

# STRASBOURG'DA HERKÜLLERE İHTİYACIMIZ VAR MI? ULUSAL TAKDİR YETKİSİ VE EVRENSEL STANDARTLAR ARASINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ\*

*Do We Need Hercules in Strasbourg? ECtHR between Universal  
Standards and National Margin of Appreciation*

**Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN\*\***

**1. Giriş**, 2. Ulusal Takdir Yetkisi Doktrininin Meşruiyeti, 3. Sözleşmede Yer Alan Hak Ve Özgürlüklerin Korunmasında Mahkemenin Rolü, 4. Ulusal Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Mahkeme Uygulaması, 4.1. Hakkın Varlığı ve Ulusal Takdir Yetkisi, 4.2. Devletlerin Pozitif Ödevi ve Takdir Yetkisi, 4.3. Müdahalenin Hukukiliği ve Takdir Yetkisi, 4.4. Müdahalenin Amacı ve Takdir Yetkisi, 4.5. Müdahalenin Gerekliliği ve Takdir Yetkisi, **5. Sonuç**

## ÖZET

Makalede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilen ve taraf devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin tespitinde kullanılan ulusal takdir yetkisi doktrininin Mahkeme içtihadında oynadığı rol incelenmektedir. Doktrinin ortaya çıkış nedeni ve dayandığı temeller tartışıldıktan sonra Mahkemenin bir hakkın ihlal edilip edilmediği değerlendirilmesini yaparken kullandığı beş aşamalı incelemenin her

---

\* Bu yazı 8-9 Mart 2008 tarihinde Ankara'da yapılan "Yeni Avrupa'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?" başlıklı uluslararası konferansta sunulan "Evrensel Standartlar ile Ulusal Makamların Takdir Yetkisi Arasında AIHM" başlıklı tebliğin geliştirilmiş halidir.

\*\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Anayasa Mahkemesi Raportörü.

aşamasında doktrinin oynadığı rol ayrı ayrı irdelenmektedir. Bu aşamalar; a) Sözleşme kapsamında bir hakkın ve bu hakka müdahalenin varlığı, b) Devletin pozitif bir ödevinin varlığı ve yerine getirilip getirilmediği, c) Müdahalenin hukukiliği, d) Müdahalenin amacı ve e) Müdahalenin gerekliliğidir. Bu inceleme sırasında Dworkin'in zor davalarda yargıcın rolüne ilişkin olarak geliştirdiği teorik çerçeve esas alınarak Mahkemenin doktrine atfettiği rolün doğru olup olmadığı tartışılmaktadır. Makalede siyasal ve hukuki nitelikli sorunların ayrıştırılması halinde ancak doktrinin işlevsel olabileceği sonucuna ulaşılmıştır Buna göre bir hakkın Sözleşmenin kapsamında olup olmadığına karar verme yetkisi bir yasama yetkisidir ve siyasal nitelik taşır. Dolayısıyla bu alanda doktrine başvurulabilir. Ancak bir hakka ne kadar müdahale edilebileceği kararı hukuki bir karardır ve Mahkeme bu konularda evrensel standartları belirlemeli ve takdir yetkisine başvurmamalıdır

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ulusal takdir yetkisi, Dworkin, Herkül Yargıç

#### ABSTRACT

This article examines the role of the margin of appreciation doctrine, which is developed by the European Court of Human Rights and used in determination of the obligations of the contracting States arising from the Convention, in the case-law of the Court. Having discussed the emergence and legitimacy of the doctrine, the role of it in each of the five stages where the Court examines whether there is a violation of a Convention right has been scrutinized. These stages are; a) whether there is a right and an interference with it? b) is there positive obligations of the contracting state? c) is interference lawful? d) does interference have a legitimate aim? e) is interference necessary? In this analysis it has been discussed whether the role attributed to the margin of appreciation doctrine by ECtHR is correct on the basis of Dworkin's theoretical framework about the role of judge in hard cases. Article concludes that margin of appreciation doctrine can be functional only if political questions are distinguished from legal issues. Accordingly, a decision about whether a right is in the scope of the Convention is a legislative issue, that is, it has a political nature and there is a room for the doctrine in this area. On the other hand, a decision about how far a right can be interfered is a legal problem and the Court should establish universal standards.

**Keywords:** European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, margin of appreciation, Dworkin, Judge Hercules

## 1. Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin koruma mekanizması olarak oluşturulan Strasbourg organları, yani Komisyon ve Mahkeme, ulus devletlerin kendi yargı yetkisine tabi olan alanlardaki işlemlerini denetleme yetkisine sahip uluslararası organlar olarak kurulduğunda, başarılması hiç de kolay olmayan bir görev ile karşı karşıya idiler. Egemenliklerine kıskançlıkla sahip çıkan ulus devletlerin kendi ülkelerindeki işlemlerinin Sözleşmeye uygunluğunu denetleyecek yani bir anlamda bu devletlerin iç işlerine müdahale edeceklerdi. Üstelik bu yetkilere sahip başka herhangi bir uluslararası organ da bulunmuyordu. O nedenle bu organların taraf devletler üstünde otoritelerini kurabilmeleri için bu yetkilerini politik nedenlerle kullanmayacakları konusunda taraf devletlerin güvenini kazanmaya ihtiyaçları vardı. Bunu yaparken bir taraftan Sözleşmede düzenlenen hakların etkin bir şekilde korunmasını gözetirken, diğer taraftan da taraf devletlerin Avrupa Konseyi üyeliğinden ve Sözleşme sisteminden dışlanmalarına özen göstermeleri gerekiyordu.

Yani bir taraftan Sözleşmenin güvence altına aldığı insan hakları konusunda evrensel standartları oluşturmaları ve uygulamaları, diğer taraftan ise taraf devletlerin egemenlik yetkilerine mümkün olduğunca saygı göstermeleri gerekiyordu. Strasbourg organları baştan itibaren bu iki farklı ve birbirine zıt amacı mümkün olduğunca birlikte gerçekleştirecek yorum yöntemleri geliştirmeye çalıştılar. Bu yorum yöntemlerinin geliştirilmesinde Mahkeme kadar Komisyonun da önemli rolü olmakla birlikte bugün Komisyon ortadan kalktığından incelememiz Mahkemeyi odağına almaktadır.

Mahkeme, bir taraftan Sözleşmede güvence altına alınan hakları etkin bir şekilde korumak için Sözleşmeyi teorik ve soyut değil, günün koşullarında gerçek bir güvence sağlayan “yaşayan belge” olarak yorumlamıştır. Bunun yanısıra amaçsal (teleolojik) ve özerk (otonom) yorum yöntemleriyle yaşayan belge niteliğini pekiştirmiştir. Ancak diğer taraftan, taraf devletlerin egemenlik yetkilerine saygı göstermek ve Sözleşmenin uygulanmasında demokratik çoğulculuğa olanak tanımak amacıyla taraf devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan ödevlerinin kapsamını ve niteliğini tayinde taraf devletlere belli bir serbestiyet tanımıştır.<sup>1</sup> Devletlerin sahip olduğu bu serbestîye ulusal takdir yetkisi ya da değerlendirme marjı denilmektedir. Her ne kadar doktrinde bu iki kavramın farklı anlamlara geldiği ileri sürülmüşse<sup>2</sup> de aşağıdaki incelemelerde de görüleceği gibi Mahkeme bu kavramı oldukça farklı bağlamlarda ve geniş anlamli olarak kullanmaktadır. Kamu otoritelerinin işlemlerinin sadece konusu ya da sebebi

<sup>1</sup> Ş. Gözübüyük, ve F. Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara:Turhan, 2004) s. 121.

<sup>2</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku* (Bursa: Ekin, 2003) C. 1 s. 821.

ile sınırlı yorumlamamaktadır. O nedenle kavram burada işlemin hem konusu hem de sebebine ilişkin kamu otoritelerine tanınan serbestiyi ifade edecek şekilde ulusal takdir yetkisi şeklinde kullanılacaktır.

Ulusal takdir yetkisi aslında hukukçuların pek de yabancı olmadığı bir kavramdır. Farklı adlandırmalarla da olsa pek çok hukuk sisteminde benzer kavramların var olduğunu biliyoruz. Anayasa teorisinde yargısal kendi kendini sınırlama (*judicial self-restraint*) olarak nitelendirilen doktrinin yanı sıra bizim hukukumuzda benzer bir doktrin idare ve anayasa hukuku alanlarında “*yerindelik denetimi yasağı*” adıyla uygulanmaktadır. Aynı şekilde İngiltere’de “*Wednesbury reasonableness*”<sup>3</sup> ilkesi ABD’de ise “*Rational basis test*”<sup>4</sup> aynı amaca yönelik ilkelerdir. Bütün bu farklı isimler altında uygulanan ilke özünde yasama ve yürütme makamlarının yargı organına göre hem sorunlara daha yakın olmaları nedeniyle daha fazla bilgili hem de demokratik meşruiyete sahip olmaları nedeniyle ülkede uygulanması gereken politikalar konusunda daha yetkili olmaları ve yargı organının apaçık bir hukuka aykırılık yoksa bu politikalara müdahale etmemesi anlamına gelmektedir.<sup>5</sup> Demokratik bir hukuk devletinde yönetimde keyfiliğin önlenmesi için bu ilkenin kaçınılmaz olarak ölçülülük ilkesiyle yan yana uygulanması gerekir. Aksi takdirde yönetimin birey haklarına keyfi müdahaleleri bu doktrinin gölgesi altında kendisine yaşam alanı bulacaktır.

Bu çalışmanın konusu ulusal takdir yetkisi doktrininin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında oynadığı rol ve doğurduğu problemler olacaktır.

Mahkeme ulusal takdir yetkisi doktrinini pek çok farklı bağlamda kullanmaktadır. O nedenle öncelikle bu doktrinin Mahkeme içtihadında oynadığı rolün doğru olarak tespit edilmesi gerekir. Mahkeme hem Sözleşmenin uygulanmasındaki kendi rolünü belirlerken hem de Sözleşmenin düzenlediği hakların içeriğini ve taraf devletlerin sözleşmeden kaynaklanan ödevlerinin kapsamını tespit ederken bu doktrine başvurmaktadır. Üstelik bu alanların her birisinde de Mahkemenin doktrini uygulamasında yeknesaklık

---

<sup>3</sup> İngiliz idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan bu kavram *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, 1948 davasında Lord Greene tarafından ortaya konulmuştur. Buna göre eğer idarenin işlemi eldeki deliller dikkate alındığında makul bir yönetici tarafından alınmayacak kadar dayanaktan yoksun ise Mahkeme tarafından müdahale edilebilir. Bu kavramın takdir yetkisiyle ilişkisi manayı muhalifinden çıkmaktadır. Yani alınan karar makul sayılabilecek nitelikte olduğu sürece mahkeme müdahale etmemelidir.

<sup>4</sup> Aaron A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, *Hanse Law Review* Vol.1 N0.1 (2005) s.47-64.

<sup>5</sup> Ronald St. J. Macdonald, “The Margin of Appreciation” in Macdonald, Matscher, and Petzold (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1993) s. 125.

söz konusu değildir. O nedenle doktrinin Mahkeme içtihadında oynadığı rolü inceleyen pek çok çalışmada oldukça farklı yöntemleri kullanıldığı görülmektedir. Bazı yazarlar doktrinin tarihsel gelişimini<sup>6</sup>, bazıları ise Sözleşmenin her maddesi için ayrı ayrı doktrinin uygulamasını incelemişlerdir.<sup>7</sup> Diğer bazıları doktrinin hakların sınırlandırılmasındaki rolünü (substantial) ve Mahkemenin kendi yetkisini belirlerken (structural) oynadığı rolü ayırarak incelerken<sup>8</sup> başka yazarlar ise Mahkemenin inceleme alanının tespitinde doktrinin oynadığı rolü esas almışlardır.<sup>9</sup>

Bütün bu yaklaşım farklılıkları doktrinin Mahkeme içtihadında oynadığı rolün karmaşıklığını göstermektedir. Bu doktrini inceleyen her yazar haklı olarak doktrinin uygulanmasında açıklık olmamasından yakınmıştır. Çünkü Mahkeme yukarıda belirtilen farklı bağlamlar arasında bir ayırım yapmaksızın, çoğu zamanda hepsini kapsar şekilde doktrine başvurmaktadır. Buna bir de Mahkemenin ulaştığı sonuçları gerekçelendirmekte zorlandığı davalarda can simidi olarak doktrine başvurusu eklendiğinde durum tamamen içinden çıkılmaz bir hal almaktadır.<sup>10</sup> Dahası Mahkemenin doktrine sadece ilkesel nedenlerle değil, zaman zaman da pratik nedenlerle, mesela özellikle siyasal çatışma alanlarında taraf devletin aşırı tepkilerine maruz kalmamak için başvurusu<sup>11</sup> Mahkeme kararlarının öngörülebilirliğini önemli ölçüde zayıflatmakta ve Mahkemenin güvenilirliğini de yıpratmaktadır.

Doktrinin uygulamadaki rolü tespit edildikten sonra incelenmesi gereken husus insan haklarının korunmasında bu doktrinin kullanılmasının ilkesel açıdan doğru olup olmadığını tartışmaktır. Nihayet üzerinde durulması gereken son nokta eğer doktrinin kullanılması ilkesel açıdan doğru ise somut Mahkeme uygulamasının doğru olup olmadığını incelemektir.

Bu çalışmada öncelikle ulusal takdir yetkisi doktrininin meşruiyetine ilişkin tartışmalara yer verilmiş daha sonra ise Sözleşmenin uygulanmasında Mahkemenin rolü incelenmiştir. Mahkemenin rolünün tartışılmasında Dworkin'in anayasa yargıcının rolüne ilişkin olarak ileri sürdüğü temsili yargıç Herkül'e ilişkin fikirlerinden yararlanılmıştır. Daha sonra ise

<sup>6</sup> Howard C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1996).

<sup>7</sup> Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* (Antwerpen: Intersentia, 2002); J. Macdonald, "The Margin of Appreciation" in Macdonald, Matscher, and Petzold (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1993).

<sup>8</sup> George Letsas , "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 26, No.4 (2006) pp.705-732.

<sup>9</sup> Nicholas Levander, "The Problem of the Margin of Appreciation", *European Human Rights Law Review* Vol. 4, (1997) pp. 380-390.

<sup>10</sup> Letsas, op.cit 3, p. 712.

<sup>11</sup> Macdonald, s. 123.

doktrinin Mahkeme içtihadında oynadığı rol incelenmiştir. Bu incelemede Mahkemenin bir hakkın ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmesinde başvurduğu inceleme aşamaları esas alınmıştır. Mahkeme kural olarak önüne gelen bir başvurunun esaslanmasını beş aşamada gerçekleştirmektedir. Bunlar; a) Sözleşmede güvence altına alınan bir hak ve bu hakka bir müdahale var mı? b) Müdahale hukuki mi? c) Müdahalenin meşru bir amacı var mı? d) Müdahale demokratik bir toplumda gerekli mi e) Bu hak devlete pozitif bir ödev yüklüyor mu ve devlet bu ödevi yerine getirmiş mi? Mahkeme bu aşamaların her birisinde zaman zaman ulusal takdir yetkisi doktrinine başvurmuştur. O nedenle bu aşamalarda doktrinin oynadığı rolün ortaya konulmasının onun Sözleşmenin uygulanmasındaki işlevini daha iyi anlamamızı sağlayacağı düşünülmüştür.

## 2. Ulusal Takdir Yetkisi Doktrininin Meşruiyeti

Ulusal takdir yetkisi doktrini Mahkeme içtihadıyla ortaya çıkmıştır. Sözleşmenin hiçbir yerinde “takdir yetkisi- margin of appreciation” kavramı yer almamakla birlikte Mahkeme, kararlarında sık sık bu kavramı kullanmış ve Sözleşmenin yorumunda önemli bir ilke haline getirmiştir. Mahkemenin bu doktrini geliştirmesinin ilkesel ve pragmatik nedenlerinin olduğu söylenebilir. İlkesel nedenler demokrasiye saygı ve Sözleşmenin uygulanmasında Mahkemenin ikincil (subsidiary) nitelikte bir yetkiye sahip olmasıdır. Pragmatik neden olarak ise Mahkemenin kendi otoritesini kabul ettirme ve taraf devletleri Sözleşme sistemi içinde tutma kaygısı gösterilebilir.<sup>12</sup>

Sözleşmenin temel amacı insan haklarını ve demokrasiyi korumaktır.<sup>13</sup> Bu iki amaç bir arada gerçekleştirilmelidir. Yani ulusal ve uluslararası yargı yerleri insan haklarının korunmasında nihai denetleme yetkisini kullanırken bir taraftan da bu hakların somut olarak nasıl gerçekleştirileceği ve haklar arasında ya da haklar ile toplumun ortak çıkarları arasında çıkabilecek uzlaşmazlıkların nasıl çözüleceği konusunda ulusal makamlara kendi ülkelerinin koşullarına uygun politikalar geliştirmelerine imkan tanınmalıdır. Yani bu hususta bir takdir yetkisine sahip olmaları gerekir. Bu takdir alanı ne kadar dar tutulursa ulusal makamlar kendi toplumsal yapılarından kaynaklanan endişeleri kendi politikalarına ve yasalarına yansıtmakta o derece kısıtlanmış olacaklardır.<sup>14</sup> Eski İnsan Hakları Komiseri Alvaro Gil-

<sup>12</sup> Eyal Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *International Law and Politics*, Vol. 31 (1999) s. 845.

<sup>13</sup> Bkz. Burleigh Wilkins, “International Human Rights and National Discretion”, *The Journal of Ethics* Vol. 6 (2002) s. 377. Sözleşmede düzenlenen kişisel özgürlük haklarının (m. 8-11) sınırlandırılmasına ancak demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece izin vermektedir. Dolayısıyla demokrasinin korunmasıyla insan haklarının korunması el ele yürütülmelidir.

<sup>14</sup> Alvaro Gil-Robles, “Çoğulcu bir Toplumda İnsan Hakları” konferansında sunulan “Özgürlükler ve Farklılık ve Sosyal Uyum için Sınırlamalar” başlıklı tebliğ.

Robles'e göre Sözleşmeye taraf devletler arasında bazı konularda büyük anlayış farklılıkları bulunmaktadır. Mesela öğrencilerin okulda başarılarını örtmeleri bazı ülkelerde herhangi bir tartışmaya yol açmazken bazı ülkelerde devletin temel değerlerine aykırı görülmektedir. Takdir yetkisi doktrini Sözleşme sisteminin bu farklılıkları tolere etmesini sağlamaktadır. Pekçok yazar Mahkemenin bu doktrine başvurmakla oynadığı evrenselci rolü dengelediğini düşünmektedir. Bu yazarlara göre Mahkeme bu doktrini meşru yoruma ilişkin içsel bir sınırlama olarak değerlendirmekte ve bu yolla kültürel çoğulculuğa olanak tanımaktadır.<sup>15</sup>

Demokrasi ile doktrin arasında kurulabilecek bir başka ilişki ise ulusal takdir yetkisi doktrininin politikacıları ülkelerin temel insan hakları sorunları konusunda harekete geçmeye mecbur etmesidir. Ulusal politikacılar haklarla ilgili sorunların çözümüne ilişkin temel kararların alınmasını yargıçlara bırakamazlar. Yargıcın ödevi takdir yetkisinin aşılmayıp aşılmadığını denetlemektir. Yoksa yargıçların takdir yetkisini kendilerinin kullanarak yasama işlevine soyunmaları düşünülmemelidir. Politikacılar tam da bu tür kararları almak için seçilmişlerdir ve bu kararlarını tam bir güven ve sorumlulukla almalıdırlar.<sup>16</sup> Dolayısıyla demokrasiyi korumayı temel hedeflerinden birisi olarak gören bir Sözleşmenin ve bu Sözleşmenin uygulanmasını denetlemekle görevli bir Mahkemenin mümkün olduğunca demokratik karar alıcıların kararlarına müdahale etmekten kaçınması gerekir.

Takdir yetkisi doktrininin meşruiyeti için ileri sürülebilecek ilkesel gerekçelerden birisi de Mahkemenin, Sözleşmenin uygulanmasında ikincil (subsidiary) nitelikte bir role sahip olmasıdır.<sup>17</sup> Sözleşmede yer alan hakları korumak öncelikle taraf devletlerin ödevidir. Bu, Sözleşmenin çeşitli maddelerinde açıkça ifade edilmiştir. Sözleşmenin 1. maddesine göre taraf devletler Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri kendi yetki alanlarındaki herkese tanıma yükümlülüğü altındadırlar. 13. maddeye göre ise Sözleşmede yer alan haklarından herhangi birisinin ihlal edildiğini ileri süren herkese ulusal makamlar önünde hakkını arama olanağı tanınmalıdır. 34. maddeye göre ise iç hukuk yolları tüketilmeden yapılan başvurular kabul edilemez. Bütün bu hükümler Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri sağlama ödevinin öncelikle taraf devletlerde olduğunu göstermektedir. Yani

---

[http://www.coe.int/T/E/Commissioner\\_H.R./Communication\\_Unit/2Speech%20Conf%20The%20Hague%20211103.doc](http://www.coe.int/T/E/Commissioner_H.R./Communication_Unit/2Speech%20Conf%20The%20Hague%20211103.doc).

<sup>15</sup> Ignacio de la Rasilla del Moral, "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine", *German Law Journal*, Vol. 07 No. 06 (2006) s.620.

<sup>16</sup> Gil-Robles, agy.

<sup>17</sup> İlkenin uygulamasını inceleyen bir çalışma için bkz. H. Petzold, "The Convention and the Principle of Subsidiarity" in Macdonald, Matscher, and Petzold (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993); Paolo G. Carozzo, "Subsidiarity as Structural Principle of International Human Rights Law", 97 *American Journal of International Law* (2003), s. 38-79.

Sözleşmede yer alan hakka yapılan bir müdahaleyi ilk önce ulusal makamlar değerlendirecekler, birey bu değerlendirmeler sonunda hala Sözleşmeye aykırılığın giderilmediği düşüncesinde ise ancak o zaman uluslararası organ devreye girebilecektir.

Ancak bu hükümlerin zorunlu olarak ulusal takdir yetkisi doktrinine meşruiyet sağlayacağı kuşkuludur.<sup>18</sup> Ulusal makamların iddiaları incelemede kronolojik önceliğinin olması zorunlu olarak ulusal makamların değerlendirmelerinin uluslararası makamlara göre önceliği olduğu anlamına gelmez. Ancak Mahkeme ikincillik ilkesini daha kapsamlı yorumlamaktadır. Buna göre ulusal makamlar sadece iddiaları inceleme ve ihlalleri ortadan kaldırma önceliğine sahip değildir, aynı zamanda haklar konusunda karar verme noktasında uluslararası organlara göre daha iyi konumdadırlar ya da daha fazla meşruiyete sahiptirler. Mahkeme kararlarında sıklıkla “ulusal makamlar kural olarak uluslararası yargıçtan daha iyi konumdadır” (*better placed*) cümleciğine yer vermektedir. Bu, Mahkemenin ikincillik ilkesini ulusal makamların normatif önceliği şeklinde algıladığını göstermektedir. Mahkeme ne zaman yukarıdaki cümleciği kullansa ulusal makamların kararına uyacağı ve Sözleşmenin ihlaline karar vermeyeceği anlamına gelmektedir.<sup>19</sup> Mahkemenin bu yaklaşımının eleştirisi aşağıda daha detaylı bir şekilde yapılacaktır.

Ulusal takdir yetkisi doktrinini pragmatik nedenlerle açıklamak da mümkündür. Avrupa devletleri arasında insan haklarının korunmasına ilişkin tam bir ortak standart ancak zamanla tedrici bir şekilde oluşabilir. Böyle ortak bir standart oluşuncaya kadar taraf devletlerin rızasına dayalı olan Sözleşme meknizmasının varlığını sürdürebilmesi için takdir yetkisi doktrinini işlevsel olacaktır. Bu doktrinin uygulanması Mahkeme ile taraf devletler arasında yetki çatışmalarının çıkmasını önlemekte ve Mahkemenin taraf devletlerin egemenlik yetkisi ile Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri arasında bir denge kurmasına olanak tanımaktadır.<sup>20</sup>

Doktrinin uygulanmasına yöneltilen en önemli eleştiri ise insan haklarının evrenselliği ilkesine dayandırılmaktadır. Buna göre insan hakları kültüre, coğrafyaya ya da yaşam koşullarına bağlı olmaksızın bütün insanlar için geçerli ahlaki normlardır ve herkes için aynı değere sahiptir. O nedenle farklı uygulamalara geçerlilik tanınması anlamına gelen ulusal takdir yetkisi doktrinini, insan haklarının evrenselliğinden uzaklaşarak kültürel göreceliliğe geçerlilik tanınması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu doktrin insan haklarının evrenselliğini zayıflatmaktadır.<sup>21</sup> Ayrıca takdir yetkisi doktrinine başvurulması Mahkemenin ortak bir Avrupa standardı oluşturma çabasıyla

---

<sup>18</sup> Letsas, s.722.

<sup>19</sup> Letsas, s. 722.

<sup>20</sup> Macdonald, s.123.

<sup>21</sup> Benvenisti, s. 847.

da örtüşmemektedir. Mahkeme ortak bir Avrupa standardı oluşturmak amacıyla Sözleşmede geçen kavramları taraf devletlerin iç hukukunda ne anlama geldiklerinden bağımsız olarak özerk bir şekilde yorumlamakta ve Sözleşmede geçen kavramlara tüm Avrupa devletleri için geçerli ortak anlamlar yüklemektedir. Bu ise Sözleşmenin yorumunda yerel etkilerin azaltılması anlamına gelmektedir. Oysa takdir yetkisi tam da bunun zıttına bir sonuç doğurmaktadır.<sup>22</sup>

Doktrinin Mahkeme tarafından sıklıkla başvurulan bir yorum yöntemi haline gelmesinde yukarıda değinilen argümanlar önemli rol oynamaktadır. Ancak bu argümanların geçerliliği aşağıdaki incelemeler sırasında titizlikle sorgulanacaktır.

### **3. Sözleşmede Yer Alan Hak Ve Özgürlüklerin Korunmasında Mahkemenin Rolü**

Uluslararası koruma mekanizmalarının rolüne ilişkin olarak iki farklı yaklaşımdan söz edilebilir. Bunlardan birincisi asgari standartların belirlenmesi ve her tür ideolojiden devletin bu sistem içinde yer almasına olanak tanınmasıdır. Bu durumda uluslararası koruma mekanizmaları belirlenen asgari standartlara uyulmasını sağlamaya yönelik sınırlı bir rol üstlenecektir. Buna dayanışmacı yaklaşım diyebiliriz. İkincisi ise ortak tek bir standardın belirlenerek tek bir ideolojinin bütün dünyada hakim olmasına çabalamaktır. Bu bir anlamda uluslararası insan hakları cihadı tavrının benimsenmesidir. Buna da amaçsal ya da teleolojik yaklaşım diyebiliriz.<sup>23</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kendi rolünü tanımlarken bu yaklaşımlardan herhangi birisini tam olarak benimsemiş değildir. Mahkemenin kullandığı yorum yöntemlerinin bir kısmı birinci yaklaşıma bir kısmı ise ikinci yaklaşıma tekabül etmektedir. Mesela, özerk yorum, amaçsal yorum ve dinamik yorum yöntemleri ikinci yaklaşıma yakın iken, ulusal takdir yetkisi doktrini birinci yaklaşıma yakın gözükmektedir. Dolayısıyla Mahkemenin ortada bir tutum benimsediğini söyleyebiliriz. Ancak acaba olması gereken tavır hangisidir? Uluslararası koruma mekanizmaları bu arada AIHM kendisini insan haklarının nihai koruyucusu olarak görüp ona göre mi, yoksa asgari standartları koruması gereken bir organ olarak görüp buna göre mi davranmalıdır? Sözleşmede yer alan kavramların çoğu genel nitelikte olduğundan pek çok tartışmalı konunun bu kavramların kapsamına girip girmediğinin tespiti konusunda son sözü Mahkeme söyleyecektir. Ancak Mahkeme bu tespiti yaparken kendi değerlendirmeleriyle mi bir sonuca ulaşacaktır, yoksa taraf devletlerin iradesini mi esas almalıdır. Bu soruya farklı bir bağlamda Dworkin zor davalarda yargıcın benimsemesi gereken role ilişkin incelemesinde cevap vermektedir. Dworkin'in teorisi

<sup>22</sup> Moral, s. 620.

<sup>23</sup> Bkz. Terry Nardin, *Law, Morality and the Relations of States* (Princeton: Princeton University Press, 1989); Wilkins, s. 381.

Anayasa hukukuyla ilgili yani Anayasa yargıcının tutumuyla ilgili olmakla birlikte bu kolaylıkla uluslararası insan hakları yargısına da uyarlanabilir.

Dworkin uygulanacak açık bir hükmün bulunmadığı zor davalarda yargıcın takınması gereken tutumu, yarattığı hayali bir yargıç yoluyla ortaya koymaktadır.<sup>24</sup> Bu hayali yargıç Herkül, insanüstü sezgi, kavrayış ve bilgiye sahip bir hukukçudur. Acaba Herkül uygulanacak açık bir kuralın bulunmadığı bir dava ile karşı karşıya kaldığında nasıl karar verecektir? Mesela Sözleşmenin 8. maddesi “herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır” hükmünü içermektedir. Taraf devletlerden birisinin homoseksüel ilişkileri yasakladığını varsayalım. Devlet bu düzenlemeyi yaparken bu tür ilişkilerin madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini varsaymıştır. Oysa cinsel tercihlerini homoseksüellikten yana kullanan bir birey ise devletin bu yasa ile sözleşmenin güvence altına aldığı kendi hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Böyle bir soruna çözüm bulmak için Herkülün kapsamlı bir haklar teorisine ihtiyacı vardır. Bu teori hükmün amacının her tür cinsel tercihi korumak olduğunu söyleyebilir. Ya da toplumda geleneksel olarak kabul gören tercihleri koruduğunu söyleyebilir. Eğer Herkülün benimsediği haklar teorisi birincisi ise o zaman taraf devletin düzenlemesi Sözleşmeye aykırı olacaktır. Fakat Herkülün benimsediği haklar teorisi ikicisi olursa düzenlemenin Sözleşmeye aykırılığında söz edilemez. Herkül haklara ilişkin bu teoriyi Sözleşmenin hükümlerinin altında yatan felsefi tez ya da ilkeleri keşfederek bulabilir. Yargıç Herkül’den beklenen Sözleşmenin dayandığı kapsamlı ahlaki ve felsefi tezleri aynı şekilde tutarlı bir teori ile keşfederek sorunu çözmesidir.<sup>25</sup>

Oysa Dworkin’e göre, geleneksel anlayış yargıcın yasanın anlamını ortaya koymak için bütün yolları kullandıktan sonra önündeki olaya uygulanacak kesin bir kural bulunmadığı sonucuna ulaşırsa kendi tercihini kullanmasını, eğer kendi tercihi ile toplum çoğunluğunun tercihi arasında farklılık varsa kendi tercihini toplum tercihinin üstünde tutmaması gerektiğini savunuyor. Fakat Yargıç Herkül bu yaklaşımı reddetmektedir. Herkül uygulanacak ilkeyi tespit ederken toplumun gelenekleri de dahil olmak üzere tüm şartları değerlendirmekte ve tutarlı bir ilke ortaya koymaktadır. Bu ilke Herkülün kendi tercihi değildir. O nedenle de toplumun tercihi ile yargıcın bireysel tercihinin çatışması diye bir durum söz konusu değildir. Elbette Herkülün ortaya koyduğu ilke ile toplumun çoğunluğunun görüşleri örtüşmeyebilir. Ancak bu, yargıcın bireysel tercihini toplumsal tercihe üstün tutması anlamına gelmez. Zor davanın doğru cevabı ancak bu şekilde verilebilir.<sup>26</sup> Bu yaklaşım uluslararası yargıya uyarlandığında uluslararası yargıcın tutarlı bir teori ile sorunu çözmesini ve

<sup>24</sup> Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977) s. 105 vd.

<sup>25</sup> Ibid, s. 108.

<sup>26</sup> Ibid. s. 125.

ulaştığı sonuç ile taraf devletlerin tercihleri arasında uyumsuzluk varsa ihlal bulmasını gerektirir. Elbette kürtaj, uyuşturucu kullanımı, geleneksel olmayan cinsel tercihler gibi tartışmalı olan ahlaki konularda da Herkül bu yöntemi uygulayacaktır. Mesela, insan onuru kavramının anlamını da bu şekilde tespit edecektir. Hatta kendisi insan onuru kavramına herhangi bir değer atfetmese bile yukarıda belirtilen yöntem ile onun ne anlama geldiğini tespit edebilir. Ve verilen kararlar kaçınılmaz olarak siyasal nitelik taşıyacaktır.<sup>27</sup>

Dworkin zor davalarda da doğru bir cevabın olduğunu savunurken dayandığı tez şudur: Herkül bireylerin var olan hakları konusunda karar verir. Herkülün kararları hak yaratmaz aksine var olan hakları korur. Oysa geleneksel anlayışın yargıçı olan Herbert açık bir kuralın olmadığı durumlarda kendisini yasa koyucu yani hakların yaratıcısı olarak görmekte yani yargısal kararı hakkın yaratıcısı olarak görmektedir. O zaman da açık bir kuralın olmadığı durumda kendi görüşünü değil de toplumun görüşünü esas alması demokrasinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Herkül açısından ise durum daha farklıdır. Herküle göre yargı kararları bireyin var olan hakkını tespit etmektedir. Hakkın varlığı ya da yokluğu konusunda ise toplumsal tercihe göre karar verilemez. Kolay davalarda olduğu gibi zor davalarda da bireylerin hakları söz konusudur ve kolay davalarda halkın görüşüne başvurulmadığı gibi zor davalarda da başvurulmamalı ve bireyin hakları zor davalarda da korunmalıdır. Dworkin burada açıkça doğal haklar teorisine dayanmaktadır. Yargıçı doğal hukukun sözcüsü konumuna oturmakta böylece demokratik eleştiriye saf dışı bıraktığını düşünmektedir.<sup>28</sup>

Strasbourg yargıçları zor davalarda ulusal takdir yetkisi doktrinini benimsemekle açıkça Herkül'ü değil Herbert'i oynamayı tercih etmiştir. Karşı karşıya olduğumuz soru Strasbourg'da Herküllere ihtiyacımızın olup olmadığıdır. Bu soruya cevabımızın olumsuz olduğunu belirtmekle birlikte niçin olumsuz olması gerektiğine ilişkin izahı aşağıya bırakacağız.

Mahkemenin zor davalardaki tutumunun Konsey üyesi ülkeler arasında uzlaşma olmayan konularda Herbert'i oynamak olduğunu belirttik. Zor davadan kastımız Sözleşmede kullanılan kavramların genel nitelikte olması nedeniyle hakkın kapsamının açıkça anlaşılmadığı davalardır. Oysa kolay davalarda yani uygulanacak kuralın açık olduğu davalarda da Mahkemenin rolünün tespit edilmesi gerekmektedir.

Mahkeme önüne gelen bir başvuruda somut olarak neyi inceleyecektir? Mahkemenin önünde iki yol vardır. Birinci alternatif, Mahkemenin ulusal mahkemelerin kararlarını göz ardı ederek Sözleşme hükümlerini doğrudan doğruya somut olaylara kendisinin uygulamasıdır. İkinci alternatif ise kendisini tamamen ulusal makamların Sözleşmeden kaynaklanan

<sup>27</sup> İbid. s. 126 vd.

<sup>28</sup> İbid. s. 129.

yükümlülüklerini yerine getirirken iyi niyetli ve makul davranıp davranmadıklarını incelemeye sınırlamasıdır.<sup>29</sup> Mahkeme bu alternatiflerden herhangi birisine sıkı sıkıya bağlı kalmayı reddetmiştir. Önüne gelen davalarda olayın niteliğini dikkate alarak farklı tutumlar benimsemiştir. Bütün bütün ulusal makamların yerini almayı reddederken, yalnızca ulusal makamların makul, iyi niyetli ve dikkatli davranıp davranmadığını incelemekle de yetinmemiştir. Uyguladığı denetimin kapsam ve derinliği müdahale edilen hakkın niteliği, müdahalenin ciddiyeti vb unsurlara bağlı olarak genişlemekte ya da daralmaktadır. Mesela, mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili başvurularda Mahkemenin denetimi ulusal makamların kararlarının makul bir dayanağının olup olmadığıyla sınırlı kalırken<sup>30</sup> demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde müdahaleye izin veren bireysel özgürlük hakları (m. 8-11) ile ilgili olarak daha sıkı bir denetim uygulamaktadır.<sup>31</sup> Mahkeme bu tür davalarda taraf devletlerin takdir yetkisine saygı göstereceğini belirtirken, kendi rolünü sadece başvuru konusu olan işlem ya da kararları soyut olarak değil, başvuru konusu olayı bir bütün olarak değerlendirmek şeklinde belirlemiştir.

Mesela bazı müstehcen (insan ve hayvanlar arasındaki ilişkileri de içeren) resimlere el konulmasına ilişkin *Muller*<sup>32</sup> davasında Mahkeme yalnızca yerel mahkemenin müsadere kararını soyut olarak değerlendirmeyeceğini aksine, resimlerin niteliği, sergilenme şartları gibi bütün koşullarıyla birlikte değerlendireceğini belirtmiştir. Bu çerçevede serginin herkese açık ve girişin ücretsiz olması, giriş için herhangi bir yaş sınırının aranmaması, resimlerin içeriğine ilişkin herhangi bir uyarı ya da açıklama olmaması gibi unsurların taraf devlete (İsviçre) geniş takdir yetkisi tanınmasında rol oynadığını ortaya koymuştur. Elbette bu tip haklara müdahaleye ilişkin olarak taraf devletlere tanınan takdir yetkisinin geniş ya da dar olmasını etkileyen daha pek çok faktör vardır. Ancak bunlar aşağıda incelenecektir.

Mahkeme 5. maddede düzenlenen kişi özgürlüğü hakkına ilişkin olarak yakalama sebepleri gibi belli konularda taraf devletlerin belli bir takdir alanına sahip olduğuna işaret etmektedir. Ancak yakalanan kişilerin en kısa sürede hakim önüne çıkarılması gerekir. Bu en kısa sürenin belirlenmesinde taraf devletlerin takdir marjı oldukça dardır.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Lavander, s. 382.

<sup>30</sup> *James and Others v. UK*, Series A 98, §. 40. ; Bkz. Yves Winisdoerffer, "Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No.1", *Human Rights Law Journal*, Vol. 19 No.1 s. 19.

<sup>31</sup> Lavander, s. 383.

<sup>32</sup> *Muller and Others v. Switzerland*, App. No. 10737/ 84, 24.05.1988.

<sup>33</sup> *Winterwerp*, Series A, No. 33 s. 18-20 (1979) 2 EHRR 387; *Brogan*, Series A, No. 145-B s. 32-33 (1988) 11 EHRR 117.

Adil Yargılama hakkıyla ilgili olarak Mahkeme nadiren takdir yetkisi kavramına başvurmuştur. Mahkeme genellikle ulusal bir mahkemenin verdiği kararın 6. maddeyi ihlal edip etmediğine karar vermekten kaçınmış ve incelemesini ulusal mahkemelerin 6. maddeyi uygulamasında kabul edilebilir sınırlar içinde davranıp davranmadığını incelemekle sınırlandırmıştır.

Mahkeme bazı durumlarda ise bizatihi kendisi maddi olayları incelemekte ve değerlendirmektedir. Mahkemenin bu şekilde bizzat kendisinin maddi olayları incelemesinde müdahale konusu olan hakkın niteliği de rol oynamaktadır. Eğer müdahale konusu olan hak, yaşam hakkı veya işkence yasağı gibi bir hak ise önüne gelen belgelerden şikayet konusu olaya ilişkin sağlıklı bir bilgi edinemediği kanaatine vardığı takdirde bizzat inceleme yapmaya da karar verebilmektedir. Mesela Mahkeme bir kimsenin sınır dışı ya da iade edilmesi halinde gönderildiği ülkede işkenceye maruz kalma ihtimali varsa kişinin iade edilmemesi konusunda taraf devletlerin pozitif ödevi olduğuna hükmetmektedir. Mahkeme kişinin gönderileceği ülkede kötü muameleye uğrama riski olup olmadığını değerlendirirken taraf devletlerin karar anında sahip oldukları bilgilere göre bir sonuca ulaşmalarını kabul etmekle birlikte bizatihi kendisi de değerlendirme yoluna gitmekte ve zaman zaman taraf devletin değerlendirmesinin aksine kararlar verebilmektedir.<sup>34</sup>

#### 4. Ulusal Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Mahkeme Uygulaması

Mahkeme başlangıçta 15. maddeye dayalı olarak olağanüstü hallerde Sözleşmede yer alan güvencelerden ayrılma hususunda bu doktrine başvururken<sup>35</sup> doktrinin uygulama alanını giderek genişletmiştir.<sup>36</sup> Ancak her hakla ilgili olarak doktrin farklı roller oynamaktadır. Mahkemenin doktrine ilişkin uygulamasının değerlendirilmesinde farklı yöntemler denenebilir. Ancak burada Mahkemenin önüne gelen bir başvuruyu incelerken takip ettiği aşamalarda doktrinin nasıl kullanıldığı incelenecektir. Burada da esas olarak Sözleşmenin sınırlama hükümleri içeren 8-11 maddelerinde kullandığı inceleme aşamaları esas alınacaktır. Mahkeme aynı yöntemi protokollerde

<sup>34</sup> *Salah Sheekh v. The Netherlands*, App. No. 1948/04, 11.01.2007; *Vilvarajah and others v. the United Kingdom* A215; *Tihampibillai v. the Netherlands* 61350/00, 17/02/2004; *Venkadajalasarma v. the Netherlands* 58510/00, 17/02/2004; *Vijayanathan and Pusparajah v. France*, A241-B.

<sup>35</sup> Aslında ilk olarak Komisyon Kıbrıs davasında bu doktrine işaret etmiş ve Birleşik Krallık yetkililerinin “durumun zorunlu olarak gerektirdiklerinin değerlendirmede belli bir takdir kullanma yetkisine sahip olduklarını” belirtmiştir. Bkz. *Greece v. UK*, No 176/56, Yearbook Vol.2 s. 174; Mahkeme ise İrlanda başvurusunda bu kavramı kullanmıştır. *Ireland v. U.K.*, 2 EHRR 25 (1978) §. 36.

<sup>36</sup> Aaron A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, *Hanse Law Review* Vol.1 N0.1 (2005) s.47-64.

yer alan hakların bazıları için de uygulamaktadır. Buna göre Mahkeme bir davayı dört aşamada incelemektedir. Bu aşamalarda ilerlemek için Mahkemenin önceki aşamadaki soruya olumlu yanıt alması gerekir. Eğer yanıt olumsuz ise inceleme o noktada sonlanır. İlk aşamada sonlarsa karar ihlal olmadığı yönünde olacaktır. Diğer aşamalarda ise her olumsuz yanıt Sözleşmenin ihlal edildiği anlamına gelir.

Birinci aşamada Sözleşmede güvence altına alınan bir hakka müdahale var mı sorusuna cevap aranmaktadır. Bu aşamada doğal olarak iddia edilen hakkın Sözleşmenin düzenlediği haklardan birisinin kapsamına girip girmediği de araştırılmaktadır.

İkinci aşamada müdahalenin hukuki bir dayanağının olup olmadığı araştırılmaktadır.

Üçüncü aşamada yapılan müdahalenin meşru bir amacının olup olmadığı incelenmektedir. Bu meşru amaçların neler olduğu her ne kadar oldukça geniş yorumlamaya müsait olsa da Sözleşmenin ilgili maddelerinde yer almaktadır.

Son aşamada ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği, yani ölçülü olup olmadığı araştırılmaktadır.

Bu aşamalara bir de devlete pozitif ödev yükleyen haklar bakımından pozitif ödevin olup olmadığı ve pozitif ödevin ihlal edilip edilmediği de eklenebilir. Bu pozitif ödevlerin önemli bir kısmı araştırma yapma yükümlülüğü şeklindedir.

Şimdi bu aşamaların her birinde ulusal takdir yetkisi doktrininin nasıl bir rol oynadığını inceleyelim.

#### **4.1. Hakkın Varlığı ve Ulusal Takdir Yetkisi**

İlk aşamaya ilişkin olarak takdir yetkisi doktrininin bir işlevi olamayacağı düşünülebilir. Yani bir hakkın Sözleşmede düzenlenen haklardan birisinin kapsamına girip girmediği konusunda devletlere takdir yetkisi tanınmaması gerektiği düşünülebilir. Ancak uygulama bu yönde değildir. Aksine Mahkeme bizce yanlış bir şekilde bir hakkın kapsamının tayininde de takdir yetkisine atıf yapmaktadır. Mesela transeksüellerin yeni cinsiyetlerinin tanınması konusunda Mahkeme devletlerin takdir yetkisine sahip olduklarına hükmetmektedir. Benzer şekilde homoseksüel ilişkiler ve aynı cinsten kişilerin evlenmeleri vb konularda Mahkeme devletlerin takdir yetkisine dayanarak başvuruları sonuçlandırmaktadır. Oysa burada Mahkeme Avrupada uzlaşma olmadığını söylemekle devletlere bir takdir yetkisi tanınamakta aksine bu hakların Sözleşme kapsamında olmadığına karar vermektedir. Elbette Mahkemenin bir hak iddiasını Sözleşmenin kapsamı içinde görmemesi taraf devletlerin bu hakları tanıyamayacağı ya da düzenleyemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu aşamadaki takdir yetkisi

sorununun zor davalarda yargıcın oynayacağı role ilişkin bir sorun olduğunu belirtmek gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi Mahkeme buradaki rolünü oldukça sınırlı tutmakta ve Avrupa'da uzlaşma olmayan konularda hakkın kapsamını belirleme yetkisinin taraf devletlere ait olduğuna karar vermektedir.

Mahkemenin bu konularda takdir yetkisine atıf yapması tamamen anlamsız da değildir. Sözleşmenin yaşayan belge olma niteliğini dikkate alarak Mahkeme dinamik yorum yöntemiyle ileride bu hakların Sözleşme kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğunu söylemektedir. Nitekim Mahkeme bu tür konularda tamamen taraf devletlerin tercihlerine göre hareket etmemekte Avrupada konuya ilişkin bir uzlaşmanın mevcut olup olmadığına bakmaktadır. Eğer Avrupada bir anlayış birliği oluşmuş ise artık o hak taleplerinin Sözleşme kapsamı içinde olduğuna ve taraf devletlerin takdir yetkisine sahip olmadığına hükmetmektedir. Burada anahtar kavram *uzlaşma* kavramıdır. Nitekim Mahkeme *Dudgeon*<sup>37</sup> davasında homoseksüel ilişkileri yasaklayan Kuzey İrlanda yasasının Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu sonuca ulaşırken Mahkeme yetişkin bireyler arasındaki rızaya dayalı homoseksüel ilişkilerin bireyin özel hayat hakkı içinde değerlendirilmesi ve cezalandırılmaması gerektiği yönünde Avrupa toplumlarında bir uzlaşmanın oluştuğuna dikkat çekmiş ve bu nedenle homoseksüelliği cezai yaptırıma bağlama konusunda Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda makamlarının takdir yetkisinin olmadığına hükmetmiştir. AİHM'in bu yaklaşımının başka mahkemeler tarafından da benimsendiğini hatırlatmak gerekir. Mesela, ABD Yüksek Mahkemesi 1986 yılında verdiği bir kararında<sup>38</sup> homoseksüel ilişkileri yasaklayan Georgia yasasını ABD Anayasasının 14. Ekinde düzenlenen *due process* ilkesine aykırı bulmazken 2003 yılında verdiği başka bir kararında<sup>39</sup> bu konuda Amerikan toplumunda bir uzlaşmanın oluştuğu gerekçesiyle eski içtihadını değiştirmiş ve homoseksüel ilişkiyi yasaklayan Texas yasasının Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu sonuca ulaşırken AİHM'nin kararlarına da atıf yapmıştır. Her iki kararda da Amerikan toplumunun ahlak anlayışına ve uzlaşmaya atıf yapılırken ilkinde uzlaşmanın yasaklama yönünde, ikincisinde ise serbest bırakma yönünde olduğuna karar verilmiştir.

AİHM içtihadı transeksüellerin yeni kimliklerinin tanınması konusunda ortak Avrupa standardının oluşumunu iyi bir şekilde örneklemiştir. Bu davalarda hukuki sorun transeksüellerin operasyon sonrası yeni cinsiyetlerinin tanınması ve resmi kayıtların buna uygun olarak değiştirilmesini isteme hakkının 8. maddede düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamına girip girmediği idi. Mahkeme bu soruya cevap ararken

<sup>37</sup> *Dudgeon v. UK*, 4 EHRR 149 (1982).

<sup>38</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 191 (1986).

<sup>39</sup> *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2481 (2003).

taraf devletlerin iç hukuk düzenlemelerine bakmış ve farklı düzenlemeler söz konusu ise Sözleşmede yer alan kavramın *şimdilik* bu hakkı kapsamadığına karar vermiştir. Ancak bu şu anlama da gelmektedir; belirsiz bir zaman sonra kavram bu hakkı da içerebilir ancak bunun için Konsey üyesi devletlerarasında bir ortak anlayışın yani uzlaşmanın oluşması gerekir. Mahkeme 1987 tarihli *Rees*<sup>40</sup> kararında Avrupa'da bu konuda bir anlayış birliği bulunmadığına işaret etmiştir. 1991'de *Cossey*<sup>41</sup> kararında durumun değişmediği tespitinde bulunmuştur. 1998'de *Sheffield and Horsham*<sup>42</sup> kararında bazı yasal düzenlemeler olmakla birlikte transeksüelliğin bilimsel, ahlaki, hukuki ve sosyal sorunlara neden olmaya devam ettiği ve taraf devletlerarasında ortak bir görüş birliğine ulaşılmadığına karar vermiştir. Ancak dört yıl sonra 2002'de son kararından sonra davalı devlette (Birleşik Krallık) ve genel olarak Konsey üyesi ülkelerde önemli gelişmeler olduğu ve bu gelişmelerin eski kararından dönmesini meşrulaştırdığını belirterek artık bu hakkın 8. madde kapsamına girdiğine karar vermiştir.<sup>43</sup> Mahkeme geçen dört yıllık sürede Avrupada hangi hayati değişikliğin gerçekleşerek bu uzlaşmayı ortaya çıkardığını yeterince açıklamış gözükmemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaşam hakkının kapsamını belirlerken de takdir yetkisi doktrinine atıf yapmıştır. Mahkeme Büyük Dairesi *Vo v. Fransa*<sup>44</sup> davasında hayatın başlangıcına ilişkin olarak Avrupa'da ne bilimsel ne de hukuki bir uzlaşma olmadığından taraf devletlerin bu alanda takdir yetkisine sahip olduklarına hükmetmiştir. Böylece bir doktorun hatası sonucu düşük yapan kadının ya da fetüsün Sözleşme kapsamında yaşam hakkına müdahale olmadığına karar vermiştir. Mahkeme aynı içtihadını dondurulmuş embriyoya ilişkin olan *Evans v. Birleşik Krallık*<sup>45</sup> davasında da tekrarlamıştır. İngiliz hukukunda embriyonun yaşam hakkından yararlanmasına ilişkin bir hüküm olmadığından hareketle Mahkeme, hayatın hangi anda başladığı konusunda Avrupada uzlaşma olmadığı için embriyonun Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen hakkının sözkonusu olmadığına hükmetmiştir.

Mahkemenin yukarıda verilen örneklerdeki tutumu hakların niteliğine ilişkin teorik bir sorunu tartışmayı gerektirmektedir. Mahkeme bu yorumuyla temel hakların devletlerin iradesiyle ortaya çıktığını kabul etmektedir. Yani bu anlayışa göre Sözleşmede düzenlenen haklar bireyin sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu evrensel haklar değil, devletlerin iradesiyle ortaya çıkan pozitif haklardır. Elbette taraf devletlerin iradesiyle oluşmuş bir Sözleşmenin uygulamasını gözetmekle yükümlü bir Mahkemenin belli

<sup>40</sup> *Rees v. UK*, 9 EHRR 56 (1987) § 37.

<sup>41</sup> *Cossey v. UK*, 13 EHRR 622 (1991) § 40.

<sup>42</sup> *Sheffield and Horsham v. UK*, (1998) § 57-58.

<sup>43</sup> *Goodwin v. UK*, 35 EHRR 447 (2002), § 74; *I v. UK*, 40 EHRR 967 (2003).

<sup>44</sup> *Vo v. France* [GC], ECHR 2004-VIII, § 82.

<sup>45</sup> *Evans v. UK*, [GC], App. No. 6339/05, § 56, 17.04.2007.

ölçüde taraf devletlerin iradelerine önem atfetmesi ve yorumlarını elinde bulunan Sözleşmenin metnine dayandırması kaçınılmazdır. Ancak bu, Mahkemenin bütün bütün taraf devletlerin iradesiyle bağlı olduğu anlamına da gelmemektedir. Uluslararası sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin temel kurallardan birisi olan dar yorum ilkesinin anayasal nitelikteki, yani taraflar açısından ortak yükümlülük doğuran sözleşmeler açısından geçerli olmadığı, dar yorum ilkesinin yalnızca karşılıklı yükümlülükler doğuran sözleşmeler açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir.<sup>46</sup> Zaten Mahkeme buna dayanarak amaçsal, özerk ve dinamik yorum yöntemlerini geliştirmiştir.

Mahkemenin bu yaklaşımının Dworkin'in sınıflamasında Herkül'e değil Herbert'e uyduğunu belirtmiş ve Srazburgda Herküllere ihtiyacımızın olup olmadığı sorusunu sormuştuk. Gerçi Mahkemenin bu yaklaşımının yalnızca ahlaki bakımdan uzlaşma olmayan konularla sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Yoksa Mahkeme ahlaki çekişme konusu olmayan konularda Sözleşme kavramlarını özerk yorumlayarak iç hukuktakinden daha geniş bir anlam verebilmekte dolayısıyla hakkın kapsamını tespitite taraf devletin iradesi ile kendisini bağlı saymamaktadır. Mesela mülkiyet kavramını iç hukukların aksine şahsi haklar ve haklı beklentiler dahil bütün malvarlığı haklarını kapsar şekilde yorumlamaktadır.<sup>47</sup> Benzer şekilde gürültüden korunma hakkını<sup>48</sup> ve pis kokulardan korunma hakkını<sup>49</sup> aile hayatına saygı kavramı içinde değerlendirmektedir. Dolayısıyla buradaki tavrın Herkül tavrı olduğu söylenebilir.

Acaba ahlaki bakımdan Avrupada uzlaşma olmayan konularda Mahkeme kendisi bizatihi Sözleşmenin altında yatan haklar teorisini keşfederek ileri sürülen bir hak iddiasının Sözleşme kapsamına girip girmediğine karar vermeli midir? Mesela Sözleşmenin 2. maddesindeki yaşam hakkından dondurulmuş embriyonun ya da fetüsün yararlanıp yararlanmayacağına taraf devletlerin düzenlemelerinin ne olduğuna bakmaksızın kendisinin ortaya koyacağı bir hak teorisi çerçevesinde cevap vermesi gerekir mi?

Bütün problemlerine rağmen bu soruya olumsuz yanıt verilmesi daha uygun olacaktır. Yani temel ahlaki konularda Mahkeme kendi teorisini dayatmamalı taraf devletlerin tercihlerine üstünlük tanınmalıdır. Elbette bu yaklaşımın problemleri yanlarının da farkında olmak gerekir. Zira bu yaklaşım Sözleşme haklarını pozitif haklara dönüştürmekte ve hakları devlet iradesine

---

<sup>46</sup> Alexander Orakhelashvili, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law* vol. 14 (2003) 529-568; Alastair Mowbray, "Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 5 No. 1 (2005) 57-79.

<sup>47</sup> A. R., Çoban, Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights (Aldershot: Ashgate, 2004) ch. 6.

<sup>48</sup> *Hatton and Others v. UK*, 02.10.2001.

<sup>49</sup> *Lopez-Ostra v. Spain*, 09.12.1994, A 303-C.

bağlamaktadır. Bunun yanısıra insan hakları alanına kaçınılmaz olarak kültürel rölativizmi davet etmekte ve farklı ülkelerde farklı haklar standardının uygulanmasına kapı aralamaktadır. Böylece de insan haklarının evrenselliğini tehdit etmektedir. Ayrıca bu yaklaşım uygulamada özellikle toplumsal azınlıkların aleyhine işleyecektir. Çünkü toplumun ötekileştirdiği sosyal gruplar kendi haklarını güvence altına almak için siyasal güç üretmekte zorlanacaklardır.

Ancak bütün bu sakıncalarına rağmen toplumun ahlaki standardının ne olması gerektiğine ulusal ya da uluslararası yargıçlar değil toplumun demokratik karar alma mekanizmaları karar vermelidir. Zira yukarıdaki sakıncaların yargıçlar tarafından kaldırılacağına garantisi yoktur. Pekala yargıçlar da muhafazakar tutum takınabilir ve azınlıkların haklarını gözardı edebilirler. Sözleşme hakları pozitif değil, doğal haklar olarak kabul edildiğinde de sonuç değişmeyecektir. Sorun, ister doğal, ister pozitif nitelikte olsun hakkın içeriğinin ne olduğuna kimin karar vereceği sorunudur. Yani hakka ilişkin kuralın tespit edilmesi, konulması yetkisinin kime ait olacağı sorunudur. Demokratik toplumlarda kural koyma yetkisi yargıçlara değil demokratik karar alıcılara aittir. Kural koymak siyasal bir işlemdir ve yargıçlar bu işleve soyunmamalıdır. Yargıcın işlevi konulan kuralın uygulanmasıdır. Kuralın uygulanması ise siyasi değil hukuki bir işlemdir. O nedenle Strasbourg'da Herküllere ihtiyacımız yoktur.

Mahkemenin tavrına bu noktada katıldığımızı belirttikten sonra başka bir pratik soruna değinmek gerekir. O da Avrupada uzlaşmanın var olup olmadığına nasıl tespit edileceğidir. Belli bir konuda Avrupa Konseyine üye devletlerarasında uzlaşmanın mevcut olup olmadığına karar verecek olan Mahkemenin kendisidir. Ancak Mahkeme bu tespiti yaparken hangi kriterlere dayanacaktır? Konsey üyesi 47 ülkeden kaç iç hukuklarında bir hakkı tanıdığı zaman o konuda uzlaşma sağlanmış sayılacaktır? Sadece Avrupada uzlaşma sağlanmış olması yeterli midir? Daha geniş evrensel bir uzlaşmanın da aranması gerekir mi? Mesela yukarıda değinilen davalarda verilen kararlar ile homoseksüel ilişkilerin cezalandırılmaması gerektiği konusunda Avrupada ve Amerikada uzlaşma sağlandığını gördük. Oysa Zimbabwe Yüksek Mahkemesi 2000 yılında verdiği bir kararda Zimbabwe toplumunun cinsel konularda muhafazakar bir toplum olduğu gerekçesiyle homoseksüel ilişkileri cezalandıran yasayı anayasaya aykırı bulmamıştır.<sup>50</sup> Dolayısıyla homoseksüelliğin cezalandırılmaması konusunda evrensel bir uzlaşma oluşmamıştır. Bu da kaçınılmaz olarak kültürel göreceliliği insan hakları alanına taşımaktadır.

Mahkemenin uzlaşma konusundaki tavrının tutarlı olduğunu da söylemek mümkün değildir. Yukarıda değinilen *Dudgeon* kararının yanı sıra başka

---

<sup>50</sup> *Banana v. State*, Supreme Court, Zimbabwe, 8 BHRC 345 (2000).

bazı kararlarında<sup>51</sup> da homoseksüellik konusunda Avrupa'da uzlaşma olduğuna hükmetmiş ve bir kimsenin homoseksüel tercihleri nedeniyle çok önemli ve ikna edici sebepler olmadıkça ayrımcılığa tabi tutulamayacağına karar vermiş olmasına rağmen biraz farklı bir bağlamda *Frette*<sup>52</sup> kararında bu uzlaşmanın bulunmadığına karar vermiştir. Bu davada Fransız makamları başvuruçunun homoseksüel olması nedeniyle evlat edinmesine izin vermemiştir. Mahkeme de değerlendirmesinde çocuğun yararı dikkate alındığında homoseksüellerin evlat edinmesinin çocuğun sağlığı ve psikolojisi hakkında nasıl bir etkisi olacağı konusunda kesin bir bilimsel veri olmadığından devletin takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir.<sup>53</sup> Oysa Mahkeme daha önce sırf babanın homoseksüel olması nedeniyle velayetin anneye verilmesinin cinsel tercihe dayalı ayrımcılık olduğuna karar vermişti.<sup>54</sup> Kendi çocuğunun velayetini almaya engel olmayan homoseksüellik evlat edinmeye engel olarak görülmüştür. Mahkeme bu konudaki uzlaşımın nasıl değiştiğini açıklamadığı gibi çocuğun nasıl somut bir zarara karşı korunduğunu da izah etmemiştir. Bu konuda ileri sürülen tek gerekçe heteroseksüel çoğunluğun homoseksüeller konusunda sahip olduğu önyargı ve evlat edinilen çocuğun bu önyargıdan zarar görme ihtimalidir. Ancak bu önyargının haklardan mahrum edilmek için gerekçe teşkil etmeyeceği başka kararlarda ortaya konulmuştu. Dolayısıyla Mahkeme kararlarının bu noktadaki problemliliği olan yönü, ilkesel ve istikrarlı bir uygulamanın olmamasıdır. Uygulamadaki bu istikrarsızlık keyfiliği akla getirmektedir. Ayrıca *Frette* kararında Mahkeme çoğunluğunun kullandığı gerekçe oldukça tehlikeli uygulamalara kapı aralamaktadır. Mesela toplum çoğunluğunun önyargısı nedeniyle bir göçmene veya müslümana da evlat edinme konusunda aynı ayrımcılık yapılmış olsaydı bu da meşru görülebilirdi?

Ancak Mahkeme Büyük Dairesi çok yeni bir kararında *Frette* davasında Dairenin verdiği karardan ayrılmış ve sadece geleneksel olmayan cinsel tercihleri nedeniyle homoseksüel ve lezbiyenlerin evlat edinmekten alıkonulamayacaklarına karar vermiştir.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> *Smith and Grady v. UK*, 29 EHRR 495 (1999), Mahkeme bu davada Birleşik Krallık tarafından homoseksüel ilişkileri nedeniyle ordudan atılan başvuruçuların cinsel tercihleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıklarına karar vermiştir. *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 31 EHRR 1055 (2001) Mahkeme bu davada da babanın homoseksüel olması nedeniyle velayetin anneye verilmesini ayrımcı nitelikte bulmuş ve 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

<sup>52</sup> *Frette v. France*, 38 EHRR 438 (2004).

<sup>53</sup> T.W. Stone, "Margin of Appreciation Gone Awry: The European Court of Human Rights' Implicit Use of the Precautionary Principle in *Frette v. France* to Backtrack on Protection from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation", (2003) 3 *Connecticut Public Interest Law Journal* 271.

<sup>54</sup> *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 31 EHRR 1055 (2001).

<sup>55</sup> *E.B. v France*, App. No. 43546/02. (GC) 22.01.2008.

#### 4.2. Devletlerin Pozitif Ödevi ve Takdir Yetkisi

Mahkeme, Sözleşmenin 1. maddesindeki hakları tanıma ödevinin taraf devletlere yalnızca negatif yükümlülükler değil, aynı zamanda pozitif yükümlülükler de getirdiğini içtihadıyla ortaya koymuştur.<sup>56</sup> Her ne kadar mahkeme “pozitif yükümlülük” kavramını tanımlamamışsa da Yargıç Martens bir karşıoy yazısında “taraf devletlerin harekete geçmesini gerektiren durumlar”<sup>57</sup> şeklinde bir tanım yapmıştır. Kavram bu şekilde taraf devletlerin aktif tavır almasını gerektiren bütün durumları ifade edecek şekilde tanımlanınca pozitif yükümlülükler, üçüncü kişilerden ya da dışarıdan gelecek tehlikelere karşı koruma tedbirleri alma, bazı olanaklar sağlama, bilgilendirme, tercüman sağlama, (tutuklu ve hükümlülere) tıbbi yardım sağlama ya da haklara yapılacak tecavüzleri önlemek için ceza hükümleri koyma, meydana gelen hak tecavüzlerini etkin bir şekilde araştırma ve failleri cezalandırma gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir.<sup>58</sup> Mahkeme pozitif ödevlerle ilgili olarak da taraf devletlerin takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir. Ancak bu takdir yetkisinin kapsamı çeşitli faktörlere bağlı olarak değişecektir.

Mahkeme pozitif ödevler söz konusu olduğunda taraf devletin uluslararası yargıca göre daha iyi konumda olduğu argümanını daha vurgulu bir şekilde dile getirmektedir.<sup>59</sup> Ancak yukarıda değinildiği gibi pozitif ödevlerin niteliği de haklara göre farklılıklar taşımaktadır ve bu tür ödevlerde takdir yetkisi doktrininin oynadığı rolü tam anlamıyla ortaya koyabilmek için her hak ve farklı nitelikteki pozitif ödevler için ayrı ayrı inceleme yapmak gerekir. Ne var ki biz burada bir kaç örnek vermekle yetineceğiz.

İstanbulda Ümraniye çöplüğünün patlaması sonucu hayatını kaybeden kişilerin yaşam hakkına ilişkin *Önerıldız*<sup>60</sup> davasında Mahkeme İstanbul bu bölgedeki sosyal, ekonomik ve şehirciliğe ilişkin sorunların nasıl çözüleceği konusunda kendi görüşlerini yerel makamların görüşlerinin yerine koymanın kendi görevi olmadığını hatırlatmış ve yerel otoritelerin öncelikleri ve kaynakların nasıl kullanılacağını belirleme konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir.

Ancak yetkililer dikkatlerine sunulan tehlikeyi ortadan kaldırmak için pozitif ödevlerinin gerektirdiği tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır.

<sup>56</sup> Taraf devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan pozitif yükümlülükleriyle ilgili kapsamlı bir çalışma için bkz., Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2004).

<sup>57</sup> *Gul v. Swirzerland*, ECHR 1996-I, 165.

<sup>58</sup> Mowbray, s. 2.

<sup>59</sup> Moral, s. 619.

<sup>60</sup> *Önerıldız v. Turkey*, App. No. 48939/99, 30.11.2004 (GC) ECHR 2004-VII §.107.

Mahkemeye göre, “bu tehlike ölümcül hale gelmeden önce Ümraniye çöplüğüne gaz tahliye sistemlerinin yerleştirilmesi etkin bir önlem olabilirdi. Ve bu Türk Anayasasının 65. maddesine aykırı bir şekilde kaynakların aşırı kullanımı teşkil etmez ya da hükümetin iddia ettiği siyasal sorunlara yol açmazdı. Bu Türk hukukuna aykırı olmayacağı gibi Hükümetin Mahkemenin önünde dile getirdiği insani kaygıların da daha iyi bir göstergesi olurdu.”<sup>61</sup>

Görüldüğü gibi Mahkeme her ne kadar sosyal problemlerin çözümünde uygulanacak politikaların ne olması gerektiği konusunda taraf devlet makamlarının yerine geçerek karar vermekten imtina ediyorsa da, yaşam hakkını tehdit eden bir tehlikenin bertaraf edilmesi için alınacak etkin bir tedbirin ne olabileceğini ortaya koymaktan kaçınmamakta ve böyle bir tedbirin alınmaması sonucu meydana gelen ölüm olayından devleti sorumlu tutmaktadır.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde yaşayan muhalif bir gazetecinin meçhul kişilerce öldürülmesi ile ilgili *Adalı*<sup>62</sup> başvurusunda Mahkeme taraf devletlerin Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkından kaynaklanan yükümlülüklerinin güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümlerde etkin bir soruşturma yapılmasını da kapsadığını hatırlattıktan sonra bu soruşturmanın karşılaması gereken asgari standartları ortaya koymuştur. Yapılan soruşturmanın eksikliklerini de tek tek belirtmiştir. Buna göre öldürme olayı evin önünde gerçekleşmesine rağmen, evin terasında ve içinde herhangi bir araştırma yapılmamış, parmak izi aranmamış, olay mahallinin resimleri çekilmemiş, yapılan balistik inceleme KKTC polisinin elindeki kayıtlarla sınırlı tutulmuş Türkiye polislerinin elindeki kayıtları kapsamamış, bazı önemli tanıklar dinlenmemiş ya da ilgisi olabilecek şahıslar sorgulanmamıştır.<sup>63</sup> Cinayetin nedenini bulmaya yönelik bir soruşturma yürütülmemiş, maktülün gazeteci olarak faaliyetleri ile cinayet arasında bir ilişki olup olmadığı yeterince araştırılmamıştır. Ayrıca Mahkeme kamu otoriteleri tarafından yürütülen soruşturmanın kamuoyu denetiminden uzak oluşu ve maktülün ailesinin soruşturma dosyasına ulaşamamasını da göz önüne almıştır. Bütün bu nedenlerle taraf devletin ölüm olayını etkin bir şekilde soruşturma pozitif ödevini yerine getirmediğine ve yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Görüldüğü gibi Mahkeme bu olayda da taraf devletin pozitif ödeviyle ilgili takdir yetkisini oldukça dar tutmuş ve nelerin yapılması gerektiğine kendisi karar vermiştir. Ancak hatırlatmak gerekir ki burada verilen örneklerin ikisi de yaşam hakkına ilişkindir. Mesela mülkiyet hakkıyla ilgili olaylarda bu takdir yetkisinin daha geniş olduğunu hatırlatmak gerekir. Ne var ki takdir yetkisinin geniş olması bunun sınırsız olduğu anlamına gelmez.

---

<sup>61</sup> İbid. §.107.

<sup>62</sup> *Adalı v. Turkey*, App. No. 38187/97, 31.03.2005.

<sup>63</sup> İbid. §.227-9.

Nitekim Mahkeme İtalyan mahkemelerinin vermiş olduğu tahliye kararlarının polis yardımı olmaması nedeniyle uzun süre uygulanamamasının ev sahiplerinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>64</sup> Bu olaylarda Mahkeme taraf devletin mahkeme kararlarının icra edilebilmesi için gerekirse polis yardımı sağlama pozitif ödevi olduğuna hükmetmiştir.

### 4.3. Müdahalenin Hukukiliği ve Takdir Yetkisi

Mahkeme başvuruçunun Sözleşme ile korunan bir hakkına müdahale edildiğini tespit ederse sonraki aşamada bu müdahalenin hukuki bir dayanağının olup olmadığını inceleyecektir. Bu gereklilik Sözleşme metninden doğmaktadır. Sözleşmenin sınırlama hükmü içeren maddelerinin tamamı bu müdahalenin hukuka uygun olmasını şart koşmaktadır. Sözleşmenin aradığı hukukilik şartı bizim Anayasamızın 13. maddesinde öngörülen kanunilik şartından daha geniş kapsamlıdır. O nedenle sınırlamanın mutlaka kanunla yapılmış olması gerekmez. Kanundan daha alt düzeydeki düzenleyici işlemlerle yapılan sınırlamalar da Sözleşmeye uygun olabilir. Hatta mutlaka yazılı bir düzenleme olması da gerekmez. Mahkeme kararlarıyla oluşmuş yerleşik içtihat da hukukilik şartını yerine getirebilir. Ancak Mahkeme hukukilik şartının gerçekleşebilmesi için düzenleme ve uygulamaların belirli nitelikleri taşıması gerektiğine hükmetmiştir. Buna göre müdahaleye kaynaklık eden hukuki düzenlemenin açık, öngörülebilir, herkes tarafından ulaşılabilir ve istikrarlı bir şekilde uygulanır yani keyfilik önleyecek nitelikte olması gerekir.<sup>65</sup>

Dolayısıyla taraf devletlerin sınırlamayı nasıl bir hukuki çerçevede yapacağını takdir etme yetkisi bulunmaktadır. Ancak sınırlamaya dayanak oluşturan hukuki çerçevenin bireyler açısından öngörülürlüğü garanti etmesi gerekir. Mesela, kanunda açıkça sınırlamaya ilişkin bir düzenleme bulunsa bile eğer bu düzenleme keyfi bir şekilde yalnızca bazı kişilere uygulanıyorsa burada müdahalenin hukuka uygunluğundan söz etmek mümkün olmayacaktır. Vergi kaçırılmasını engellemek amacıyla Fransız yasaları vergi makamlarına satış bedelinin çok düşük gösterildiğinden şüphelenilmesi halinde gösterilen satış bedeli üzerinden gayrimenkülü satın almaya yetki veren bir önalım hakkı tanımıştır. Fransız makamları kanunun tanıdığı bu yetkiyi nadiren ve keyfi bir şekilde kullandığından Mahkeme bu uygulamanın Sözleşmenin istediği öngörülebilirlik şartını taşımadığına o nedenle de müdahalenin hukuki olmadığına karar vermiştir.<sup>66</sup> Bu kararda da görüldüğü gibi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hukuki düzenlemeler

<sup>64</sup> Mahkeme bu nitelikte yüzlerce karar vermiştir. Burada tür davaların ilki olan iki karar zikredilmekle yetinilecektir. Bkz. *Immobiliare Saffi v. Italy*, 28.07.1999, EHRR 1999-V; *A.O. v. Italy*, App. No. 22534/93, 30.05.2000.

<sup>65</sup> *Olsson v. Sweden*, (No. 1) App. No. 10465/83, A 130 §.61; Bkz. van Dijk, van Hoof, van Rinj and Zwaak (eds.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Antwerpen: Intersentia, 2006) s. 336.

<sup>66</sup> *Hentrich v. France*, App. No. 13616/88, A296A.

keyfiliğe mümkün olduğunca imkan tanımamalıdır. Elbette bir yasal düzenleme uygulayıcılara belli bir takdir hakkı tanıyacaktır. Hatta çoğu kez hukuki düzenlemelerin mutlak bir açıklık taşıması olanaksızdır. Bazı hususlar mutlaka uygulamada yorumlanarak belirginleşecektir. Ancak Mahkeme hukuki düzenlemelerin sahip olması gereken nisbi belirlilik düzeyine ilişkin olarak üç faktörden söz etmektedir: düzenlemenin içeriği, düzenlenen alan ve düzenlemeden etkilenenlerin durumu ve sayısı.<sup>67</sup> Bu hususlar dikkate alındığında bir düzenlemenin kötüye kullanımını önleyecek tedbirleri içeriyor olması önemlidir. Düzenleme tamamen keyfi uygulamaya imkan veriyorsa Sözleşmenin aradığı niteliklere sahip değildir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da ulusal düzenlemeler sınırlama için Sözleşmeden daha ağır bir hukukilik koşulu arıyorsa Mahkeme hukuka uygunluk standardını Sözleşmeye uygunluk düzeyinde mi yoksa daha ağır şartlar öngören ulusal hukuka uygunluk düzeyinde mi arayacaktır. Bu soruya verilmesi gereken cevabın açık olduğu düşünülebilir. Zira Sözleşme müdahalenin hukuka uygun olmasını aramaktadır. Burada sözü edilen hukuk taraf devletin iç hukukudur. Dolayısıyla iç hukuka aykırı olan bir müdahale Sözleşmeye de aykırı olacaktır. Mahkeme iç hukuka uygunluk şartını çok katı yorumlamamaktadır. Mesela Türk Anayasasına göre temel haklar ancak kanunla sınırlanabilir.<sup>68</sup> Üniversite öğrencilerinin okul kampüsünde giyecekleri kıyafete sınırlama getiren kanun düzeyinde bir hüküm bulunmamakla birlikte Mahkeme kanun altı düzenlemeler ve mahkeme kararlarına dayanan bir sınırlamanın Sözleşmenin öngördüğü hukukilik şartını taşıdığına karar vermiştir.<sup>69</sup> Mahkeme bu kararında Üniversite öğrencilerinin kıyafetini düzenleyen 2547 Sayılı yasanın Ek. 17. maddesinde yer alan “Kanunlara aykırı olmamak şartıyla üniversitelerde kılık kıyafet serbesttir” hükmünün içeriğinin mahkeme kararlarıyla bu yasağın dayanağı haline geldiğine işaret etmiştir.<sup>70</sup>

#### 4.4. Müdahalenin Amacı ve Takdir Yetkisi

Sözleşmede düzenlenen haklar istisnalar dışında mutlak nitelikte değildir ve sınırlandırılması mümkündür. Ancak sınırlamaların meşru bir amacının bulunması gerekir. Bu meşru amaçların neler olduğu Sözleşmenin

<sup>67</sup> *Chorherr v. Austria*, App. No. 13308/87 25.08.1993 A-266B §.25; *Kalaç v. Turkey*, 27.02.1997 §.42; *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25.03. 1983, Series A 61, §. 88; *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 28 .03.1990, A173, §. 68; *Herczegfalvy v. Austria*, 24.09.1992, A244, §. 89.

<sup>68</sup> Bkz. m.13.

<sup>69</sup> *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, (GC) 10.11.2005.

<sup>70</sup> Kararın eleştirisi için bkz. K. Altıparmak, ve O. Karahanoğulları, “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin v. Türkiye, AİHM v. Hukuk, Düzenleyici İşlem v. Kanun”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, 3, 249-276 (2004); Kerem Altıparmak and Onur Karahanoğulları “After Şahin: The Debate on Headscarf is not Over”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 2, Is. 02, (2006) 268-92.

her maddesinde ayrı ayrı sayılmıştır. Dolayısıyla Sözleşmede yer alan haklar ancak Sözleşmede öngörülen nedenlerle sınırlandırılabilir. Sınırlama sebepleri bakımından taraf devletlere herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Ancak bu sebeplerin oluşup oluşmadığını tespit etme yetkisi tamamen taraf devletlerin yetkisindedir. Bu yönüyle takdir yetkisinin en fazla rol oynadığı başka bir deyişle en geniş olduğu alan müdahale amacının meşruluğu alanıdır.<sup>71</sup>

Sözleşmenin sınırlama hükmü içeren maddelerinin tamamında sınırlama sebepleri gösterilmiştir. Ancak hakkın niteliğine göre bu sınırlama sebepleri dar ya da geniş yorumlamaya imkan veren kavramlarla ifade edilmiştir. Mesela yaşama hakkına getirilen istisnalarda sınırlama nedenleri, “bir kimsenin saldırıdan korunması, bir suçlunun kaçmasının önlenmesi ve bir ayaklanmanın bastırılması için kuvvet kullanmanın zorunlu olduğu haller” şeklinde oldukça net ifade edilmiştir ve geniş yorumlamaya elverişli değildir. Oysa spectrumun öbür ucunda mülkiyet hakkına ilişkin sınırlama nedenleri “kamu yararı” ve “genel yarar” gibi oldukça geniş yorumlamaya müsait kavramlarla ifade edilmiştir. Sözleşmenin çeşitli maddelerinde yer alan sınırlama sebepleri, milli güvenlik, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması, ülke bütünlüğünün korunması, başkalarının haklarının ve namının korunması, kamu sağlığı ve kamu ahlakının korunması, kamu yararının gerçekleştirilmesi gibi nedenler olarak sayılmıştır.<sup>72</sup>

Müdahale amacının meşruiyeti konusu Mahkeme içtihadında pek fazla ihlal nedeni olarak karşımıza çıkmamaktadır. Mahkeme müdahalenin meşru olup olmadığını her başvuruda incelemekle birlikte genellikle taraf devletlerin müdahale sebebi olarak gösterdiği nedenleri Sözleşmede öngörülen meşru amaçlar içinde değerlendirmiştir. Mahkeme bu güne kadar oldukça sınırlı sayıda başvuruda müdahale amacını meşru bulmamıştır.<sup>73</sup> Taraf devlet tarafından ileri sürülen gerekçeleri çok da inandırıcı bulmadığı durumlarda bile Mahkeme doğrudan müdahale amacının meşru olmadığına karar vermektен kaçınmakta ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığını incelemektedir.<sup>74</sup> Mesela eski yunan

<sup>71</sup> Van Dijk, et al. s. 339.

<sup>72</sup> Bkz. Sözleşmenin 8-11. maddelerinin ikinci paragrafları.

<sup>73</sup> *Darby v. Sweden*, App. No. 11581/85, 23.10.1990, A187, § 36 ; Bu başvuru İsveçte ödenecek kilise vergisinden muaf tutulma konusunda oturma kaydı olan yabancılarla, oturma kaydı olmayan yabancılar arasında ayırım yapılmasına ilişkin idi. Oturma kaydı olan yabancılar kilise vergisinden istisna edilirken, oturma kaydı olmayanlar istisna edilmemişti. Başvurucu mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Taraf devlet temsilcisi Mahkeme önündeki duruşmada bu farklılığın meşru bir amacının olmadığını söylemiş, Mahkeme de buna dayalı olarak farklı uygulamanın meşru amacı olmadığını karar vermiştir. O nedenle bu karar Mahkeme içtihadında istisnai bir nitelik taşımaktadır.

<sup>74</sup> *Chassagnou and Others v. France*, 29.04.1999, EHRR 1999-II.

Kralının malvarlığına el konulmasına ilişkin *The Former King of Greece*<sup>75</sup> davasında taraf devlet mallara el koyma amacını arkeolojik alanları ve ormanları koruma ve devletin cumhuriyet niteliğini muhafaza etme şeklinde açıklamıştı. Söz konusu kamulaştırma kanununun, cumhuriyete geçildikten 25 yıl sonra çıkarılmış olması nedeniyle Mahkeme kanunla cumhuriyet arasında ilişki kurmakta zorlanmış ise de doğrudan müdahale amacının meşru olmadığına hükmetmekten kaçınmıştır.<sup>76</sup>

Mahkemenin müdahale amacı konusunda taraf devletlere neredeyse sınırsız bir takdir yetkisi tanınmasının nedeni bu unsuru müdahalenin gerekliliği ile birlikte değerlendirmesidir. Böylece Mahkeme taraf devletlerin toplumsal sorunlarını çözmeye yönelik politika yapımına müdahale etmekten kaçınmakta, sorunlarını nasıl çözecekleri konusunda demokratik organlara karar verme alanı bırakmaktadır. Ancak bir kez politika amacı tespit edildikten sonra kullanılan politika araçlarının bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını nispeten daha objektif kriterlerle denetlemek mümkün hale gelmektedir.<sup>77</sup> Bu tavrıyla Mahkeme rolünün siyasal değil hukuki olduğuna vurgu yapmaktadır.

#### 4.5. Müdahalenin Gerekliliği ve Takdir Yetkisi

Sözleşme hakların ancak demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılmasına olanak tanımaktadır. Bu yalnızca 8-11 maddeler için değil sınırlama ve istisnaya yer veren tüm maddeler için geçerlidir. Ancak bir sınırlamanın ne zaman demokratik bir toplumda gerekli olduğuna soyut olarak karar vermek mümkün değildir. Bir sınırlamanın gerekliliğine ancak somut koşullar dikkate alınarak karar verilebilir ve bu kaçınılmaz olarak taraf devletlere bir inisiyatif alanının tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu alanın ne kadar geniş ya da dar olduğunu ve bunu etkileyen faktörlerin neler olduğunu incelemeyen önce bir temel hakkın sınırlandırılmasının ne anlama geldiği üzerinde durmak gerekir.

Yukarıda değinildiği gibi Sözleşme belli amaçlarla taraf devletlerin hakları sınırlandırabileceğini öngörmüştür. Bu amaçlar yukarıda değinildiği gibi çok farklı kavramlarla da ifade edilse de, iki ana nedene indirgenebilir. Buna göre haklar ya başkalarının haklarıyla çatıştığı ya da toplumun ortak iyiliği ile uyuşmadığı için sınırlandırılır. Sınırlamanın hedefi bu çatışmaları ortadan kaldırmaktır. Ama acaba bu çatışma nasıl ortadan kaldırılacaktır. Toplumun iyiliği için bireyin hakkını feda etmek de bir çözümdür; birey hakkını önceleyerek toplumun iyiliğini ötelemek de. Ya da her iki taraftan birer miktar fedakarlık edilerek bir orta yol bulunabilir. Sözleşmenin sınırlama hükümleri dikkate alındığında ağırlığı toplumsal iyiden yana

<sup>75</sup> *The Former King of Greece and Other v. Greece*, App. No. 25701/94, 23.11.2000, § 88.

<sup>76</sup> Ali Rıza Çoban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights* (Aldershoot: Ashgate, 2004) s. 202.

<sup>77</sup> *Ibid.* s. 203.

koyduğu söylenebilir. Çünkü Sözleşme istisnalar dışında açıkça hakları sınırlamaya imkan tanımaktadır. Bu bağlamda taraf devletlere tanınacak takdir yetkisinin genişliği toplum çıkarının daha fazla öncelenmesi anlamına gelmektedir. Taraf devletlere bu konuda tanınan takdir yetkisi hakkın kapsamına müdahale yetkisi anlamına geldiğinden bazı yazarlar bunu “maddi takdir yetkisi” olarak nitelemektedirler.<sup>78</sup> Çünkü burada sözkonusu olan Mahkemenin ve taraf devletin hakkın korunmasında oynayacağı roller değil, hakkın koruma alanına müdahale yetkisidir.

Bu alanda Mahkemenin denetim yetkisinin amacı hakka yapılan müdahalenin toplum çıkarı ile bireyin hakkı arasında makul bir denge sağlayıp sağlamadığını denetlemektir. Bu durumda takdir yetkisine atıf yapmak anlamlı gözükmemektedir.<sup>79</sup> Zira bu dengenin kurulup kurulmadığına Mahkeme takdir yetkisine atıf yaparak karar veremez. Sadece çeşitli gerekçelerle ulaştığı sonucu temellendirmede zorlandığı zaman gerçek sebepleri örten bir rolde takdir yetkisinden söz edilebilir.<sup>80</sup> Oysa Mahkeme makul dengenin kurulup kurulmadığına ilişkin bir karara ancak bu dengenin nasıl olması gerektiğine ilişkin bir ölçüyü kullanarak ulaşabilir.

Mahkeme bu amaçla ölçülülük ilkesini geliştirmiştir. Mahkemeye göre ölçülülük ilkesi Sözleşmenin tamamına hakim olan bir ilkedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki doğru bir şekilde uygulandığında bile ölçülülük ilkesi toplumsal çıkarı önceleyen bir doğaya sahiptir. Zira ölçülülük ilkesi amacın meşruiyetini sorgulamaz, sadece kullanılan aracın amaçla uyumlu olup olmadığını değerlendirmeye yarar. O nedenle Mahkeme tam bir ölçülülük denetimi yapsa da bu toplum çıkarlarının haklara önceliği gerçeğini değiştirmez. Çünkü Sözleşme metni bu toplumsal çıkarları hakların önüne koymuştur. Mesela ulusal bütünlük, ya da kamu ahlakının korunması ifade özgürlüğünden önceliklidir. Ancak bu önceliğin bir sınırı vardır o da demokratik toplumda gerekli olmaktır. Bunu da Mahkeme ölçülülük şeklinde yorumlamaktadır.

Ne var ki Mahkeme tam bir ölçülülük denetimi yapmaktan da kaçınmaktadır. Zira Mahkeme ölçülülük ilkesinin alt kuralları olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık<sup>81</sup> kriterlerini katı bir şekilde uygulasa, mesela katı bir gereklilik testi icra etse, taraf devletin aldığı tedbirden daha hafif bir tedbir ile aynı sonuca ulaşmanın mümkün olup olmadığını

<sup>78</sup> Letsas, s.710.

<sup>79</sup> İbid. s. 712.

<sup>80</sup> R. Singh et al. “Is There a Role for the ‘Margin of Appreciation’ in National Law after the Human Rights Act?”, *European Human Rights Law Review* Vol. 4 (1999).

<sup>81</sup> Marc-Andre Eisen, “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, in Macdonald et al (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: M. Nijhoff, 1993); Jeremy McBride, “Proportionality and the European Convention on Human Rights” in Ellis, E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Oxford: Hart Pub., 1999).

sorgulaması gerekir. Fakat Mahkeme genellikle bundan kaçınmakta, bu nedenle de maddi takdir yetkisine uygulama alanı yaratmaktadır. Dolayısıyla maddi takdir yetkisinin kapsamı ölçülülük ilkesini ne oranda katı bir şekilde uyguladığıyla ters orantılı olarak genişlemekte ya da daralmaktadır.

Mahkeme içtihadına göre takdir yetkisinin dar ya da geniş olmasını pek çok faktör etkilemektedir. Öncelikle toplumun ve devletin mukadderatını etkileyen olağanüstü durumların varlığı taraf devletlere tanınan takdir yetkisini genişletmektedir.<sup>82</sup> Bu hallerde ulusal makamlar şartlara daha yakın ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle durumun gerektirdiği sosyal ihtiyaçları daha iyi takdir etme konumundadırlar.<sup>83</sup> Bu yaklaşımıyla Mahkeme olağanüstü dönemlerde alınan tedbirlerle ilgili olarak katı bir gereklilik testi uygulamayacağını çünkü maddi olaylara uzak olduğu için daha hafif bir tedbirle aynı sonuca ulaşmanın mümkün olup olmadığını değerlendirme konumunda olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme sadece tedbirlerin siyasî yerindeliliğini denetlemekten kaçınmakla kalmamakta bir ölçüde hukukî denetimden de kaçınmaktadır.

Takdir yetkisinin dar ya da geniş olmasını etkileyen başka bir faktör de ilgili hakka ilişkin Sözleşme maddesinin metnidir. Madde metni müdahaleyi ne kadar zor şartlara bağlarsa Mahkeme de o oranda katı bir ölçülülük testi uygulamakta ve takdir yetkisinin alanını daraltmaktadır. Mesela 2. madde “Ölüm ... kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse” hakkın ihlali anlamına gelmeyeceği hükmünü içeriyor. Buna bağlı olarak Mahkeme Sözleşmede belirtilen durumlardan birisinde kuvvet kullanma sonucu ölüm meydana gelmişse kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelip gelmediğini denetliyor.<sup>84</sup> Bu noktada taraf devletlere tanınan takdir alanının oldukça dar olduğunu hatırlatarak sıkı bir gereklilik denetimi yapıyor. Mesela, sık sık gösterilerin yapıldığı bir yerde görevli güvenlik elemanlarının gerektiğinde göstericilere müdahale etmek üzere gerekli hafif silahlara sahip olmaması nedeniyle göstericilere müdahale etmek için gerçek mermi kullanılması sonucu meydana gelen ölümden mutlak zorunluluk kriterinin oluşmadığına hükmetmiştir.<sup>85</sup> Oysa Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 1. maddesi (P1-1) kamu yararının ya da genel yararın gerektirdiği hallerde mülkiyet hakkına müdahaleye izin vermektedir. Burada Mahkeme müdahalenin gerekliliği konusunda taraf devletin geniş takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmekte ve oldukça gevşek bir gereklilik testi uygulamaktadır.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Moral, s.619.

<sup>83</sup> *Ireland v. UK*, 18.01.1978, 2 EHRR 25.

<sup>84</sup> *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 09.10.1997, EHRR 1997-VI.

<sup>85</sup> *Güleç v. Turkey*, 27.07.1998, EHRR 1998-IV.

<sup>86</sup> Çoban, s. 203 vd.

Mahkeme içtihadına göre hakka yapılan müdahalenin ciddiliği takdir yetkisini daraltacaktır. Burada hakkın doğası, birey için önemi ve müdahalenin doğası da dikkate alınması gereken faktörlerdir.

Takdir yetkisinin kapsamını etkileyen bir başka faktör de Avrupada uzlaşmanın olup olmamasıdır. Mahkeme Avrupada uzlaşma olmayan konularda taraf devletlerin haklara müdahalede daha geniş takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmektedir. Mahkeme iki grup davada sıklıkla uzlaşma kavramına atıf yapmaktadır: kamu ahlakını ilgilendiren davalar ve toplumda siyasal gerilim ve çatışma konusu olan davalar.<sup>87</sup>

Toplumun ahlak anlayışıyla ilgili davalarda Mahkeme kendisi aktivist davranarak bir ahlak anlayışı belirleyip ona göre önündeki başvuruyu sonuçlandırmak yerine, kendi kendini sınırlayarak taraf devlet makamlarının ortaya koyduğu ahlak anlayışına mümkün olduğunca saygı göstermeye çalışmaktadır. Kamusal ahlak kavramı en çok özel hayatın korunması hakkı (m. 8) ve ifade özgürlüğünün sınırlanması ile (m. 10) ilgili davalarda karşımıza çıkmaktadır. 8. maddeyle ilgili sorunların önemli bir kısmı hakkın sınırlandırılmasından ziyade belli yaşam pratiklerinin bu hakkın kapsamında olup olmadığıyla ilgilidir ve yukarıda tartışılmıştır.<sup>88</sup>

İfade özgürlüğü bağlamında ise sorun toplumun genel ahlak anlayışıyla uyumadığı gerekçesiyle bazı ifadeler kısıtlama getirilip getirilemeyeceği ile ilgilidir. Mahkeme her ne kadar ifade özgürlüğünün demokratik bir toplum için çok önemli olduğunu, toplumu şok edici ifadeler de müsamaha gösterilmesi gerektiğini<sup>89</sup> vurgulasa da toplumun ahlak anlayışına aykırı olan ifadeler kısıtlama getirilmesi konusunda taraf devletlerin takdir yetkisinin geniş olduğuna hükmetmektedir.<sup>90</sup>

*Handyside* kararında Mahkeme, ilköğretim okullarına tavsiye edilen bir kitabın 26 sayfasının cinselliğe ilişkin bilgiler içermesi nedeniyle müstehcenlik gerekçesiyle tolatılmasını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Kararını kamu ahlakı konularında uzlaşma olmaması nedeniyle bu alanda taraf devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olması gerekçesine dayandırmıştır.<sup>91</sup> Mahkeme aynı yaklaşımı geleneksel olmayan bazı ilişkileri resmeden resimlerin sergilenmesinin kısıtlanması ve müsaderesine ilişkin *Müller* kararında da tekrarlamıştır.<sup>92</sup>

---

<sup>87</sup> Letsas, s. 722.

<sup>88</sup> Bkz. yukarıda başlık 4.1.

<sup>89</sup> *Handyside v. UK*, App. No. 5493/72, 07.12.1976, A24.

<sup>90</sup> Önder Bakırcıoğlu, "The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases", *German Law Journal*, Vol. 08 No.07 (2007) s.716.

<sup>91</sup> *Handyside v. UK*, §. 48-49.

<sup>92</sup> *Müller and Others v. Switzerland*, App. No. 10737/84, 24.05.1988, A133.

Mahkeme geleneksel dini inanışları ağır bir şekilde eleştiren ifadelerle ilgili olarak da takdir yetkisini geniş yorumlamıştır. Geleneksel Hristiyan inançlarının absürlüğünü ima eden bir filmin geleneksel katolik toplumun yaşadığı bir kasabada gösterilmesine izin verilmemesi ve filmin müsaderesine ilişkin *Otto-Preminger*<sup>93</sup> davasında Mahkeme ifade özgürlüğünü kullanan bireylerin başkalarının inançlarıyla ilgili olarak mümkün olduğunca saldırgan bir tavırdan kaçınması gerektiğini, kamusal tartışmaya katkısı olmayan ifadelerle sınırlama getirilmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Mahkeme bir kilisenin dinsel içerikli reklamlarının radyoda yayınlanmasının engellenmesine ilişkin *Murphy*<sup>94</sup> davasında da dinsel içerikli reklamların yasaklanması konusunda Avrupada uzlaşma olmadığına vurgu yaparak taraf devletin reklamı yasaklama kararının radyo yayınlarında objektifliği sağlama amacıyla orantılı olduğuna karar vermiştir.

Mahkemenin uzlaşma olmadığı gerekçesiyle ulusal takdir yetkisine atfı yaptığı ikinci tür başbaşvuru grubu ise taraf devletler açısından kritik nitelik taşıyan siyasal sorunlara ilişkin davalardır. Mahkeme bir devlet içinde ciddi kriz nedeni olan sorunlara Sözleşme vasıtasıyla müdahil olmak istememekte ve taraf devletlerin uygulamalarını takdir yetkisi doktrinine dayanarak incelemekten imtina etmektedir.

Özellikle olağanüstü nedenlerin varlığı halinde Sözleşme güvencelerinden kurtulmaya olanak tanıyan 15. maddenin uygulanmasında taraf devletlere tanınan takdir yetkisinin geniş tutulması<sup>95</sup> bu kapsamda değerlendirilebilir.

Aynı şekilde siyasal çatışma konularında mahkemenin tutumu bu kapsamda ele alınmalıdır. Mesela Türkiyede Milletvekilliği genel seçimlerinde uygulanan % 10 seçim barajının çok yüksek olduğu konusunda hemen hemen bir fikir birliği olmasına rağmen temas ettiği siyasal sorunlar nedeniyle bir türlü değiştirilememektedir.

2002 genel seçimlerinden sonra, partileri kendi seçim çevrelerinde oyların % 46'sini almasına rağmen ülke çapında % 6.22 oranında oy alarak %10'luk ülke barajını aşamaması nedeniyle milletvekili seçilemeyen *Yumak ve Sadak*<sup>96</sup>, Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 3. maddesindeki haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Mahkemeye başvurmuştur.<sup>97</sup> Bu maddede düzenlenen hakkın demokrasi için önemini vurgulayan Daire çoğunluğu nisbi temsile

<sup>93</sup> *Otto-Preminger Institut v. Austria*, App. No. 13470/87, 20.09.1994, A295A, §.49.

<sup>94</sup> *Murphy v. Ireland*, App. No. 44179/98, 10.07.2003, EHRR 2003-IX, §. 81.

<sup>95</sup> Macdonald, s.85.

<sup>96</sup> *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, 10.01.2007.

<sup>97</sup> 3 milletvekili çıkaran Şırnak'ta 2002 seçimlerinde oyların % 45,95'ini DTP, %14,05'ini AKP ve %9,66'sını bağımsız aday almıştır. Sonuçta AKP 2 ve Bağımsız 1 milletvekili kazanmıştır.

dayalı seçim sistemini benimseyen Konsey üyesi ülkelerde farklı ülke barajı oranlarının uygulandığını ve bu konuda uzlaşma olmadığından taraf devletin takdir yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Oysa Konsey üyesi hiçbir ülkede % 10 gibi yüksek bir oranda ulusal baraj uygulanmamaktadır. Bir seçim çevresinde % 45 oy alan bir parti hiçbir milletvekili çıkaramazken % 15 ve % 10 oy alan partilerin milletvekilliği kazanmasının demokratik ve adil olmadığını söylemek için çok fazla bir analize ihtiyaç yoktur.

Üniversite öğrencilerinin kılık kıyafetlerine ilişkin *Leyla Şahin*<sup>98</sup> kararındaki Mahkemenin tutumu da bu kategoride değerlendirilmelidir. Avrupa Konseyine üye ülkelerden hiçbirisinde üniversite düzeyinde başı örten bir kıyafetle okula girilmesine ilişkin bir yasak olmamasına rağmen Mahkeme, farklı bağlamlarda ortaya çıkan kıyafete ilişkin uygulamaları dikkate alarak bu konuda uzlaşma olmadığına hükmetmiş ve taraf devletlerin bu alanda sahip olduğu takdir yetkisinin geniş olduğuna vurgu yapmıştır. Başkalarının haklarını korumak amacıyla üniversite öğrencilerine belli kıyafetlerin giyilmesini yasaklamanın ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Mahkemenin siyasal nitelikli problemlere müdahale konusundaki isteksizliği anlaşılabilir ise de anlayışla karşılanmamalıdır. Bu tavır anlaşılabilir niteliktedir çünkü özellikle çoğul yapıli toplumlarda siyaset giderek sorun çözme kapasitesini yitirmekte ve bu sorunlar mahkemelere taşınmakta yani siyaset giderek hukukileşmekte ve yargısallaşmaktadır.<sup>99</sup> Mahkemenin hem iş yükü hem de ilkesel kaygılarla bu hukukileşmeden hoşnutsuz olması doğaldır. Diğer taraftan bu tavır anlayışla karşılanamaz. Çünkü bu nitelikteki sorunlar genellikle toplumun azınlıkta kalanları aleyhine sonuçlanmaktadır. Karar mekanizmalarına hakim olan çoğunluk azınlıktakilerin haklarını kısıtlamakta ya da göz ardı etmektedir. Bu durumda Mahkemenin ulusal takdir yetkisi doktrinine dayanarak ulusal makamların kararlarını değerlendirmekten kaçınması zaten zayıf durumda olan azınlıkların bütün bütün korumasız hale gelmesi anlamını taşımaktadır. Aynı şekilde temel hakların en yoğun tehdit altında olduğu olağanüstü durumlarda da maddi takdir yetkisine dayanarak Mahkemenin incelemesini yüzeysel tutması, kendisine en fazla ihtiyaç duyulan zamanda bireyleri çaresiz bırakması anlamına gelmektedir.

Sözleşme metni sınırlamalara olanak tanıdığı sürece Mahkemenin en azından bu sınırlamaların ölçülüğünü sıkı bir şekilde denetlemesi, kendi ortaya koyduğu amaçları gerçekleştirmesi için zorunlu gözükmektedir. Aksi takdirde Sözleşmenin gerçek güvence sağlayan yaşayan bir belge olması mümkün değildir. Ancak bu konuda haklar için daha güvenceli bir yaklaşım

<sup>98</sup> *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, (GC) 10.11.2005.

<sup>99</sup> Ran Hirschl, "The New Constitutionalism and the Judicialisation of Pure Politics Worldwide", 2006 *Fordham Law Review* 75, 721-754.

ancak Letsas'ın <sup>100</sup> belirttiği gibi haklara ilişkin esaslı bir teorinin benimsenmesi halinde mümkün olacaktır. Dworkin'in koz teorisi bu amaca uygun gözükmemektedir. Dworkin'e göre bireyin devlet karşısındaki en temel hakkı eşit ilgi ve saygı görme hakkıdır. Bütün haklar ve adalet ilkeleri buradan türemektedir. Haklar meşru olmayan müdahaleleri belirleme işlevi görür. Dworkin'e göre bir müdahale eğer dışsal tercihlere dayanıyorsa, yani bir kimsenin diğerlerinden farklı olduğu için bir haktan ya da avantajdan daha az yararlanması gerektiği anlayışına dayalı bir tercih ise bu müdahale meşru değildir.<sup>101</sup> Ancak müdahale başkalarının haklarının korunması gibi bir düşünceye dayanıyorsa meşrudur.

Mahkemenin böyle bir hak teorisinden hareket etmesi halinde maddi takdir yetkisi kavramına çok az uygulama alanı doğacağı söylenebilir. Zira yukarıda belirtilen davaların çoğunda toplum çoğunluğunun azınlığa ilişkin dışsal tercihlerinin rol oynadığını söyleyebiliriz. Ancak bu davalarda sorun kolaylıkla başkalarının hakkını koruma amacıyla da formüle edilebilir.

## 5. Sonuç

Ulusal takdir yetkisi doktrini Mahkeme tarafından bazı pragmatik ve ilkesel kaygılarla geliştirilmiştir. Ancak çok farklı bağlamlarda ve farklı işlevlerle doktrine atf yapılması doktrinin Mahkeme içtihadında nasıl bir işlev gördüğünün anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Doktrinin siyasal nitelikli sorunlarla hukuksal nitelikli sorunların ayrıştırılması halinde bir işlevinin olacağı söylenebilir. Siyasal nitelikli sorunlarda taraf devletlerin takdir yetkisine Mahkeme müdahale etmemelidir. Yani bir problemin tespiti ve ona uygulanacak çözüm yöntemini belirleme işlevi siyasal bir işlemdir ve Mahkeme bu alana müdahale etmemelidir. Ancak siyasal tercihler ortaya çıktıktan sonra onu uygulama araçları hukuki nitelik taşıyacaktır. Dolayısıyla uygulama araçlarının Sözleşme standartlarına uygun olması gerekir. Mahkemenin bu noktada ise takdir yetkisine başvurması hukukilik denetiminden kaçınması anlamına gelir ve kabul edilemez.

Bir hakkın sözleşme kapsamına girip girmeyeceğine ilişkin karar yasama kararıdır ve siyasal niteliktedir. Her ne kadar insan hakları standartlarının yerel kültür ve ahlak anlayışlarındaki farklılıkların ötesinde evrensel bir nitelik taşıdığı o nedenle kültürel göreceliliğe yer vermemek gerektiği şeklinde itirazlar yöneltirse de buradaki çatışmayı evrensellik ve görecelilik ekseninde tanımlamak doğru olmaz. Burada sorun Sözleşmede yer alan kavramların içeriğini tanımlamanın hukuki mi yoksa siyasi bir nitelik mi taşıdığına karar vermektir. Sorunu başka bir şekilde yeniden formüle etmek gerekirse; acaba Avrupa toplumunun ahlak anlayışının ne olduğuna uluslararası yargıçlar mı yoksa ulus devletlerin yetkili organları,

<sup>100</sup> Letsas, s. 729.

<sup>101</sup> Ronald Dworkin, "Rights as Trumps" in Waldron, J. (ed.) *Theories of Rights* (New York: Oxford University Press, 1984) s.161.

özellikle de parlamentoları mı karar vermelidir? Her ne kadar bu sorular ilk bakışta hukuki nitelik taşıyor gibi gözükse de bizce siyasal bir içerik taşımaktadır ve taraf devletin demokratik karar alma mekanizmalarının yetkisinde olmalıdır.

Ancak bir hakka ne kadar müdahale edilebileceği kararı hukuki bir karardır ve bu alanda evrensel standartları belirleme yetkisi Mahkemededir. Ancak burada müdahale aracının belirlenmesi ile müdahalenin derecesi arasında ayırım yapmak gerekir. Müdahale aracının tespiti elbette siyasal nitelikli bir işlemdir ve taraf devletlerin bunu takdir etme yetkisi bulunmaktadır. Ancak Sözleşmede yer alan bir hakka ne derecede müdahale edilebileceğinin tespiti hukuksal bir işlemdir be bu alanda takdir yetkisine olanak tanınmaz. Eğer tanınırsa hakkın koruma alanının tespitinde keyfilik itirazları kaçınılmaz hale gelir. Bu alanda kısa vadede yapılması gereken şey etkin bir ölçülülük denetiminin yapılmasıdır. Ama uzun dönemde haklara ilişkin teorik bir yaklaşımı hayata geçirme olanakları üzerinde düşünülmelidir.

**KAYNAKÇA**

- Altıparmak, Kerem ve Karahanoğulları, Onur, “Phyrrus Zaferi: Leyla Şahin v. Türkiye, AİHM v. Hukuk, Düzenleyici İşlem v. Kanun”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, 3, (2004), s.249-275.
- Altıparmak, Kerem and Karahanogullari, Onur “After Şahin: The Debate on Headscarf is not Over”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 2, Is. 02, (2006), s.268-292.
- Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* (Intersentia: Antwerpen, 2002).
- Bakırcıoğlu, Önder, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, Vol. 08 No.07 (2007), s. 711-734.
- Benvenisti, Eyal “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards” *International Law and Politics*, Vol. 31 (1999), s.843-854.
- Carozzo, Paolo G., “Subsidiarity as Structural Principle of International Human Rights Law”, 97 *American Journal of International Law* (2003), s. 38-79.
- Çoban, Ali Rıza, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights* (Aldershoot: Ashgate, 2004).
- Dworkin, Ronald, “Rights as Trumps” in Waldron, J. (ed.) *Theories of Rights* (New York: Oxford University Press, 1984).
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Pres, 1977).
- Eisen, Marc-Andre, “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights” in Macdonald et al (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: M. Nijhoff, 1993).
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku* (Bursa: Ekin, 2003).
- Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan, 2004).
- Hirschl, Ran “The New Constitutionalism and the Judicialisation of Pure Politics Worldwide”, 2006 *Fordham Law Review* V.75 No.2, s.721-754.

- del Moral, Ignacio de la Rasilla, “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine”, *German Law Journal*, Vol. 07 No. 06 (2006), s. 611-624.
- Letsas, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No.4 (2006), s.705-732.
- Levander, Nicholas, “The Problem of the Margin of Appreciation”, *European Human Rights Law Review*, Vol. 4, (1997), s.380-390.
- Macdonald, Ronald St. J., “The Margin of Appreciation” in Macdonald, Matscher, and Petzold (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993), s.83-124.
- McBride, Jeremy, “Proportionality and the European Convention on Human Rights” in Ellis, E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Oxford: Hart Pub., 1999).
- Mowbray, Alastair, “Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 5 No. 1 (2005), s. 57-79.
- Mowbray, Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2004).
- Nardin, Terry, *Law, Morality and the Relations of States* (Princeton: Princeton University Press, 1989).
- Orakhelashvili, Alexander, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 14 (2003), s.77-90.
- Ostrovsky, Aaron A., “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, *Hanse Law Review*, Vol.1 N0.1 (2005), s.47-64.
- Petzold, Herbert, “The Convention and the Principle of Subsidiarity” in Macdonald, Matscher, and Petzold (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993).
- Singh, Rabinder, “Is There a Role for the ‘Margin of Appreciation’ in National Law after the Human Rights Act?”, *European Human Rights Law Review*, Vol. 4 (1999), s.15-22.

- Stone, Thomas.Willoughby., “Margin of Appreciation Gone Awry: The European Court of Human Rights' Implicit Use of the Precautionary Principle in *Frette v. France* to Backtrack on Protection from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation”, (2003) 3 *Connecticut Public Interest Law Journal* s. 271-294.
- van Dijk, van Hoof, van Rinj and Zwaak (eds.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Antwerpen: Intersentia, 2006).
- Wilkins, Burleigh, “International Human Rights and National Discretion”. *The Journal of Ethics*, Vol. 6 (2002), s. 373-382.
- Winisdoerffer, Yves, “Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No.1”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 19 No.1, s.18-20.
- Yourow, Howard C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (Martinus Nijhoff: Dordrecht, 1996).

#### **Atıf Yapılan Mahkeme Kararları**

##### **AİHM Kararları**

- A.O. v. Italy*, App. No. 22534/93, 30.05.2000
- Adalı v. Turkey*, App. No. 38187/97, 31.03.2005
- Andronicou and Constantinou v. Cyprus* , 09.10.1997, EHRR 1997-VI
- Brogan*, Series A, No. 145-B (1988) 11 EHRR 117
- Chassagnou and Others v. France*, 29.04.1999, EHRR 1999-II.
- Chorherr v. Austria*, 25.08.1993 A-266B
- Cossey v. UK*, 13 EHRR 622 (1991)
- Darby v. Sweden*, 23.10.1990, A187
- Dudgeon v. UK*, 4 EHRR 149 (1982)
- E.B. v France*, App. No. 43546/02. (GC) 22.01.2008
- Evans v. UK*, [GC], App. No. 6339/05, 17.04.2007
- Frette v. France*, 38 EHRR 438 (2004)
- Goodwin v. UK*, 35 EHRR 447 (2002)
- Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 28 .03.1990, A173
- Gül v. Swirzerland*, ECHR 1996-I
- Güleç v. Turkey*, EHRR 1998-IV.

- Handyside v. UK*, App. 07.12.1976, A24.  
*Hentrich v. France*, App. No. 13616/88, A296A.  
*Herczegfalvy v. Austria*, 24.09.1992, A244  
*Hatton and Others v. UK*, 02.10.2001  
*I v. UK*, 40 EHRR 967 (2003)  
*Ireland v. UK*, 18.01.1978, 2 EHRR 25.  
*İmmobiliare Saffi v. Italy*, 28.07.1999, EHRR 1999-V  
*James and Others v. UK*, Series A 98  
*Kalaç v. Turkey*, 27.02.1997  
*Leyla Şahin v. Turkey*, (GC) 10.11.2005  
*Lopez-Ostra v. Spain*, 09.12.1994, A 303-C  
*Muller and Others v. Switzerland*, App. No. 10737/ 84, 24.05.1988  
*Murphy v. Ireland*, App. No. 44179/98, 10.07.2003, EHRR 2003-IX  
*Müller and Others v. Switzerland*, App. No. 10737/84, 24.05.1988, A133  
*Olsson v. Sweden*, (No. 1) App. No. 10465/83, A 130  
*Otto-Preminger Institut v. Austria*, 20.09.1994, A295A  
*Öneryıldız v. Turkey*, 30.11.2004 (GC) ECHR 2004-VII  
*Rees v. UK*, 9 EHRR 56 (1987)  
*Salah Sheekh v. The Netherlands*, App. No. 1948/04, 11.01.2007  
*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 31 EHRR 1055 (2001)  
*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 31 EHRR 1055 (2001)  
*Sheffield and Horsham v. UK*, (1998)  
*Silver and Others v. the United Kingdom*, 25.03. 1983, Series A 61  
*Smith and Grady v. UK*, 29 EHRR 495 (1999)  
*The Former King of Greece and Other v. Greece*, App. No. 25701/94,  
23.11.2000  
*Greece v. UK*, No 176/56, Yearbook Vol.2  
*Vo v. France* [GC], ECHR 2004-VIII  
*Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, 10.01.2007

**ABD Yüksek Mahkemesi**

*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 191 (1986)

*Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2481 (2003)

**Zimbabve Yüksek Mahkemesi**

*Banana v. State*, Supreme Court, Zimbabwe, 8 BHRC 345 (2000)

