

Geliş Tarihi | Received: 15.03.2021

Kabul Tarihi | Accepted: 17.04.2021

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2021

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÜÇ AŞAMALI TESTİ

### THE THREE PART TEST OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

**Mehmet Alp Didinmez\***

#### ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "özel ve aile yaşamına saygı hakkını" düzenleyen 8, "düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü" düzenleyen 9, "ifade özgürlüğünü" düzenleyen 10 ve "toplama ve örgütlenme özgürlüğünü" düzenleyen 11. maddesi yine Sözleşme metniyle bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, maddelerin kendi içerisinde yer verilen bu sınırlamaları somut olaylara uygulamak için bir test geliştirmiştir. Doktrinde "üç aşamalı test" olarak adlandırılan bu inceleme usulü, Sözleşme'nin 8-11. maddelerindeki haklara devletler tarafından yapılan müdahaleleri incelerken Mahkemenin sonuca gitmede kullandığı temel aracı haline gelmiştir. Çalışma kapsamında, Mahkemenin "hukukilik", "meşru amaç" ve "demokratik toplumda gereklilik" olarak kısaltılabilecek üç aşamalı testinin temel yapıtaşları ele alınmıştır. Mahkemenin üç aşamalı testiyle ilgili içtihatlarından derlenen bu makale, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddeleriyle ilgili yapılan şikâyetlerde Mahkemenin kullandığı yargılama yöntem ve usulüne ilişkin genel bir çerçeve sunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler** Üç aşamalı test ~ AİHM üçlü test ~ demokratik toplumda gereklilik testi ~ AİHS 8-11. madde testi

#### ABSTRACT

The European Convention on Human Rights has guaranteed "Right to respect for private and family life" under the article 8, "Freedom of thought, conscience and religion" under the article 9, "Freedom of expression" under the article 10 and "Freedom of assembly and association" under the article 11. However, these rights are also subject to some limitations by (text of) the Convention. The European Court of Human Rights has developed a test to apply these limitations provided by the relevant articles on concrete cases. This examination procedure, which is called "the three-part test/triple test" in the doctrine, has become a fundamental means used by the Court in reaching its conclusions when examining the interventions made by the State Parties to the rights guaranteed in Articles 8-11 of the Convention. Within the scope of this article, the basic building blocks of the triple test of the Court, which would be summarized as "legality", "legitimate aim" and "necessity in a democratic society" has discussed. This article, which grounds on the Court's jurisprudence on the triple test, provides a general framework for the Court's judgment method and procedure used in complaints about articles 8 to 11 of the Convention.

**Keywords** The three part test ~ ECtHR triple test ~ the test of necessity in democratic society ~ the test of Article 8 to 11 of ECHR

\* İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi.

0000 0001 9197 7025 alpdidimize@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ortak Avrupa kamu düzenini amaçlayan bir uluslararası antlaşma niteliğinde olmasının yanı sıra, *sui generis* (kendine özgü) bir sözleşmedir. 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>1</sup>

Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin bir kısmı mutlak nitelikte korunurken; diğer kısmı ise sınırlamalara tâbi tutulmaktadır. Örneğin işkence yasağı mutlak nitelikte korunmaktadır; ifade özgürlüğü gibi haklar ilgili hükümlerde yer alan sınırlama ölçütleri gerekçe gösterilerek sınırlandırılabilir.

AİHS’in 8. maddesi “özel ve aile yaşamına saygı hakkını,” 9. maddesi “düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü,” 10. maddesi “ifade özgürlüğünü,” 11. maddesi “toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü” düzenlemektedir. Bu dört hak, “kişisel özgürlükler” ya da “nitelikli haklar”<sup>2</sup> olarak adlandırılmakta ve hem literatürde hem de Sözleşme organlarının kararlarında Sözleşme kapsamında korunan haklar arasında ayrı bir grup olarak ele alınmaktadır. Sayılan bu haklar, Sözleşme’nin “Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” başlıklı 15. maddesine göre Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alınabilecek maddeler arasındadır. Bunun yanı sıra, bahse konu hakların ayrı bir grup olarak ele alınması, bu hakların düzenlendiği maddelerin yapısındaki benzerlikle de ilgilidir. 8, 9, 10 ve 11. maddeler için öngörülen sınırlama sistemi aynıdır. Maddelerin birinci fıkrasında koruma altına alınan haklar, ikinci fıkralarda ise hakkın hangi koşullarda sınırlandırılacağı gösterilmiştir.

Her yargı makamının inceleme usul ve yöntemlerinin belirli bir öngörülebilirlik içermesi adaletin tesis edilmesi için elzemdir. Aynı hakkı içeren veya aynı hukuki metinle koruma altına alınan özgürlüklere her seferinde farklı yargılama usul ve/veya yöntemi uygulamak başlı başına hak ihlali oluşturabilecektir. Hukukun istikrarlı ve tutarlı uygulanabilmesi için basitleştirilmiş ve standartlaştırılmış açık usuller düzenlenmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de bu saikle kendi usul ve yöntemlerini geliştirmiştir. Bu inceleme usulü kapsamında Mahkeme söz konusu maddelerle ilgili başvuruları tetkik ederken ilk olarak ilgili hakka yapılan bir müdahalenin olup olmadığını tespit etmektedir.<sup>3</sup> Bu müdahale; bir “işlem”, “eylem” veya “ihmal” şeklinde olabilmektedir. Eğer müdahale yoksa AİHM başvuru hakkında ileri bir incelemeye gerek görmeyecektir. Fakat AİHM bu haklara bir müdahale olduğunu tespit ederse<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü ve Abdurrahman Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 12. Baskı, 2019, s. 24.

<sup>2</sup> Betül Durmuş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü”, *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi proje Akademisi*, s. 1. (erişim: 12.03.2021).

<sup>3</sup> Örneğin, Bireylerin kurduğu bir derneğe yerel makamlarca tüzel kişilik statüsü verilmemesi, söz konusu bireylerin örgütlenme özgürlüğünden faydalanmalarına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir [Sidiropoulos ve Diğerleri v. Yunanistan, (Başvuru No: 26695/95), 10.07.1998, prg. 31; Koretsky ve Diğerleri v. Ukrayna, (Başvuru No: 40269/02), 03.07.2008, prg. 39; Özbek ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 35570/02), 06.10.2009, prg. 35].

<sup>4</sup> Örnek için bkz. Dilipak v. Türkiye, (Başvuru No. 29680/05), 15.09. 2015, prg.51.

başvuruyu “*üç aşamalı test*” olarak adlandırılan testine tabi tutacaktır. Mahkeme tarafından geliştirilen bu testin aşamaları;

- 1) Hukukilik
- 2) Meşru amaç
- 3) Demokratik Toplumda Gereklilik

bölmelerinden oluşmaktadır.

AİHM, “hukukilik” aşamasında müdahalenin hukuken öngörölmüş olup olmadığını, “meşru amaç” aşamasında müdahalenin ilgili maddelerin ikinci fıkralarında sayılan amaçlardan birini içerip içermediğini ve son aşamada ise “müdahalenin demokratik toplumda gerekli” olup olmadığını kontrol etmektedir.

Üç aşamalı test mahkeme tarafından sırayla uygulanmaktadır. Örneğin; haklara yapılan müdahale hukuki dayanaktan yoksunsa ihlal gerçekleşmiş sayılacak; ikinci ve üçüncü aşamalarda soruların cevabı aranmayacaktır. Müdahale hukukeyse ancak meşru amaçlardan birine yönelik değilse ihlal gerçekleşmiş kabul edilecek ve üçüncü sorunun cevabı Mahkeme tarafından aranmayacaktır. Başvuru, ilk iki aşamayı geçerse testin son aşamasına geçilecek ve müdahalenin demokratik toplumda gereklilik ilkesine uygun olup olmadığı irdelenecektir. Müdahale demokratik toplumda gereklilik ilkesine uygunsa ihlal gerçekleşmemiş olacak, aksi halde ihlal kararı verilecektir. Sonuç olarak, eğer aşamalardan birinde aranan koşullar gerçekleşmemişse diğer aşamaya geçmeye gerek kalmadan Mahkeme ilgili hakkın ihlal edildiği sonucuna varabilecektir.

Yukarıda genel hatları verilen “*üç aşamalı test*” bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Çalışma kapsamında AİHM'in bu testini neye dayanarak yaptığı ve testin her bir basamağında hangi kriterlere önem verdiği Mahkeme kararlarından derlenerek ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Çalışma çerçevesinde, üç aşamalı test bağlamında Mahkeme tarafından kullanılan bazı temel kavramlara da değinilecektir. Çalışmanın amacı; çoğunlukla bilinen ama sıklıkla gözden kaçan bu üç başlıkta, AİHM'in inceleme yöntemini daha görünür ve anlaşılabilir kılmaya gayretidir. Çalışmada, Mahkeme kararlarının konularından ziyade Mahkemenin üç aşamalı testi ile ilgili temel söylemleri ve içtihat niteliğindeki cümlelerine yer verilecektir. Çalışmanın sınırlılığı Mahkemenin yalnızca Sözleşme'nin 8 ile 11. maddeleri kapsamında uyguladığı üç aşamalı testi konu almasıdır.

## I. HUKUKİLİK

Hukukilik ilkesi olarak adlandırdığımız ilke “yasayla öngörülen”, “yasayla öngörölmüş olma”, “yasaya uygun olarak”, “kanunilik” gibi isimlerle de anılmaktadır. Bu ilkeye göre, müdahalenin yasal bir dayanağının bulunması gerekmektedir. Buradaki müdahale, devlet tarafından yapılan bir “işlem”, koyulan bir “şart” veya “kısıtlama” ya da “ceza” şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

Sözleşme'nin 8 ile 11. maddelerinin ikinci fıkralarında, bu maddelerde korunan hakların sınırlandırılmasının hukukilik koşuluna uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği

açıkça düzenlenmektedir. Bu koşul, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8. maddede, “yasayla öngörülmüş olma” şeklinde yer alırken; 9, 10 ve 11. maddelerde ise, “yasayla öngörülen” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak mahkemeye göre bu terimler aynı şekilde yorumlanmalıdır. Mahkemenin testin bu aşamasında tartıştığı temel soru<sup>5</sup> müdahalenin hukuka uygun olup olmadığıdır.

AİHM, Sözleşme'nin 8 ilâ 11. maddelerinde kullanılan “yasayla öngörülmüş olma” ve “yasalar uyarınca” ifadeleriyle ilgili olarak, “yasa” terimini şeklen değil özü itibarıyla algıladığını her zaman vurgulamıştır.<sup>6</sup> Mahkeme, yasa teriminin içine; yasalardan daha alt düzeydeki kararname<sup>7</sup> ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri<sup>8</sup> kapsayan yazılı hukuku ve hatta yazılı olmayan hukuku da dâhil etmiştir. AİHM'e göre; hukuk sözünden hem yazılı hukuk hem de hâkimin yarattığı hukuka bağlı kararlar anlaşılmalıdır.<sup>9</sup> Mahkeme, örf ve adet hukuku veya içtihat hukuku (*common law*) kurallarının ya da uluslararası hukuk ilkelerinin de hakka müdahale için yasal bir temel oluşturabileceğini kabul etmektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse, mahkemeye göre “yasa” yetkili mahkemeler tarafından yorumlanan ahkâmıdır.<sup>10</sup> Dolayısıyla, 8 ilâ 11. maddelerin ikinci fıkralarında yer alan hukuken öngörülmüş olma deyişinden anlaşılması gereken, biçimsel anlamda değil maddi anlamda hukuktur.<sup>11</sup> Ancak Mahkeme için üç aşamalı testin ilk aşaması olan hukukilik şartının geçilmesi için bunlar yeterli olmamaktadır. AİHM, Sözleşmedeki yasayla öngörülme koşuluna göre, ihtilaf konusu tedbir kararının iç hukukta yasal bir dayanağının bulunması ve aynı zamanda bu dayanağının yasa kavramının niteliklerini taşıması gerektiğini belirtmektedir. Bu nitelikler ilgili yasanın;

herkes için erişilebilir,

bazı sonuçlarının öngörülebilir

olmasıdır.

Mahkeme, bir yasanın kamuya açık, erişilebilir ve öngörülebilir olması gerektiğini *Sunday Times - Birleşik Krallık* davasında şöyle izah etmiştir:

Birincisi, yasanın yeterince erişilebilir olması gerekir: vatandaş, yasal düzenlemelerin belirli bir davaya uygulanmasının uygun olduğu konusunda yeterli bir göstergeye sahip olmalıdır. İkincisi, bir hukuki düzenleme vatandaşın davranışını düzenlemesine olanak sağlayacak biçimde yeterli açıklıkta formüle edilmedikçe “kanun” olarak değerlendirilemez: kişi -gerektiğinde uygun yönlendirmeye- bu şartlarda makul olan ölçüde, belirli bir eylemin yol açacağı sonuçları öngörebilmelidir.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Mahkeme kararları içerisinde bu soruyu “*Whether the interference was lawful*”, “*Prescribed by law*”, “*Whether the interference was prescribed by law*” gibi başlıklar altında görmek mümkündür.

<sup>6</sup> De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, (Başvuru No: 2832/66, 2835/66, 2899/66), 18.06.1971, prg.93.

<sup>7</sup> De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, prg. 45 ve 93.

<sup>8</sup> Barthold v. Almanya, (Başvuru No: 8734/79), 31.01.1986, prg. 21-46.

<sup>9</sup> Diğerlerinin yanı sıra bkz. The Sunday Times v. İngiltere (No. 1), (Başvuru No: 6538/74), 06.11.1980, prg. 30-47 ve Casado Coca v. İspanya, (Başvuru No: 15450/89), 24.02.1994, prg. 18-43.

<sup>10</sup> Leyla Şahin v. Türkiye, (Başvuru No: 44774/98), 10.11.2005, prg.77.

<sup>11</sup> De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, prg. 93, (aktaran Egemen Esen, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019, s. 88.)

<sup>12</sup> The Sunday Times v. Birleşik Krallık, prg. 49.

İlgili karardan da anlaşılacağı üzere, AİHM için “erişebilirlik” kavramı, başvuru sahiplerinin, belirli bir vakada uygulanabilecek hukuki düzenlemeler hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi manasına gelmektedir. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre; bir kanun uygulanacağı her kişinin bu kanun gereğince davranışlarını uyarlamasına imkân verecek açıklıkta yazılırsa, Mahkemenin deyişiyle “yeterli açıklıkta formüle edilirse” *öngörülebilir* kabul edilecektir.<sup>13</sup> Bir kanunun “öngörülebilir” olabilmesi için, kişinin gerekirse uygun tavsiyeler olarak davranışlarını düzenlemesine imkân verecek şekilde yeterince net ifadeler içermesi gerekmektedir.<sup>14</sup>

AİHM'e göre, bir yasanın, “erişilebilir” ve “öngörülebilir” nitelikte kabul edilebilmesi için aynı zamanda, söz konusu normun bireylere karşı “keyfi müdahaleleri koruyucu” özelliklerinin de olması gerekir.<sup>15</sup> Daha açık bir şekilde ifade edilirse, hukukilik ilkesi, hukukun keyfi kullanımına karşı güvenceleri de içermektedir.<sup>16</sup> Örneğin, *Kruslin - Fransa* kararında; Fransız Ceza Yargılaması Kanunu'nda yer alan “her türlü delili elde etme” yetkisi çerçevesinde soruşturma hâkimi suç zanlısı bir şahsın telefonunun dinlenmesine karar vermiş; ancak, dinlenen telefona o sırada misafir olarak evde kalan Kruslin'in konuşmaları da takılmış ve Kruslin'in yaptığı konuşmalardan, telefonun dinlenmesine dayanak olan suçtan bambaşka bir suçla ilişkin delillere ulaşılmıştır.<sup>17</sup> Bu kayıtlara dayanarak Kruslin mahkûm edilmiştir. AİHM, Fransız mevzuatının, keyfi uygulamaların önlenmesi çerçevesinde, dinlemeye kimin karar vereceğinin, ne süre ile dinleme yapılabileceğinin, dinleme kayıtlarının nasıl değerlendirileceğinin ve sonuçta dinleme kayıtlarının nasıl imha edileceğinin yasada açıkça belirlenmediği gerekçesiyle, “özel hayatın gizliliği” hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>18</sup> Hatta AİHM, hukuki düzenlemedeki keyfiyet yüzünden, bu davada “demokratik toplumda gereklilik” açısından bir müdahale olup olmadığını dahi tartışmaya gerek görmemiştir.<sup>19</sup>

Testin ilk aşamasında, yasayla öngörülme şartı açısından usulî güvencelerin varlığı da AİHM için önem taşıyan konulardan biridir.<sup>20</sup> Örneğin *Al-Nashif - Bulgaristan* davasında, başvuranın eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşadığı Bulgaristan'dan hiçbir gerekçe gösterilmeden ve kararın gözden geçirilmesi olanağı verilmeden sınır dışı edilmesi, “yasayla öngörülme” şartını yerine getirmediği için ileri bir değerlendirme yapılmadan Mahkeme tarafından ihlal kararı verilmesine neden olmuştur.<sup>21</sup> Başka bir vakada; Mahkeme, başvuru

<sup>13</sup> bkz, diğer birçok karar arasında, AİHM, RTBF v. Belçika, (Başvuru No. 50084/06), 29.03.2011, prg. 103; AİHM, Akçam ve Türkiye, (Başvuru No: 32964/96), 30.10.2001, prg. 87.

<sup>14</sup> N.F. v. İtalya, (Başvuru No: 37119/97), 02.08.2001, prg. 26- 29.

<sup>15</sup> Esen, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini”, s. 89.

<sup>16</sup> Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Kapsamında Kapasitesinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, *Hâkimler ve Savcılar İçin Meslek İçi Eğitim Seti, İfade Özgürlüğü El Kitabı 2, Hakaret Suçlarına Bakan Ceza Hâkimleri ve Savcılarına Yönelik Eğitici Modül Yönlendirmeleri El Kitabı*, s. 34.

<sup>17</sup> *Kruslin v. Fransa*, (Başvuru No: 11801/85), 24.04.1990, prg.27-37.

<sup>18</sup> *Kruslin v. Fransa*, prg. 27-37.

<sup>19</sup> *Kruslin v. Fransa*, prg. 27-37.

<sup>20</sup> Abdulkadir Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM'in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, Liberte Yayınevi, 2016, s. 27.

<sup>21</sup> *Al-Nashif v. Bulgaristan*, (Başvuru No: 50963/99), 20.06.2002, prg. 125, 126, (aktaran: Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM'in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, s. 28)

sahibinin gözetilmesi için yasal gerekçe görevi gören ulusal düzenlemelerin açık ve kesin olmadığı için ihlal kararı vermiştir.<sup>22</sup>

Diğer yandan AİHM; genel terimlerle yazılmış bir kanunun, yerel mahkemeler tarafından yapılan yorumlarının kamuyla paylaşılması ve ulaşılabilir olması durumunda, öngörülebilir olmadığının ya da belirsiz olduğunun söylenemeyeceğini de kabul etmektedir.<sup>23</sup> AİHM'in tecrübelerine göre, birçok yasa az ya da çok ve kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilmektedir.<sup>24</sup> Bu yüzden, her yasanın sonuçları mutlak bir belirginlikle öngörülebilir olmayı gerektirmemektedir.<sup>25</sup> Örneğin, müstehcenlikle ilgili normların tam bir kesinlik içeremeyeceği Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.<sup>26</sup> Bütün bunlara rağmen, AİHM'in, Sözleşmede yer alan haklara yapılan müdahalelerin "erişilebilir", "öngörülebilir" ve "keyfiliğe karşı yeterli güvence içeren bir hukuki dayanağının" olduğuna karar verdiği durumlarda, bu yasal dayanağın yerel makamlarca düzgün bir biçimde yorumlanıp yorumlanmadığını incelemekte "isteksiz" olduğu söylenmektedir.<sup>27</sup>

Toparlamak gerekirse; üç aşamalı testin ilk aşamasında Mahkemenin 4 konuya odaklandığı söylenebilecektir. Buna göre Mahkeme *ilk olarak*; müdahalenin hukuki dayanağının var olup olmadığına bakmaktadır. *İkinci olarak*; müdahaleye esas hukuk normlarının herkes tarafından "erişilebilir" olup olmadığı kontrol edilmektedir. *Üçüncü olarak*; ilgili normların, yeterince açık bir şekilde düzenlenerek öngörülebilirlik kistasına uyup uymadığı yorumlanmaktadır. *Son olarak*; AİHM ilgili normların, hukukun keyfi kullanımına karşı güvenceler içerip içermediğini denetlemektedir. Bu sayılan kistaslara bir aykırılık Mahkeme tarafından tespit edilirse, Mahkeme, müdahalenin "meşru bir amaç" güdüp gütmeyeceğini ya da "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına yönelik başka değerlendirme yapmadan ihlal sonucuna ulaşacaktır.<sup>28</sup> Örneğin, yürürlükten kalkan 1983 tarihli ve 2908 sayılı Dernekler Kanununda yer alan "*Dernekler, yönetim kurullarınca karar verilmeden bildiri, beyanname veya benzeri yayınlar yapamaz ve dağıtamazlar.*"<sup>29</sup> ifadesiyle ilgili bir başvuruda<sup>30</sup> AİHM, ilgili kanun hükmünde yer alan "benzeri yayınlar" gibi belirsiz ve açık olmayan ibarelerin "yasayla öngörülmüş" şartının niteliklerine haiz olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiş<sup>31</sup> ve testin diğer aşamalarını yapmaya gerek görmemiştir.

<sup>22</sup> İsviçre v. Vukota-Bojić, (Başvuru No: 61838/10), 18.10.2016.

<sup>23</sup> Kokkinakis v. Yunanistan, (Başvuru No: 14307/88), 25.05.1993, prg. 19.

<sup>24</sup> The Sunday Times v. Birleşik Krallık, prg. 49.

<sup>25</sup> The Sunday Times v. Birleşik Krallık, prg. 49.

<sup>26</sup> AİHM, Müller ve diğerleri v. İsviçre, (Başvuru No: 10737/84), 24.05.1988, prg. 29.

<sup>27</sup> David Harris ve diğerleri, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2009, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, s. 371, (Aktaran Esra Demir Gürsel, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul: 2014, s. 123.)

<sup>28</sup> Cangı v. Türkiye Davası, (Başvuru No: 24973/15), 29.01.2019, prg. 44.

<sup>29</sup> 1983 tarih ve 2908 sayılı mülga Dernekler Kanunu, m. 44.

<sup>30</sup> Karademirci ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 37096/97, 37101/97), 25.01.2005, prg. 33-34, (Aktaran: Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 161.)

<sup>31</sup> Karademirci ve Diğerleri v. Türkiye, (Aktaran: Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 161.)

Son olarak; AİHM'in üç aşamalı testte yaptığı bu sıralamanın, Mahkemenin Sözleşmeye taraf olan devletlerin hukuk sistemlerinin nitelikli uygulamasına öncelik verdiği şeklinde yorumlandığını da belirtmekte yarar vardır.<sup>32</sup>

## II. MEŞRU AMAÇ

Sözleşme'nin 8-11. maddesinde düzenlenen haklarla ilgili hukukilik incelemesini geçen başvurular “meşru amaç” güdüp gütmeyeceği bakımından Mahkeme tarafından değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Meşru amaç testi; hakka yapılan müdahalenin ilgili maddede yer verilen sınırlama ölçütlerine/istisnalara dayanılarak yapıp yapılmadığının testidir.

Meşru amaçların ne olduğu konusunu “düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü” düzenleyen 9. Madde üzerinden örneklendirebiliriz. İlgili maddeye göre;

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.
2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda **kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması** için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.

Madde metninden de görülebileceği üzere, Sözleşme'nin 9. maddesi özelinde kabul edilebilecek meşru amaçlar; “*kamu güvenliği*”, “*kamu düzeni*”, “*genel sağlık*”, “*genel ahlak*”, “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

AİHS'te yer verilen sınırlama ölçütleri, diğer bir deyişle meşru amaçlar, açık ve sınırlı sayım yöntemiyle belirlenmiştir. Mahkeme, hakkın sınırlandırılmasını öngören ve sınırlayıcı sayımla ifade edilen ikinci fıkraların dar yorumlanması gerektiğini her zaman ifade etmektedir.<sup>33</sup>

“Kamu güvenliği” ile “sağlık ve ahlakın korunması” Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinin hepsinde ortak olarak sayılan meşru amaçlardandır. “Ulusal güvenlik” istisnası ise, 9. madde dışındaki diğer üç maddede ortaktır. “Ülkenin ekonomik refahı” yalnızca 8. madde bakımından; “toprak bütünlüğü,” “gizli bilgilerin ifşa edilmesinin engellenmesi” ve “yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması” ise yalnızca 10. madde bakımından öngörülmüştür. Bu sınırlamaların ilgili maddelerin özelliklerine göre çeşitlendirilmesi bilinçli bir tercihtir. Sözleşme'nin 8, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarından farklı olarak “ulusal güvenlik” istisnası; düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddenin 2. fıkrasında sıralanan meşru amaçlar arasında yer almamaktadır. Bu durum bir ihmal veya kaza değildir. Sözleşme metnini kaleme alanların meşru müdahale gerekçeleri içerisinde bu gerekçeyi dâhil etmemelerinin nedeni; devletin bir kişiye baskıyla inancını değiştirmesini amaçlayan tedbirler almasını engellemek veya inanması gerektiğini dikte etmesine mani olmak ve dini çoğulculuğun temel önemini

<sup>32</sup> Yeşil Deniz, “Çevrimiçi Özgürlükler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Türkiye için ileriye dönük bir yol mu?” , Ekonomi ve Dış Politika Araştırmalar Merkezi (EDAM) Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi, 05/2018, s.9, <https://edam.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/EDAM-Cevrimici-Ozgurlukler.pdf> .

<sup>33</sup> Funke v. Fransa, (Başvuru No: 10828/84), 25.02.1993, prg. 55; Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 5947/72), 25.03.1983, prg. 95.

yansıtmaktır.<sup>34</sup> Dolayısıyla devlet, bir kişinin veya grubun dinini açıklama haklarını kullanmalarına sınırlama getirmek için, tek başına, “ulusal güvenliği koruma” gerekliliğine dayanamaz.<sup>35</sup> Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ancak 9. maddesinin 2. paragrafında bulunmayan “yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması” meşru amacı için de aynı durum geçerlidir.<sup>36</sup> Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları sırasında bu istisnalar üzerinde özenle çalışılmıştır.<sup>37</sup>

Bazı meşru amaçlar hemen hemen aynı istisnayı işaret etmesine rağmen AİHS’te farklı şekilde ifade edilmiştir. “Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması,” 10. maddede “başkalarının şeref ve haklarının korunması;” 9. maddede yer verilen “kamu düzeni” istisnası, diğer üç maddede “suçun veya düzensizliğin önlenmesi” olarak anılmıştır. Ancak bugüne kadar Sözleşme’nin resmi dilleri arasında çıkan anlam farklılıkları Mahkeme tarafından göz ardı edilmiştir. Bu konuda Mahkeme; 10. maddenin 2. fıkrasının İngilizce ve Fransızca metinlerinde yer alan “the prevention of disorder” ve “la défense de l’ordre” ifadelerinin bağdaştırılmasını<sup>38</sup>, çünkü AİHS’in bir bütün olarak okunması ve farklı hükümler arasında iç tutarlılığı ve uyumu teşvik edecek şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>39</sup>

Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde yer verilen ölçütlerin tamamı aşağıda yer almaktadır:

- Ulusal güvenliğin korunması,
- Toprak bütünlüğünün korunması,
- Kamu güvenliğinin korunması,
- Kamu düzeninin sağlanması / Düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi,
- Sağlığın korunması,
- Ahlakın korunması,
- Ülkenin ekonomik refahı,
- Başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması,
- Gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi,
- Yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması.

Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde düzenlenen haklara yönelik sınırlamaların, bu maddelerin ikinci fıkralarında tanımlanan istisnalardan ya da AİHS’de ifade edildiği biçimiyle “meşru amaçlardan” en az birini gerçekleştirmek amacıyla<sup>40</sup> yapılmış olması gerekir. Yapılan

<sup>34</sup> Nolan ve K. Rusya, (Başvuru No: 2512/04), 12.02.2009, prg. 73.

<sup>35</sup> Nolan ve K. Rusya, prg. 73.

<sup>36</sup> Hamidović v. Bosna Hersek, (Başvuru No: 57792/15), 5.12.2017, prg. 35.

<sup>37</sup> Daha fazlası için bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_TravPrep\\_Table\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf)

<sup>38</sup> Perinçek v. İsviçre, (Başvuru No: 27510/08), 15.10.2015, prg. 136 ve 151.

<sup>39</sup> Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01), 12.04.2006, prg. 48.

<sup>40</sup> Mahkeme testin bu aşamasını “*Legitimate aim*”, “*Whether the interference pursued a legitimate aim*” gibi başlıklar altında incelemektedir.



müdahale birden fazla meşru amaç da güdebilir. Ancak en az bir meşru amaç gütmeyen müdahale meşru amaç testinden geçemeyecektir. AİHM'in birden fazla sınırlama nedenini aynı anda meşru amaç olarak kabul ettiği davalar da vardır.<sup>41</sup> Örneğin *Nada - İsviçre*<sup>42</sup> kararında Mahkeme “suçun önlenmesi”, “ulusal güvenlik” ve “kamu güvenliği” sebeplerini aynı anda kabul etmiştir.<sup>43</sup> Fakat AİHM genellikle, sözleşmecî devletin öne sürdüğü birden fazla meşru nedenden birisinde haklı olduğu kanaatine varırsa, ihlal olmadığı gerekçesiyle devletin ileri sürdüğü diğer meşru amaçları tartışmaya gerek görmemekte ve başvuruyu bir sonraki aşama çerçevesinde incelemeye geçmektedir.<sup>44</sup>

Belirtmek gerekir ki AİHM önüne gelen başvurularda meşru amaç sayılan kavramları kendisi tanımlamak veya bu kavramların özelliklerini belirleyerek somut olay özelinde inceleme yapmamaktadır.<sup>45</sup> AİHM çoğunlukla incelediği dosyadaki bu meşru amaçlardan birinin varlığı veya yokluğu temelinde bir denetim yapmaktadır.<sup>46</sup>

Davalı devletler, ilgili maddede sayılan 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>47</sup> Örneğin, *S.A.S. - Fransa* kararında, hükümet müdahalesinin meşru amacını “kadın ve erkekler arasındaki eşitliğe saygı”, “insan onuruna saygı” ve “toplum içerisinde yaşamının asgari gerekliliklerine saygı” olarak açıklamış, ancak Mahkeme bu üç değer, açıkça Sözleşme'nin 8 ve 9. maddelerinin ikinci fıkralarında sıralanan meşru amaçların herhangi birine karşılık gelmediğini belirtmiştir.<sup>48</sup> Öte yandan, AİHM'de yer almayan bir amacın, hak ve özgürlüğü kısıtlamasında ağır bastığının anlaşıldığı durumlarda Mahkeme dosyayı Sözleşme'nin 18. maddesindeki “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.” hükmüyle de bağdaştırabilmektedir.<sup>49</sup>

Mahkeme önüne giden davalarda, başvuranlar çoğunlukla davalı devletin iyi niyetle hareket etmediğini ve meşru amaç olarak gösterdiği nedenin aslında “gerçek” neden olmadığını öne sürmektedir.<sup>50</sup> AİHM ise genellikle başvuranların bu iddiasını kolayca kabul etmemektedir.<sup>51</sup> Örneğin; *Refah Partisi ve Diğerleri - Türkiye* kararında, başvuranlara göre, partinin kapatılmasının gerçek nedeni Refah Partisi'nin ulusal borçları sıfıra indirmeyi içeren ekonomi politikasının büyük iş çevreleri ve ordunun çıkarlarını tehdit etmesidir.<sup>52</sup> Ancak AİHM, başvuranların, kapatma kararının Anayasa Mahkemesi'nin gösterdiği gerekçelerden başka

<sup>41</sup> Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*, Pozitif Matbaa/Ankara: Yargıtay Başkanlığı/Avrupa Konseyi, 2013, s. 15.

<sup>42</sup> *Nada v.İsviçre*, (Başvuru No: 10593/08), 12.9.2012.

<sup>43</sup> Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt*, s. 15.

<sup>44</sup> D.J. Harris ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013, s. 353.

<sup>45</sup> Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt*, s. 14.

<sup>46</sup> Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt*, s. 14.

<sup>47</sup> Ömer Korkmaz, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin Yayınları/Ankara 2014, s. 212.

<sup>48</sup> *S.A.S. v. Fransa*, (Başvuru No: 43835/11), 01.07. 2014, prg.116-117.

<sup>49</sup> Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 164.

<sup>50</sup> D.J. Harris ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 353.

<sup>51</sup> D.J. Harris ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 353.

<sup>52</sup> *Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye*, (Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98), 13.02.2003, prg. 66.

gerekçelerle alındığını ortaya koyan yeterli delil gösteremediklerini belirterek bu iddiayı dikkate almamıştır.<sup>53</sup> Bununla beraber Mahkeme'nin, az sayıda da olsa, devletin ilgili maddedeki istisnalardan birinin kapsamına girmeyen bir amaçla hareket ettiğine karar verdiği ve hatta açıkça "iyi niyetli" olmadığını vurguladığı kararlar da bulunmaktadır.<sup>54</sup> Örneğin, *Navalnyy - Rusya* davasında Mahkeme, hükümetin kamu düzeni gibi bir meşru bir amacı olduğu konusunda tatmin olmamış ve yalnızca bu nedenle 11. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiş<sup>55</sup>, *The Moscow Branch of the Salvation Army – Rusya* kararında ise AİHM, müdahalenin hukuki ya da olgusal herhangi bir dayanağının bulunmadığına ve bu yüzden taraf devletin "iyi niyetle" hareket etmediğine kanaat getirmiştir.<sup>56</sup>

*Ciubotaru - Moldova* davasında ise; ihlal iddiasına muhatap olan devletin, ilgili maddelerde yer alan meşru amaçlara savunmasında açıkça yer vermemesine rağmen AİHM, müdahalenin "meşru amaç" taşıdığını kendiliğinden kabul etmiştir.<sup>57</sup> Ancak *Ciubotaru - Moldova* davasındaki bu durumun çok istisnai bir özellik taşıdığını belirtilmesi gerekir.

Meşru amaç olarak sayılan kavramlar genellikle "soyut" nitelikli olması nedeniyle başvuruların iddialarını "somut" kanıtlarla desteklemeleri de oldukça zordur. Bu yüzden 8-11. maddelerde belirtilen sınırlama sebeplerinin geniş manada yorumlanabilecek kavramlardan seçildiği ve bu durumun ise ilgili maddelerde yer alan hakların korunmasında etkisizliğe yol açabileceği gibi eleştiriler de bulunmaktadır.<sup>58</sup>

AİHM müdahalenin meşru bir amaç gütmeye karar verdiğinde, başvurunun demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına dair daha fazla inceleme yapmaksızın Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmetmektedir.<sup>59</sup> Ancak Mahkeme, bazı davaların özel koşullarını göz önünde bulundurarak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesine devam etmekte yarar görebilmektedir.<sup>60</sup> Gerek bu yüzden gerekse de meşru amaçların sayılan diğer özellikleri yüzünden üç aşamalı testin ikinci aşamasında Mahkeme tarafından pek fazla ihlal kararı verilmemektedir.

### III. DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK

AİHM'in üç aşamalı testinin ilk iki aşamasını bir şekilde geçen başvurular Mahkeme tarafından testin son aşaması olan "demokratik toplumda gereklilik" ya da "demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma" ismiyle anılan teste tabi tutulmaktadır.<sup>61</sup> Sözleşme'nin bizzat kendisinden neşet eden demokratik toplumda gereklilik ilkesi, Mahkeme tarafından zamanla

<sup>53</sup> Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, prg. 67.

<sup>54</sup> Demir Gürsel, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", s. 132.

<sup>55</sup> Navalnyy v. Rusya, (Başvuru No: 29580/12), 15.11.2018, prg. 122-127.

<sup>56</sup> The Moscow Branch of the Salvation Army v. Rusya, (Başvuru No: 72881/01), 05.10.2006, prg. 97.

<sup>57</sup> Ciubotaru v. Moldova, (Başvuru No: 27138/04), 27.04.2010, prg. 55.

<sup>58</sup> Eleştiriler için bakınız: Demir Gürsel, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", s. 125-126.

<sup>59</sup> Khuzhin ve Diğerleri v. Rusya, (Başvuru No: 13470/02), 23.10.2008, prg. 117.

<sup>60</sup> Kövesi v. Romanya, (Başvuru No: 3594/19), 05.05.2020, prg. 199.

<sup>61</sup> Mahkeme kararlarında bu aşamayı "Necessary in a democratic society", "Whether the interference was necessary in a democratic society" gibi başlıklar altında ele almaktadır.

geliştirilmiş ve devletlerin bir hakkı meşru amaçlarla sınırlandırırken uyması gereken en önemli ölçüt halini almıştır.<sup>62</sup>

AİHM'in yerleşik içtihadına göre, “demokratik toplumda gereklilik testi”; Mahkeme'nin şikâyetçi olunan müdahalenin “zorlayıcı [acil] sosyal ihtiyaca” karşılık gelip gelmediğini, izlenilen “meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve ulusal makamlar tarafından bunu haklı kılmak için verilen gerekçelerin “ilgili” ve “yeterli” olup olmadığını belirlemesini gerektirmektedir.<sup>63</sup> Bununla birlikte bu aşama, Mahkeme tarafından kesin çizgileri çizilmeyen ve Mahkeme'nin kararlarıyla şekillenen bir özellik de arz etmektedir. Dolayısıyla demokratik toplumda gereklilik ilkesi AİHM'e önemli bir takdir yetkisi vermektedir.<sup>64</sup> Nitekim Mahkeme kararlarının çoğunda, demokratik toplumda gereklilik ilkesi üzerinde tartışma yapılmaktadır.

AİHM, demokratik toplumda gereklilik koşulunun incelemesini yaparken; “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”, bu ihtiyacı kanıtlayan uygun, “inandırıcı” ve “yeterli gerekçe”, “orantılılık”, bireysel-genel yarar arasındaki “adil denge” gibi birçok farklı kavram ve değerlendirme kriterini ilgili olaya uygulayarak bir hüküm vermektedir.<sup>65</sup> Mahkeme sayılan bu kavramların hepsini her vakada tek tek aramaktan ziyade sonuca ulaşmak için ve somut olaya uygun düştüğü ölçüde, kendince uygun gördüğü kavramlar üzerine yoğunlaşmaktadır. Örneğin, “adil denge” kavramını Mahkeme'nin her kararında görmek mümkün değildir. Zira Mahkeme'nin “adil denge” arayabilmesi için yarışan iki hak veya menfaat gibi özel bazı koşulların olması gerekmektedir.

Testin üçüncü aşamasını oluşturan demokratik toplumda gereklilik ilkesinde öne çıkan bir dizi kavram ve test uygulanırken kullanılan bazı kıstaslar bulunmaktadır. Bunları sırasıyla “demokratik toplum”, “gereklilik”, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç”, ve “orantılılık” olarak sıralayabiliriz.

## A. DEMOKRATİK TOPLUM

Demokratik toplumda gereklilik kavramını incelemeye, AİHM'in “*demokratik toplum*”dan ne anladığıyla başlamak isabetli olacaktır. Mahkeme bugüne kadar demokratik toplumla ilgili derli toplu bir tanım vermemiştir. Ancak AİHM içtihatlarından yola çıkarak Mahkeme'nin demokratik toplum anlayışının içinde; “hukukun üstünlüğü”, “çoğulculuk”, “açık fikirlilik”, “hoşgörü” ve “demokratik katılım” gibi kavramların bulunduğu söylenebilir.

*Klass-Almanya* davasında<sup>66</sup> Mahkeme “demokratik toplum” kavramından elde edilen ilkeler konusunda birtakım açıklamalarda bulunmuştur. Bu karara göre; demokratik

<sup>62</sup> Zeynep Hazar, “Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklilik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl:3 /Sayı:2018/1, (2018), s. 81.

<sup>63</sup> *The Sunday Times v. Birleşik Krallık* (no. 1) (Başvuru No: 6538/74), prg. 62.

<sup>64</sup> Steven Greer, *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1997, s. 14.

<sup>65</sup> Reyhan Sunay, *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 2001 s. 113.

<sup>66</sup> *Klass ve diğerleri v. Almanya*, (Başvuru No: 5029/71), 06.09.1978, prg. 55.

toplumlardaki temel prensiplerden biri, AİHS'nin giriş bölümünde de sarih bir biçimde belirtilen hukukun üstünlüğüdür. Hukukun üstünlüğünün anlamlarından biri, yürütme makamlarının bir bireyin haklarına yaptığı müdahalenin bağımsızlık, tarafsızlık ve usule uygunluğun en iyi teminatı olan yargının etkin denetim mekanizmasına, en azından son çare olarak tabi olmasıdır.<sup>67</sup>

*Handyside-Birleşik Krallık* kararında ise Mahkeme, “demokratik bir toplumun” özelliklerinin “çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik” olduğunu belirtmiştir.<sup>68</sup> Yine mahkemeye göre; çoğunluğun fikirlerine karşı muhalif ve azınlıkta kalan fikirlerin korunması da demokratik toplumun gereğidir. Bazı durumlarda bireysel çıkarların bir grubun çıkarlarına nazaran daha önemsiz olarak görülmesi gerekse de demokrasi her zaman çoğunluğun fikirlerinin hâkim olacağı anlamına gelmez. Mahkemeye göre, “çoğunluk dışındaki fikirlerin adil ve doğru bir biçimde muamele göreceğini garantileyen bir denge ve baskın görüşün kötüye kullanılmasından kaçınılması demokrasi için vazgeçilmezdir.”<sup>69</sup>

Mahkeme, davayı ele aldığı madde üzerinden de demokratik toplum anlayışını yansıtabilmektedir. AİHM'e göre Sözleşme'nin 9. maddesi ile muhafaza altına alınmış olan “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”, demokratik toplumun temellerinden birisini oluşturmaktadır. Demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurlarından ve yüzyıllar içerisinde çok büyük bedeller ödenerek kazanılan bir değer olan “çoğulculuk” da bu özgürlüğe dayanmaktadır.<sup>70</sup>

Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü de “demokratik toplumun” mihenk taşlarından birisidir. Mahkeme'ye göre demokrasi ancak ifade özgürlüğüyle gelişebilir.<sup>71</sup> Sözleşme çerçevesinde ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temeli haline getiren şey, Mahkeme tarafından “toplumun ilerlemesi” ve “tüm üyelerinin kendini gerçekleştirme” için taşıdığı önemle açıklanmaktadır.<sup>72</sup> Mahkeme'nin özellikle siyasi tartışmalara, basın ve medyaya bu hak çerçevesinde sağladığı korumanın genişliği, demokrasi ve bu hak arasında kurduğu güçlü bağ ile ilişkilidir. Üstelik Mahkeme, 11. maddede düzenlenen toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün amaçlarından birinin de 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğünü korumak olduğunu belirtir.<sup>73</sup>

Mahkemeye göre, Sözleşme'nin 11. maddesinde belirtilen toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, “Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliği” olan demokrasi ile yakından ilişkilidir.<sup>74</sup> Strasbourg Mahkemesine göre; dile getirilen bazı fikirler veya kullanılan bazı kelimeler yetkililere ne kadar sarsıcı ve kabul edilemez görünse de, şiddete teşvik veya demokratik ilkelere inkârı gibi durumlar dışında “toplama” veya “ifade” özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan

<sup>67</sup> *Klass ve diğerleri v. Almanya*, prg. 55.

<sup>68</sup> *Handyside v. Birleşik Krallık*, (Başvuru No: 5493/72), 07.12.1976, prg. 49.

<sup>69</sup> *Young, James ve Webster v. Birleşik Krallık*, (Başvuru No: 7601/76 7806/77), 13.08.1981, prg. 63.

<sup>70</sup> *Buscarini ve diğerleri v. San Marino*, (Başvuru No: 24645/94), 18.02.1999, prg. 34.

<sup>71</sup> *Sosyalist Türkiye Partisi ve Diğerleri v. Türkiye* (Başvuru No: 26482/95), 12.11.2003, prg. 45.

<sup>72</sup> *Handyside v. Birleşik Krallık*, prg. 49.

<sup>73</sup> *Sosyalist Türkiye Partisi ve Diğerleri v. Türkiye*, prg. 41.

<sup>74</sup> *Staatkundig Gereformeerde Partij v. Hollanda*, (Başvuru No: 58369/10), 10.06.2012, prg. 70.

her türlü tedbir, demokrasiye zarar vermekte ve hatta onu tehlikeye düşürmektedir.<sup>75</sup> Mahkemeye göre, “hem siyasi partiler hem de kültürel ya da manevi mirası koruma, çeşitli sosyo-ekonomik amaçları gerçekleştirme, bir dini yayma ya da öğretme, bir etnik kimlik arayışında olan ya da azınlık bilincini savunan dernekler de demokrasinin düzgün bir şekilde çalışması için önemlidir.”<sup>76</sup> Bu bağlamda AİHM, 11. maddeyle ilgili kararlarında, demokratik toplum kavramının içinde “sosyal uyum/toplumsal birleşme” kavramının olduğunu da belirtmektedir.<sup>77</sup>

Mahkeme'nin 10. madde ve 11. madde içtihadı, “demokratik toplumu”, iktidarın yargı ve yasama dışındaki araçlarla denetlenmesine ve toplumun farklı kesimlerinin çeşitli yollarla demokratik süreçlere katılımına imkân tanıyan bir düzen olarak tanımlamaktadır. Mahkemeye göre, “demokratik bir sistemde hükümetin eylem ve ihmalleri yalnızca yasama ve yargı organlarının değil, aynı zamanda basın ve kamuoyunun da yakın denetimine tabi olmalıdır.”<sup>78</sup>

Mahkeme, demokrasinin Sözleşme tarafından tasarlanan veya Sözleşme ile uyumlu tek siyasi model olduğunu da vurgulamaktadır.<sup>79</sup> Hatta Mahkemeye göre AİHS, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini desteklemek ve sürdürmek için tasarlanmıştır.<sup>80</sup>

Toparlamak gerekirse; Mahkemenin demokratik toplum kavramına atfettiği önem davanın ele alındığı maddeye ve somut koşullara göre belirlenmektedir. AİHM, davayı incelerken “demokratik bir topluma” uygun ilkelere özellikle dikkat ve riayet etmektedir.<sup>81</sup>

## B. GEREKLİLİK

Strasbourg organlarının, demokratik gereklilik anlayışının gelişmesi olağanüstü hâl benzeri durumlar (*quasi-emergency situation*) kavramıyla bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır.<sup>82</sup> Günümüzde AİHM'e göre, “gereklilik” kavramı, “demokratik toplum” kavramıyla bağlantılıdır. Mahkemeye göre; devlet tarafından yapılan müdahalenin haklı bir müdahale olduğuna karar verilebilmesi için müdahalenin “gerekli” olması lazımdır. Bu gereklilik, “demokratik toplum” nitelemesiyle sınırlı bir gerekliliktir.

Mahkeme demokratik toplumda “gereklilik” kavramına ilişkin ölçütlerini 1976 tarihinde *Handyside - Birleşik Krallık* davasında ortaya koymuştur. Mahkeme bu kararda, Sözleşme'nin 10(2) fıkrasındaki 'gerekli' sıfatının, 'zorunlu' sözcüğü ile anlamdaş olmadığını [madde 2(2)'deki "mutlaka gerekli", madde 6(1)'deki "kesinlikle gerekli" ifadeleri ve madde 15(1)'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi], öte yandan

<sup>75</sup> Kudrevičius ve Diğerleri v. Litvanya, (Başvuru No: 37553/05), 15.10.2015, prg. 145; Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü v. Bulgaristan, (Başvuru No: 29221/95 29225/95), 02.10.2001, prg. 97.

<sup>76</sup> Gorzelik ve Diğerleri v. Polanya, (Başvuru No: 44158/98), 17.02.2004, prg. 92.

<sup>77</sup> Ouranio Toxo ve Diğerleri v. Yunanistan, (Başvuru No: 74989/01), 20.10.2005, prg. 42; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Türkiye, (Başvuru No: 20641/05), 25.09.2012, prg. 70.

<sup>78</sup> Castells v. İspanya, (Başvuru No: 11798/85), 23.04.1992, prg. 46.

<sup>79</sup> Baçzkowski ve diğerleri v. Polanya, (Başvuru No: 1543/06), 03.05.2007, prg. 61.

<sup>80</sup> Baçzkowski ve diğerleri v. Polanya, prg. 61.

<sup>81</sup> Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, prg. 97.

<sup>82</sup> Murat Tümay, “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., Iversen v. Norveç, (Başvuru No: 468/62), 17.12.1963.

'kabul edilebilir', 'olağan' (m.4(3)), 'yararlı' (Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), 'makul' (m.5(3) ve m.6(1)) veya 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını belirtmiştir.<sup>83</sup>

Mahkeme, *Silver ve Diğerleri - Birleşik Krallık* davasında ise “demokratik bir toplumda gerekli” ifadesinin, bir müdahalenin, Sözleşme ile bağdaşabilmesi için, başka şeylerin yanı sıra, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca” karşılık gelmesi ve “izlenen meşru amaçla orantılı” olması gerektiği anlamına geleceğini beyan etmiştir.<sup>84</sup> Mahkeme içtihatlarına göre, bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olabilmesi için baskın/zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı (*a pressing social need*) karşılaması ve özellikle güdülen meşru amaçla orantılı (*proportionate to the legitimate aim pursued*) olması lazımdır. Buna ek olarak, ulusal makamların müdahaleyi meşrulaştırmak için ileri sürdükleri gerekçelerin, meşru amaçla ilgili (*relevant*) ve amacı meşrulaştırmak için yeterli (*sufficient*) olması gerekmektedir. Bu meyanda, yerel makamlara belirli bir ölçüde takdir alanı (*margin of appreciation*) tanınmıştır. Ancak yerel makamların değerlendirmeleri AİHM’in denetimine tabi olacaktır.<sup>85</sup>

Temel olarak Mahkemenin yerleşik içtihadına göre “gereklik” kavramının iki koşulu bulunmaktadır. Bunlardan ilki “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” ikincisi ise ulaşılmak istenen meşru amaçla “orantılılık”tır.

### 1. Zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç

AİHM’in gereklik analizindeki ilk adım, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” olup olmadığının belirlenmesidir. Başka bir deyişle; Mahkeme, müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca” cevap verip vermediğini sorgulayarak “demokratik toplumda gereklik” değerlendirmesine başlamaktadır.<sup>86</sup>

Yerleşik içtihadına göre davalı hükümetler, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” sebebiyle yapıldığını göstermelidir.<sup>87</sup> Bu sebepten ötürü davalı hükümetler, müdahalenin “kabul edilebilir”, “olağan”, “kullanışlı” veya “makul” olduğunu göstermeden önce zorlayıcı bir ihtiyaçtan kaynaklandığı konusunda Mahkemeyi ikna etmek durumundadır.<sup>88</sup> Bu yüzden, devletler savunmalarında bu hususa özel bir yer ayırmaktadır.<sup>89</sup>

Mahkemeye göre “gerekli” kelimesi, “faydalı” veya “uygun” gibi ifadelerin esnekliğine sahip değildir.<sup>90</sup> Bu yüzden Mahkeme, yerel mekanizmaların, AİHS tarafından öngörülen

<sup>83</sup> Handyside v. Birleşik Krallık, prg. 48.

<sup>84</sup> Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, prg. 97.

<sup>85</sup> S. ve Marper v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 30562/04, 30566/04), 04.12.2008, prg. 101; Coster v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 24876/94), 18.01.2001, prg. 104.

<sup>86</sup> William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 438.

<sup>87</sup> Piechowicz v. Polonya, (Başvuru No: 20071/07), 17.04.2012, prg. 212.

<sup>88</sup> Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 169.

<sup>89</sup> Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 170.

<sup>90</sup> Sviato-Mykhailivska Parafiya v. Ukrayna, (Başvuru No: 77703/01), 14.06.2007, prg. 116.

ilkelere uygun davrandıkları konusunda, “ilgili olay ve olguların kabul edilebilir bir değerlendirilmesine dayanarak ikna edilmelidir.”<sup>91</sup>

Her bir davada zorunlu toplumsal ihtiyaç bakımından ilk değerlendirmeyi yapmak ulusal makamlara düşmektedir.<sup>92</sup> Bu manada, ulusal makamlara bir takdir yetkisi verilmiştir. AİHM bir müdahalenin “gerekli” olup olmadığını belirlerken, ulusal makamlara verilen takdir yetkisini gözetecektir. Ancak Mahkemeye göre zorlayıcı toplumsal ihtiyaç, demokratik bir toplumun çıkarları bağlamında değerlendirilmelidir. Örneğin, basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, demokratik bir toplum için özgür basının sağlanması ve sürdürülmesi önemlidir.<sup>93</sup> Bu sebepten dolayı ulusal makamların, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” olup olmadığına karar vermek için yalnızca sınırlı bir takdir payı bulunmaktadır.<sup>94</sup>

Mahkeme, 8 ila 11. maddeler kapsamında yaptığı denetimlerde başvuru tarafından karşı çıkılan tedbirlerin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını belirlerken davayı bir bütün olarak göz önünde bulundurmaktadır.<sup>95</sup> Sayılan bu maddelerin her biri için Mahkeme önüne gelen vakalara göre çeşitli içtihatlar geliştirmiştir. Ancak Mahkeme zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı her bir olaya veya olayların bağlamına göre takdir etmektedir. Mesela Mahkemeye göre sendikal örgütlenme hakkına getirilen bir kısıtlamanın “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılayıp karşılamadığı belirlenirken, bir sendika kuruluşunun veya faaliyetlerinin “Devlete veya demokratik bir topluma yönelik yeterince yakın bir tehdit” oluşturduğuna dair makul kanıtlar olmalıdır.<sup>96</sup> Örneğin, memurların sendika kurma hakları olmadığı gerekçesiyle ulusal mahkemeler tarafından feshedilmesini konu alan bir başvuruda, AİHM, Türkiye'nin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” göstermediği gerekçesiyle ihlal kararına hükmetmiştir.<sup>97</sup> Bu kararda Mahkeme, yasanın bu tür sendikalara izin vermemiş olmasının “bir sendikanın feshi kadar radikal bir önlem” haklı çıkarmak için yeterli olmadığını belirtmiştir.<sup>98</sup>

Başvuranın üzerinde yerel makamlar tarafından kayıt dışı olduğu belirtilen sembollerin bulunduğu *Şolari - Moldova Cumhuriyeti* kararında ise Mahkeme; göstericilerin partilere, siyasi örgütlere veya kuruluşlara ait sembollerini kullanmamaları halinde toplantı yapmalarına izin verilebileceği, aksi halde toplantı ve/veya gösteri yapamayacağı şeklindeki bir koşulun, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılamaya yönelik olmadığı sebebiyle ihlal kararı vermiştir.<sup>99</sup>

Öte yandan Mahkeme, bir kamusal ihtiyacın her zaman “zorunluluk” arz ettiğine de kanaat getirmemiştir. Örneğin *Gough - Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, insan

<sup>91</sup> Yehova Şahitleri Dayanışma Derneği ve diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 36915/10 8606/13), 17.10.2016, prg. 98.

<sup>92</sup> Z v. Finlandiya, (Başvuru No: 22009/93), 25.02.1997, prg. 94.

<sup>93</sup> Fatullayev v. Azerbaycan, (Başvuru No: 40984/07), 22.04.2010, prg. 82.

<sup>94</sup> Wizerkaniuk v. Polonya, (Başvuru No: 18990/05), 05.07.2011, prg. 65.

<sup>95</sup> Z v. Finlandiya, prg. 94.

<sup>96</sup> Sindicatul 'Păstorul cel Bun' v. Romanya, (Başvuru No: 2330/09), 31.01.2012, prg. 69; Koretsky ve Diğerleri v. Ukrayna, prg. 55.

<sup>97</sup> Tüm Haber Sen and Çınar v. Türkiye, (Başvuru No: 28602/95), 21.02.2006, prg. 36.

<sup>98</sup> Tüm Haber Sen and Çınar v. Türkiye, prg. 36. Kararda ayrıca Mahkeme, Mahkeme, Türkiye'nin, tüm işçilerin özel sektör ve kamu sektörü ayrımı yapmaksızın sendika kurma hakkının kabul edildiği 87 No.lu Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesini onaylamasını da dikkate almıştır.

<sup>99</sup> Şolari v. Moldova Cumhuriyeti, (Başvuru No: 42878/05), 28.03.2017, prg. 39.

vücudunun zararsızlığı fikrine inanarak bu inancını, kamusal alanda çıplak dolaşarak ifade ettiğini belirten başvuranın davasını “ifade hürriyeti” kapsamında kabul edilebilir bulmuş ancak kamuda çıplaklık meselesinin, aynı zamanda ahlaki ve kamu düzenine ilişkin meseleleri de beraberinde getirdiğini; bu nedenle, başvuranın tercih ettiği ifade şeklinin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılamadığına hükmetmiştir.<sup>100</sup>

Yukarıda aktarılan bilgilere rağmen, Mahkemenin her davada müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini veya gelmediğini yeterli açıklıkta ortaya koyduğu veya tartıştığı söylenemez.<sup>101</sup> Bu tür belirsizlik durumlarında Mahkeme genellikle “orantılılık” kavramı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

## 2. Orantılılık

Orantılılık ilkesi, tıpkı “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” gibi Sözleşme metninde yer almayan ancak Mahkeme tarafından zamanla geliştirilmiş bir ilkedir. AİHM’in orantılılık denetiminin köklerinin anayasalarda öngörülen ölçülülük ilkesinde olduğu söylenmektedir. 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>102</sup> Buradan hareketle, ölçülülük ilkesi; seçilen araç ile amaç arasındaki makul bağlantıyı/nedenselliği yansıtan *elverişlilik*, hak ve özgürlüğü en az sınırlayan aracın seçilmesi gerektiğini ortaya koyan *gereklilik/zorunluluk* ve araç ile amaç arasındaki dengiyi sağlayan *orantılılık* ilkesinden oluşmaktadır.<sup>103</sup> AİHM, içtihatlarında açıkça “elverişlilik” ve “zorunluluk” ölçütlerini kullanmasa da, müdahalenin ağırlığı ve müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında yapılan tartım neticesinde sınırlama için seçilen aracın meşru amaçla ölçülülüğü irdelenmektedir. AİHM’in demokratik toplumda gereklik ölçütünü bu üç unsurdan orantılılığa indirmediği ve dengeleme yöntemini benimsemeye daha yatkın olduğu da belirtilmektedir.<sup>104</sup>

Daha önce de belirtildiği üzere AİHM, demokratik toplumda gereklik testini uygularken, başvurduğu “toplumsal ihtiyaç baskısı” ve “orantılılık” kriterlerini birbirini tamamlar şekilde kullanmaktadır.<sup>105</sup> Ulusal mercilerin almış olduğu tedbir, niteliği itibari ile toplumsal ihtiyaç baskısı testinden geçtikten sonra, orantılılık kriteri açısından incelenecektir. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, bir müdahalenin orantılı olup olmadığı değerlendirilirken, Sözleşme’ye Taraf Devletlere, bu müdahalenin gerekliliğinin varlığı ve kapsamına karar vermek için belirli bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu bağlamda, Sözleşme mekanizmasının tamamen ikincil rolünü hatırlatmak gerekmektedir. Ulusal makamlar, doğrudan demokratik meşruiyete

<sup>100</sup> Gough v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 49327/11), 28.10.2014.

<sup>101</sup> Örneğin, Yehova Şahitlerini Destekleme Derneği ve Diğerleri v. Türkiye (Başvuru No. 36915/10 ve 8606/13, p. 92-108) başvurusunda Mahkeme zorlayıcı toplumsal ihtiyaç konusunda tatmin edici açıklamalarda bulunmamıştır.

<sup>102</sup> Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1 (2017), s. 7.

<sup>103</sup> Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, İstanbul: Alfa Yayınları, 2015, s. 223-242.

<sup>104</sup> Janneke Gerards, “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, Number 2 (2013), s. 469, (Aktaran: Betül Durmuş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü, s. 4.)

<sup>105</sup> Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, s. 15.



sahiplerdir ve ilke olarak, yerel ihtiyaç ve koşullar hakkında karar vermek için uluslararası mahkemeden daha iyi konumdadırlar. Bu noktada, AİHM'in görevi, ulusal düzeyde alınmış olan tedbirlerin prensip olarak haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir.<sup>106</sup> Bu durum, ilke olarak, söz konusu hakka daha az müdahalede bulunan ve daha çok riayet eden başka herhangi bir tedbir ile ulaşılamayacağı anlamına gelmektedir. Böyle tedbirlerin bulunmadığını kanıtlamak ulusal makamlara düşmektedir.<sup>107</sup>

Orantılılık değerlendirmesi, Mahkeme nezdinde bir etkenin diğer bir etken karşısında dengelenmesiyle ilgilidir. Temel olarak AİHM, orantılılık denetiminde iki konuya odaklanmaktadır. Bunlardan ilki *araç* ile *amacın* birbiriyle uyuyuyor olmasıdır. Bu denklemde, "amaç" ilgili maddelerin ikinci fıkralarında sayılan, devletlerin korunması uğruna özgürlüklere müdahale edebilmelerine olanak tanınan değerlerden veya çıkarlardan biri ya da birkaçıdır. "Araç" ise müdahalenin kendisidir. Dolayısıyla, amaç; "ulusal güvenlik", "kamu düzeni", "ahlak", "başkalarının hakları" gibi, devlet tarafından öne sürülen belirli hedeflerdir. "Araç" hakkını kullanmakta olan bireye karşı benimsenen veya uygulanan tedbirlerdir. Örneğin, ifade hürriyetinde *araç*; "hakaret ve şöhrete hanel getirme dolayısıyla cezai mahkumiyet", "tazminat ödemeye mahkum edilme", "yayın konusunda tedbir kararı alma", "gazetecilik mesleğini icradan men" gibi tedbirler olabilir.<sup>108</sup> Orantılılık denetiminin bu boyutunda; bir müdahalenin orantılı olduğunun kabul edilebilmesi için, söz konusu temel hakka daha az zarar verebilecek ama aynı zamanda aynı amacı yerine getirebilecek başka bir müdahaleye başvurma ihtimalinin olmaması gerekir.<sup>109</sup> Örneğin, Mahkemeye göre bir derneğin kayıt olmasına izin vermeme, derneğin herhangi bir faaliyete başlamasını engellemesi sebebiyle radikal bir tedbir teşkil etmekte<sup>110</sup> olduğu için orantısızdır. Ya da bir derneğin kayıt için yeniden başvurabilme ihtimalinin olup olmaması, müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken Mahkeme tarafından göz önünde bulundurulabilecektir.<sup>111</sup> Araç ve amacın uyumu da Mahkeme tarafından her zaman tartılır. Mesela *McLeod - Birleşik Krallık* davasında, başvuranın evde olmadığını bilen polis memurlarının, herhangi bir düzene aykırılık ya da suç riski olmamasına rağmen, başvuranın konutuna izinsiz girmesini, Mahkeme güdülen meşru amaçla kullanılan aracın orantısız olması sebebiyle Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği şeklinde yorumlamıştır.<sup>112</sup>

Orantılılığın bu yönüyle incelenmesinde Mahkeme, yalnızca devletler için değil başvurular için de alternatif bir yol olup olmadığını gözetmektedir. *Doğru – Fransa* kararında, beden eğitimi dersine başörtüsünü çıkartarak girmeyi reddettiği için okuldan atılan başvuranın

<sup>106</sup> Leyla Şahin v. Türkiye, prg. 110.

<sup>107</sup> Çuvaş Cumhuriyeti İncil Merkezi v. Rusya, (Başvuru No: . 33203/08), 13.10.2014, prg. 58.

<sup>108</sup> Macovei Monica, İfade Özgürlüğü İnsan Hakları El Kitapları No: 2 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Yayını, 1. Baskı, s. 30, (Aktaran: Yakup Yıldırım, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:7, Sayı:28 (2016), s. 467.

<sup>109</sup> Nada v. İsviçre, prg. 183.

<sup>110</sup> Zhechev v. Bulgaristan, (Başvuru No: 57045/00), 21.06.2007, prg. 58; Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü ve Diğerleri v. Bulgaristan, prg. 80; Bozgan v. Romanya, (Başvuru No: 35097/02), 11.10.2007, prg. 27.

<sup>111</sup> Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü ve Diğerleri v. Bulgaristan, prg. 30.

<sup>112</sup> McLeod v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 24755/94), 23.09.1998, prg. 58.

eğitimine uzaktan eğitim yoluyla devam edebildiğini dikkate alan Mahkeme m¼dahalenin “orantısız” olmadığına karar vermiştir.<sup>113</sup>

AİHM’in orantılılık denetiminde odaklandığı ikinci konu ise; haklar arasında veya birey ile toplumun yarışan menfaatleri arasında “*adil denge*”nin kurulmuş olup olmadığının incelemlenmesidir. AİHM, ulusal makamların “sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengeyin bulunup bulunmadığını” denetleme yetkisine sahiptir.<sup>114</sup>

Mahkemenin “adil denge” kavramına sıklıkla başvurduğu davalarda Sözlüşmedeki iki hak veya menfaat arasında bir “çatışma” olduğu söylenebilir. *Von Hannover - Almanya*<sup>115</sup> davasında Mahkeme, başvurucunun kamu nezdinde tanınmış bir kişi olmasına rağmen, yegâne amacı başvurucunun özel hayatına ait detaylarla okuyucuların merak duygularını tatmin etmek olan birtakım fotoğraf ve makalelerin yayımlanmasının topluma herhangi bir menfaat sağlamayacağı gerekçesiyle Sözlüşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>116</sup> Mahkeme, bu kararda “özel hayatın korunmasının” “ifade özg¼rl¼đüne” karşı dengelenmesinde ağırlığı özel hayatın korunmasına vermiş, kamunun bir menfaati bulunsa dahi aynı zamanda söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayınlanmasında dergilerin de ticari bir menfaati bulunduğundan, bu menfaatlerden başvurucunun özel hayatının etkin şekilde korunması hakkının diğer karşısında üst¼n geldiğini belirtmiştir.<sup>117</sup> Söz edilen tüm bu unsurları hesaba katan mahkeme, Devlete tanınmış takdir hakkına karşın, Alman Mahkemelerinin mevcut menfaatler arasında adil bir denge kuramadığı sonucuna varmıştır.<sup>118</sup>

Mahkemenin sıklıkla “adil denge” kavramına başvurduğu diğer alan ise; “birey” ve “kamu/toplumun yararı” arasında ortaya çıkmaktadır. Dört gazetecinin bir gör¼řmeyi gizli kamerayla kaydetmeleri ve yayımlamaları nedeniyle hük¼m giymesi ile ilgili *Haldimann ve diğerleri – İsviçre* davasında, Mahkeme İsviçre makamlarının, gazetecilerin 10. maddeden kaynaklanan haklarını ihlal ettikleri sonucuna ulaşmıştır.<sup>119</sup> Mahkeme, gazeteciler tarafından gizli kamera kullanılmasının, kameraya alınan kişinin sadece şahsi olarak hedef alınmadığı, aynı zamanda profesyonel bir sigortacı olarak hedef alındığı olayda, kamu yararı ile ilgili bir hususta kamuya bilgi sağlamak amacını gütt¼đünün altını çizmiştir. Mahkeme, söz konusu sigortacının özel hayatına yapılan müdahalenin, sigorta aracılığı alanındaki usulsüz uygulamaların ifşa edilmesi sonucunda ortaya çıkacak kamu yararından daha ağır basacak kadar ciddi olmadığı kanaatine varmıştır.

Mahkeme, dengeleme yapmasını gerektiren çok sayıda vakanın ön¼ne gelmesi sebebiyle zaman içerisinde çeşitli içtihatlar geliştirmiştir. Örneğin “özel hayata saygı” hakkı ve “ifade

<sup>113</sup> Dogru v. France, (Başvuru No: 27058/05), 04.12.2008, prg. 75-76.

<sup>114</sup> Bladet Tromsø ve Stensaas v. Norveç, (Bařvuru No: 21980/93), 20.05.1999, prg. 58; Cumpănă ve Mazăre v. Romanya, (Bařvuru No: 33348/96), 17.12.2004, prg. 88.

<sup>115</sup> Von Hannover v. Almanya, (Başvuru No: 59320/00), 24.06.2004, prg. 65.

<sup>116</sup> Hâkimler ve Savcılar İçi Meslek İçi Eğitim Seti, İfade Özg¼rl¼đ¼, El Kitabı 8, “Basın Davalarına Bakan Hâkimler ve Savcılara Yönelik Eğitici Mod¼l Yönlendirme El Kitabı”, s. 20. Bkz. diğerleri arasında, AİHM, Jaime Campmany y Diez de Revenga ve Juan Luıs Lopez-Galiacho Perona v. İspanya (Başvuru No: 54224/00),12; Julio Bou Gibert ve El Hogar Y La Moda J. A. v. İspanya (karar), 14929/02,

<sup>117</sup> Von Hannover v. Almanya, prg.77-78.

<sup>118</sup> Von Hannover v. Almanya, prg. 79.

<sup>119</sup> Haldimann ve diğerleri – İsviçre, (Başvuru No: 21830/09), 24.02.2015.

özgürlüğü” hakkı arasında kurulacak adil denge incelemesini gerektiren ihtilaflar için bazı ölçütler koymuştur. İçtihatlarla ortaya konulan bu ölçütler arasında “kamuya yararlı bir tartışmaya katkı”, “etkilenen kişinin ününün derecesi”, “haberlin konusu”, “ilgili kişinin önceki eylemleri”, “içerik”, “yayının şekli ve sonuçları” bu kıstaslar arasında sayılabilir.<sup>120</sup> Bu kriterlerin bazıları, davanın özel koşullarına göre daha az ya da daha çok kullanılabilir<sup>121</sup> ve bağlama göre başka kriterler de uygulanabilir.<sup>122</sup> AİHM’in oluşturduğu ölçütler anılan iki hakla da sınırlı değildir. Mahkeme 11. madde kapsamındaki başvuruları incelerken, somut olaydaki “caydırıcı etki”, “yaptırımların nitelik ve ağırlığı”, “dağıtma ve güç kullanımı” gibi hususları göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin, Mahkeme bir toplantının yapılmadan önce yasaklanmasının toplantıya katılacak kişilerin katılmaktan vazgeçmelerine neden olabileceği gerekçesine binaen bu tür davalarda, tedbirin orantılı olup olmadığı değerlendirilirken, söz konusu tedbirin “caydırıcı etkisini” göz önünde bulundurmaktadır.<sup>123</sup> Ulusal makamlar tarafından verilen cezaların niteliği ve ağırlığı, müdahalenin ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde Mahkeme tarafından dikkate alınan diğer etkenler arasındadır.<sup>124</sup> Mahkemenin, kullandığı bu ölçütler somut olaya göre değişebilecektir.

AİHM her ne kadar çeşitli ilkelerle adil dengeyi sağlamaya yönelik çaba ortaya koysa da bu ilkeler kural değildir ve her başvurunun niteliğine göre uygulanır.<sup>125</sup> İki hakkın birbiriyle yarıştığı davalarda Mahkeme genellikle, söz konusu hakların her birine ilişkin genel ilkeleri yinelemeyi ve daha sonra bu hakları dengelemeyi yararlı görmektedir.<sup>126</sup>

## SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zaman içinde Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleriyle ilişkili başvuruları incelemek için bir usul oluşturmuştur. Kökleri Sözleşme metninde yatan bu usul literatüre “üç aşamalı test” olarak geçmiştir. Mahkeme testin her aşamasını Sözleşme metninden türetmiştir. Böylece hem Sözleşmenin hazırlık çalışmalarıyla hem de Sözleşme'nin nihai metniyle Mahkemenin testi arasında bir ahenk yakalanmıştır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, Mahkemenin içtüzük gibi araçlarla kendine Sözleşmeden kopuk bir test oluşturmak yerine Sözleşme metnini esas alması yetki aşımına mahal verilmemesi bakımından da ayrı bir öneme sahiptir.

Üç aşamalı test; “hukukilik”, “meşru amaç” ve “demokratik toplumda gereklilik” aşamalarından meydana gelen ve birbirini takip eden bir süreçten oluşmaktadır. Testin aşamaları literatürde birbirine yakın kelimelerle ifade edilmiş olsa da esasen bu üç temel bölümden oluşmaktadır.

<sup>120</sup> Von Hannover v. Almanyaya, prg. 108-113; Axel Springer AG v. Almanyaya (Başvuru No: 39954/08), 07.02.2012, prg. 89-95.

<sup>121</sup> Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v. Finlandiya, (Başvuru No: 931/13), 27.06.2017, prg. 166.

<sup>122</sup> Medžlis Islamske Zajednice Brčko ve Diğerleri v. Bosna Hersek, (Başvuru No: 17224/11), 27.06.2017, prg. 88.

<sup>123</sup> Hristiyan Demokratik Halk Partisi v. Moldova, (Başvuru No: 25196/04), 02.05.2010, prg. 77.

<sup>124</sup> Kudrevičius ve Diğerleri v. Litvanya, prg. 146.

<sup>125</sup> Harris ve diğerleri, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 355.

<sup>126</sup> Couderc And Hachette Filipacchi Associés v. Fransa, (Başvuru No: 40454/07), 10.11.2015, prg. 81.

*Hukukilik* aşamasında mahkeme; müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığını kontrol etmektedir. Mahkemenin yasa anlayışı oldukça kapsayıcıdır. Çünkü Mahkeme; Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde yer alan “yasayla öngörülmüş olmak” ve “yasalar uyarınca” ifadeleriyle ilgili olarak, “yasa” terimini şeklen değil özü itibarıyla algıladığını her zaman vurgulamıştır. Mahkemeye göre yasa; kararnameler, parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeler, yazılı hukuk, yazılı olmayan hukuk, hâkimin yarattığı hukuk ve uluslararası hukuk ilkeleri gibi çok geniş bir yelpazeden oluşmaktadır. Sözün özü; AİHM'in, Sözleşmedeki yasayla öngörülmüş koşulunun karşılanması için iç hukukta yasal bir dayanağın bulunması yeterlidir. Bununla birlikte; Mahkemeye göre, yasa kavramının bazı niteliklerini taşıması gerekir. Bu nitelikler; ilgili yasanın herkes için ulaşılabilir/erişilebilir, bazı sonuçları öngörebilir ve aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşır olmasıdır. Mahkeme, hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin hukukilik şartını yerine getirmediğine kanaat getirirse ileri bir incelemeye gerek olmadan ihlal sonucuna ulaşabilecektir. Şayet, başvuru Mahkeme nezdinde hukukilik aşamasından geçerse, bir sonraki aşama olan “meşru amaç” bakımından mercek altına alınacaktır.

“*Meşru Amaç*” aşamasında Mahkeme müdahalenin amacının Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarında sayılan amaçlardan birisini taşıyıp taşımadığını incelemektedir. Söz konusu madde grubunda yer verilen meşru amaçlardan; “kamu güvenliğinin korunması”, “sağlığın korunması” ve “ahlakın korunması” bütün maddelerde ortak olarak yer alırken; “toprak bütünlüğünün korunması” ve “ülkenin ekonomik refahı” gibi meşru amaçlar yalnızca bir maddede yer almaktadır. Öte yandan bazı meşru amaçlar ilgili maddelerde farklı kelimelerle ifade edilmiş olsa da Mahkemenin yorumuna göre aynı amacı belirtmek için kullanılmıştır. Örneğin; “Kamu düzeninin sağlanması” ile “düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi” ifadeleri aynı amaca hizmet etmekte dolayısıyla aynı şeyi ifade etmektedir. Bu aşamada devletler genellikle yaptıkları müdahalenin amaç unsurunun, Sözleşmede yer alan meşru amaçlara hizmet ettiğini öne sürmektedir. Basit bir örnek vermek gerekirse; motosiklet sürücüsü bir Sih'in dini inançları gerekçesiyle kask kullanmayı reddetmesi ve bu nedenle para cezasına çarptırılması “sağlığın korunması” amacı taşıdığı için Mahkeme tarafından meşru görülebilmektedir. Her ne kadar Sözleşme metnindeki meşru amaçlar sayma usulüyle belirtilmiş olsa da kavramların geniş bir kapsama alanına sahip olması sebebiyle müdahalenin meşru amaca hizmet etmediğini ortaya koymak her zaman kolay olmamaktadır. Bu yüzden, Mahkeme 8 ila 11. madde kapsamındaki başvuruları incelerken ulusal makamların öne sürdüğü amaçları çoğunlukla meşru olarak kabul etmektedir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak üç aşamalı testin ikinci aşaması olan meşru amaç kısmında çok fazla ihlal kararı çıkmamaktadır.

“*Demokratik toplumda gereklilik*” aşaması ucu en açık olan ve diğer iki aşamaya göre daha kompleks olan aşamadır. Mahkeme ihlal kararlarını en çok bu aşamada vermektedir. Sözleşme metninde de 8 ila 11. maddelerdeki hakların sınırlamalara tabi tutulması “demokratik bir toplumda [...] gereklilik” kistasına tabi tutulmuştur. Bu ifade zikredilince genellikle akla gelen ilk soru “*demokratik toplum*” nedir? sorusu olmaktadır. Tahmin edilebileceği gibi Mahkeme derli toplu bir demokratik toplum tanımı yapmamıştır. Ancak mahkemeye göre söz konusu haklar kendi başına demokratik toplumun yapı taşlarıdır. Örneğin; Mahkemeye göre;

düşünce, vicdan ve din özgürlüğü demokratik toplumun temellerinden biridir. Yine Mahkemenin kararlarında demokratik toplumla ilgili bazı temel kavramlara sıklıkla yer verilmektedir. Bunlar arasında; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik, uzlaşma, toplumsal bütünleşme, barış, adalet ve hukukun üstünlüğü yer almaktadır. Barış, adalet ve hukukun üstünlüğü gibi bazı kavramlar Sözleşmenin giriş metninde kendisine yer bulmuşken bazıları da Mahkeme tarafından somut olay özelinde ortaya çıkartılan kavramlardır.

Mahkemeye göre testin üçüncü aşamasında yer alan “*gereklilik*” kavramının ise hassas bir yapısı vardır. AİHM'e göre; 8 ila 11. maddelerde yer alan 'gerekli' sıfatı; 'zorunlu' sözcüğü ile anlamdaş olmadığı gibi madde 2(2)'deki "mutlaka gerekli", madde 6(1)'deki "kesinlikle gerekli" ve madde 15(1)'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi ile aynı değildir. Öte yandan 'kabul edilebilir', 'olağan' (m.4(3)), 'yararlı' (Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), 'makul' (m.5(3) ve m.6(1)) veya 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe de sahip değildir.

Mahkeme pratiğinde gereklilik kavramının kendi içerisinde iki alt kırılımı bulunmaktadır. Bunlardan ilki Mahkemenin “*zorlayıcı toplumsal ihtiyaç baskısı*” arayışıdır. AİHM'e göre “gereklilik” kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar yerel makamlardır.

Testin son aşamasında öne çıkan diğer kavram ise “*orantılılık*” kavramıdır. Anayasalardaki ölçülülük kavramından türetildiği ileri sürülen “orantılılık” incelemesi somut başvuruya göre iki farklı boyuta bürünebilmektedir. Bunlardan birisinde; müdahale için başvuruyla amaçla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunup bulunmadığı incelenmektedir. “Amaç” ilgili maddelerin 2. fıkralarında sayılan meşru amaçlardan biri ya da birkaçı; “araç” ise müdahalenin kendisidir. Orantılılık denetiminin diğer boyutunda ise; haklar arasında ya da çatışan menfaatler arasında “*adil dengenin*” kurulup kurulmadığı Mahkemenin sonuca gitmesinde rol oynamaktadır. Adil denge denetiminde, kural olarak, birbiriyle çatışan menfaatler uzlaştırılmakta veya somut olaya göre birisi diğerine oranla daha ağır gelmektedir. Mahkeme orantılılık değerlendirmesi yaparken çeşitli kolaylaştırıcılar da kullanmaktadır. Genellikle; müdahalenin ağırlığı, kapsamı, süresi, etkileri, yoğunluğu, caydırıcı etkisi, alternatif bir tedbire başvurulmasının mümkün olup olmadığı, başvuranın kendisi için başka alternatiflerin var olup olmadığı, somut olaya göre orantılılığı tespit etmek açısından Mahkeme tarafından kullanılmaktadır. Ancak Mahkeme orantılılık denetimi kapsamında, incelediği her başvuruda bu araçların hepsinden faydalanmamakta ya da başvurunun özelliğine göre faydalanmamaktadır. Özellikle “demokratik toplumda gereklilik” aşamasının çok sayıda değişken içermesi ve Mahkemenin yorumuna açık olması 8-11. maddeler kapsamındaki başvuruların sonuçlarının farklılaşmasına ve önceden öngörülememesine neden olmaktadır. Her ne kadar sonuçlarını kestirmek zor olsa da Mahkeme, 8 ila 11. maddeler kapsamında ele aldığı her başvuruya üç aşamalı testini uygulamaya devam etmektedir.

Üç aşamalı testin temel faydası, Mahkemenin söz konusu maddelerle ilgili başvuruları incelemek için kendisine bir standart yaratmış olmasıdır. Sağlanan standardizasyon sayesinde, Mahkeme söz konusu maddelerle ilgili önüne gelen başvurularda farklı sonuçlara ulaşsa dahi,

başvuruları hep aynı sırayı izleyerek ve hep aynı hukuki tasnif yöntemine başvurarak incele-  
mektedir. Bu durumun başvurucular, davalı devletler ve Mahkemenin kendisi için de müspet  
sonuçları bulunmaktadır. Başvurucular açısından; davalarının belirli bir öngörülebilirlik çerçe-  
vesi içerisinde incelenmesi, aynı dava konusu olayda Mahkemenin farklı bir inceleme yöntemi  
uygulaması nedeniyle başvurucuların mağdur olmasının önüne geçilmesi gibi artılar, müspet  
yanlara örnek olarak verilebilir. Davalı devletler açısından ise; Mahkemenin söz konusu hakka  
yapılan müdahalelerde aradığı şartların yerine getirildiğinin izah edilmesi veya savunma dilek-  
çelerinde belli başlı hususların açıklamasının yapılması açısından üç aşamalı test bir erken uyarı  
sistemi olarak kullanılabilir. Nitekim Mahkeme tarihi, davalı devletlerin Mahkemenin özellikle  
üstünde durduğu konular hakkında açıklama yapmadığı için ihlal sonucuna varılan birçok dava  
barındırmaktadır. Üç aşamalı testin Mahkemenin bizzat kendisi içinde birçok faydası vardır.  
Mahkemenin söz konusu maddelerle ilgili baktığı davalarda farklı hukuk sistemlerinin ortak  
bir potada eritilerek ortak bir içtihat oluşturulması, farklı dairelerde farklı inceleme yöntemle-  
rinin uygulanmaması, Avrupa'nın her yerinden gelen ve belirli bir rotasyona tabi Mahkeme  
çalışanları için inceleme usulünde tekdüzelik ve istikrar sağlanması gibi konular Mahkeme açı-  
sından sağlanan faydalardan yalnızca birkaçıdır.

Üç aşamalı testin başlıca menfi yönü ise; Mahkemenin önüne gelen her somut olayı üç  
aşamalı testin şablonuna oturtmakta bazen zorlanabilmesi ve bu durumun ise bazı kararların  
bulanıklaşmasına yol açabilmesidir. Özellikle demokratik toplumda gereklilik aşamasının di-  
ğer aşamalara nazaran ucunun açık olması, Mahkemenin bazı kararlarında değerlendirme nok-  
sanlarına neden olabilmektedir.

Sonuç olarak, AİHM'in üç aşamalı testi bir bütün olarak değerlendirilse, adalet ve eşit-  
liğin sağlanması noktasında önemli bir işlevi yerine getirdiği söylenebilir.

## KAYNAKÇA

- Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Hâkimler ve Savcılar İçin Meslek İçi Eğitim Seti, İfade Özgürlüğü, El Kitabı 8, Basın Davalarına Bakan Hakimler ve Savcılara Yönelik Eğitici Modül Yönlendirme El Kitabı.
- Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Kapsamında Kapasitesinin Geliştirilmesi Hâkimler ve Savcılar İçin Meslek İçi Eğitim Seti, İfade Özgürlüğü El Kitabı 2, Hakaret Suçlarına Bakan Ceza Hâkimleri ve Savcılarının Yönelik Eğitici Modül Yönlendirmeleri El Kitabı, s. 34.
- D.J. Harris, M.O'boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.
- Demir Gürsel, Esra. "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2014.
- Deniz, Yeşil. "Çevrimiçi Özgürlükler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Türkiye için ileriye dönük bir yol mu?" . *Ekonomi ve Dış Politika Araştırmalar Merkezi (EDAM) Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi*. 05/2018. <https://edam.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/EDAM-Cevrimici-Ozgurlukler.pdf> .
- Doğru Osman ve Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*. Ankara: Yargıtay Başkanlığı/Avrupa Konseyi, 2013.
- Durmuş, Betül. "Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü": Koç Üniversitesi, 1001-Araştırma ve Teknoloji Projelerini Destekleme Programı, (erişim: 12.03.2021).
- Esen, Egemen, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Anabilim Dalı: Kamu Hukuku, 2019.
- Gerards, Janneke. "How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights". *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No. 2 (2013): (s. 466–490)
- Gözübüyük, Şeref, Feyyaz Gölcüklü ve Abdurrahman Saygılı. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*. 12. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Greer, Steven. *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*. Strazburg: Council of Europe Publishing, 1997.
- Harris, David, O'Boyle, Micheal, Bates, Ed, Buckley, Carla. *Law of the European Convention on Human Rights vol. Second Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Hazar, Zeynep. "Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl 3 /Sayı 1, (2018): 73-106.
- Korkmaz, Ömer. *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Metin, Yüksel. "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7/1 (2017): (s. 1-74).
- Monica, Macovei. İfade Özgürlüğü İnsan Hakları El Kitapları No: 2. Strazburg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Yayını, 2001.
- Pekel, Abdulkadir. *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM'in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, Ankara: Liberte Yayınevi, 2016.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Schabas, William. *The European Convention on Human Rights A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Sunay, Reyhan. *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 2001.
- 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, S.2 (2011): (s. 1-15).

Yıldırım, Yakup. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:7/ Sayı:28, (2016 ): 447-470.

Yüksel, Saadet. *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*. İstanbul: Alfa Yayınları, 2015.

## KARARLAR

- AİHM, Akçam ve Türkiye, (Başvuru No: 32964/96), 30.10.2001, prg. 87.
- AİHM, Al-Nashif v. Bulgaristan, (Başvuru No: 50963/99), 20.06.2002, prg. 125, 126
- AİHM, Axel Springer AG v. Almanya (Başvuru No: 39954/08), 07.02.2012, prg. 89-95.
- AİHM, Baçzkowski ve diğerleri v. Polanya, (Başvuru No: 1543/06), 03.05.2007, prg. 61.
- AİHM, Barthold v. Almanya, (Başvuru No: 8734/79), 31.01.1986, prg. 21-46.
- AİHM, Bladet Tromsø ve Stensaas v. Norveç, (Başvuru No: 21980/93), 20.05.1999, prg. 58;
- AİHM, Bozgan v. Romanya, (Başvuru No: 35097/02), 11.10.2007, prg. 27.
- AİHM, Buscarini ve diğerleri v. San Marino, (Başvuru No: 24645/94), 18.02.1999, prg. 34.
- AİHM, Cangı v. Türkiye Davası, (Başvuru No: 24973/15), 29.01.2019, prg. 44.
- AİHM, Casado Coca v. İspanya, (Başvuru No: 15450/89), 24.02.1994, prg. 18-43
- AİHM, Castells v. İspanya, (Başvuru No: 11798/85), 23.04.1992, prg. 46.
- AİHM, Ciubotaru v. Moldova, (Başvuru No: 27138/04), 27.04.2010, prg. 55.
- AİHM, Coster v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 24876/94), 18.01.2001, prg. 104.
- AİHM, Couderc And Hachette Filıpacchi Associés v. Fransa, (Başvuru No: 40454/07), 10.11.2015, prg. 81.
- AİHM, Cumpănă ve Mazăre v. Romanya, (Başvuru No: 33348/96), 17.12.2004, prg. 88.
- AİHM, Çuvaş Cumhuriyeti İncil Merkezi v. Rusya, (Başvuru No: . 33203/08), 13.10.2014, prg. 58.
- AİHM, De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, (Başvuru No: 2832/66, 2835/66, 2899/66), 18.06.1971, prg.93.
- AİHM, Dilipak v. Türkiye, (Başvuru No. 29680/05), 15.09. 2015, prg.51.
- AİHM, Dogru v. France, (Başvuru No: 27058/05), 04.12.2008, prg. 75-76.
- AİHM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Türkiye, (Başvuru No: 20641/05), 25.09.2012, prg. 70.
- AİHM, Fatullayev v. Azerbaycan, (Başvuru No: 40984/07), 22.04.2010. prg. 82.
- AİHM, Funke v. Fransa, (Başvuru No: 10828/84), 25.02.1993, prg. 55
- AİHM, Gorzelik ve Diğerleri v. Polanya, (Başvuru No: 44158/98), 17.02.2004, prg. 92.
- AİHM, Gough v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 49327/11), 28.10.2014.
- AİHM, Haldimann ve diğerleri – İsviçre, (Başvuru No: 21830/09), 24/02/2015,
- AİHM, Hamidović v. Bosna Hersek, (Başvuru No: 57792/15), 5.12.2017, prg. 35.
- AİHM, Handyside v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 5493/72), 07.12.1976, prg. 49.
- AİHM, Hristiyan Demokratik Halk Partisi v. Moldova, (Başvuru No. 25196/04), 02.05.2010, prg. 77.
- AİHM, Iversen v. Norveç, (Başvuru No: 468/62), 17.12.1963.
- AİHM, İsviçre v. Vukota-Bojić, (Başvuru No. 61838/10), 18.10.2016
- AİHM, Karademirci ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 37096/97, 37101/97), 25.01.2005, prg. 33-34
- AİHM, Khuzhin ve Diğerleri v. Rusya, (Başvuru No: 13470/02), 23.10.2008, prg. 117.
- AİHM, Klass ve diğerleri v. Almanya, (Başvuru No: 5029/71), 06.09.1978, prg. 55.



- AİHM, Kokkinakis v. Yunanistan, (Başvuru No: 14307/88), 25.05.1993, prg. 19.
- AİHM, Koretskyy ve Diğerleri v. Ukrayna, (Başvuru No: 40269/02), 03.07.2008, prg. 39
- AİHM, Kövesi v. Romanya, (Başvuru No: 3594/19), 05.05.2020, prg. 199.
- AİHM, Kruslin v. Fransa, (Başvuru No: 11801/85), 24.04.1990, prg.27-37.
- AİHM, Kudrevičius ve Diğerleri v. Litvanya, (Başvuru No: 37553/05), 15.10.2015, prg. 145
- AİHM, Leyla Şahin v. Türkiye, (Başvuru No: 44774/98), 10.11.2005, prg.77.
- AİHM, McLeod v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 24755/94), 23.09.1998, prg. 58.
- AİHM, Medžlis Islamske Zajednice Brčko ve Diğerleri v. Bosna Hersek, (Başvuru No: 17224/11), 27.06.2017, prg. 88.
- AİHM, Müller ve diğerleri v. İsviçre, (Başvuru No: 10737/84), 24.05.1988, prg. 29.
- AİHM, N.F. v. İtalya, (Başvuru No: 37119/97), 02.08.2001, prg. 26- 29.
- AİHM, Nada v.İsviçre, (Başvuru No: 10593/08), 12.9.2012.
- AİHM, Navalnyy v. Rusya, (Başvuru No: 29580/12), 15.11.2018, prg. 122-127.
- AİHM, Nolan ve K. Rusya, (Başvuru No: 2512/04), 12.02.2009, prg. 73.
- AİHM, Ouranio Toxo ve Diğerleri v. Yunanistan, (Başvuru No: 74989/01), 20.10.2005; prg. 42
- AİHM, Özbek ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 35570/02), 06.10.2009, prg. 35
- AİHM, Perinçek v. İsviçre, (Başvuru No: 27510/08), 15.10.2015, prg. 136 ve 151.
- AİHM, Piechowicz v. Polonya, (Başvuru No: 20071/07), 17.04.2012, prg. 212.
- AİHM, Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98), 13.02.2003, prg. 66
- AİHM, RTBF v. Belçika, (Başvuru No. 50084/06), 29.03.2011
- AİHM, S. ve Marper v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 30562/04, 30566/04), 04.12.2008, prg. 101
- AİHM, S.A.S. v. Fransa, (Başvuru No: 43835/11), 01.07. 2014, prg.116-117.
- AİHM, Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v. Finlandiya, (Başvuru No: 931/13), 27.06.2017, prg. 166.
- AİHM, Sidiropoulos ve Diğerleri v. Yunanistan, (Başvuru No: 26695/95), 10.07.1998, prg. 31
- AİHM, Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 5947/72), 25.03.1983, prg. 95.
- AİHM, Sindicatul 'Păstorul cel Bun' v. Romanya, (Başvuru No: 2330/09), 31.01.2012, prg. 69
- AİHM, Sosyalist Türkiye Partisi ve Diğerleri v. Türkiye (Başvuru No: 26482/95), 12.11.2003, prg. 45
- AİHM, Staatskundig Gereformeerde Partij v. Hollanda, (Başvuru No: 58369/10), 10.06.2012, prg. 70.
- AİHM, Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü v. Bulgaristan, (Başvuru No: 29221/95 29225/95), 02.10.2001, prg. 97.
- AİHM, Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01), 12.04.2006, prg. 48.
- AİHM, Sviato-Mykhailivska Parafiya v. Ukrayna, (Başvuru No: 77703/01), 14.06.2007, prg. 116.
- AİHM, Şolari v. Moldova Cumhuriyeti, (Başvuru No: 42878/05), 28.03.2017, prg. 39.
- AİHM, The Moscow Branch of the Salvation Army v. Rusya, (Başvuru No: 72881/01), 05.10.2006, prg. 97.
- AİHM, The Sunday Times v. İngiltere (No. 1), (Başvuru No: 6538/74), 06.11.1980, prg. 30-47
- AİHM, Tüm Haber Sen and Çınar v. Türkiye, (Başvuru No: 28602/95), 21.02.2006, prg. 36.
- AİHM, Von Hannover v. Almanya, (Başvuru No: 59320/00), 24.06.2004, prg. 65.
- AİHM, Wizerkaniuk v. Polonya, (Başvuru No: 18990/05), 05.07.2011, prg. 65.

AİHM, Yehova Şahitleri Dayanışma Derneği ve diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 36915/10 8606/13), 17.10.2016, prg. 98.

AİHM, Young, James ve Webster v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 7601/76 7806/77), 13.08.1981, prg. 63.

AİHM, Z v. Finlandiya, (Başvuru No: 22009/93), 25.02.1997, prg. 94.

AİHM, Zhechev v. Bulgaristan, (Başvuru No: 57045/00), 21.06.2007, prg. 58.