

# Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi

## The Limitation System of Rights and Freedoms of the European Convention on Human Right

Mehmet Turhan\*  
Çankaya Üniversitesi

**ÖZET** 2010 anayasa değişikliğine göre herkes anayasada güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerinden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir. Ancak böyle bir başvuruda bulunabilmek için o hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki bir hak olması gerekmektedir. Bu nedenle Türk Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sınırlandırma hükümlerini bilmesi önemlidir. Bu makalede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hak ve özgürlükleri sınırlandırma sistemi incelenmiştir. Davaların büyük bir çoğunluğu sınırlandırmanın “demokratik toplum bakımından zorunlu” olup olmadığı hususunda dönmekte ve taraf devletlerin değerlendirme marjı denetlemenin kalbinde yer almaktadır. Bu noktada da ölçülülük ölçütü oyuna girmektedir. Bu iki doktrin birbiriyle içe geçmiş durumdadır ve ölçülük ilkesi taraf devletin kendisine tanınan değerlendirme marjını aşp aşmadığını belirlemede kullanılmaktadır. Bundan sonra sırasıyla 17. maddede düzenlenen hakların kötüye kullanımının yasaklanması ve 18. maddede düzenlenen hakların kısıtlanmasının sınırları da bu makalede incelenmiştir..

**ANAHTAR KELİMELER** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sınırlandırma hükümleri, değerlendirme marjı, ölçülülük, belirlenmiş meşru amaçlar, demokratik toplumda gerekli, hakların kötüye kullanılması, hakların kısıtlanmasının sınırları

**ABSTRACT** According to the 2010 constitutional amendment of the 1982 Constitution everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of his or her rights is violated by public authorities guaranteed by the constitution. However the concerned right which is guaranteed by the Constitution must be enumerated in the European Convention on Human Rights. For that reason the Constitutional Court of Turkey must understand the limitation clauses of the European Convention. In this article the case law of the European Court of Human Rights connected with the system of restriction of human rights of the Convention is examined. The majority of cases turn on whether limitation is “necessary in a democratic society” and the margin of appreciation of contracting parties lies at the hearth of review and this brings into play the measure of proportionality. The two doctrines intertwined and the principle of proportionality has been used to show that a Party has gone beyond its margin of appreciation. After this prohibition of abuse of rights and limitation on use of restrictions on rights arranged respectively in Article 17 and Article 18 of the Convention is also examined.

**KEY WORDS** European Convention on Human Rights, limitation clauses, margin of appreciation, proportionality, specified legitimate aims, necessary in a democratic society, abuse of rights, limitation on use of restrictions on rights

---

\*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

“İnsan Hakları modern demokrasinin merkezinde yer alır ve Nazi Soykırımının ve İkinci Dünya Savaşı’nın kalıntıları üzerine inşa edilmiştir. Demokrasinin insan hakları olmadan varolma nedeni yoktur; demokrasiden insan haklarının çıkarılması, demokrasiyi ruhsuzlaştıracak ve içi boş bir kaba dönüştürecektir. İnsan Hakları demokrasi tacının üzerindeki mücevherlerdir.”<sup>1</sup>

Yirminci yüzyılda insan hakları alanındaki en önemli gelişme bireyin uluslararası hukukun öznesi durumuna gelmesidir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında dünyada insanın insan olarak değerini kabul etmeyen ve insanlar arasında eşitliği reddeden görüşlerin yeniden ortaya çıkmaması için, insan haklarına saygılı bir düzenin yerleştirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerle 1945 yılında kurulan Birleşmiş Milletler, kuruluşundan kısa bir süre sonra 10 Aralık 1948’de İnsan Hakları Evrensel Bildirisini kabul etmiştir. İnsan Hakları konusunda çok önemli bir yere sahip olmasına ve dünya toplumunun insan hakları alanındaki özlemini yansıtmaya rağmen, bu Bildiride yazılı hak ve özgürlükleri uygulamaya koyacak ve bunları gerçekleştirecek bir düzen yoktur.<sup>2</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile ilgili olarak Münci Kapani şunları belirtmektedir:

1. Aharon Barak, “Proportionality and Principled Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights* Vol. 4 (2010), s. 3.
2. Birleşmiş Milletler bu eksikliği gidermek için insan haklarıyla ilgili iki sözleşme hazırlamıştır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve bu sözleşmeye ek İhtiyari Protokol 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda oylanarak kabul edilmiştir. Ancak Sözleşmelerin yürürlüğe girebilmesi için en az 35 devletin bu sözleşmeleri onaylayıp, sözleşmelere katılma belgelerini BM Genel Sekreterliğine sunması şartı gerektiğinden, bunun tamamlanması ve sözleşmelerin yürürlüğe girebilmesi için 10 yıl beklemek zorunda kalınmıştır. Bu nedenle bu ikiz sözleşmeler 1976 tarihinde yürürlüğe girebilmiştir. Türkiye ikiz sözleşmeleri BM Genel Kurulunda kabul edildiği 1966 yılından, Dünyada yürürlüğe giriş tarihleri olan 3 Ocak 1976 ve 23 Mart 1976 tarihlerine kadar olan süre içinde onaylamamıştır. Yani ilk 35 ülke arasında Türkiye yer almamıştır. Daha sonraki yıllar içinde Avrupa Birliğine (AB) üye olunması çerçevesinde sürdürülen faaliyetler kapsamında, 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladığımız bu sözleşmeler, yürürlüğe girebilmesi ve bu sözleşmelere taraf olunabilmesi için anayasamız gereği şart olan Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulmamış ve beklemeye alınmıştır. AB katılım ortaklığı belgesi kapsamında hazırlanan 2001 yılındaki Ulusal Programın Siyasi Kriterler bölümünün orta vadede hedefleri içinde bu sözleşmelere taraf olunacağı konusuna yer verilmiştir. AB Uyum Paketlerinden 6. Uyum Paketi içinde, Türkiye’den taraf olunması AB tarafından ısrarla talep edilen ikiz sözleşmelerden, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve eki İhtiyari Protokol 2002 yılı Aralık ayı içinde, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi 2003 yılının Nisan ayı içinde, onaylanmaları için Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümetleri tarafından Başbakan Abdullah Gül ve Başbakan Recep Tayyip Erdoğan dönemlerinde TBMM’ne sevk edilmişlerdir. Her iki

“... Evrensel Bildirinin, bir yönü ile, ileriye –belki de çok ileriye– dönük ve ‘ulaşılması gereken hedefleri’ belirleyen ideal bir haklar listesi niteliği taşıdığını söyleyebiliriz. Ancak, buna karşılık hemen belirtelim ki, Bildiride bugün için belki gerçekleşmesi güç ve bu yüzden platonik sayılabilecek bazı hükümler yanında, derhal gerçekleştirilmesi mümkün ve gerekli temel haklar ve özgürlükler de sıralanmıştır. Bu tarihsel belgenin asıl özünü oluşturan da her ne sebeple olursa olsun ertelenmesi, ya da savsaklanması söz konusu olmaması gereken bu haklar ve özgürlükler demetidir”.<sup>3</sup>

Hiç kuşkusuz İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin insanlık tarihinde yeni bir dönem başlatan önemli belgelerden biri olduğu söylenebilir.

Avrupa Konseyi de kuruluşu ile birlikte insan hakları konusunda bir sözleşme hazırlamayı kendine bir görev edinmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden esinlenerek hazırlanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme Bildiriden daha dar kapsamlı tutulmuştur. Bu Sözleşmenin uluslararası hukuka büyük bir katkısı olmuş ve uluslararası hukukta yeni gelişmelere yol açmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin sözleşme 4 Kasım 1950'de imzalanmış, 3 Eylül 1953'de yürürlüğe girmiş ve 18 Mayıs 1954'de de Türkiye tarafından onaylanmıştır. Kısaca “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (AİHS) denilen bu Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası durumundadır.<sup>4</sup> Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasının son cümlesine göre; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Bu nedenle AİHS normlar hiyerarşisinde yasaların üstünde yer almaktadır. Bu söylenenlerin yanında AİHS'nin iç hukukumuzda diğer insan hakları sözleşmelerinden daha önemli bir yere sahip olduğu da söylenebilir.

Anayasanın 148. maddesine 7.5.2010 tarihli anayasa değişikliğiyle eklenen ek fıkra ile anayasa şikayeti kurumu getirilmiştir. Bu hükme göre, “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mah-

---

sözleşme de, 4 Haziran 2003 tarihinde TBMM'de, 4867 ve 4868 sayılı kanunlar olarak, sözleşmelere verilen 3 beyan ve 1 çekince ile kabul edilmiş, 17 Haziran 2003 tarihinde Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından onaylanmış ve 18 Haziran 2003 günü de, 25142 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Özetle Türkiye, ikiz sözleşmeleri, 37 yıllık bir aradan sonra kabul etmiş ve sözleşmelere uluslararası hukuk açısından taraf olmuştur. Ülkemizde her nedense bu ikiz Sözleşmeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin gölgesinde kalmaktadır. Bir başka deyişle, ikiz sözleşmeler hak ettikleri ilgiyi görmemektedir.

3. Münci Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 2. Bası, Ankara: Bilgi Yayınevi, 1991, s. 28.

4. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. Bası, Ankara: Turhan Kitapevi, 2009, s. 21.

kemesine başvurabilir.” Bireysel başvuru AİHS kapsamındaki haklar açısından tanınmıştır. Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Türkiye aleyhine her yıl binlerce başvuru yapıldığı ve bu yeni kabul edilen bireysel başvuru yoluyla bu başvuruların iç hukuk yoluyla çözümlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Gerekçede birçok Batı demokrasisinde bireysel başvuru yolunun anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası olduğu ve bu yöntemin bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacağı da belirtilmiştir.<sup>5</sup> Bireysel başvuru yolunun asıl amacının AİHM’ne başvurudan önce bir iç hukuk yolu oluşturmak olduğu söylenebilir. Anayasada kabul edilen bireysel başvuru yoluyla AİHM mekanizması arasında bir paralellik bulunduğu söylenebilir. Bu yolun başarıya ulaşabilmesi için AİHM’nin içtihatlarını iyi bilmek ve çok önemli gerekçeler olmadığı sürece de bu içtihatlarla bağlı kalınması gerekmektedir. Bu ise Anayasa Mahkemesinin AİHS’ni ve getirdiği sistemi ve özellikle AİHM’nin içtihatlarını çok yakından takip etmesini bir zorunluluk haline getirmektedir.<sup>6</sup>

AİHS’nde hak ve özgürlükler Evrensel Bildirge’de olduğu gibi sadece genel ilkelere şeklinde sayılmasıyla yetinilmemiş; hak ve özgürlüklerin somut ve ayrıntılı biçimde tanımlanmasına ve sınırlarının belirlenmesine çalışılmıştır. Hakların bu şekilde düzenlenmesinin nedeni Sözleşmenin hukuki bağlayıcılığı olan bir denetim mekanizması öngörmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Sözleşmede Evrensel Bildirgedeki haklardan sadece klasik haklar olarak adlandırılan kişisel ve siyasal hakların bir bölümüne yer verilmiştir. Bu haklar 1982 Anayasasında “Kişi Hakları” ve “Siyasi Haklar” başlıkları altında düzenlenmiştir.<sup>7</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi insan haklarının hukuksal açıdan korunması konusunda Dünyadaki en güçlü uluslararası hukuksal belge niteliğindedir. Bu sözleşme Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin

5. 7.11.10982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı:4, S. Sayısı: 497, s. 18-19. Bakınız TBMM Resmi İnternet Sitesi:<http://tbmm.gov.tr>.

6. 2010 Anayasa değişikliği ile bireylere Anayasa Mahkemesine başvuru yolunun kabul edilmesinin en önemli gerekçesi yukarıda belirttiğimiz gibi AİHM’ne Türkiye’den giden başvuru sayısının çokluğu- dur. Ancak kabul edilen bu çözümün bazı riskleri de bulunmaktadır. Eğer Anayasa Mahkemesi bu yolla ülkemizde temel hak ve özgürlükleri korumada başarılı olamazsa, bireysel başvuru yolunun AİHM tarafından etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilmeyip bu yola başvurma zorunluluğu olmaksızın doğrudan AİHM’ne başvuru hakkı tanınması söz konusu olabilir. Eğer bireysel başvuru yolunda sonuç elde edebilmek için çok uzun süreler beklemek gibi bir sorun ortaya çıkarsa, yine Türkiye AİHM tarafından uzun dava süreleri nedeniyle Sözleşmeyi ihlal kararlarıyla karşılaşılabılır.

7. Ayhan Döner, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara: Seçkin, 2003, s. 82.65

(AİHM) yorumlarıyla gelişmiş ve günümüze gelmiştir. Bu organların içtihatları sözleşmeye hem içerik kazandırmış hem de yaşam vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini anlamının yolu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (Komisyonun) içtihatlarını bilmeyi gerektirmektedir. Günümüzde Strasbourg Mahkemesinin “hukuk devleti” ve “demokratik toplum” görüşlerini benimseyip yaşama geçirmeden demokratik bir hukuk devleti olmanın bir yolu yoktur.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞEMESİ'NDE HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ

AİHM önüne gelen işlerde denetimini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yani sadece Sözleşme hükümleri içinde kalarak yapmaktadır. Bir başka deyişle, gerek başvuran taraf gerek savunmadaki hükümet tarafı AİHM önünde AİHS ve Protokollerinden başka bir dayanağa sahip değildir.<sup>8</sup>

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, Sözleşmeye göre hiçbir biçimde sınırlandırılmayacak haklar vardır. AİHS'nin 15. maddesine göre olağanüstü hallerde dahi bazı haklar sınırlandırılmayacaktır. Bunlar meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı ve cezaların yasallığıdır. 1982 Anayasası AİHS'nin hükmünden esinlenerek 15. maddesinin ikinci fıkrasında şöyle bir hüküm getirmiştir: “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” Anayasasının 15. maddesinde de yer alan bu haklar olağanüstü hallerde bile durdurulmayacak ve ihlal edilemeyecek haklardır.

İnsan Hakları sözleşmelerindeki önemli bir gelişme tek bir genel sınırlandırma hükmünden uzaklaşarak, her hak ve özgürlüğün kendine özgü nitelikleri ve özellikleri gözetilerek o hak ve özgürlükle ilgili hükümde sınırlandırılması veya sınırlandırılmaması sistemine geçilmesi olmuştur. Oysa 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi bütün hak ve özgürlüklere uygulanabilecek ve sınırlandırılmanın nasıl yapılacağı-

8. İnsan hakları sözleşmelerinde hakların sınırlandırılması konusuna genel bir bakış için bakınız: Mohamed Elewe Badar, “Basic Principles Governing Limitations on Individual Rights and Freedoms in Human Rights Instruments”, *The International Journal of Human Rights*, C. 7, No:4, Winter 2003, s. 63-92.

nı hükme bağlayan bir genel sınırlandırma maddesi içermektedir.<sup>9</sup> Evrensel Bildirinin tersine AİHS’nde genel sınırlandırma hükmünün bulunmamasının önemli bir sonucu şudur: Eğer hak ve özgürlüğü düzenleyen hükümde sınırlandırma nedeni belirtilmediyse, o hak ve özgürlüğün sınırlandırılmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sistemin hak ve özgürlükler lehine olduğu açıktır. 1982 Anayasasında da 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında genel sınırlandırma sebeplerine yer verilmesi sisteminde vazgeçilmiştir. Anayasanın 13. maddesi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen bir hüküm haline gelmiştir. Yani hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlandırılabilir.

Sözleşmede yer alan bazı haklar o şekilde formüle edilmiştir ki, o hak için o maddede herhangi bir sınırlandırma hükmüne yer verilmemiştir. Örneğin Sözleşmenin 3. maddesi ve Dördüncü Protokolde yer alan 3. ve 4. maddelerde durum böyledir. Sözleşmenin 3. maddesi “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.” hükmünü getirmektedir. Dördüncü Protokolde yer alan 3. madde de hiç kimsenin tek başına ya da toplu olarak, uyuşu bulunduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemeyeceğini ve hiç kimsenin uyuşuğunda bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılmayacağını hükme başlamaktadır. 4. madde ise toplu olarak sınır dışı edilmeyi yasaklamaktadır.

Eğer Sözleşmenin bir maddesinde o hak için açıkça bir sınırlandırma söz konusuysa bu çeşitli biçimlerde gerekçeleşebilmektedir. Bazen Sözleşmenin 4. maddesinde olduğu gibi belirli bir terim o şekilde tanımlanmaktadır ki, bu durum güvence altına alınan hakkın sınırlarını bize göstermektedir. Sözleşmenin 4. maddesi aynen şöyledir:

1. Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.
2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.
3. Aşağıdaki haller bu maddede sözü geçen ‘zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma’dan sayılmazlar.
  - (a) Bu Sözleşme’nin 5. maddesinde öngörülen koşullar altında tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma;
  - (b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inancaları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan

9. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 29. maddesi şöyle bir hüküm içermektedir: “1. Herkesin, kişiliğinin özgürce ve tam gelişmesine olanak sağlayan tek ortam olan topluluğuna karşı ödevleri vardır. 2. Herkes, hak ve özgürlüklerini kullanırken, ancak başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ile demokratik bir toplumdaki ahlak, kamu düzeni ve genel refahın adil gereklerinin karşılanması amacıyla, yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olabilir. 3. Bu hak ve özgürlükler, hiçbir koşulda Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.”

- kimselerin durumunun meşru sayan ülkelerde, bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet;
- (c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz ve afet hallerinde istenecek her hizmet;
- (d) Normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.”

Bazen 12. maddede olduğu gibi sınırlandırma hakkın ifadelendirilmesinde yer alabilmektedir. 12. madde aynen şöyledir:

“Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir.”

Bazen de 2. maddede olduğu gibi bazı belirlenmiş istisnalara yere verilmektedir. 2. madde aynen şöyledir:

1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.
2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:
  - (a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması için;
  - (b) Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
  - (c) Ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması için.”

Bazen de 8., 9., 10. ve 11. maddelerde olduğu gibi belirli kurallara bağlanmış koşullarda yetkililer haklara müdahalede bulunabilmekte ve hak ve özgürlükleri sınırlandırabilmektedirler.

AİHS’nde hakların sınırlandırılması konusundaki temel ilke sınırlandırmanın Sözleşmede açıkça izin verilen sınırlandırma nedenlerine dayanması gerektiğidir. Bu temel ilke Sözleşmede açıkça belirtilmemesine rağmen, Sözleşmenin bütünü yorumundan anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 18. maddesine göre; “Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.” Sınırlandırmaların Sözleşmenin açık hükümleriyle gerekçelendirilmesinin önemi büyüktür. Bu durum Strasbourg Mahkemesinin yapılan müdahaleyi Sözleşmedeki açık hükümlere referansla denetleyebilmesini mümkün hale getirir.<sup>10</sup> *Sidiropoulos* kararında mahkeme hak ve özgürlüklere getirilen istisnaların kesin bir biçimde tüketici ve

10. Robin C. A. White & Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 310-311.

tanımlarının da zorunlu olarak kısıtlayıcı olduğu ve istisnaların dar yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>11</sup>

O halde vurgulanması gereken husus sınırlandırmanın Sözleşmede yer alan maddede açıkça belirtilmesi gerektiğidir. Yani AİHM “belirsiz” ve “tanımlanamaz” hak ve özgürlüklerin kendi niteliklerinden ve tabiatlarından doğan objektif sınırlarının olduğu düşüncesini kabul etmemektedir. Mahkeme o hakkı düzenleyen hükme, daha doğrusu o hükümdeki istisnalara bakarak Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. Bir başka deyişle, her hak ve özgürlüğün, o hak ve özgürlük ile ilgili herhangi bir sınırlandırma nedeni olamasa dahi, o hakkın niteliğinden doğan objektif sınırları olduğu görüşü sınırlandırma hükümleriyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle Mahkemece reddedilmiştir.<sup>12</sup>

Bu açıklanan nedenlerle AİHS’nde güvence altına alınan haklara getirilen sınırlandırılmaların ayrıca ele alınmasına gerek yoktur. Sınırlandırma sorunu kaçınılmaz olarak hakların kapsamından ayrılmamaktadır. Çeşitli sınırlandırmalara, bir başka deyişle, bir arada ele alınabilecek çeşitli hakların kapsamına yönelik dikkate alınacak hususlar da vardır.

AİHS’nin 8-11 maddeleri devletlere bu hak ve özgürlükleri sınırlamada bir takdir marjı bırakmaktadır. Hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler bu maddelerin ikinci fıkralarındaki koşullara uyulması durumunda Sözleşmeye uygun bir sınırlandırma yapılmış olur. Sözleşmenin 8-11 maddelerinin ikinci fıkralarını yorumlayan Strasbourg organları özgürlüğe yapılan müdahalenin Sözleşmeyi ihlal edip etmediğine karar verirken dört aşamalı bir araştırma yapmaktadırlar. Mahkeme ilk olarak Sözleşmede yer alan hakka müdahale olup olmadığını araştırmaktadır. İkinci aşamada bu müdahalenin yasayla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini incelemektedir. Üçüncü olarak yapılan müdahalenin 8-11 maddelerin ikinci fıkralarında yer alan meşru amaçlarla yapılıp yapılmadığına bakmaktadır. Son olarak ise müdahalenin ölçülü veya “demokratik bir toplumda zorunlu” olup olmadığına veya ivedi bir sosyal gereksinimi karşılayıp karşılamadığına bakmaktadır.<sup>13</sup>

O halde özgürlüğe bir müdahalenin olduğu durumlarda, AİHM Sözleşmenin ihlal edilip edilmediği şu üç soruya bakılarak karar verilecektir: Hak ve özgürlüğe yapılan müdahale yasayla öngörülmüş müdür? Eğer yasayla öngörülmüşse yapılan müdahalenin

11. *Sidiropoulos and Others v. Greece*, 10 Temmuz 1998, par. 38.

12. *Golder v. United Kingdom*, 21 Şubat 1975, par. 37-40.

13. George Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 26, No. 4, 2006, s. 710-711.



amacı meşru mudur? Yani ilgili maddede yer alan meşru sebeplerden biriyle mi sınırlandırılmıştır? Ve son olarak sınırlandırma demokratik toplumda zorunlu olan ölçüde mi yapılmıştır? Şimdi sırasıyla bu üç koşulu sırasıyla inceleyelim.

#### MÜDAHALE İÇİN GEREKLİ YASAL TEMEL

Özgürlüğe yapılan müdahalenin “yasala öngörülmuş” veya “yasayla sınırlanmış” olması gerekmektedir. Bu koşulun anlamı hakka ya da özgürlüğe yapılan müdahalenin iç hukukta yasal dayanağının bulunması gerektiğidir. Yasalık koşulu “hukuk devleti” ilkesinin temeli olduğuna göre bu iç hukukun 8., 9., 10. ve 11. maddelerde 1. fıkra ile korunan hakların resmi makamların keyfi müdahalesini önleyecek bir koruma sistemine sahip olması gerektiği anlamına gelmektedir. Yasalık güvencesinin ihmali durumunda ulaşılmak istenen meşru amaç ile ilgililerin haklarına yapılan müdahale arasındaki denge bozulacaktır.<sup>14</sup>

AİHM *Sunday Times* kararında “yasayla öngörülen” ifadesindeki “yasa” sözcüğünün sadece “yasa”yı değil yazılı olmayan hukuku da kapsadığını belirtmiştir. Bu nedenle mahkemeye saygısızlık suçunun yasayla değil de, “common law”un bir ürünü olması bu açıdan önemli değildir. Mahkemeye göre “common law” tarafından konan bir yasağın mevzuat biçiminde ifade edilmemiş olması gerekçesiyle, “yasayla öngörülen” bir yasağın olmadığını söylemek Sözleşmeyi hazırlayanların amaçlarına aykırı olacaktır.<sup>15</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “yasayla öngörülen” veya “yasayla” ifadelerinin iki koşulu kapsadığını belirtmiştir:

“Mahkemenin görüşüne göre, “yasayla öngörülen” ifadesinden iki koşul ortaya çıkmaktadır. Birincisi, yasa yeterince *ulaşılabilir* olmalıdır: Vatandaş belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki yasa kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidir. İkincisi, vatandaşın davranışlarını düzenlemesine olanak vermek için yeterli *açıklıktan* yoksun bir biçimde düzenlenmiş bir norm “yasa” kuralı olarak kabul edilemez: Vatandaş belirli bir eyleminin gerektirdiği sonuçları –eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla- o koşullarda makul sayılabilecek ölçüde olmak üzere önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak kesinlikle görülebilir olmasına gerek yoktur: Tecrübelerimiz bize bunun mümkün olamayacağını göstermektedir. Belirginlik çok istenir bir şey olmasına rağmen, bu özellik aşırı derecede bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukuk değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle bir çok yasa kaçınılmaz olarak az ya da çok

14. Gözübüyük ve Gölcüklü., 2009, s. 375.

15. *Sunday Times v. United Kingdom*, 26 April 1979, par. 47. Bu kararın Türkçe çevirisi için bakınız: Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, İstanbul: Beta, 2002, s. 273-304. Çeviri Osman Doğru'nun çevirisinden faydalanılarak tarafımdan yapılmıştır.

muğlak terimlerle ifade edilir. Bunların yorumlanması ve uygulanması uygulamanın sorundur.”<sup>16</sup>

AİHS'nin hakları sınırlandırmayla ilgili hükümleri üzerine önemli bir makale yazmış olan Berend Hovius bu karar hakkında şunları belirtmektedir:

“*Sunday Times* kararında formüle edildiği biçimde hem ulaşılabilirlik hem de açıklık koşulları hukuk devleti ilkesine göre yönetilen bir toplumda bireyin yasalara aykırı davranmadan planlarını yapabilmesi ilkesidir. Bu nedenle odaklanılan nokta yasanın muğlak veya müphem olmasından çok başvuruçunun belirli koşullarda yasanın uygulanmasını görebilecek olup olmamasıdır. Bu yaklaşım Komisyonun ve Mahkemenin belirli bir devlet eyleminin Sözleşmede yer alan bireyin hak ve özgürlüklerini ihlal edip etmediğini belirlemek olan mutlak göreviyle iyi birleşmektedir. Böylesi bir yasanın Sözleşmeyi ihlal edip etmediği sorunu nadiren ortaya çıkmaktadır.”<sup>17</sup>

AİHM *Akçam v. Turkey* kararında yasaların “açık” olması gerektiği konusu üzerinde durmuş ve Türk Ceza Kanununun 301. maddesini yeteri kadar açık bulmamıştır. Mahkemeye göre yasaların yeterli kesinlik içerecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Öyle ki, ilgili kişiler makul sınırlar içinde belirli bir fiilin sonuçlarının neler olabileceğini öngörebilmelidirler. AİHM Ceza Kanunda yapılan değişiklikle “Türklük” teriminin yerine “Türk milleti” teriminin konulmasına karşın, Yargıtay’ın bu kavramı yine eskisi gibi anlamlandırması nedeniyle önemli bir farklılığın ortaya çıkmayacağı kanısındadır. Strasbourg Mahkemesi Ceza Kanununun 301. Maddesinin yazılışını çok geniş, kapsamlı ve muğlak bulmuştur ve Mahkemeye göre bu niteliğiyle bu madde ifade özgürlüğü bakımında sürekli bir tehdit oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, hükmün ifade ediliş biçimi, kişilere, kendi fiillerini kontrol etme ve sonuçlarını önceden görme imkânı tanımamaktadır. Ceza Kanununun 301. Maddesi, AİHM’nin yerleşik içtihadının gerekli gördüğü hukuk niteliğini sağlamamaktadır; çünkü kabul edilemez ölçüde geniş tutulan ifadeler, olası sonuçlar konusunda öngörülebilirliği çok azaltmaktadır.<sup>18</sup>

16. *Sunday Times*, 26 Nisan 1979, par. 49. *Leyla Şahin* kararında Büyük Daire içtihadını şöyle özetlemekteydi: “Mahkeme, ‘yasayla öngörülme’ ifadesinin, ilk olarak, karşı çıkılan tedbirin iç hukukta bir temeli olması gerektiği yönündeki yerleşik içtihadını vurgular. Aynı zamanda, yasanın, ilgili kişiler için ulaşılabilir olması, bu kişilerin –gerektiğinde uygun yönlendirme içererek- bu şartlarda makul olan ölçüde, belirli bir eylemin yol açacağı sonuçları öngörebilmelerini ve davranışlarını buna göre düzenlemelerini sağlayabilecek nitelik taşıması gerektiğine atıfta bulunur.” *Leyla Şahin v. Turkey*, 10 Kasım 2005, par. 84.

17. Berend Hovius, “The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter?” *Ottawa Law Review*, C. 17, 1985, s. 232.

18. *Akçam v. Turkey*, 25 Ekim 2011, par. 85-96.

AİHM *Leyla Şahin* kararında “yasayla öngörülmüş olmak” veya “yasalar uyarınca” terimlerini şöyle açıklamaktadır:

“Ayrıca, Sözleşme’nin 8 ilâ 11. maddelerinde kullanılan “yasayla öngörülmüş olmak” ve “yasayla” ifadeleriyle ilgili olarak, Mahkeme “yasa” terimini “şeklen” değil “özü” itibariyle algıladığını her zaman vurgulamış, yasalardan daha alt düzeydeki kararname ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri kapsayan “yazılı hukuku” ve yazılı olmayan hukuku da dahil etmiştir. “Hukuk” sözcüğünden hem yazılı hukuk, hem de yargıçlar tarafından oluşturulan “hukuk” anlaşılmalıdır. Sonuç olarak, “hukuk”, yetkili mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir.”<sup>19</sup>

Leyla Şahin davasında önemli bir sorun vardı. Leyla Şahin’e göre, üniversitelerde başörtüsü yasağını getiren genelge, 2547 sayılı Kanunun geçici 17. maddesine aykırıdır; çünkü bu madde İslami başörtüsünü yasaklamamaktadır; yani düzenleyici hükme yasal dayanak oluşturabilecek hiçbir yasama kuralı mevcut değildir. AİHM’ne göre ise konu sadece 2547 sayılı Kanun’un geçici 17. maddesinin lafzından hareketle değil, ilgili içtihat da esas alınarak incelenmelidir. Bu bağlamda, AİHM Anayasa Mahkemesinin 9 Nisan 1991 tarihli kararını göstermektedir. Tartışma, “yürürlükteki yasalar” ifadesinin anlamına ilişkindir. Hem bağlayıcı hem de 31 Temmuz 1991 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmış olması nedeniyle ulaşılabilir ve açık olan Anayasa Mahkemesinin bu kararı, geçici 17. maddenin lafzını tamamlamaktadır. Bu karar Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararıyla da uyumludur. Strasbourg Mahkemesi Anayasa Mahkemesinin 9 Nisan 1991 tarihli kararında bu maddenin lafzının yüksek öğrenim kurumlarındaki kılık kıyafet özgürlüğünün mutlak olmadığını karara bağlandığını vurgulamaktadır. Ayrıca, AİHM Danıştay’ın sürekli olarak, başörtüsünün kadın özgürlüklerine ve Cumhuriyet’in temel ilkelerine aykırı bir görüşün sembolü haline gelme sürecinde olduğu için üniversitede İslami başörtüsü takmanın Cumhuriyet’in temel ilkeleri ile bağdaşmadığı kararına vardığını da belirtmiştir. Böylece AİHM, müdahalenin Anayasa Mahkemesinin içtihadının ışığında yorumlanan 2547 sayılı Kanun’un geçici 17. maddesine dayandığını ve maddenin bu yasağın dayanağı olduğunu belirtmiştir. AİHM’ne göre bu şekilde anlaşılan Yasa, aynı zamanda ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik şartını yerine getirmek anlamında yeterince kesin ve açıktır.<sup>20</sup>

19. *Leyla Şahin v. Turkey*, 10 Kasım 2005, Büyük Daire Kararı, par. 88.

20. Ayrıca Strasbourg Mahkemesine göre başvuruçunun, İstanbul Üniversitesi’ne girdiği andan itibaren üniversite binalarında İslami başörtüsü takmaya yönelik kısıtlamalar olduğunu ve 23 Şubat 1998 tarihinden itibaren başörtüsü kullanmaya devam ettiği takdirde derslere ve sınavlara kabul edilmemeye maruz kalacağını bilmesi beklenirdi. Bakınız: *Leyla Şahin v. Turkey*, par. 89-98. Leyla Şahin kararıyla ilgili bir inceleme için bakınız: Dominic McGoldrick, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 140-172.

## BELİRLENMİŞ MEŞRU AMAÇLAR

AİHM herhangi bir sınırlamanın yasal temelini olduğuna kanaat getirdikten sonra, Sözleşme hükümlerine göre bu sınırlamanın Sözleşmede ilgili maddede belirlenmiş meşru amaçlardan biri için yapılıp yapılmadığına bakmaktadır. Meşru müdahale nedenleri Sözleşmede sarih ve sınırlıdır.<sup>21</sup> Ancak şu da belirtilmelidir ki, sözleşmeciler taraf devletler eylemlerini veya işlemlerini meşru amaçlardan birine sokmakta çok zorlanmamaktadır. Strasbourg Mahkemesi de getirilen sınırlandırmanın bu sözü geçen meşru amaç içinde düşünülüp düşünülemediği konusunu fazla irdelememektedir. Mahkeme, genellikle Sözleşmeyi ihlal ettiği ileri sürülen müdahalenin meşru amaçlardan biri içinde mütalaa edilebileceğini kabul etmektedir. Bir başka deyişle, bu husus fazla bir sorun yaratmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de çoğunlukla bu konu üzerinde fazla durmamaktadır.

Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11. maddelerinde yer alan meşru amaçların bir kısmı her dört madde için ortaktır. Sınırlandırmada kullanılacak bu meşru amaçlar bu maddelerin 1. fıkrası ile tanınan hak ve özgürlüklerin doğası ve niteliği göz önüne alınarak saptanmıştır. Bu dört maddede ortak olan amaçlar şunlardır: “Kamu güvenliği”nin, “başkalarının hak ve özgürlükleri”nin (ya da şöhretlerinin; madde 10), “kamu sağlığı”nın, “kamu

21. 1982 Anayasasının 13. maddesinde 2001 yılında 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle temel hak ve hürriyetlerin, özerline dokunulmaksızın Anayasasının ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bundan çıkan sonuç bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için o hak ve özgürlükte yer alan sınırlandırma nedenine veya nedenlerine göre sınırlandırılabiliridir. Ayrıca hak ve özgürlüğün özel maddesinde bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olan temel hak ve özgürlükler ise hiçbir biçimde sınırlandırılmayacaktır. Kanımca bu sistem AİHS'nin sistemine uygundur. Ancak ülkemizde bunun tersi de savunulmaktadır. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç bir karara karşı yazdığı karşıoy yazısında şunları belirtmiştir: “Ancak günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız bir özgürlük anlayışı terk edilmiştir. Çağdaş gelişmelere uygun olarak, Anayasamızda da sınırsız ve içeriksiz özgürlük anlayışından uzaklaşarak bir yandan siyasi iktidarı sınırlandıran bir yandan da toplumsal içeriğe ve konuma sahip olan pozitif bir özgürlük anlayışı benimsenmiştir. İlgili maddelerinde hak ve özgürlüklere hiçbir sınırlama getirilmemiş olsa bile, bunların niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının bünyelerinde mündemice bulunduğu kuşkusuzdur.” Bakınız: E. 2008/111, K. 2010/22, k.t. 28.1.2010, *Resmî Gazete*, 10.12.2011. Sayı: 28138. Anayasada sınırlandırma nedenleri öngörülmemiş hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda ve bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması düşünüldüğünde Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. maddesine göre inceleme yapılıp, bu maddenin ihlal edilip edilmediğine göre karar verilebilir. Bir başka deyişle, herhangi bir sınırlandırma nedeni içermeyen hak ve özgürlükler açısından hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan hüküm özellikle önem taşımaktadır. Bunun dışında sınırlandırma nedeni öngörülmemiş hak ve özgürlüklerin de kapsamlarının belirlenmesi gerekecektir. Bu yolla sınırlandırma öngörülmemiş hak ve özgürlüklerin de bir açıdan sınırlandırılmış olacaklarını söyleyebiliriz. Yani bu hak ve özgürlüklerin alanı anayasa tarafından tanımlanırken sınırlandırılmış olur.

ahlakı'nın, "kamu düzeni"nin korunması. Buna karşılık "ulusal güvenlik ve suçların önlenmesi" 9. madde bakımından meşru bir amaç niteliğinde değildir. "Ülkenin ekonomik refahı" yalnız 8. maddede belirtilmiştir. "Toprak bütünlüğü", "gizli belgelerin açığa vurulması"nın önlenmesi ve "yargı gücünün otorite ve tarafsızlığı"nın sağlanması 10. madde bakımından geçerli sınırlandırma nedenleridir.<sup>22</sup>

Özetlemek gerekirse, AİHS'nin 8., 9., 10. ve 11. maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler mutlak değildir. Bu hak ve özgürlükler ikinci fıkrada yer alan meşru amaçlara uyulmak koşuluyla gerekli sınırlamalara tabi tutulabilirler. Bu özgürlüklere getirilecek sınırlamaların ikinci fıkra kapsamında sayılabilmesi için şunlara uyulması gerekir: (a) Getirilecek sınırlamanın her şeyden önce maddenin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan en az birine yönelik olması gerekir. Önemle tekrar ve tekrar vurgulanması gereken husus bu amaçların sınırlı bir biçimde saptanmış olduğudur. (b) Bunun yanında getirilecek olan sınırlayıcı önlemin keyfiliğe kaçmayacak bir biçimde ulusal yasalarda öngörülmüş olması gerekir.

#### DEMOKRATİK TOPLUMDA ZORUNLU OLMA

Haklara yapılan müdahalenin denetlenmesinde meşru amaç ve yasallık saptaması fazla bir sorun yaratmamaktadır. Asıl güçlük "demokratik toplumda zorunlu" olma koşulunun irdelenmesinden ortaya çıkan "ölçülülük" ve "takdir marjı" değerlendirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Mahkeme bu koşul açısından yaptığı değerlendirmede, "ivedi toplumsal gereksinim", bu ihtiyacı kanıtlayan "uygun ve inandırıcı, yeterli gerekçe" ("relevant and sufficient reasons"), müdahaleyi oluşturan önlemin ölçülülüğü, bireysel ve genel yarar arasındaki denge ve tercih ölçütlerini dava konusu somut olaya uygulayarak karara varmaktadır.

Yapılan müdahalenin Sözleşmeyi ihlal edip etmediğinin araştırılmasında saptanması gereken üçüncü husus bu hak ve özgürlüklere getirilecek önlemlerin demokratik bir toplum için zaruri nitelikte olup olmadıklarıdır. Müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olup olmadığının belirlenmesinde yapılan faaliyetin ivedi sosyal gereksinime (pressing social need) yanıt olup olmamasına ve yapılan müdahalenin ivedi sosyal gereksinimin gerektirdiğinden daha fazla olmamasına bakılmaktadır. Bu koşula *ölçülülük ilkesi* denmektedir. Eylemin veya önlemin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı-

22. Gözübüyük ve Gölcüklü, 2009, s. 374.

noktasında bir de oldukça sorunlu bir konu olan devletin takdir marjı (state's margin of appreciation) sorunu ortaya çıkmaktadır.<sup>23</sup>

İlk olarak devletlerin takdir marjı konusunu inceleyelim. Acaba Strasbourg Mahkemesi Sözleşme güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında taraf devletin karşılaştığı durumu yorumlamasına ne ölçüde saygı göstermelidir? *Handyside* kararında Mahkeme bu konuda şunları belirtmiştir:

“Mahkeme Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının insan haklarının ulusal sistemlerde korunmasına getirilen ikincil bir mekanizma olduğuna dikkat çekmek istemektedir. Sözleşme içerdiği hak ve özgürlükleri koruma görevini her şeyden önce her bir Sözleşmeci Devlete bırakmaktadır. Sözleşmeyle oluşturulan kurumlar sadece çekişmeli davalar yoluyla ve bütün iç hukuk yolları tüketildikten (madde 26) sonra devreye girmektedir. ... Devlet yetkilileri ülkelerinin hayati güçleriyle sürekli ve doğrudan ilişkileri nedeniyle, bu gereklerin tam içerikleri ve aynı zamanda sınırlandırmanın ‘gerekliliği’ veya bunları karşılamada tasarlanan ‘cezalar’ konusunda görüş bildirmede uluslararası yargıçtan daha iyi durumdadır....”<sup>24</sup>

Takdir marjı konusunda Mahkemenin klasik görüşü *Silver* kararında ifade edilmiştir. Mahkeme “demokratik bir toplumda zorunlu” ifadesinden neyi anladığını bu kararda şöyle ifade etmektedir:

- (a) ‘Zorunlu’ sıfatı ‘kaçınılmaz’ sıfatı ile eş anlamlı olmadığı gibi, ‘kabul edilebilir’, ‘olağan’, ‘yararlı’, ‘makul’ veya ‘arzu edilebilir’ gibi ifadelerin esnekliğine de sahip değildir.
- (b) Sözleşmeci devletler sınırlamalar koyarken belli ama sınırsız olmayan bir takdir marjına sahiptir; sınırlandırmaların; Sözleşmeyle uyumlu olup olmadığını söylemede ise en son söz Mahkemenin görevidir.
- (c) ‘Demokratik bir toplumda zorunlu’ deyimini, müdahalenin Sözleşmeyle uyuşur olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, ‘ivedi sosyal gereksinim’i karşılamak ve ‘izlenen meşru amaçla orantılı’ olmak zorunda olduğu anlamına gelir.
- (d) Sözleşmenin güvence altına aldığı bir hakka istisna getiren Sözleşme hükümleri dar yorumlanmalıdır.<sup>25</sup>

23. Bu konuda bakınız: James A. Sweeney, “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *International and Comparative Law Quarterly*, C.54, No: 2, April 2005, s. 459-474; Murat Tümay, “The ‘Margin of Appreciation Doctrine’ Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Ankara Law Review*, C. 5, No: 2 (inter 2008), s. 201-234

24. *Handyside v. United Kingdom*, 7 Aralık 1976, par. 48.

25. *Silver and Others v. United Kingdom*, 25 Mart 1983, par. 97. Takdir marjı doktrini ulusal otoritelerin, bireylerin hakları ile ulusal menfaatlerin ya da Avrupa’da ortaklaşa ahlaki anlayışın belirmediği durumlarda uyumsuzluklarının çözümünde belirli bir ölçüde devletlerin o konuda takdir hakkına sahip olacağı ilkesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilen takdir marjı doktrini üye devletlere bireylerin haklarını sınırlandırırken kamu yararı ile bireylerin menfaatlerini dengeleme imkânı verir. Takdir marjı doktrinin temelindeki prensip, Sözleşmenin belirli bir olaya uygulanmasında ulusal otoritelerin uluslararası yargıca göre daha iyi bir konumda olması gerçeğidir.

Sözleşmeci devletin durumun gerektirdiklerinin ötesine geçip geçmediği belirlenirken AİHM'ne göre Mahkeme “demokratik toplum”u karakterize eden ilkelere azami dikkati göstermek zorundadır.<sup>26</sup>

AİHM *Türkiye Birleşik Komünist Partisi* kararında Sözleşme açısından demokrasinin önemini şöyle vurgulamıştır:

“Hiç kuşkusuz demokrasi Avrupa kamu düzeninin temel bir unsurunu temsil etmektedir. Bu ilk önce, Sözleşmenin, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin, bir yandan gerçekten etkili bir siyasal demokratik rejime ve öte yandan ortak bir insan hakları kavramına ve insan haklarına ortak bir saygıya dayandığını belirterek Sözleşme ile demokrasi arasında çok açık bağlantı kuran, Başlangıç bölümünden çıkmaktadır. Bundan sonra Başlangıç, Avrupa Devletlerinin özgürlük ve hukukun üstünlüğüne saygı ideali ve ortak siyasal gelenek mirasına sahip olduklarını belirtmektedir. Mahkeme bu ortak mirasta Sözleşmenin temelinde yer alan değerlerin bulunabileceğini gözlemlemiştir. Mahkeme bir çok kez bunun demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumaya ve geliştirmeye yönelik olduğunu hatırlatmıştır.

Bunun yanında Sözleşmenin 8., 9., 10 ve 11. maddelerinde öngörülen hakların kullanılmasına yönelik müdahaleler, “demokratik bir toplumda zorunlu” olma ölçütü ışığında bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu haklardan birine müdahaleyi haklı kılacak tek zorunluluk ‘demokratik toplum’dan kaynaklanandır. Demokrasi sözleşme tarafından tasarlanan yegane politik modeldir ve sadece demokrasi sözleşmeyle bağdaşabilir.”<sup>27</sup>

Özet olarak şunlar söylenebilir: Sözleşmedeki 8., 9., 10. ve 11. maddelerdeki özgürlüklerin kullanımının sınırlandırılması “demokratik bir toplumda zorunlu” olma

26. *Handyside v. United Kingdom*, 7 Aralık 1976, par. 26. AİHM Handyside kararında düşünceyi açıklama özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden birini oluşturduğunu ve kişileri gücendiren, rahatsız eden veya şok eden düşüncelerin de bu özgürlükten yararlanacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, düşünceyi açıklama özgürlüğüne konacak her türlü sınırlamanın ve cezanın elde edilmek istenen amaçla orantılı olması gerekir (par. 55-56). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda verdiği diğer kararlarında da düşünceyi açıklama özgürlüğünün demokrasilerdeki önemini vurgulamıştır. Mahkemeye göre düşünceyi açıklama özgürlüğü demokratik toplumun önemli temellerinden birini, bu toplumun ve her insanın gelişiminin temel koşulunu oluşturur. Sözleşmenin 10. maddesi, ikinci fıkradaki koşullara tabi olarak, yalnız uygun ve iyi olarak düşünülen veya zararsız veya önemsiz sayılabilecek “haber” ve “düşünceler” için değil, aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir bölümünü şok eden, gücendiren veya rahatsız eden düşünceler ve haberler için de geçerlidir. Bunlar çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirli olmanın gerekleri olup, Mahkemeye göre bu özellikler olmadan herhangi bir “demokratik toplum” düşünülemez ( *The Sunday Times v. United Kingdom*, 26 Nisan 1979, paragraf: 65; *Vogt v. Germany*, 26 Eylül 1995, par. 52. Dink kararında AİHM Hrant Dink’e verilen mahkumiyetin “ivedi toplumsal bir gereksinimi” karşılamadığına ve Devletin Dink’in ifade özgürlüğünü korumada üstüne düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmedikçe karar vermiştir. AİHM’ne göre, Dink’in mahkumiyetinin Yargıtay tarafından onaylanması tek başına ya da ilgiliyi aşırı milliyetçi militanlara karşı koruma önlemlerinin yokluğu olgusuyla birlikte dikkate alındığında, ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale niteliğini taşımaktadır. Bakınız: *Dink v. Turkey*, 14 Eylül 2010, par. 94-140.

27. *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 Ocak 1998, par. 45

ölçütüyle değerlendirilmelidir. O halde bu maddelerdeki özgürlüklere müdahaleyi haklı kılabilecek tek gereklilik tipi, “demokratik toplum”dan kaynaklanan zorunluluk olabilir. Sözleşmede düşünülen tek bir siyasal model vardır, o da demokrasidir. Bu nedenle, sınırlamalar “demokratik toplum düzeniyle” uyumlu olmalıdır. AİHM’ne göre, düşünceyi açıklama özgürlüğü demokratik toplumun esaslarından birini oluşturur.

Devletlerin takdir marjı hakların doğasına veya birbirleriyle yarışan hakların dengelenmesine bağlı olarak bazen geniş bazen de dar olabilmektedir. Örneğin, Sözleşmeciler devletler arasında ortak bir ahlak anlayışı olmaması nedeniyle ahlak konusunda devletlerin takdir marjının alanı geniş olacaktır. Mahkeme *Handyside* davasında *Little Red Schoolbook* ile ilgili olarak bu kitabın sözleşmeciler devletlerin bazılarında basılmasına izin verildiği bazılarında ise yasaklandığı ve bu nedenle Avrupa’da bu konuda ortak ahlak anlayışı olmadığı gerekçesiyle devletlerin bu konudaki takdir marjlarının geniş olduğuna karar vermiştir.<sup>28</sup> *Otto-Preminger Institute* davasında filmin oynadığı sinemanın Katoliklerin yaşadığı yerde olması nedeniyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı bulmuştur. Mahkeme Avusturya’daki yetkili makamların takdir marjlarını aşmadıklarına karar vermiştir. Mahkemeye göre filmin Katoliklerin çoğunlukta olduğu bir yerde oynatılması dindar Katolikleri rahatsız edecektir.<sup>29</sup>

AİHM *Leyla Şahin* kararında da takdir marjı konusunu şöyle ele almıştır: Demokratik bir toplumda görüşlerin değişkenlik gösterebileceği din-Devlet ilişkileri konusunda bir tartışma varsa, ulusal karar verme organının rolüne özel önem verilmelidir. Bu durum, özellikle öğrenim kurumlarında dini sembollerin kullanılmasının düzenlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Avrupa’nın her yerinde geçerli ortak bir din anlayışı belirleyebilmek mümkün değildir. Ayrıca Mahkemeye göre bir dini inancın toplumdaki ifadesi veya etkisi zamana ve duruma göre değişkenlik gösterecektir. Bu alandaki kurallar, sonuç olarak, ulusal gelenekler ile kamu düzenini sağlama ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacının getirdiği gerekliliklere göre, bir ülkeden başka bir ülkeye değişiklik gösterebilir. Buna göre, bu konuda yapılacak düzenlemelerin alması gereken ölçü ve şeklin seçimi, kaçınılmaz olarak, belli bir dereceye kadar söz konusu Devlete bırakılmak zorundadır. Ancak bu takdir marjı, hem yasayı hem de yasayı uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimi ile beraber düşünülmelidir. Mahkemenin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin, ilke olarak

28. *Handyside v. United Kingdom*, 7 Aralık 1976.

29. *Otto-Preminger Institute v. Austria*, 20 Eylül 1994, par. 56.



haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir. Mahkeme, bu davada, takdir marjının kapsamını sınırlandırırken demokratik bir toplumun yaşaması için önem taşıyan, başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma, kamu düzenini muhafaza etme ve sivil barış ve gerçek dini çoğulculuğu teminat altına alma gerekliliklerini dikkate almak zorundadır.<sup>30</sup>

Başvuruda bulunanın özel durumu nedeniyle bazı özgürlüklerinin sınırlandırılması noktasında bir beklenti varsa takdir marjı yine geniş tutulabilecektir. *Engel* davasında durum böyledir. Devletler askeri disiplin sistemlerini örgütlemeye yetkilidirler ve bu nedenle de bu konuda belirli bir takdir marjına sahiptirler.<sup>31</sup> Benzer biçimde korunan haklar devletin pozitif yükümlülükler yüklenmesini gerektiriyorsa Mahkeme devletlere daha geniş bir takdir marjı tanımaktadır. *Rees* davasında Mahkeme davanın sözleşmecî devlete resmi belgelerde cinsiyet ile ilgili bilgilerin tutulmasının yeniden düzenlenmesi gibi bazı pozitif yükümlülükler yüklediğinden devletlere de daha geniş bir takdir marjı tanınması gerektiğini belirtmiştir.<sup>32</sup>

Leyla Şahin kararında Mahkeme devletlere din-devlet ilişkilerinde (başörtüsü konusunda) tanıdığı takdir marjını geniş tutmuştur. Bu konuda Mahkeme bu kararında eğer bir toplumda, üzerindeki görüşlerin büyük değişkenlik gösterebileceği din-devlet ilişkilerine dair bir tartışma varsa, ulusal karar verme organının rolüne özel önem verilmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM'ne göre bu durum, ulusal makamların konuya yaklaşımlarının çeşitliliği göz önüne alınarak, öğrenim kurumlarında dini sembollerin kullanılmasını düzenlemede söz konusu olacaktır. Mahkemeye göre Avrupa'da, ortak bir din anlayışı belirlemek mümkün değildir ve bir dini inancın toplumdaki ifadesi veya etkisi zamana ve duruma göre değişkenlik göstermektedir. Bu alandaki kurallar, sonuç olarak, ulusal gelenekler ile kamu düzenini sağlama ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacının getirdiği gerekliliklere göre, bir ülkeden başka bir ülkeye değişiklik gösterir. Buna göre, böyle düzenlemelerin alması gereken ölçü ve şeklin seçimi, kaçınılmaz ola-

30. *Leyla Şahin v. Turkey*, 10 Kasım 2005, par. 109-110.

31. *Engel and Others v. The Netherlands*, 8 Haziran 1976, par. 57-60. Devletler kendi orduları için askerlik hizmetinin gereklerine yanıt veren disiplin yönetmelikleri yapabilirler..

32. *Rees v. United Kingdom*, 17 Ekim 1986, par. 37. Bu kararda Mahkeme ayrıca şunları da belirtmektedir: “Bu gözlemler özellikle burada bu konuyla ilgilidir. Çeşitli devletler yasama yoluyla veya hukuksal yorumla veya idari uygulamalarla transseksüellere yeni kazandıkları kimliğe uygun kişisel statülerini değiştirme tercihi vermektedir. Ancak bu tercihi değişen katılığa ve bir dizi açık çekincelere... tabi tutarak yapmaktadırlar. Başka devletlerde ise böyle bir tercih olanağı yoktur -veya henüz yoktur. O halde şu an Sözleşmecî Devletler arasında bu alanda çok az ortak bir temel bulunduğu ve genel olarak söylemek gerekirse, bu konuda hukukun geçiş sürecinde olduğu söylenebilir. Bu yüzden Sözleşmecî Taraflar bu alanda geniş bir takdir marjına sahiptir.”

rak, belli bir dereceye kadar söz konusu devlete bırakılmalıdır, çünkü bu husus, ilgili yerel koşullara bağlı olmak durumundadır.<sup>33</sup>

AİHM özgürlüğe yapılan müdahalenin demokratik toplum bakımından bir zorunluluk oluşturup oluşturmadığını belirlemede “ölçülülük” ilkesine başvurmuştur.<sup>34</sup> Ölçülülük Sözleşmede açıkça yazılmış bir ilke değildir. Ölçülülük AİHM’nin içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ölçülülük ilkesini Sözleşmenin 8-11 maddelerinde yer alan hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda zorunlu” olması esasında yer alan “zorunlu” sözcüğünün yorumu sonucunda ortaya çıkarmıştır.<sup>35</sup> Şu an ölçülülük ilkesi Sözleşmenin temel ilkelerinden biri durumuna gelmiştir. Ölçülülük doktrini çoğunlukla “ceviz kırmak için balyoz kullanılmamalıdır” özdeyişiyle anlatılır. Ölçülülük ilişkisel bir kavramdır. Yani soruna yönelik hukuksal yanıtın sorunun doğası ve ciddiyetiyle orantılı olmasına ölçülülük denmektedir. Hukuksal önlem ile hukuksal amaç arasındaki denge veya orantılılık ölçülülük ilkesinin özünü oluşturmaktadır.

Geniş anlamda ölçülülük doktrini Sözleşmede yer alan hakların sınırlandırılmasının haklı görülebilir olup olmadığını belirleyen bir dizi teste verilen addır.<sup>36</sup> Ölçülülük ilkesi Sözleşmede yer alan bir hakkın sınırlandırılmasına izin verilip verilmeyeceğini belirlemede önemli bir ölçüttür. Eğer özgürlüğe yapılan müdahale ölçülü veya “demokratik bir toplumda zorunlu” ise bu durumda bu müdahalenin Sözleşmeyi ihlal etmediğine karar verilecektir. Bu ilke sınırlamada (a) başvuru aracının meşru amaçları gerçekleştirilmeye *elverişli* (suitable) olmasını; (b) bu aracının sınırlama amacı açısından *zorunlu* (ne-

33. *Leyla Şahin v. Turkey*, 10 Kasım 2005, par. 109.

34. Ölçülülük konusunda mükemmel bir makale için bakınız: Jeremy Kirk, “Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality”, *Melbourne University Law Review*, C. 21, No: 1, 1997, s. 1-64. Ölçülülük ilkesini hukuk devletinin temeli olarak gören bir çalışma için bakınız: David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 159-188. Beatty kitabının bir yerinde şöyle demektedir: “Gerçek şudur ki, ölçülülük yarattığı devlet sistemini hukuk devletine tabi kılan her anayasanın vazgeçilmez ve ayrılmaz bir parçasıdır” s. 163.

35. *Sunday Times* kararında Strasbourg Mahkemesi şunları belirtmiştir: “Şimdi şikayet konusu ‘müdahalenin’ ‘ivedi toplumsal gereksinimi’ karşılayıp karşılamadığı, ‘izlenen meşru amaçla ölçülü’ olup olmadığı, müdahaleyi haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin 10. maddenin ikinci fıkrası bakımından ilgili ve yeterli olup olmadığı hakkında karar verilmelidir.” *Sunday Times v. United Kingdom*, 28 Nisan 1979, par. 62. Bakınız: *Handyside v. United Kingdom*, 7 Aralık 1976, par. 48-50.

36. Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, C. 65, No:1, March 2006, s. 174. Ölçülülük ilkesi konusunda ülkemizdeki ilk ve temel eser Fazıl Sağlam’ın yıllar önce yazdığı kitaptır. Bakınız: Ölçülülük ilkesinin ülkemize ilk Fazıl Sağlam tanıtmıştır. Bakınız: Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1982. Ölçülülük konusunda monografik bir çalışma için bakınız: Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara; Seçkin Yayınları, 2002.

cessary) olmasını ve (c) araçla meşru amacın *ölçüsüz* (proportionate) bir oran içinde bulunmamasını; yani kısaca gerekçeleştirilmek istenen yararlarla kişiye getirdiği külfetin aşırı olmamasını ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesinin ana vatanı Almanya'dır. Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçülülük hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin denetiminde başvuru temel bir ölçüt olarak yer almaktadır. Avrupa'da yaygın olarak kullanılan bu ölçüt bazı common law ülkelerinde (Kanada ve Avustralya gibi) de kullanılmaktadır.<sup>37</sup> Tekrarlamak gerekirse ölçülülük kavramı hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınırlandırma amacını gerçekleştirmede müdahalede kullanılan aracın elverişli ve zorunlu olmasını ama ölçüsüz olmamasını ifade etmektedir. Eğer sınırlandırma ölçüsüz ise bu sınırlandırma meşru amacı gerçekleştirmede başarılı olacak olsa dahi buna izin verilemez.<sup>38</sup> Sözleşmede sınırlandırılmasına izin verilen haklar sınırlandırılırken dikkat edilmesi gereken bir husus da yapılan sınırlandırmanın hakkın özünü zedelememesidir.<sup>39</sup> Kural özgürlük sınırlandırma ise istisnadır.<sup>40</sup>

- 
37. T. Jeremy Gunn, "Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis". *Emory International Law Review*, C. 19, 2005, s. 465-498. Stavros Tsakyrakis sınırlandırmada başvuru aracının amacı gerçekleştirmede elverişsiz olması durumunun çok nadir rastlandığını ve yine sınırlamada kullanılan aracının amacı gerçekleştirmede hemen her zaman gerekli olduğunun savunulabileceğini ve bu nedenle de ölçülülük testinin esasta özgürlüğe yapılan müdahalenin şiddeti ile ulaşılmak istenen amacın öneminin karşılaştırılması noktasında yapıldığını belirtmiştir. Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights", *Int. Jnl. of Constitutional Law*, C. 7, No:3, July 2009, s. 474. Tsakyrakis bu makalesinde ölçülülük ilkesini eleştirmektedir: "Ölçülülük bağlamında dengeleme retorğinde sorun insan hakları sorunlarının kalbinde yer alan ahlaki mülahazaları gizlemektedir ve böylece toplumu kaçınılmaz olan ahlaki müzakereden yoksun bırakmaktadır." s. 493.
38. Berend Hovius, "The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter?" s. 248-249.
39. Mahkeme hakkın özünün zedelenmemesi noktasında şöyle demektedir: "Bu alanda devletlerin geniş bir takdir marjı söz konusudur; ama son müracaat merci olarak Mahkeme, 1. nolu Protokolün gereklerine uyulup uyulmadığını belirlemek; ve koşulların söz konusu hakların özünü zedeleyerek ve bunların etkinliğini ortadan kaldıracak ölçüde hakları kısıtlamadığı; bu kısıtlamaların meşru amaçlar için getirildikleri ve kullanılan araçların ölçüsüz olmadığı noktasında tatmin olma durumundadır." Bakınız: *Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belgium*, 2 Mart 1987, par. 52. Yine bir başka kararda da Mahkeme şunları belirtmektedir: "Mahkeme 12. maddede güvence altına alınan evlenme hakkının biyolojik olarak karşıt iki cins arasındaki geleneksel evlilik olarak anlaşıldığını hatırlatmak ister. Bu, Sözleşmenin 12. maddesinin ailenin temeli olarak evliliği korumakla ilgili olduğunu açıklığa kavuşturan maddenin ifade tarzından da anlaşılmaktadır. Bunun ötesinde, 12 madde bu hakkın kullanımının Sözleşmeciler devletlerin ulusal yasalarına bağlı olacağını da hükme bağlamaktadır. Böylece getirilen sınırlandırmaların söz konusu hakkı o hakkın özünün zedelenmesine varacak ölçüde olmaması veya o ölçüde kısıtlamaması gerekir. Ne var ki, Birleşik Krallık'da karşıt biyolojik cinsiyette olmayanların evlenmesine getirilen hukuksal engellin bu tür bir etkiye sahip olduğu söylenemez." Bakınız: *Sheffield and Horsham v. UK*, 30 Temmuz 1998, par. 66.
40. Mohamed Elewa Badar, "Basic Principles Governing Limitations on Individual Rights and Freedoms in Human Rights Instruments", *The International Journal of Human Rights*, C. 7, No: 4, Winter 2003, s. 84.

Ölçülülük ilkesi AİHM'nin kararlarında önemli bir rol oynamaktadır diyebiliriz. Mahkeme denetim işlevinin yerine getirirken sürekli olarak ölçülülük ilkesiyle devletlere tanıdığı takdir marjı arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır. Zaman zaman AİHM kararlarında takdir marjına ölçülük ilkesine oranla daha fazla ağırlık tanıdığı görülebilmektedir. Ölçülülük ilkesinin AİHM'nin içtihatlarında güçlü ve kalıcı bir biçimde kök saldığı ve bu ilkenin Sözleşme sisteminin genel bir ilkesi haline geldiği söylenebilir.<sup>41</sup>

Çağdaş demokrasiler insan haklarına dayanır; ama insan haklarının demokrasilerde ne denli merkezi bir öneme sahip olduğu bir demokrasiden diğerine değişmektedir. Bunun bir sonucu olarak demokratik toplumlar insan haklarının ve toplumun menfaatleri arasındaki doğru ilişki nasıl olması gerektiği konusunda uzlaşmamaktadır. İşte bu noktada ölçülülük kavramı bu sorunun çözümünde bize yardımcı olacaktır.<sup>42</sup> Ölçülülük ilkesi bu nedenlerle bir çok demokraside özgürlüklere yapılan müdahalenin denetlenmesinde kullanılan bir araç olarak kabul edilmiştir. 1982 Anayasasında 2001 yılında yapılan değişiklikle hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağını hükme bağlanmıştır.

## YABANCILARIN SİYASAL FAALİYETLERİ: AİHS'NİN 16. MADDESİ

AİHS'nin 16. maddesi şöyle bir hüküm içermektedir: “10, 11 ve 14. maddelerin hiçbir hükmü, Yüksek Sözleşmeciler Tarafından yabancılara siyasi etkinliklerini sınırlamalarına engel sayılmaz.”

Siyasi faaliyet düzeyinde yabancılara vatandaşlardan farklı olarak sınırlandırılabilirliği hak ve özgürlükler 10. ve 11. maddelerde yer alan ifade, dernek (siyasi parti) ve toplantı özgürlükleriyle sınırlıdır. Bu maddeye göre yabancılara ilgili yapılan farklı işlemler makul ve objektif olup olmadıklarına bakılmaksızın meşru sayılacaktır. Bu meşru sayılma için faaliyetin siyasi nitelikte olması yeterlidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine yakışmayan bu hükme AİHM fazla rağbet etmemiştir. *Piermont* kararında AİHM Almanya vatandaşı olan; ama bunun yanında Avrupa Parlamentosu üyesi ve Avrupa Birliği üyesi bir devletin de vatandaşı olması nedeniyle *Piermont*'un Fransa egemenliğinde-

41. Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002, s. 91-92.

42. Aharon Barak, “Proportionality and Principled Balancing”, s. 4

ki topraklarda “yabancı” sayılamayacağını ve bu nedenle 16 maddenin uygulanamayacağını hükme başlamıştır.<sup>43</sup>

## HAKLARIN KÖTÜYE KULLANILAMAMASI: AİHS'NİN 17. MADDESİ

AİHS'nin 17. maddesi hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımının yasaklanmasını düzenlemektedir: “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.”<sup>44</sup> 1982 Anayasasının 14. maddesi de temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının yasaklanmasıyla ilgili bir hükümdür. Bu madde 2001 anayasa değişikliğiyle AİHS'nin 17. maddesine benzetilmeye çalışılmıştır. Madde aynen şöyledir:

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”<sup>45</sup>

43. *Piermont v. France*, 27 April 1995, par. 64. Mahkeme aynen şunları belirtmiştir: “Mahkeme Avrupa vatandaşlığına dayanan argümanı kabul edemez; çünkü olayın olduğu tarihte Topluluk antlaşmaları böyle bir vatandaşlığı kabul etmemiştir. Ancak Bayan Piermont’un Avrupa Birliği üyesi bir devletin vatandaşlığına ve bunun yanında Avrupa Parlamentosu üyesi statüsüne sahip olması ve özellikle de Fransa’nın Deniz Aşırı Topraklarının halkının Avrupa Parlamentosu seçimlerine katılmaları Sözleşmenin 16. maddesinin Piermont’a karşı kullanılamayacağını göstermektedir. Sonuç olarak bu hüküm (16. madde) Devletin başvurusunun 10. maddede garanti altına alınmış bulunan hakkını sınırlandırmasına izin vermemektedir.”

44. Hakların kötüye kullanılamaması konusunda bakınız: David Anderson QC, “Abuse of Rights”, *Judicial Review*, C. 11, 2006, s. 348- 355.

45. Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılamaması ile ilgili bir hüküm 1961 Anayasasının ilk metninde yoktu. 1971 yılında Anayasada yapılan değişiklikle 11. maddeye 3. ve 4. fıkralar kondu. “Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.” 1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılamamasını ayrı bir maddeyle düzenlemiştir. Bu düzenleniş biçimi 12 Eylül darbecilerin özgürlükler konusundaki düşüncelerini yansıtmaktadır. Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılamaması ile ilgili hükmün neyi yasakladığı, neyi yasaklamadığı konusu anayasa hukukumuzun en tartışmalı konularından biri durumundadır.

AİHS'nin 17. maddesi, Sözleşmede (ve ek Protokollerde) öngörülen hak ve özgürlüklerden hiçbirisinin bu hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya belirlenenden daha çok sınırlandırılması amaçları için kullanılmayacağını ifade etmektedir. Yine bu madde Sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlükler sınırlandırılırken devletin Sözleşmenin izin verdiği sınırları aşmamasını da yasaklamaktadır. Hemen kaydedilmelidir ki, anılan madde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında yaygın bir uygulama alanına sahip değildir. *Norwood* davasında AİHM başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar verirken şunları belirtmiştir:

“17. maddenin genel amacı totaliter amaçlara sahip bireylerin ve grupların Sözleşmede ifade edilmiş olan ilkeleri kendi menfaatleri doğrultusunda sömürmelerini önlemektir. Mahkeme ve daha önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 10. maddede güvence altına alınan ifade özgürlüğüne 17. maddede aykırı anlamda başvurulamayacağını hükme başlamıştır.”<sup>46</sup>

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu hükmün demokratik kurumların serbest işleyişini koruyarak Sözleşmede belirlenmiş olan hakları güvence altına almak üzere tasarlandığını vurgulamıştır. Alman Komünist Partisi ile ilgili kararda, Komisyon Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına atıfla 17. maddenin amacının Sözleşmede garanti altına alınmış hakların insan haklarını yok etmek için totaliter doktrin taraftarlarınca istismarını önlemek olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle 17. maddenin amacı hakların toptan tahrip edilmesini önlemek için gerektiğinde hakların sınırlandırılabilirdir. AİHK, Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesinin 17.8.1956 günlü Komünist Partisini kapatma kararı üzerine yapılan başvuruyu, yalnızca Sözleşmenin 17. maddesine dayanarak reddetmiştir. AİHK bu kararda, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin proletarya ihtilalini ve diktatörlüğünü amaçladığını vurgulamış, komünist kuramın da bunu onayladığını belirtmiş ve sonuç olarak da diktatörlüğün hiçbir biçimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bağdaşmadığını açıklamıştır.<sup>47</sup>

AİHK Alman Komünist Partisi kararından sonra bir daha 17. maddeyi tek başına ele almamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de olayla ilgisi bulunan Sözleşmenin bir hükmüyle birlikte 17. maddeyi uygulamayı yeğlemektedir. AİHK ve AİHM'nin yerleşik anlayışına göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi hak ve özgürlükleri yok etmek amacına ulaşılmasını kolaylaştıran hakları kapsar. AİHS'nin 10. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama özgürlüğü veya 11. maddesindeki örgütlenme öz-

46. *Norwood v. United Kingdom*, 16 Kasım 2004.

47. Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun 20.7.1957 günlü kararı için bakınız: App. 250/57, *Parti Communiste v. Federal Republic of Germany*, 20 (1955-1957) *Yearbook* Vol: I, s. 223-224.

gürlüğü totaliter amaçlar için kötüye kullanılabilir. Buna karşılık 5. madde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği veya 6. maddedeki adil yargılanma hakkı niteliği gereği totaliter veya antidemokratik amaçlar için kullanılamaz. O halde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki hak ve özgürlükler totaliter veya antidemokratik amaçlar için kullanılabilir kullanılmayacaklarına göre ikiye ayrılabilir. Bunlardan kötüye kullanılabilir olanlar 17. maddenin kapsamına girer. Kapsama girmeyen veya kötüye kullanılmayan bir hak veya özgürlüğün kısıtlanması ise, Sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır. Hiç kuşkusuz bir hak veya özgürlüğün kötüye kullanıldığı veya özgürlük düzeninin tahribinin amaçlandırıldığı ise AIHM'nin önünde kanıtlanması gereken hususlardır.

*Lawless* davasında İrlanda hükümeti IRA'nın faaliyetlerinin Sözleşmenin 17. maddesi kapsamına girdiğini ileri sürmüş ve bu nedenle Sözleşmenin 5., 6. ve 7. maddelerine veya Sözleşmenin başka maddelerine dayanılmayacağını belirtmiştir. Komisyon ise 17 maddenin bu davada uygulanamayacağına karar vermiştir. Komisyona göre 17 maddenin genel amacı Sözleşmede açık şekilde ifade edilmiş ilkelerin totaliter örgütlerce istismar edilmelerini engellemektir. Ama bu amacı gerçekleştirebilmek için Sözleşmede garanti altına alınmış hak ve özgürlüklerin hepsinden ilgili kişiyi yoksun bırakmak gerekmez. Sözleşmenin 17. maddesi esasen bu maddede belirtilen faaliyetlere katılabilmelerini mümkün hale getiren hak ve özgürlükleri kapsamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de biraz değişik bir ifadeyle Komisyonun bu görüşünü benimsemiştir. Böylece 17. madde 9., 10. ve 11 maddelerdeki gibi faaliyetlere kalkışmalarına olanak sağlayabilen haklara uygulanabilir; yani yıkıcı faaliyetlere kalkıştıklarında bu tür maddelere dayanmalarına engel olur. Bu nedenle yıkıcı faaliyetlere kalkışan bir kişi 6. maddedeki adil yargılanma hakkını kaybetmez; ama eğer amacı bütün hak ve özgürlükleri yok etmek için toplantı özgürlüğünü kullanmak ise bu özgürlüğü talep edemeyecektir. 17. maddenin uygulanmasında temel sorun her zaman hakların kullanmasındaki amaç olmaktadır. Bu ilkeye göre hiç kimse yukarıda bahsi geçen hak ve özgürlükleri ortadan kaldırma amacıyla eylemlerde bulunmada Sözleşmedeki hükümlerden yararlanamaz.<sup>48</sup> *De Becker* kararında Komisyon 17. maddenin kişinin daha önce totaliter bir rejimi desteklemesi nedeniyle siyasal özgürlüğünden yoksun kalmasını sağlamak için kullanılmayacağını belirtmiştir.<sup>49</sup>

48. *Lawless v. Ireland*, 14 Kasım 1960, par. 6.

49. *De Becker*, Report of the Commission, 8 Ocak 1960, Series, B, No. 2, 137-138. Sözleşmenin 17. maddesi Sözleşmede herhangi bir sınırlandırma hüküm içermeyen hak ve özgürlükler açısından önemli olmaktadır. Bu durumlarda 17. madde bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılabilir.

Anayasa Mahkemesi 1990'lı yıllarda siyasi parti kapatma davalarında gerekçe olarak AİHS'nin 17. maddesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesine göre devletin ülkesi ve ulusuyla birlikte bütünlüğünü koruması en doğal hakkıdır. Mahkemenin mantığı şöyle işlemektedir: Bölünmez bütünlüğün korunması devletin kamu düzenini ve insan haklarını koruma yönünden savsaklanmayacak görevidir. Siyasi partileri kapatma diğer çağdaş demokratik ülkelerde de vardır. Anayasanın temel ilkesi; hak ve özgürlüklerle, çoğulculuğun korunması için Anayasal hakları yok edecek bir siyasi rejim kurulmasının önlenmesidir. Ulusal ve üniter devletin etnik farklılıklara göre tartışılması uluslararası hukuksal belgelerce de yasaklanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi bu konuda son derece açıktır. Ayrıca bu sözleşmenin 17. maddesi özellikle bu konuyla ilgilidir. Bir başka deyişle kapatma davalarında AİHS'nin 17. maddesi de uygulanmalıdır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de Federal Cumhuriyetin varlığını tehlikeye atan veya temel demokratik düzeni yok etmeye yönelik faaliyetlerde bulunan siyasal partileri kapatma yetkisine sahiptir ve Federal Anayasa Mahkemesi hem Komünist Partiyi hem de Faşist Partiyi bu gerekçelerle kapatmıştır.<sup>50</sup> Ancak AİHM Anayasa Mahkemesinin bu görüşlerine katılmamış ve Refah Partisi dışında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan kapatma kararlarını AİHS'nin ihlali olarak nitelemiştir.<sup>51</sup>

*Kühnen* davası Neo-Nazi bir parti olduğu ileri sürülen Nasyonal Sosyalist Parti'yi yeniden kurma nedeniyle suçlanan bir Alman gazeteciyle ilgilidir. Alman gazeteci bu davada Sözleşmenin 10. maddesine dayanmak istemiştir. Komisyon 17. maddenin esasen Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan faaliyetlerde bulunma hakkını verir yönde yorumlanmaya müsait hakları konu aldığını belirtmiştir. Komisyon özellikle 10. madde yer alan ifade özgürlüğü hakkına 17. maddeye aykırı bir anlamda başvurulamayacağını vurgulamıştır.<sup>52</sup>

50. E.1993/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1993/2, k.t. 23.11.1993, *AMKD*, Sayı: 30/2, s. 919-920. Anayasa Mahkemesinin ÖZDEP Partisiyle ilgili bu kapatma kararında bu konuda aynen şunlar belirtilmiştir. "a. Ulusal ve üniter devletin etnik farklılıklara göre tartışılması uluslararası hukuksal belgelerce de yasaklanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi bu konuda son derece açıktır. Ayrıca bu sözleşmenin 17. maddesi özellikle bu konuyla ilgilidir. b. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi de Federal Cumhuriyetin varlığını tehlikeye atan veya temel demokratik düzeni yok etmeye yönelik faaliyetlerde bulunan siyasal partileri kapatma yetkisine sahiptir. Ve Almanya Anayasa Mahkemesi hem Komünist Partiyi hem de Faşist Partiyi bu gerekçelerle kapatmıştır (s. 922)".

51. Bu konuda bakınız: Hüseyin Özcan ve Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku 2*. Baskı (İstanbul: Der Yayınları, 2011, s. 191-202.

52. *Kom. K. K. Kühnen*, 12 Mayıs 1988.



AIHM *Lehideux ve Isorni v. France* davasında 17. maddeyle özellikle ilgilenmiştir. Başvurucular *Le Monde*'da bir sayfa ilan vererek Philippe Petain hakkında olumlu şeyler ifade etmişlerdir. Bu ilan nedeniyle bu kişiler “savaş suçlarını ve işbirlikçilerini” övme nedeniyle mahkum olmuşlardır. Başvurucular 10. maddede yer alan ifade özgürlüğünü düzenleyen hükmün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hükümet ise Sözleşmedeki 17. maddenin uygulanarak başvurunun reddini talep etmiştir. Komisyon *Le Monde*'daki ilanda yer alan ifadelerin ırkçı nefreti veya Sözleşmede garanti altına alınmış hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik olmadığını saptamıştır. Bunun yanında düşünce ifadelerinin 17. madde anlamında “faaliyet” olmadığını da vurgulamıştır. Mahkeme başvuruyu 10. madde açısından ele almış ve mahkumiyeti ölçüsüz bulmuş ve demokratik toplum bakımından gerekli olmadığını karar vermiştir. Bu sonuca vardıldıktan sonra da Mahkeme 17. maddenin uygulanmasının bu davada uygun olmayacağına karar vermiştir.<sup>53</sup> Bu davaya yazdığı mutabık oy yazısında Yargıç Jambrek şunları belirtmiştir:

“17. maddenin uygulanabilmesi için sorun yaratan eylemin şiddeti veya nefreti övmesi veya yayması, demokratik veya yasal olmayan yöntemlere başvurusu, şiddetin kullanılmasını teşvik etmesi, ülkenin demokratik ve çoğulcu sistemini yıkmaya çalışması, veya ırkçı veya başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırıcı amaçlar izlemesi gerekir. Bu nedenle haklı olarak bu davada 17. maddenin gerekleri katı bir biçimde dikkatle gözden geçirilmiştir.”<sup>54</sup>

Bu karar Mahkemenin 17. madde konusundaki yaklaşımını bize göstermektedir. Mahkemeye göre herhangi bir yayının ceza yaptırımıyla engellenmesi için demokratik toplumun gereklerinin ötesine gitmesi gerekir. Mahkemeye göre Mareşal Petain'i savunanların 17. maddenin öngördüğü bir biçimde demokrasiyi zayıflattığı söylenemez. Ayrıca dava 10. maddenin uygulanmasıyla çözülebilir. Bu nedenlerle Fransız hükümetinin 17. maddeyi kullanmasına izin verilmemelidir.

Ancak AIHM bazen bazı ifadelerin ise kabul edilemez olduğuna da karar vermiştir. Strasbourg Mahkemesi Nazi soykırım inkarı konusunda şunları belirtmiştir:

“Başvurucunun yazdığı kitapta görüleceği üzere, soykırım gibi açıkça kabul edilmiş tarihsel gerçekleri inkar etmenin gerçeği arayan tarihsel bir araştırma oluşturmadığı kuşkuyu yer vermeyecek bir biçimde ortadadır. Bu yaklaşımın sonuçları ve amacı tamamen farklıdır. Gerçek amaç Nasyonal-Sosyalist rejimi yeniden saygınlığa kavuşturmak ve bunun sonucu olarak da bu rejimin kurbanlarını tarihi tahrif ettikleri nedeniyle suçlamaktır. Bu nedenle insanlığa karşı suçları inkar Yahudilerin ırksal aşağılanması ve Yahudilere karşı nefret kışkırtmasının en ciddi biçimidir. Bu tür tarihsel bir olgunun inkarı veya tarihin yeniden yazımı ırkçılığa ve anti-Semitizme karşı yapılan savaşta dayanılan değerleri yok eder

53. *Lehideux ve Isorni v. France*, 23 Eylül 1998.

54. Yargıç Jambrek'in mutabık oy yazısı, par. 2.

ve kamu düzenine ciddi bir tehdit oluşturur. Bu tür faaliyetler demokrasi ve insan haklarıyla bağdaşmaz; çünkü bu faaliyetler başkalarının haklarını ihlal etmektedir. Bu faaliyetlerin yandaşlarının tasarımları kesin olarak Sözleşmenin 17. maddesinin yasakladığı amaçlar katalogunun içinde yer alır.”<sup>55</sup>

İşte AİHM’ne göre böyle bir durumda başvuru ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddeye dayanamaz ve bu nedenle de başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar vermek gerekir.

Bu kararlardan anlaşılan AİHM’ne göre 17. maddenin özerk bir nitelik taşımadığı ve eğer bir sınırlama Mahkemece yerinde bulunmuşsa 17. maddeye göre inceleme yapılmasına gerek olmadığıdır. Sevtap Yokuş’un da belirttiği gibi Sözleşmenin ihlalinin saptandığı durumlarda davanın ayrıca 17. madde açısından incelenmesine gerek yoktur.<sup>56</sup>

Son yıllarda Mahkeme 17. maddeyi Sözleşmeci tarafın aldığı önlemin olası gerekçelerini incelemeyen başvurunun reddi için kullanmaktadır. *Norwood* davasında başvuru İngiliz Ulusal Partisi’nin bölge örgütünde çalışmaktadır. Başvuru oturduğu dairede penceresine İslam aleyhtarı büyük bir poster asar ve bu nedenle mahkum olur. Başvuru ifade özgürlüğünü kullandığını iddia eder. Mahkeme bu konuda şunları belirtir:

“17 maddenin genel amacı totaliter amaçlarla bireylerin ve grupların Sözleşmede belirlenen ilkelere kendi menfaatleri için istismar etmelerini önlemektir. Mahkeme ve daha önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu özellikle 10. maddede garanti altına alınan ifade özgürlüğüne 17. maddeye aykırı bir biçimde başvurulmayacağını kararlaştırmıştır.”

“Bir dinsel gruba yönelik, bu grubu bir bütün olarak terörizm ile bağlantılı gösterilerek gerçekleştirilen böyle genel ve öfkeli bir saldırı Sözleşmede garanti altına alınmış ve deklare edilmiş değerlerle, özellikle hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılık yapmama ilkeleriyle bağdaşmaz. Başvurucunun penceresinde böyle bir poster sergilemesi 17. maddenin anladığı anlamda bir faaliyettir ve bu nedenle başvuru 10. ve 14. maddelerin korumasından yararlanamaz.”<sup>57</sup>

Mahkeme bu gerekçeyle başvurunun Sözleşmenin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkralarını uyarınca başvurunun reddine karar vermiştir.

## AMAÇ SAPTIRMA YASAĞI: AİHS’NİN 18. MADDESİ

AİHS’nin 18. maddesi şöyle bir hüküm içermektedir: “Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaç-

55. *Garaudy v. France*, 24 Haziran 2003.

56. Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 116.

57. *Norwood v. United Kingdom*, 16 Kasım 2004.

lar için uygulanabilir.” 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemini düzenleyen 13. maddenin 2001 Anayasa değişikliğinden önceki metninde de hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacağı koşulu yer almaktaydı. 2001 değişikliği bu hükmü madde metninden çıkarmıştır.<sup>58</sup>

Sözleşmenin 18. maddesi hak ve özgürlükler sınırlanırken iyi niyet ilkesine uygun davranılması gerektiği kuralını koymaktadır. Bir başka deyişle hak ve özgürlükler sınırlandırılırken “amaç saptırma” yasaklanmaktadır. Bir başka deyişle sınırlandırmada güdülen amaca sadık kalınması gerekmektedir.<sup>59</sup>

Sözleşmenin 18. maddesinin de özerk bir niteliği yoktur. 18. madde sınırlandırma nedenleri içeren maddelerle bağlantılı olarak kullanılabilir. Bu madde de, 17. madde gibi, Sözleşmenin sınırlama öngören diğer hükümleriyle birlikte düşünülmelidir. 18. maddenin kullanılabilmesi için sınırlama öngören diğer maddelerin ihlaline gerek yoktur.<sup>60</sup> Bu nedenle bu maddelerin hiçbir sınırlamaya tabi tutulmayan yani mutlak nitelikteki (örneğin 3. madde) hak ve özgürlükler konusunda 18. maddenin uygulanabilme kabiliyeti yoktur. Ayrıca 18. madde bize hak ve özgürlüklerin niteliğinden doğan objektif sınırlarının olamayacağını da göstermektedir.<sup>61</sup>

Sözleşmenin 18. maddesi zaman zaman başvuruçular tarafından ileri sürülmekle birlikte, Mahkeme çoğunlukla bu maddeye başvurmadan Sözleşmenin diğer maddelerine göre davayı görmekte ve karar vermektedir. Bu konudaki az sayıdaki kararlardan biri olan *Gusinkiy v. Russia* davasında Mahkeme 18. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır:

58. Kemal Gözler bu hükmün çıkarılmasını eleştirmektedir. Bu konuda aynen şunları söylemektedir: “Anayasanın 13’üncü maddesinin eski şeklinin ikinci fıkrasına göre, ‘temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz’. Bu şu anlama gelmektedir ki, bir temel hak ve hürriyete hangi amaçla sınırlandırma getirilmiş ise, bu sınırlandırma, sadece o amaç dahilinde kullanılabilirdi. Bu hüküm “sınırlandırmanın sınırı” niteliğinde temel hak ve hürriyetler için bir güvence teşkil eden bir hükümdü. Bu hüküm Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. 13’üncü maddenin yeni şeklinde böyle bir şart artık yoktur. Acaba artık, belirli bir amaçla yapılan sınırlamanın başka bir amaçla kullanılabilmesinin Anayasa aykırı olduğunu nasıl savunabileceğiz? Kanun koyucu belli bir maddede öngörülen sınırlama amacını bahane ederek bir başka bir amaca ulaşmak için sınırlamalar yaparsa, kanun koyucunun yaptığı bu düzenlemenin Anayasa aykırı olduğunu artık nasıl iddia edebileceğiz? Kanımızca bu hükmün çıkarılması da yanlış olmuştur.” Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2000/4, 2001, s. 66.

59. Gözübüyük ve Gölcüklü, 2009, s. 416.

60. Bakınız : *Kamma v. the Netherlands*, no. 4771/71, 14 Temmuz 1974 ve *Oates v. Poland* (dec.), no. 35036/97, 11 Mayıs 2000.

61. White & Ovey, s. 127.

“Mahkeme Sözleşmenin 18. maddesinin özerk bir role sahip olmadığını hatırlatmak ister. Bu madde sadece Sözleşmenin diğer maddeleri ile birlikte uygulanabilir. Ancak tek başına incelendiğinde herhangi bir ihlal bulunmayan madde 18. maddeyle birlikte ele alındığında ihlal söz konusu olabilir. 18 madde hükmünden ihlalin sadece ilgili hak veya özgürlük Sözleşmede izin verilen sınırlandırmalara konu olduğunda ortaya çıkabileceği anlaşılmaktadır.

Mahkeme yukarıda 52-55. paragraflarda başvuruçunun özgürlüğünün ‘suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunması dolayısıyla yetkili merci önüne çıkarılmak amacıyla’ sınırlandırıldığını tespit etmiştir. Ancak 18. maddeye dayanılarak yapılan iddia ele alınırken, Mahkeme tutuklamanın bunun yanında 5. maddenin 1 fıkrasının (c) bendinde belirtilen amaçtan bir başka amaçla yapıp yapılmadığını ve bu nedenle 18. maddeye aykırılık olup olmadığını da araştırmalıdır.”<sup>62</sup>

Başvuruçucu *Media Most* adlı medya şirketindeki hisselerini Devlet tarafından denetlenen *Gazprom* şirketine satmadığı için ve satmaya zorlanmak amacıyla tutuklandığını iddia etmiştir. Strasbourg Mahkemesi bu konuda şunları belirtmiştir: “Mahkemenin düşüncesine göre, bir ceza kovuşturması olarak bu tür kamu hukuku konularının ve tutukluluğun amacı ticari pazarlıkta kullanılması değildir.”<sup>63</sup> Mahkemeye göre bu koşullarda başvuruçunun özgürlüğü sadece 5. maddenin 1 fıkrasının (c) bendinde suç işlediğine ilişkin makul nedenlerin bulunması üzerine yetkili merci önüne çıkarmak için değil; bunun yanında bu bentle ilişkisiz nedenlerle de sınırlandırılmıştır. Strasbourg Mahkemesi bu durumda 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>64</sup>

## SONUÇ

Türkiye’nin hak ve özgürlükler konusundaki sicilinin iyi olduğu söylenemez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye’yi sistematik bir biçimde Sözleşmenin en temel hükümlerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak son yıllarda gerçekleştirilen birçok yasal ve idari reformlarla bu duruma son verilmek istenmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası (özellikle 13. maddede 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle birlikte) temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerde ve özel-

62. *Gusinskiy v. Russia*, 19 Mayıs 2004, par. 73-74.

63. *Gusinskiy v. Russia*, 19 Mayıs 2004, par. 76. Şener davasında 1991 tarihli Terörle Mücadele Yasasının 8. maddesindeki sınırlama nedenlerinin belirsiz olduğu ve bu nedenle Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasına ve 18. maddesine aykırı olduğu öne sürülmüştür. Mahkeme Komisyonun başvuruçunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki meşru amaçlarla uyumlu olduğu ve bu nedenle 18. maddenin ihlal edilmediği görüşüne vardığını belirttikten sonra, Komisyonun görüşünden ayrı düşünmeyi gerektiren bir sebebin olmadığına karar vermiştir. *Şener v. Turkey*, 18 Temmuz 2000, par. 61-62.

64. *Gusinskiy v. Russia*, 19 Mayıs 2004, par. 77-78.

likle de hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma sisteminde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle uyum sağlamaya büyük bir çaba göstermiştir. 12 Eylül 2010 halkoylamasıyla kabul edilen Anayasanın 148. maddesindeki değişikliklerle bundan böyle herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir. Bu yolun kabulünün amacı AİHS'nin ihlalinin önlenmesidir. Yalnız şu belirtilmelidir ki bireysel başvurunun bu söylenen amacı gerçekleştirilmesi için Anayasa Mahkemesinin AİHS'ni ve AİHM'nin içtihatlarını bilmesi ve bunlara uygun kararlar vermesini gerektirmektedir.

AİHS'ne taraf olan devletler Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11 maddelerinde veya Sözleşmenin diğer maddelerinde yer alan sınırlandırmalara sık sık başvurulmaktadır. Davaların çoğunluğu sınırlandırmaların “demokratik bir toplumda zorunlu önlemler” niteliğinde olup olmadığı noktasında döndüğünden, “takdir marjı” veya “değerlendirme marjı” olarak adlandırılan doktrin yapılan denetlemenin temelinde yer almaktadır. Bu ise “ölçülülük” ilkesini oyuna sokmaktadır. Değerlendirme marjı yapılan müdahalenin ivedi sosyal gereksinimi karşılama amacıyla yapıp yapılmadığı noktasında ortaya çıkmaktayken, ölçülülük bu amacı gerçekleştirmede kullanılan araçlarla ilgilidir. Bu iki doktrin iç içe geçmiş durumdadır ve bir çok davada ölçülülük ilkesi sözleşmeciler tarafından değerlendirme marjının nasıl ötesine gittiğini göstermede kullanılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin temeli olan değerler çoğulculuğunun korunmasında ölçülülük ilkesi önemli bir araçtır.<sup>65</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde ölçülülük ilkesi “demokratik bir toplumda zorunlu önlemler” ölçütünün bir uzantısı olarak ortaya çıkmaktadır. Özgürlüklerin sınırsız olmadıkları bazı sınırlamaların zaman zaman gerekli hatta zorunlu olduğu hemen herkesçe kabul edilmektedir. Ancak sınırlamanın ölçüsünün ne olacağı kişilerin hak ve özgürlüklerine ne ölçüde müdahale edilebileceği sorunu ise kolay çözülebilir bir sorun değildir. Sınırlamanın sınırını saptamada temelde üç ölçüt ortaya çıkmaktadır. Bu ölçütler hakların özüne dokunma yasağı, demokratik toplumun gereklerine aykırı olmama ve ölçülülük ilkesidir. Öze dokunma yasağı ve demokratik toplumun gereklerine aykırı olmama özgürlüklerin sınırlandırılmasında en son çizgiyi gösteren ölçütlerdir. Ölçülülük ilkesi ise sınırlama sebebindeki amaca ulaşabilecek ölçüde o hakkın sınırlandırılmasını sağlamaktadır. Yani ölçülülük ilkesi sınırlandırmanın en alt düzeyde tutulabilmesini sağ-

65. White & Ovey, s. 333.

lar. Bir başka deyişle, ölçülülük sınırlama amacına ulaşmak için gereken ölçünün aşılmasını sağlayarak özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmalarını engeller. AİHM'nin ölçülülük ilkesinin özgürlüklerin sınırlandırılmasında denetim ölçütü olarak kullanmasının yerinde olduğu kabul edilmelidir.

## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR VE MAKALELER

- Anderson QC, David, "Abuse of Rights", *Judicial Review*, C. 11, 2006, s. 348-355.
- Badar, Mohamed Elewa, "Basic Principles Governing Limitations on Individual Rights and Freedoms in Human Rights Instruments", *The International Journal of Human Rights*, C.7, No:4, Winter 2003, s. 63-92.
- Barak, Aharon, "Proportionality and Principled Balancing", *Law & Ethics of Human Rights*, C. 4, 2010, s. 2-18.
- Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004).
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, İstanbul: Beta, 2002.
- Döner, Ayhan, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara: Seçkin, 2003.
- Gözler, Kemal, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2001/4, 2001, s. 53-67.
- Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. Bası (Ankara: Turhan Kitapevi, 2009).
- Gunn, T. Jeremy, "Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis". *Emory International Law Review*, C. 19, 2005, s. 465-498.
- Hovius, Berend, "The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter?" *Ottawa Law Review*, C. 17, 1985, s. 213-261.
- Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları 2. Bası*, Ankara: Bilgi Yayınevi, 1991.
- Kirk, Jeremy, "Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality", *Melbourne University Law Review*, C. 21 S. 1, 1997, s. 1-64.
- Letsas, George, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 256, No: 4, 2006, s. 705-732.
- McGoldrick, Dominic, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford: Hart Publishing, 2006.
- Metin, Yüksel *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002).
- Özcan, Hüseyin ve Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku 2. Baskı*, İstanbul: Der Yayınları, 2011.
- Rivers, Julian, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, C. 65, No: 1, March 2006, s. 174-207.
- Sağlam, Fazil, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara: AÜSBF Yayını, 1982).
- Sevtaç Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002).
- Sweeney, James A., "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 54, No: 2, April 2005, s. 459-474

- Tsakyrakis, Stavros, "Proportionality: An Assault on Human Rights", *Int. Jnl. of Constitutional Law*, C. 7, No: 3, July 2009, s. 468-493.
- Tümay, Murat, "The 'Margin of Appreciation Doctrine' Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", *Ankara Law Review*, C. 5, No: 2, Winter 2008, s. 201-234.
- White, Robin C.A. ve Clare Ovey, 5. Baskı, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

## KARARLAR

### AİHK VE AİHM KARARLARI

- Akçam v. Turkey*, 25 Ekim 2011.
- De Becker*, 8 Ocak 1960.
- Dink v. Turkey*, 14 Eylül 2010.
- Engel and Others v. The Netherlands*, 8 Haziran 1976.
- Garaudy v. France*, 24 Haziran 2003.
- Golder v. United Kingdom*, 21 Şubat 1975.
- Gusinskiy v. Russia*, 19 Mayıs 2004.
- Handyside v. United Kingdom*, 7 Aralık 1976
- Kamma v. the Netherlands*, 14 Temmuz 1974.
- Kom. K. K. Kühnen*, 12 Mayıs 1988.
- Lawless v. Ireland*, 14 Kasım 1960.
- Lehideux ve Isorni v. France*, 23 Eylül 1998.
- Leyla Şahin v. Turkey*, 10 Kasım 2005.
- Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belgium*, 2 Mart 1987.
- Norwood v. United Kingdom*, 16 Kasım 2004.
- Oates v. Poland*, 11 Mayıs 2000.
- Otto-Preminger Institute v. Austria*, 20 Eylül 1994.
- Parti Communiste v. Federal Republic of Germany*, 20 (1955-1957)
- Piermont v. France*, 27 April 1995.
- Rees v. United Kingdom*, 17 Ekim 1986.
- Sheffield and Horsham v. UK*, 30 Temmuz 1998.
- Sidiropoulos and Others v. Greece*, 10 Temmuz 1998.
- Silver and Others v. United Kindom*, 25 Mart 1983.
- Sunday Times v. United Kingdom*, 28 Nisan 1979.
- Şener v. Turkey*, 18 Temmuz 2000.
- United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 Ocak 1998.
- Vogt v. Germany*, 26 Eylül 1995.

### ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

- E.1993/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1993/2, k.t. 23.11.1993, AMKD, Sayı:  
E. 2008/111, K. 2010/22, k.t. 28.1.2010, Resmi Gazete, 10.12.2011. Sayı: 28138

