriterlerinin Sözleşme'de koruma altına alınan her bir hak ve özgürlük için yeknesak bir uygulamaya sahip olmadığı söylenebilir. Somut olayın özellikleri çerçevesinde takdir marjı doktrini kriterleri ele alınmakta; birbirine etki eden kriterler takdir marjını genişletmekte veyahut sınırlandırmaktadır. Bir konuda tespit edilen takdir marjının sınırı ileride yapılacak olan tüm başvurular ve her somut olay için mutlak nitelikte geçerli görülmemelidir. Nitekim Avrupa konsensüsünün bulunmayışı ve genel ahlak ölçütü ulusal makamlara geniş takdir marjı tanısa da somut olayın özellikleri çerçevesinde korunan hakkın niteliği, müdahalenin niteliği veya birey bakımından önemi yahut ifadenin içerik ve bağlamı gibi somut olayın kendine özgü koşullarına bağlı olan kimi hususlar takdir marjını sınırlayabilmektedir. Zira Avrupa konsensüsü bulunmayan bir alanda daha sonra ortak bir anlayış oluşabilecektir. Dolayısıyla somut olayın özellikleri kapsamlı bir biçimde ele alınmaksızın geniş takdir marjı tanınması, denetimi hafifletme durumunu doğurabilecektir. Bu yüzden somut olayın özellikleri çerçevesinde takdir marjı doktrini kriterlerinden herhangi birine üstünlük tanımaksızın bütüncül bir şekilde uygulanması takdir marjı doktrininin işlevlerine etkin bir şekilde katkı sunabilecektir. Bu kapsamda ortak sınırlama rejimi öngörülen Sözleşme'nin 8-11. hükümlerinde takdir marjı doktrini kriterlerinin bütüncül bir biçimde ele alınmasının daha elverişli olduğu saptanmaktadır.

Ancak Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalelerde kimi gri alanlar göze çarpmaktadır. Mahkeme'nin din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin içtihatları göstermektedir ki taraf devletlerin dini veya vicdani kanaatleri açıklamaya zorlamama, devletin dini tarafsızlığı, belirli bir dini öğretiyi veya inancı aşılama ve dinsel toplulukların özerkliğine saygı göstererek olağan işleyişe keyfi müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Fakat din ve devlet ilişkileri ile dini sembollerin kullanılmasına yönelik şikâyetlerde Mahkeme tarafından sıkı bir denetim yapılmamakta ve ulusal makamların değerlendirmelerine öncelik tanınmaktadır. Bu alanda Mahkeme'nin takdir marjı doktrini kriterlerini ele alarak daha hassas bir denetim gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Zira başkalarının hakkının ve kamu düzeninin korunması ile dinsel çoğulculuğun Mahkeme tarafından hassasiyetle dikkate alınarak, takdir marjının sınırının çizilmesini sağlamak ise etkili bir korumaya hizmet etmeye yarar sağlayacaktır. Ayrıca bu yaklaşımın kararın ölçülülük ilkesinin uygulanışında daha fazla katkı sunarak, peşinen gösterilen “*din ve devlet ilişkileri ile dini sembollerde geniş takdir marjı*” yaklaşımının denetimi zayıflatma tehdidini bertaraf edecektir.

Nitekim ulusal makamların takdir marjının sınırını çizmek soyut bir faaliyet olmayıp, somut olayın tüm koşullarının değerlendirilerek sonuca varılan bir süreci oluşturmaktadır. Bu sürecin etkinliği ise takdir marjı doktrinine yönelen eleştirileri o ölçüde engelleyebilecektir. Mahkeme tarafından somut olayın koşullarına gereği gibi odaklanmadan peşin hükümle kabul gören takdir marjının genişliği, takdir marjı doktrinini yargısal denetimin ağırlık merkezine yerleştirecektir. Bu durum ise haklı olarak endişeleri beraberinde getirmekte ve Sözleşme sistemini zayıflatma tehdidini bünyesinde barındırmaktadır.

Oysaki takdir marjı doktrini Mahkeme'nin başvuru üzerine gerçekleştirdiği denetimde sonuca ulaşmada tek başına ele alınan bir yorum aracı değildir. Keza Mahkeme tarafından ele alınan kriterler, somut olayın özellikleri<sup>7</sup> ışığında ulusal makamlara tanınan takdir marjı *dar* veya *geniş* ölçekte belirlenmekte; bunun yanı sıra diğer yorum araçlarıyla birlikte değerlendirme yapılarak, ulusal makamların takdir

---

<sup>7</sup> Takdir marjı doktrininin tüketici bir biçimde kriterlerini ortaya koymak mümkün değildir. Ancak Mahkeme içtihatları ışığında ikinci bölümde incelediğimiz şekilde ya da farklı kategoriler altında kimi kriterler belirlenebilir. Ancak her halükârda somut olayın kendine has koşulları ulusal makamlara tanınan takdir marjının sınırını çizecektir. Örneğin, Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğünde ifadenin içeriği, hakkın öznesi ile ifadenin muhatabı olan özne, ifadenin yeri ve zamanı, ifadenin içeriği önem arz edebilmektedir.

marjının sınırlarını aşıp aşmadığına karar verilmektedir. Ulusal makamların takdir marjı geniş kabul edildiğinde daha esnek; aksi halde daha sıkı bir denetim gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte kimi konularda Mahkeme tarafından ulusal makamlara “*belirli takdir marjı*” tanınmaktadır. Aslında “*belirli*” olduğu iddia edilen takdir marjının sınırının son derece belirsiz olup, takdir marjının bu şekilde tespit ve tayininin yargısal denetime katkı sunmaktan uzak olduğu söylenebilecektir. Belirli takdir marjı tanınan alanlarda orta derecede bir denetim yapıldığı yaklaşımı gerçekçi değildir. Belirli takdir marjı tanınan alanlar ulusal makamların takdir marjının kapsamını belirleyen kriterler çerçevesinde derecelendirilmelidir. Bunun mümkün olmadığı alanlarda ise takdir marjı doktrininin ikincillik ilkesinin görünümü olarak işlev gösteren kullanımından vazgeçilmelidir.

Bununla birlikte takdir marjı somut olayın koşullarına göre *dar* veya *geniş* ölçekte ulusal makamlara sunulduğunda denetimin yoğunluğunu belirleyen değişken ölçekli bir model olarak düşünülmektedir. Bu nedenle yargısal denetim faaliyetinde sonuca ulaşmada tek başına belirleyici etken olmayan takdir marjı doktrini yegâne bir ölçütmüş gibi düşünülmemeli, diğer yorum araçlarıyla arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır. Mahkeme tarafından takdir marjı doktrininin uygulaması öğretide ikili ayrıma tâbi tutulmaktadır. Zira takdir marjı doktrininin ikincillik ilkesiyle ilişkisini ortaya koyan *yapısal/sistemsel/usuli* boyutu olduğu; aynı zamanda takdir marjı doktrininin ölçülülük ilkesiyle ilişkisini açıklayan *maddi/normatif* unsuru içerdiği kabul edilmektedir. Takdir marjı doktrininin ölçülülük ilkesiyle birlikte uygulanması asıl işlevlerini yerine getirmeye yarayacaktır. Keza ulusal makamlarla yetki paylaşımı olarak ifade edilen takdir marjı doktrininin yapısal boyutu, esasen ikincillik ilkesinin bir görünümüdür. Bu nedenle öngörülebilir kılmak adına takdir marjı doktrini ikincillik ilkesinin görünümünden, diğer bir deyişle *yapısal/sistemsel/usuli* kullanımından kurtarmak gerektiği düşünülmelidir.

Takdir marjı doktrini, Sözleşme sisteminde anayasal yorum ilkelerinin zorunlu ve ayrılmaz bir parçası olarak nitelendirilmektedir<sup>8</sup>. Hatta Sözleşme’nin yorumunun nesnel olmadığından bahisle takdir marjının asla kontrol altına alınamayacağı belirtilmektedir. Ancak *Greer*’e göre beklenti içinde olunabilecek en iyi durum takdir marjı doktrininin asli anayasal ilkelere tâbi tutulmasıyla, ayrıca ikincil anayasal

---

<sup>8</sup> **Greer**, “Universal Principle.”, s.14.



ilkelerle özellikle ölçülülük ilkesiyle ilişkisini takdir ederek kabul edilebilir sınırlar içerisine çekilmesidir<sup>9</sup>. Asli anayasal ilkeler hukukun genel ilkeleri olup, Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında yol gösterici niteliğe sahiptir. İkincil anayasal ilkeler ise Sözleşme sisteminde açıkça yer alan yorum araçlarıdır. Gerçekten de Sözleşme’nin yorumunun nesnel olmadığından bahisle, takdir marjı doktrininin herkes tarafından kabul gören kontrollü bir uygulamaya kavuşmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Ancak haklara öncelik verme ilkesinin tutarlı ve açık bir şekilde uygulanarak, Sözleşme’nin hukukun genel ilkeleri ışığında yorumlanması takdir marjı doktrininin makul sınırlara çekebilecektir. Böylece, takdir marjı doktrini kendisinden beklenen işlevleri herhangi bir sapmaya veya farklı bir anlama yol açmadan yerine getirebilecektir.

Aynı zamanda takdir marjı doktrini, Sözleşme sistemi içerisinde en ihtilafli yorum araçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Takdir marjı doktrininin Mahkeme tarafından uygulanmasının tutarsızlığı ve belirsizliğinden, kavramın belirsizliğine; insan haklarının evrenselliğine yönelik tehdit oluşturmasından, Mahkeme’nin doktrin aracılığıyla kendini gereğinden fazla sınırlandırdığına ilişkin pek çok tartışmalar yaşanmıştır. Görüldüğü üzere bir o kadar da takdir marjı doktrininin uygulanabilirliğine ilişkin öneriler sunulmuştur. Belirtmek gerekir ki Sözleşme’nin nasıl uygulanacağı ve kararların nasıl yerine getirileceği hususunda nihai değerlendirmeyi gerçekleştirecek makam olarak İHAM’ın kendisi karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla taraf devletlerin Sözleşme kapsamında yükümlülüklerini yerine getirirken değerlendirme yapma yetkisine sahip olması sınırsız bir alan yaratmamaktadır. Sözleşme’nin nasıl uygulanacağı hususunda ulusal makamlara takdir marjı tanındığı yaklaşımı, insan hakları koruma mekanizması içerisinde muğlak bir alan açmaktadır. Taraf devletler insan haklarına saygı yükümlülüğünün bir gereği olarak, ulusal düzlemde insan hakları ihlallerini gidermek ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak yükümlülüğüyle yüklenmişlerdir. Eğer ulusal düzlemde Sözleşme sistemine uyumlu bir biçimde ihlal giderilmediyse, Mahkeme’nin kendisi yapılacak olan başvurunun neticesinde yargısal denetimi gerçekleştirmektedir.

Sözleşme sistemi içerisinde muğlak ve öngörülemez bir şekilde ikincillik ilkesi ile takdir marjı doktrininin merkeze alan bir anlayış insan hakları ihlallerinin etkili bir

---

<sup>9</sup> Greer, “Universal Principle.”, s.12-14.

şekilde denetlenmesinin görmezden gelinmesine yol açabilir. Eğer Sözleşme'nin nasıl uygulanacağı konusunda ulusal makamlara takdir marjı tanınmışsa, ulusal düzlemde hak ve özgürlüklerin yorumunun insan haklarının evrenselliğine zarar verecek şekilde yapılması mümkün olabilir. Bu nedenle ulusal makamlara tanınan takdir marjının insan haklarına saygı yükümlülüğü çerçevesinde okunması, muğlaklığa yol açabilecek yaklaşımlardan uzak durulması gerekmektedir. Keza Mahkeme'nin ikincil yetkisi, gerçekleştirilen yargısal denetimin ulusal makamların değerlendirmeleri karşısında ikincil önemde olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme, ulusal makamların kendilerine tanınan takdir marjını Sözleşme sistemine ve insan hakları standartlarına uygun bir şekilde kullanıp kullanmadığını denetlemektedir. Sözleşme'nin ulusal düzlemde nasıl yorumlanacağı ve nasıl uygulanacağını asgari kriterleri Mahkeme tarafından belirlenmiş olduğundan, sadece ulusal makamların bu kriterlerle çerçevelenmiş sınırlı bir takdir marjına sahip olduğu söylenebilir. Aksi halde Sözleşme'nin nasıl uygulanacağı konusunda ulusal makamlara takdir marjı tanındığı yaklaşımları, insan haklarının korunması ve koruma mekanizmalarının güçlendirilmesi amacına özgülendiği kabul edilerek iyi niyetli bir görünüm arz etse dahi yetersiz, eksik ve tehlikeli bir yaklaşım olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Son olarak takdir marjı doktrininin uluslararası niteliğine rağmen ulusal ölçekte kullanılmasına ilişkin birtakım önerilerde bulunulacaktır. AYM'nin takdir marjı doktrini ulusal düzeyde uygulaması söz konusu olmakta; fakat bu uygulamanın aynı zamanda Mahkeme içtihatlarıyla uyum içermesi gerekmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin takdir marjı doktrini uygulamasının AYM'nin gerçekleştireceği yargısal denetim için yol gösterici nitelikte olduğu söylenebilir. Ancak İHAS'ın 53. maddesi uyarınca Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi taraf devletin yasalarında ve taraf olduğu sözleşmelerde tanınan hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Bu nedenle ortak asgari kriterleri ortaya koyan Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin iç hukukta yorumlanmasında, ulusal makamlara tanınan takdir marjının hak ve özgürlükler lehine yorumlanması gerekmektedir. Sözleşme sisteminin asgari kriterleri teşkil ettiği düşünüldüğünde, AYM'nin hak ve özgürlükler lehine yorum yaparak Mahkeme tarafından ulusal makamlara tanınan geniş takdir marjını daraltması mümkündür. Zira uluslararası bir niteliğe sahip olan takdir marjı doktrini, hak ve özgürlükleri dar yorumlamanın gerekçesi olamayacaktır. Takdir marjı doktrininin ortaya çıkış nedenleri, uluslararası niteliği dikkate alındığında, doktrin

ulusal düzlemde aynı şekilde uygulanmayacağı aşikârdır. Mahkemece takdir marjı doktrini, her zaman ulusal makamlar ve Mahkeme arasındaki ilişkileri belirleme amaçlı bir araç olarak algılanmıştır<sup>10</sup>. Bu nedenle ulusal düzeyde devlet organları arasındaki ilişkilerde aynı şekilde uygulanamaz. Yargılamayı yapan ulusal mahkemeler, diğer tüm devlet organları gibi değerlendirme yapma yetkisine, diğer deyişle takdir marjına sahip makamlardır. Bu nedenle ulusal düzeyde Mahkeme içtihatlarıyla uyumlu bir takdir marjı doktrini uygulaması için dar ve sınırlı takdir marjı tanınan alanları genişletmek mümkün değildir. Ancak Mahkeme'nin ulusal makamlara geniş takdir marjı tanıdığı alanlar hak ve özgürlüklerin dar yorumlanmasının gerekçesi olamaz. Bu nedenle geniş takdir marjı tanınan alanlarda denetimden el çekilmemeli, ölçülülük ilkesi ışığında yargısal denetim gerçekleştirilmelidir.

Ayrıca işaret etmek gerekir ki ulusal makamların manevra alanı olan takdir marjı doktrini, yargı kararlarında ve öğretide açıklığa kavuşturulurken, tercih edilen kavramın yeknesak bir biçimde kullanılması isabetli olacaktır<sup>11</sup>. Aksi halde kavram kargaşası yaşanarak, kavramın açıklığa kavuşturulması güçleşecek ve bu kargaşa da etkin yargısal denetim yapılmasının önünde bir engel teşkil edebilecektir. Bununla birlikte takdir marjı doktrini, uluslararası organlarla ulusal makamlar arasında geçerli olan dikey ilişkide, ulusal makamlara tanınan düşey bir değerlendirme yapma yetkisidir. İdarenin takdir yetkisi, hâkimin takdir yetkisi ile yasama yetkisinin genelliği ilkesi ise ulusal kapsamda, yatay seviyede bir değerlendirme yapma yetkisidir. Keza Mahkeme'nin uygulamış olduğu takdir marjı doktrini, nitelik itibarıyla ulusal nitelikteki kavramlardan daha geniş kapsamlıdır. İdarenin takdir yetkisi, hâkimin takdir yetkisi ile yasama yetkisinin genelliği ilkesi, ilgili ulusal makamların ulusal düzeyde kendilerine tanınan takdir marjını kullanım biçimidir.

Nihayet Mahkeme'nin eğilimi, Ek Protokollere ilişkin gelişmeler ve üst düzey konferanslar göstermektedir ki Sözleşme sistemi içerisinde takdir marjı doktrini etkisini giderek arttırmaktadır<sup>12</sup>. Takdir marjı doktrini, çalışma kapsamında önerilen hususlar dikkate alınarak uygulandığında, doktrin kendisinden beklenen söz konusu

---

<sup>10</sup> A. ve diğerleri/Birleşik Krallık, 3455/05, 19.02.2009, p.184.

<sup>11</sup> Bu çalışma kapsamında tercih edilen takdir marjı doktrini terimi yerine, aynı anlama gelecek şekilde; takdir yetkisi, takdir alanı, takdir payı, takdir sahası kullanılabilir. Ancak, takdir yetkisi şeklinde bir kullanımın, idarenin takdir yetkisi ile karışma ihtimali bulunduğundan bahisle tercih edilmemesi gerektiğini belirtmek gerekir.

<sup>12</sup> Takdir marjı doktrini, geçmişimiz, şuanımız ve geleceğimiz olarak görülmektedir. Bkz. **Spielmann**, "Whither the Margin of Appreciation.", s.65.

üç çeşit adil dengeleme amacına katkı sunacağına inanılmaktadır. Böylece ilk olarak takdir marjı doktrini taraf devletlerin yükümlülükleri ile egemenlik yetkileri arasında hassas dengeyi sağlamak amacına hizmet edecektir. İkinci olarak, insan haklarının ulusal düzlemde algılanışı ile Sözleşme değerleri arasında bir denge kurmak faaliyetini üstlenecektir. Son olarak ise kamunun menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında kurulan adil dengeyi sağlamak amacını yerine getirmek için ulusal makamların denge ölçütlerine saygı duymalarını sağlama işlevini yerine getirecektir.



## KAYNAKÇA

**AĞIRBAŞLI**, Şennur; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”, TBB Dergisi, 2012, S.101, s.83-102.

**AKANDJI-KOMBE**, Jean-François; İnsan Hakları El Kitapları, No.7 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, (çev: Özgür Heval Çınar, Abdülcelil Kaya), Avrupa Konseyi, Brüksel 2008.

**AKBULUT**, Olgun; “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.381-423. (“Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri.”)

**AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman; İdare Hukuku, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2017.

**AKSOY**, Emine Eylem; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 13 Maddesi: Etkili Başvuru Hakkı”, GSÜ Yayınları (Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı), 2004, s.17-24.

**AKYÜREK**, Güçlü; “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, TBB Dergisi, 2012, S.101, s.61-82.

**ALADAĞ GÖRENTAŞ**, İtir; “The Effects of Margin of Appreciation Doctrine on the European Court of Human Rights: Upholding Public Morality over Fundamental Rights”, Akademik İncelemeler Dergisi, C.XI, 2016, S.2, s.197-216.

**ALTIPARMAK**, Cüneyd; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, TBB Dergisi, 2006, S.63, s.244-270.

**ALTIPARMAK**, Kerem; “Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Bürokrasi Krizi: Tamam ya da Devam”, Çağımızda Hukuk ve Toplum, C.XXVIII, S.5, s.31-44. (“Bürokrasi Krizi.”)

**ALTIPARMAK**, Kerem; “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?, (yay.haz.: Kerem Altıparmak), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s.60-107. (“Pilot Kararlar.”)

**ALTIPARMAK**, Kerem; “Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2017, s.69-88. (“Komisyon.”)

**AMBRUS**, Mónica; “The European Court of Human Rights and Standards of Proof: An Evidentiary Approach towards the Margin of Appreciation”, in: Deference in International Courts and Tribunals Standard of Review and Margin of Appreciation, (ed.: Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner), Oxford University Press, Oxford 2014, s.235-253.

**ANAYURT**, Ömer; “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE, Ankara 2000, s.47-57.

**ARAI-TAKAHASHI**, Yutaka; “Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited”, European Public Law, C.VI, S.1, 2000, s.69-80. (“Discretion in German Law.”)

**ARAI-TAKAHASHI**, Yutaka; “The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, Netherlands Quarterly of Human Rights, C.XVI, 1998, s.41-61. (“Article 8.”)

**ARAI-TAKAHASHI**, Yutaka; “The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg’s Variable Geometry”, in: Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context, (ed.: Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein), Cambridge University Press, New York 2013, s.62-104. (“Theoretical Analysis.”)

**ARAI-TAKAHASHI**, Yutaka; The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York 2002. (Margin of Appreciation.)

**ARDIÇOĞLU**, M. Artuk; “Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2017, s.27-56.

**ARNARDÓTTIR**, Oddný Mjöll; “Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, EJIL, C.XXVIII, 2017, S.3, s.819-843. (“Res Interpretata.”)

**ARNARDÓTTIR**, Oddný Mjöll; “Rethinking the Two Margins of Appreciation”, *European Constitutional Law Review*, C.XII, 2016, S.1, s.27-53. (“Two Margins of Appreciation.”)

**ARNARDÓTTIR**, Oddný Mjöll; “The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, C.XIV, 2014, S.4, s.647-670. (“The Differences that Make a Difference.”)

**ARSLAN ÖNCÜ**, Gülay; “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, in: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.301-332. (“İHAS ve Anayasa.”)

**ARSLAN ÖNCÜ**, Gülay; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011. (Özel Yaşamın Korunması.)

**ATAKAN**, Arda; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme”, *MÜHF - HAD*, C.XVI, S.3-4, s.29-36.

**AYBAY**, Rona; *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.

**AZRAK**, Ali Ülkü; “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, *İÜHF*, C.VI, 1985, S.1-3, s.17-28.

**BAKIM**, Sevi; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı”, *MÜHF-HAD* (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), C.XXII, S.3, 2016, s.3191- 3218. (“Cinsiyet Ayrımcılığı.”)

**BAKIM**, Sevi; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, *MÜHF - HAD* (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), C.IXX, S.2, 2013, s.919-951. (“Yargılamanın Yenilenmesi.”)

**BAKIRCIOĞLU**, Önder, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, C.VIII, S.7, 2007, s.711-734.

**BALL**, Howard; *The Right to Die A Reference Handbook*, ABC-CLIO, California 2017.

**BARAK**, Aharon; Proportionality Constitutional Rights and Their Limitations, (çev.: Doron Kalir), Cambridge University Press, Cambridge 2012.

**BARKHUYSEN**, Tom/**VAN EMMERIK**, Michiel/**JANSEN**, Oswald/**FEDEROVA**, Masha; “Right to Fair Trial”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.500-651.

**BASSOK**, Or; “The European Consensus Doctrine and the ECtHR Quest for Public Confidence”, in: Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond, (ed.: Kapotas/Tzevelekos), Cambridge University Press, Cambridge 2018.

**BAŞARAN**, Pelin/**KARAN**, Ulaş; Sanatsal İfade Özgürlüğü Kılavuzu, Siyahbant/İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2016.

**BAŞLAR**, Kemal; “Anayasa Mahkemesinin Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararın Düşündükleri”, Yasama Dergisi, 2007, S.7, s.18-40.

**BAYSAL**, Mustafa; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuruda Mağdur Kavramı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.5, 2015, S.5, s.193-233.

**BECKET**, James; “The Greek Case Before the European Human Rights Commission”, Human Rights, C.I, 1970, S.1, s.91-117.

**BENVENISTI**, Eyal; “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, New York University Journal of International Law and Politics, C.XXXI, Y.1999, s.843-854.

**BEYOĞLU**, Cem Ümit; “AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı”, TBB Dergisi, 2018, S.135, s.77-118.

**BLEICHRODT**, Edwin; “Right to Liberty and Security”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.440-495.

**BODNAR**, Adam; “Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights’ Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings”, in: Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century, (ed.: Yves Haeck, Eva Brems), Springer, Dordrecht 2014, s.223-262.



**BOYAR**, Oya; “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.53-81. (“Pozitif Yükümlülük.”)

**BOYAR**, Oya; “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.137-157. (“İşkence.”)

**BOYAR**, Oya; “Mülkiyet Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.495-532.

**BOYAR**, Oya; “Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.287-301. (“Yasallık.”)

**BOZLAK**, Ayhan; “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, TBB Dergisi, 2013, S.109, s.55-92.

**BRAUCH**, Jeffrey A.; “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, Columbia Journal of European Law, C.XI, 2004, S.1, s.113-150. (“The Margin of Appreciation.”)

**BRAUCH**, Jeffrey; “The Dangerous Search For an Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the ECHR”, Howard Law Journal, 2009, C.LII, s.277, 318. (“Consensus.”)

**BREMS**, Eva; “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, ZaöRV, C.LVI, 1996, s.240-314. (“The Margin of Appreciation Doctrine.”)

**BREMS**, Eva; “The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights Accommodating Diversity within Europe”, in: Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited, (ed.: David P. Forsythe, Patrice C. McMahon), University of Nebraska Press, Lincoln/London 2003, s.81-110. (Accommodating Diversity.)

**BROEKSTEEG**, Hansko; “Freedom of Assembly and Association”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.: Pieter Van Dijk, Fried

Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.813-835.

**BUERGENTHAL**, Thomas; “Proceeding Against Greece under the European Convention of Human Rights”, American Journal of International Law, C.LXII, 1968, s.441-450. (“Greece.”)

**BURKE**, Karen C.; “Secret Surveillance and the European Convention on Human Rights”, Stanford Law Review, C.XXXIII, 1981, S.6, s.1113-1140.

**CALLEWAERT**, Johan; “Is there a Margin of Appreciation in the Application on Articles 2, 3 and 4 of the Convention?”, HRLJ, C.XIX, 1998, S.1, s.6-9.

**CAROZZA**, Paolo G.; “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, The American Journal of International Law, C.XCVII, 2003, S.38, s.38-79.

**CARSS-FRISK**, Monica; Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi, 2001.

**CENGİZ**, Serkan/**DEMİRAĞ**, Fahrettin/**ERGÜL**, Teoman/**MCCRIDE**, Jeremy/**TEZCAN**, Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara 2008.

**CENGİZ**, Serkan; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, TBB Dergisi, 2011, S.93, s.383-404. (“Yaşam Hakkı.”)

**CENGİZ**, Serkan; “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, TBB Dergisi, 2010, S.88, s.421-438. (“Açlık Grevi.”)

**CONTRERAS**, Pablo; “National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights”, Northwestern Journal of International Human Rights, C.XI, 2012, S.1, s.28-82.

**COUNCIL OF EUROPE**, Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights: Right to Life, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_2\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf), (e.t.: 30.11.2018).

**COUNCIL OF EUROPE**, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights: Right to liberty and security, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf), (e.t.: 30.11.2018).

**COUNCIL OF EUROPE**, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to Fair Trial (criminal limb), 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf), (e.t.: 12.12.2018).

**COUNCIL OF EUROPE**, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to Fair Trial (civil limb), 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf), (e.t.: 12.12.2018).

**COUNCIL OF EUROPE**, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf), (e.t.: 21.01.2019).

**COUNCIL OF EUROPE**, Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_9\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf), (e.t.:29.01.2019).

**COUNCIL OF EUROPE**, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf), (e.t.: 28.09.2018).

**CULLEN**, Holley; “Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights”, Human Rights Law Review, C.VI, 2006, S.3, s.585–592.

**ÇAKMAK**, Ufuk Ramazan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXV, 2017, S.2, s.163-184.

**ÇAMAK**, Sultan; “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, İnÜHFD, C.II, 2012, s.1067-1090.

**ÇELİK**, Demirhan Burak; “Yargıya Refik Gür’ün Penceresinden Bakmak: Yargı Eliyle Hukuk Üretimi Üzerine Bir Bilanço Denemesi”, in: Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar Kuramsal ve Uygulamalı Yeni Çalışmalar, (ed.: Bertil Emrah Oder), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.489-515.

**ÇIMRIN**, Çiğdem; “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, 2017, S.128, s.9-38.

**ÇINAR**, Ali Rıza; “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, TBB Dergisi, 2004, S.55, s.31-64.

**ÇOBAN**, Ali Rıza; “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, AÜHFD, C.LVII, 2008, S.3, s.187-223.

**DE LA RASILLA DEL MORAL**, Ignacio; “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine”, German Law Journal, C.XII, 2006, S.6, s.611-623.

**DEMİR GÜRSEL**, Esra; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014, s.3. (“Demokratik Toplumun Sınırları.”)

**DEMİR**, Esra; “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, MÜHF - HAD, C.XIV, 2008, S.3, 209-242. (“Evrensellik ve Rölativizm.”)

**DEMİR**, Nazlı Hilal; “The Surname of Married Women: An Everlasting Problem”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.IX, 2017, S.88, s.10-13. (“Surname.”)

**DEMİRDAL**, Barkan; “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ölüm Cezasının Kaldırılması ve Türkiye’deki Süreç”, Politik Ekonomik Kuram, C.II, 2018, S.1, s.57-72.

**DİNÇ**, Güney; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, TBB Dergisi, 2004, S.51, s.133-152. (“Mülkiyet Hakkı.”)

**DİNÇ**, Güney; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, TBB Yayınları, Ankara 2007. (Malvarlığı Hakları.)

**DİNÇER**, Hülya; “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve “Dini His”lere Tanınan Koruma”, GSÜHFD, (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan), C.II, 2010, s.1101-1126.

**DOĞRU**, Derya; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini, Turhan Kitabevi, Ankara 2019. (“Takdir Marjı.”)

**DOĞRU**, Osman/**NALBANT**, Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.II, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013. (C.II Açıklama.)

**DOĞRU**, Osman/**NALBANT**, Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012. (C.I Açıklama.)

**DOĞRU**, Osman; “Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Pozitif Yükümlülükler”, Danıştay 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <https://www.danistay.gov.tr>, (e.t.: 20.11.2018). (“Pozitif Yükümlülükler.”)

**DOĞRU**, Osman; “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.XVII, 2000, s.194-225. (“İç Hukuka Etki.”)

**DOĞRU**, Osman; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü”, TBB Dergisi, 2006, S.64, s.39-69. (“Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü.”)

**DOĞRU**, Osman; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006. (İşkence Yasağı.)

**DONNELLY**, Jack; Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları (çev: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut), Ankara 1995.

**DÖNER**, Ayhan/**KÖKÜSARI**, İsmail; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu”, GÜHFD, C.XII, 2008, S.1-2, s.663-686.

**DRAGHICI**, Carmen; “The Strasbourg Court between European and Local Consensus: Anti-Democratic or Guardian of Democratic Process?”, Public Law, 2017, s.11-29.

**DÜLGER**, Murat Volkan; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanılması Sorunu”, TBB Dergisi, 2014, S.111, s.325-410. (“Delil.”)

**DÜLGER**, Murat Volkan; “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, 2018, S.1, s.71-143. (“Kişisel Verilerin Korunması.”)

**DZEHTSIAROU**, Kanstantsin; “Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights”, Public Law, 2011, s.534-553. (“Legitimacy.”)

**DZEHTSIAROU**, Kanstantsin; European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, Cambridge University Press, Cambridge 2015. (European Consensus.)

**ECHARKAOUI**, Abderrahman; “Kafala Usulü Çerçevesinde Çocuğun Yararının Korunması” (çev.: Ceren Yıldız), Fasikül Hukuk Dergisi, C.X, 2018, S.107, s.22-27.

**EDİS**, Seyfullah; “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, AÜHFD, C.XXX, 1973, S.1, s.169-196.

**EISSEN**, Marc-André; “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, in: The European System for the Protection of Human Rights, (ed.: Ronald-St. John Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1993, s.125-146.

**ERBEK ODABAŞI**, Özge; “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı”, DEÜHFD, C.IXX, S.1, 2017, s.43-109.

**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**KORKMAZ**, Ömer; “Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İhlali”, DEÜSBED, C.V, 2003, S.2, s.182-212.

**EREM**, Faruk; “Cumhurbaşkanına Hakaret”, TBB Dergisi, 1991, S.1, s.13-22.

**EREN**, Abdurrahman; “1982 Anayasası’nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, 2004, S.3-4, s.47-77.

**ERGÜL**, Ozan; “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: Yargısal Aktivizm”, TBB Dergisi, 2013, S.104, Y.25, s.37-54.

**ERKAL**, Özlem; “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Devletlerin Takdir Marjı”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2015.

**EROĞUL**, Cem; “Ölüm Hakkı”, AÜSBFD, C.XLVIII, 1993, S.1-4, s.47-56.

**ERTAN**, İzzet Mert; “Toplumsal Olaylara Müdahalede Biber Gazı Kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Uygunluğu”, MHB, C.XXXII, 2012, S.1, s.51-69.

**ESEN**, Egemen; “Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve Türkiye’ye İlişkin Yazılı Görüşleri Hakkında Birkaç Not”, Fasikül Hukuk Dergisi, (Eğitim Mühendisi Fehamettin Akıngüç Armağanı), S.100, 2018, Y.10, s.473-488.

**FEINGOLD**, Cora S.; “Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights”, Notre Dame Law Review, C.LIII, 1977, s.90-106.

**GEMALMAZ**, Haydar Burak; “Çalışanların İnternet İletişiminin İşverence İzlenmesi Özel Yaşam Hakkına Aykırı Mıdır?: AİHM Büyük Dairenin 05 Eylül 2017 Tarihli Barbulescu Kararı”, <http://blog.lexpera.com.tr/calisanlarin-internet-iletisiminin-isverence-izlenmesi-ozel-yasam-hakkina-aykiri-midir-aihm-buyuk-dairenin-05-eylul-2017-tarihli-barbulescu-karari/>, (e.t.:28.01.2019). (“Barbulescu.”)

**GEMALMAZ**, Haydar Burak; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017. (Mülkiyet.)

**GEMALMAZ**, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1994. (Olağanüstü Rejim Standartları.)

**GEMALMAZ**, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.II, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012. (C.II Genel Teori.)

**GERARDS**, Janneke/**LAMBRECHT**, Sarah; “The Final Copenhagen Declaration: Fundamentally Improved with A Few Remaining Caveats”, <https://strasbourgobservers.com/2018/04/18/the-final-copenhagen-declaration-fundamentally-improved-with-a-few-remaining-caveats/>, (e.t.: 13.04.2019) (“Copenhagen Declaration.”)

**GERARDS**, Janneke; “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights”, Human Rights Law Review, C.XVIII, 2018, S.3, s.495-515 (“Margin of Appreciation.”)

**GERARDS**, Janneke; “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, European Law Journal, C.XVII, 2011, S.1, s.80-120. (“Pluralism.”)

**GERARDS**, Janneke; “Prohibition of Discrimination”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.998-1028.

**GERARDS**, Janneke; “Right to Life”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.353-381.

**GÖKTEPE**, Hüseyin; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret”, TAAD, Y.7, 2016, S.25, s.169-211.

**GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılama’”, AÜSBFD, C.XLIX, 1994, S.1, s.199-234.

**GÖZLER**, Kemal, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, AÜSBFD, C.LXI, 2006, S.3, s.131-166. (“Meşruluk.”)

**GÖZLER**, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.I, Ekin Yayınevi, Bursa 2011. (Anayasa.)

**GÖZLER**, Kemal; Hukuka Giriş, 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017. (Hukuka Giriş.)

**GÖZLER**, Kemal; İdare Hukuku, C.I, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2009. (İdare.)

**GÖZLER**, Kemal; İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınevi, 2017. (İnsan Hakları.)

**GÖZLER**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2018. (Türk Anayasa Hukuku”)

**GÖZLÜGÖL**, Said Vakkas/**POYRAZ**, Yasin; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 No’lu Ek Protokollerle Öngörülen Reform”, TAAD, C.VI, 2015, S.20, s.59-86.

**GÖZTEPE**, Ece; “Anayasa Yargısının Meşruluğu”, in: Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler, (haz.: Ece Göztepe, Aykut Çelebi), Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s.386-417.

**GÖZÜBÜYÜK**, Şeref/**GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.



**GREER**, Steven; “The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?”, UCL Human Rights Review, C.III, 2010, S.1, s.1-14. (“Universal Principle.”)

**GREER**, Steven; The European Convention on Human Rights Achievements, Problems and Prospects, Cambridge University Press, New York 2006. (Achievements.)

**GREER**, Steven; The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1997. (The Exceptions.)

**GREER**, Steven; The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000. (The Margin of Appreciation.)

**GROSS**, Oren/**NI AOLAIN**, Fionnuala; “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, Human Rights Quarterly, C.XXIII, 2001, s.625-649.

**GÜL**, Cengiz/**ÇAKAN**, Seher; “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, ERÜHFD, C.XIII, 2018, S.1, s.365-410.

**GÜLENER**, Serdar; Türkiye’de Anayasa Yargısının Meşruluğu, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

**GÜVEN**, Kudret; Kişilik Hakları ve Ötanazi, Nobel, Ankara, 2000.

**HAKYEMEZ**, Yusuf Şevki; “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, AÜSBFD, C.LVII, 2002, S.2, s.17-40.

**HARBO**, Tor-Inge; The Function of Proportionality Analysis in European Law, Brill Nijhoff, Leiden Boston 2015.

**HARRIS/O’BOYLE&WARBRICK**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (çev.: Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Avrupa Konseyi, Ankara 2013.

**HEINRICH**, Mario; “The Process that Led to the Creation of the Council of Europe and Its Assembly” Council of Europe, (ed.: Tanja Kleinsorge), Kluwer Law International, The Netherlands 2010, s.37-68.

**HELPER**, Laurence R.; “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, Cornell International Law Journal, C.XXVI, 1993, s.133-165.

**HELVACI**, Serap; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı”, MHB, C.XXXV, 2015, S.1, s.157-169.

**HENRARD**, Kristin; “Shifting Visions About Indoctrination and the Margin of Appreciation Left to States”, Journal of Religion & Human Rights, C.VI, 2011, s.245-251.

**HUTCHINSON**, Michael; “The Margin Of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights”, International and Comparative Law Quarterly, C.XLVIII, 1999, s.638-650.

**ITZCOVICH**, Giulio; “One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case”, Human Rights Law Review, C.XIII, S.2, 2013, s.287-308.

**İNCE**, Nurten; “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı”, Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, C.III, 2017, S.2, s.37-58.

**İNCEOĞLU**, Sibel; “Adil Yargılanma Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.209-286. (“İHAS ve Anayasa.”)

**İNCEOĞLU**, Sibel; “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.7-23. (“Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi.”)

**İNCEOĞLU**, Sibel; “Etkili Başvuru Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.439-457. (“Etkili Başvuru Hakkı.”)

**İNCEOĞLU**, Sibel; “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama ve Güvence Rejimi”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta

Yayıncılık, İstanbul 2013, s.23-53. (“Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi.”)

**İNCEOĞLU**, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Baskı, İstanbul 2013. (Adil Yargılanma Hakkı.)

**İNCEOĞLU**, Sibel; Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999. (Ölme Hakkı.)

**KABOĞLU**, İbrahim Ö.; Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 13. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018. (Anayasa Hukuku.)

**KABOĞLU**, İbrahim/**PALLUEL**, Christelle; “İnsan Hakları Avrupa Hukuku Bağlamında Türkiye’de Olağanüstü Hal”, Suç ve Ceza, 2018, S.1, s.1-24.

**KABOĞLU**, İbrahim; “Din Özgürlüğü Sınırı ve Güvencesi”, AÜSBFD, C.XLVI/I, 1991, s.265-278. (“Din Özgürlüğü.”)

**KABOĞLU**, İbrahim; “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.XVI, 1999, s.71-92. (“Siyasi Parti.”)

**KABOĞLU**, İbrahim; Anayasa Yargısı, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2007. (Anayasa Yargısı.)

**KABOĞLU**, İbrahim; Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Basımevi, Diyarbakır 1989. (Kolektif Özgürlükler.)

**KABOĞLU**, İbrahim; Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, 7. Baskı, Ankara 2013. (Özgürlükler Hukuku.)

**KALABALIK**, Halil; “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, GÜHFD, C.I, 1997, S.2, s.205-232.

**KANADOĞLU**, Korkut; “Laiklik ve Din Özgürlüğü”, TBB Dergisi, 2013, S.109, s.352-384.

**KAPANİ**, Münci; Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

**KARADAĞ**, Nergiz; “AİHM Kararlarında Kullanılan Bir Kavram Olarak Avrupa Konsensusu”, (Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan), Der Yayınları, İstanbul 2012, s.581-594. (“Konsensus.”)

**KARADAĞ**, Nergiz; Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008. (Cinsel Azınlıklar.)

**KARAMAN**, Ebru; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, İÜHFİM, C.LXXII, 2014, S.1, s.411-434.

**KARAN**, Ulaş; “Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı.”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.459-494. (“Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı.”)

**KARAN**, Ulaş; “Evlenme ve Aile Kurma Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.425-438. (“Evlenme Hakkı.”)

**KARAN**, Ulaş; “İfade Özgürlüğü Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.355-379. (“İfade Özgürlüğü.”)

**KARAN**, Ulaş; “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.179-208. (“Özgürlük ve Güvenlik.”)

**KARAN**, Ulaş; “Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz”, AÜHFİM, C.LXVII, 2018, S.2, s.416-462. (“Kölelik Yasağı.”)

**KARAN**, Ulaş; “Yaşam Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.115-137. (“Yaşam Hakkı.”)

**KARAN**, Ulaş; Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk, Siyah Bant, İstanbul 2013. (Sansür ve Hukuk.)

**KARAN**, Ulaş; Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017. (Eşitlik.)

**KARTAL**, Cansu Büşra; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXI, S.2, 2013, s.63-87.

**KAYA**, Cemil; İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

**KAYA**, Yunus Enes; “İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu”, İÜHFİM, C.LXXIV, 2016, S.2, s.549-571.

**KILIÇOĞLU CİHANGİR**, Çiğdem; “Modern Yunanistan’ın Karanlık Çağı: Albaylar Cuntası: 1967-1974”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y.4, 2016, S.37, s.518-539.

**KILINÇ**, Ümit; “Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri”, TBB Dergisi, 2014, S.110, s.281-304. (“Barışçıl Toplantı.”)

**KILINÇ**, Ümit; “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, TBB Dergisi, 2010, S.89, s.242-276. (“İsim ve Soyisim Hakkı.”)

**KILINÇ**, Ümit; “Teknik Araçlarla Yapılan Gizli İzlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Uygunluğu Sorunu”, TAAD, 2012, S.9, s.1-32. (“Teknik Araçlarla İzleme.”)

**KIRIŞIK**, Fatih/**AYDIN**, Nizamettin; “İdari İşlemlerin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı Sorunu”, SDÜİİBFD, C.VII, 2002, S.2, s.331-344.

**KORFF**, Douwe; Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (çev.: Özgür Heval Çinar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi, Belçika 2006.

**KORKMAZ**, Ömer; “Tarihsel Süreç İçerisinde Evrensellik Düşüncesi”, DEÜSBED, C.IV, 2002, S.3, s.154-197. (“Evrensellik.”)

**KORKMAZ**, Ömer; “Türkiye’de Kişiliğin Korunması Hakkı: Mevzuat ve Uygulama Hakkında Değerlendirmeler, Fasikül Hukuk Dergisi, S.84, 2016, s.6-15. (“Kişilik.”)

**KORKMAZ**, Ömer; Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014. (Düşünce.)

**KOVLER**, Anatoly/**ZAGREBELSKY**, Vladimiro/**GARLICKI**, Lech/**SPIELMANN**, Dean/**JAEGER**, Renate/**LIDDELL**, Roderick; “The Role of Consensus in the System of the European Convention on Human Rights”, Dialogue

Between Judges, Council of Europe, Strasbourg 2008, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2008\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_ENG.pdf), (e.t.:18.10.2018)

**KÖYBAŞI**, Serkan; “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Bayatyan Ermenistan’a Karşı Kararı ve Kararın Türkiye’deki Vicdanî Ret Hakkına Etkisi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C.VII, S.85-86, 2011.

**KRATOCHVÍL**, Jan; “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, Netherlands Quarterly of Human Rights, C.XXIX, 2011, S.3, s.324-357.

**KUÇURADİ**, İonna; “Felsefe ve İnsan Hakları”, in: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, (yay.haz.: İonna Kuçuradi), 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1996, s.49-55.

**KÜÇÜK**, Adnan; İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003.

**KÜZECİ**, Elif; “AİHS’in 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, TBB Dergisi, S.71, 2007, s.174-200. (“Nefret İçerikli Düşünce Açıklamaları.”)

**KÜZECİ**, Elif; Kişisel Verilerin Korunması, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019. (Kişisel Veriler.)

**LAUTENBACH**, Geranne; The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford University Press, Oxford 2013.

**LEGG**, Andrew; The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality, Oxford University Press, New York 2012.

**LESTER**, Anthony; “Universality versus Subsidiarity: A Reply”, European Human Rights Law Review, C.I, 1998, s.73-81.

**LETSAS**, George; “Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR”, EJIL, C.XV, 2004, S.2, s.279-305. (“Truth in Autonomous Concepts.”)

**LETSAS**, George; “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, Oxford Journal of Legal Studies, C.XXVI, 2006, S.4, s.705-732. (“Two Concepts.”)

**LORENZ**, Nina Louisa Arold/**GROUSSOT**, Xavier/**PETURSSON**, Gunnar Thor; *The European Human Rights Culture - A Paradox of Human Rights Protection in Europe?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2013.

**LUGATO**, Monica; “The Margin of Appreciation and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity”, *Journal of Catholic Legal Studies*, C.LII, 2013, s.49-70.

**MACDONALD**, Ronald-St. John; “Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights”, *Columbia Journal of Transnational Law*, C.XXXVI, 1998, s.225-249. (“Derogations.”)

**MACDONALD**, Ronald-St. John; “The Margin of Appreciation”, in: *The European System for the Protection of Human Rights*, (ed.: Ronald-St. John Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1993, s.83-124. (“Margin of Appreciation.”)

**MACOVEI**, Monica; *İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Avrupa Konseyi, 2003. (İfade Özgürlüğü.)

**MACOVEI**, Monica; *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Council of Europe, Almanya 2002. (Özgürlük ve Güvenlik.)

**MADSEN**, Mikael Rask; “Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?”, *Journal of International Dispute Settlement*, C.IX, 2018, S.2, s.199-122.

**MAHONEY**, Paul; “Judicial activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, *HRLJ*, C.11, 1990, s.57-88. (“Judicial activism.”)

**MAHONEY**, Paul; “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?”, *HRLJ*, C.XIX, 1998, S.I, s.1-6. (“Marvellous Richness.”)

**MARTENS**, Paul; “Perplexity of the National Judge Faced with the Vagaries of European Consensus”, *Dialogue Between Judges*, Council of Europe, Strasbourg 2008, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2008\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_ENG.pdf), (e.t.:19.10.2018)

**MATSCHER**, Franz; “Methods of Interpretation of the Convention”, in: The European System for the Protection of Human Rights, (ed.: Ronald-St. John Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1993, s.63-82.

**MERON**, Theodore; “On a Hierarchy of International Human Rights”, The American Journal of International Law, C.LXXX, 1986, S.1, s.1-23.

**MERRILLS**, J. G.; The Development of International Law by the European Court of Human Rights, 2. Baskı, Manchester University Press, Manchester-New York 1993.

**METİN**, Yüksel; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı”, Terazi Hukuk Dergisi, C.I, 2006, S.2, s.99-109. (“Evlenme Hakkı.”)

**METİN**, Yüksel; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, Uluslararası İlişkiler, C.VII, 2010, S.27, s.111-132. (“Yaşamın ve Sağlığın Korunması.”)

**METİN**, Yüksel; “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, SDÜHFD, C.VII, 2017, S.1, s.1-73.(“Ölçülülük ve Evrensellik.”)

**METİN**, Yüksel; Ölçülülük ilkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara 2002. (Ölçülülük.)

**MOROĞLU**, Nazan; “Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’”, TBB Dergisi, 2012, S.99, s.245-268.

**MORRISSON**, Clovis C.; The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1981.

**MOWBRAY**, Alastair; The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2004.

**MUMCU**, Ahmet/**KÜZECİ**, Elif; İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.



**MURDOCH**, Jim; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesinin Uygulanmasına Dair Kılavuz Kitap (çev.: Defne Orhun), Avrupa Konseyi, Belçika 2007.

**MURRAY**, John L.; "Consensus: Concordance, or Hegemony of the Majority?", Dialogue Between Judges, Council of Europe, Strasbourg 2008, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2008\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_ENG.pdf), (e.t.:20.10.2018)

**MÜLLEROVÁ**, Hana; "Environment Playing Short-handed: Margin of Appreciation in Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights", Review of European Community & International Environmental Law, C.XXIV, 2014, S.1, s.83-92.

**NAL**, Sabahattin; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", AÜSBFD, C.LVII, 2002, S.4, s.65-93.

**NI AOLAIN**, Fionnuala; "The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence", Fordham International Law Journal, C.IXX, 1995, S.1, s.101-142.

**NOWLIN**, Christopher; "The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", Human Rights Quarterly, C.XXIV, 2002, s.264-286.

**O'DONNELL**, Thomas A.; "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", Human Rights Quarterly, C.IV, 1982, S.4, s.474-507.

**ODER**, Bertil Emrah; "Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme", in: Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, (der.: Nur Centel), Oniki Levha Yayıncılık, 2011, s.1-27.

**OĞUZMAN**, Kemal/**BARLAS**, Nami; Medeni Hukuk, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

**OKANDAN**; Recai G.; Umumî Âmme Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968.

**ONAR**, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumî Esasları, C.I, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1966.

**OSTROVSKY**, Aaron A.; “What's So Funny about Peace, Love, and Understanding - How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, *Hanse Law Review*, C.I, 2005, S.1, s.47-64.

**OVEY**, Clare; “The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention”, *HRLJ*, C.IXX, 1998, S.1, s.10-12.

**ÖCAL APAYDIN**, Bahar; “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur?”, *İNÜHFD*, C.VI, 2015, S.2, s.425-458.

**ÖKTEM**, Akif Emre; *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yayınları, Ankara 2002.

**ÖZBEY**, Özcan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *TBB Dergisi*, 2013, S.106, s.41-92.

**ÖZBUDUN**, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr.Yavuz Sabuncu'ya Armağan), C.LXI, 2007, S.3, s.258-268. (“Yargısal Aktivizm.”)

**ÖZBUDUN**, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018. (Anayasa.)

**ÖZDEK**, Yasemin; *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi ve AİHM Kararlarında Türkiye*, 2. Baskı, Kırmızıalem, İstanbul 2004.

**ÖZENÇ**, Berke; “AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu”, *İÜHFM*, C.LXVI, 2008, S.2, s.191-226. (“Zorunlu Din Dersleri Sorunu.”)

**ÖZENÇ**, Berke; “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, *İÜHFM*, C.LXXIII, 2015, S.2, s.87-134. (“Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü.”)

**ÖZKAN DUVAN**, Ayşe; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasası”, *GSÜHFD*, 2017, S.2, s.17-80.

**ÖZKAN DUVAN**, Ayşe; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, MÜHF-HAD, C.XXIV, 2018, S.2, s.660-681. (“Yaşam Hakkı.”)

**ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.

**ÖZTÜRK**, Bahri/**ÖZTÜRK**, Tülün; “Hasta Hakları, Hekimin Yükümlülükleri, Tıbbi ve Hukuksal Sorunlar, Ötanazi”, Fasikül Hukuk Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan Armağanı), Y.11, 2019, S.111, s.333-371.

**ÖZTÜRK**, Bahri/**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SIRMA GEZER**, Özge/**SAYGILAR KIRIT**, Yasemin F./**ALAN AKCAN**, Esra/**ÖZAYDIN**, Özdem/**ERDEN TÜTÜNCÜ**, Efser/**ALTINOK VİLLEMİN**, Derya/**TOK**, Mehmet Can; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (ed.: Bahri Öztürk), 12. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.

**ÖZTÜRK**, Bahri; Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları: Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi, Ankara 1995.

**PAKUSCHER**, Ernst; “The Use of Discretion in German Law”, Chicago Law Review, C.XLIV, 1976, S.94, s.94-109.

**PEKEL**, Abdulkadir; Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM’in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme, Liberte Yayınları, Ankara 2016.

**PERRONE**, Roberto; “Public Morals and the European Convention on Human Rights”, Israel Law Review, C. XLVII, 2014, S.3, s.361-378.

**POPOVIC**, Dragoljub; “Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, Creighton Law Review, C.XLII, 2009, s.361-396.

**POROY**, Mehmet Akif; “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü”, TBB Dergisi, 2006, S.66, s.121-132.

**PREBENSEN**, Søren C.; “The Margin of Appreciation and Articles 9, 10, and 11 of the Convention”, HRLJ, C.IXX, 1998, S.1, s.13-17.

**RADACIC**, Ivana; “The Margin of Appreciation, Consensus, Morality and the Rights of the Vulnerable Groups”, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveucilista u Rijeci, C.XXXI, 2010, S.1, s.599-616.

**REGAN**, Daniel; “European Consensus: A Worthy Endeavour for the European Court of Human Rights”, Trinity College Law Review, C.XIV, 2011, s.51-76.

**REIDY**, Aisling; İşkencenin Yasaklanması: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi, Almanya 2002.

**ROAGNA**, Ivana; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması (çev.: Ayşe Gül Alkış Schäling), Avrupa Konseyi, Strasbourg 2012.

**ROZAKIS**, Christos L.; “The European Judge as Comparatist”, Tulane Law Review, C.LXXX, 2005, s.257-279.

**RYAN**, Christine; “The Margin of Appreciation in A, B and C v Ireland: A Disproportionate Response to the Violation of Women's Reproductive Freedom”, University College London Journal of Law And Jurisprudence, C.III, 2014, s.237-261.

**SALİHPAŞAOĞLU**, Yaşar; “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, GÜHFD, C.XVII, 2013, S.3, s.227-266.

**SANCAKDAR**, Oğuz/**US**, Eser/**KASAPOĞLU TURHAN**, Mine/**ÖNÜT**, Lale Burcu/**SEYHAN**, Serkan; İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2017.

**SAYGILI**, Abdurrahman; Kutsal Canavar Devlet Bir Çalışma Taslağı, 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2015.

**SCHOKKENBROEK**, Jeroen; “The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights”, HRLJ, C.XIX, 1998, S.1, s.30-36. (“Margin of Appreciation.”)

**SCHOKKENBROEK**, Jeroen; “The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation”, HRLJ, C.IXX, 1998, S.1, s.20-23. (“The Prohibition of Discrimination.”)

**SEVÜK**, Handan Yokuş; “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi, 2007, S.69, s.97-124.

**SEYHAN**, Serkan; “European Court of Human Rights (ECHR) Former Second Section Case of Y.Y. v. Turkey (Application no. 14793/08), 10.06.2016”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.IX, 2017, S.88, p.14-18.

**SHANY**, Yuval; “All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee”, Journal of International Dispute Settlement, C.IX, 2018, S.2, s.180-198. (“All Roads.”)

**SHANY**, Yuval; “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, C.XVI, 2006, S.5, s.907-940. (“General Margin of Appreciation Doctrine.”)

**SHELTON**, Dinah; “Hierarchy of Norms and Human Rights: Of Trumps and Winners”, Saskatchewan Law Review, C.LXV, 2002, s.301-331.

**SÖZÜER**, Adem; “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İÜHFM, C.LV, 1997, S.3, s.65-110.

**SPIELMANN**, Dean; “Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review”, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, C.XIV, 2012, s.381-418. (“Allowing the Right Margin.”)

**SPIELMANN**, Dean; “Whither the Margin of Appreciation”, Current Legal Problems, C.LXVII, 2014, S.1, s.49-65. (“Whither the Margin of Appreciation.”)

**SUNAY**, Reyhan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Korunması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, 2000, S.1-2, s.527-544. (“İfade Hürriyeti.”)

**SUNAY**, Reyhan; “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, SÜHFD, C.XXIII, S.1, 2015, s.9-52. (“Yatay Etki.”)

**SUNAY**, Reyhan; Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2001. (İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları.)

**SWEENEY**, James; “Margins of appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold Era”, *International and Comparative Law Quarterly*, C.LIV, 2005, S.2, s.459-474.

**ŞAHBAZ**, İbrahim; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kişi Özgürlük ve Güvenliği”, *TBB Dergisi*, 2005, S.58, s.163-188.

**ŞENOL**, Cem; “AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi”, *YÜHFD*, C.I, S.1, 2012, s.259-287.

**ŞİRİN**, Tolga/**DUYMAZ**, Erkan/Yıldız, **DENİZ**; *Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*, TBB Yayınları, Ankara 2016.

**ŞİRİN**, Tolga/**YILDIZ**, Deniz; “Bir Ucuz Popülizm Aracı Olarak Ölüm Cezası”, <https://m.bianet.org/biamag/insan-haklari/162481-bir-ucuz-populizm-araci-olarak-olum-cezasi>, (e.t.: 11.11.2018).

**ŞİRİN**, Tolga; “Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, in: *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*, (ed.: Selda Çağlar), Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s.113-186. (Nefret Söylemi.)

**ŞİRİN**, Tolga; “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.II, S.4, 2013, s.359-400. (“Takdir Marjı.”)

**ŞİRİN**, Tolga; *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme)*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013. (Anayasa Şikâyeti.)

**TACİR**, Hamide; “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, *MÜHF-HAD* (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), C.IXX, 2013, S.2, s.1301-1319.

**TAHVANAINEN**, Annika; “Hierarchy of Norms in International and Human Rights Law”, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, C.XXIV, S.3, 2006, s.191-205.

**TANÖR**, Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

**TANRIKULU**, Sezgin; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı*, Seçkin, Ankara 2012.

**TANYAR**, Ziya Çağa; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, AÜHFD, C.LX, 2011, S.3, s.593-694.

**TESÓN**, Fernando; “International Human Rights and Cultural Relativism”, Virginia Journal of International Law, C.XXV, 1984, S.4, s.869-898.

**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR**, Oğuz/**ÖNOK**, Rifat Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.

**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR**, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2004.

**TEZCAN**, Durmuş; “Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasi Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ortaya Koyduğu Eğilim”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.XVI, 1999, s.130-141. (“Siyasi Parti.”)

**TEZCAN**, Durmuş; Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne İlişkin İçtihat, Avrupa Konseyi, Etki Yayıncılık, 2002. (Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü.)

**TOKUZLU**, Lami Bertan; “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (ed.: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.333-354.

**TSARAPATSANIS**, Dimitrios; “The Margin of Appreciation Doctrine: A Low-level Institutional View”, Legal Studies, C.XXXV, 2015, S.4, s.675-697.

**TURAN**, Hüseyin; “Adil Yargılanma Hakkının Bir unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı”, Ceza Hukuku Dergisi, C.IV, 2009, S.9, s.247-257. (“Aleni.”)

**TURAN**, Hüseyin; “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi”, TBB Dergisi, 2009, S.84, s.213-230. (“İHAS ve Adil Yargılanma.”)

**TURHAN**, Mehmet; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, AÜSBFD, C.LVII, 2002, S.3, s.129-150.

**TÜMAY**, Murat; “The Concept of Necessary in a Democratic Society in Restriction of Fundamental Rights a Reflection From European Convention on Human Rights”, Human Rights Review, C.I, 2011, S.2, s.1-15. (“Necessary in a Democratic Society.”)

**TÜMAY**, Murat; “The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights”, Ankara Law Review, C.V, 2008, S.2, s.201-234. (“Margin of Appreciation.”)

**USLU**, Ferhat; Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

**UYGUN**, Oktay; “İnsan Hakları Kuramı” in: İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s.13-44. (“İnsan Hakları Kuramı.”)

**UYGUN**, Oktay; “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.XVII, 2000, s.256-272. (“Siyasi Parti.”)

**UYGUN**, Oktay; 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992. (Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi.)

**UYGUN**, Oktay; Devlet Teorisi, 5. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

**VAN DIJK**, Pieter/**VAN HOOF**, Godefridus J. H., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. Baskı, Kluwer Law International, Hague 1998.

**VAN RIJN**, Arjen; “Freedom of Expression”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.765-811.

**VERMEULEN**, Ben/**BATTJES**, Hemme; “Prohibition of Torture ann Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.383-422.

**VIDMAR**, Jure; “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?”, in: Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights, (ed.: E. de Wet ve J. Vidmar), Oxford University Press, Croydon 2012, s.13-41.



**VITKAUSKAS**, Dovydas/ **DIKOV**, Grigoriy; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması (çev.: Serkan Cengiz), Avrupa Konseyi, Strasbourg 2012.

**VOGIATZIS**, Nikos; “The Admissibility Criterion under Article 35(3)(b) Echr: A ‘Significant Disadvantage’ To Human Rights Protection?”, *International and Comparative Law Quarterly*, C.LXV, 2016, S.1, s.185-211.

**VON LUTTICHAU**, Anne Marie; “What Is the Meaning and Effect of the Principle of Margin of Appreciation within the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights? Is This Principle Compatible with the Concept of Effective Protection of Rights?”, *Bracton Law Journal*, C.XXVI, 1994, s.99-107.

**WALDOCK**, Humphrey; “The Effectiveness of the System setup by the European Convention on Human Rights”, *HRLJ*, C.I, 1980, S.1, s.1-13.

**WILDHABER**, Luzius/**HJARTARSON**, Arnaldur/**DONNELLY**, Stephen; “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights”, *HRLJ*, C.XXXIII, 2013, S.7-12, s.248-263.

**WILDHABER**, Luzius; “The European Convention on Human Rights and International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, C.LVI, 2007, S.2, s.217-231.

**WINISDOERFFER**, Yves; “Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1”, *HRLJ*, C.XIX, 1998, S.1, s.18-20.

**YAYLA**, Yıldızhan, “İdarenin Takdir Yetkisi”, *İÜHFİM*, C.XXX, 1964, S.1-2, s.201-211.

**YENİDÜNYA**, Caner A./**İÇER**, Zafer; Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, *Digesta Yayınevi*, İstanbul 2014.

**YILDIZ**, Ceren; “Ölünün Mezardan Çıkarılmasına Yönelik Tedbir Kararları Bakımından Taraf Devletlere Tanınan Takdir Marjı Daralıyor Mu? Solska ve Rybicka/Polonya Kararı”, *Fasikül Hukuk Dergisi* (Prof. Dr. Durmuş Tezcan Armağanı), Y.11, 2019, S.111, s.455-468.

**YILMAZ**, Dilşat; “Alman İdare Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *İÜHFİM*, C.LXIX, 2011, S.1-2, s.1019-1032.

**YOUROW**, Howard Charles; “The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence”, Connecticut Journal of International Law, C.III, 1987, S.111, s.111-159. (“Jurisprudence.”)

**YOUROW**, Howard Charles; The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1996. (The Margin of Appreciation Doctrine.)

**YÜKSEL**, Saadet; Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü, Alfa Yayınları, İstanbul 2015.

**ZABUNOĞLU**, Hamdi Gökçe; “Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği” (Zabunoğlu Armağanı), Ankara Üniversitesi Yayınları, s.789-812. (“Görecelik ve Evrensellik.”)

**ZABUNOĞLU**, Hamdi Gökçe; “AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, AÜHFD, C.LXVI, 2017, S.3, s.627-658. (“Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi.”)

**ZENGİN**, Mehmet Ali; Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

**ZWAAK**, Leo; “Prohibition of Slavery And Forced Labour”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (ed.:Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s.426-438.