

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN

## İŞLEVSEL KONUMU

### (Bildiri Özeti)

**Yrd. Doç. Dr. Mustafa YILDIZ (•)**

Giriş :

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (ve ek protokolleri), insan hakları için uluslararası güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası uğraşların bir ürünüdür. Sözleşmede bu güvence. yargısal kapsamda "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu"<sup>1</sup> ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi"<sup>2</sup> gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu organlar. Sözleşmenin imzalanması ve bunun ardından yürürlüğe girmesiyle aynı zamanda çalışmalarına başlamıştır<sup>3</sup>. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için, taraf devletlerce 4.11.1950'de imzalanmasından sonra 66'ncı maddesinin 2 nci fıkrasına uygun olarak en az onunun onaylaması zorunluluğu belirlenmiştir. Bu zorunluluğun yerine getirilmesi, 3.9.1953'te tamamlanmıştır; böylece imzalanmasından yürürlüğe girmesine kadar üç yıla yakın bir zaman geçmiştir. 18 Mayıs 1954'te Komisyonun kurulması tamamlanmıştır ve aynı tarihten itibaren çalışmaya başlamıştır\*. Mahkemenin kurulması ise, daha sonraya kalmıştır. Bunun nedeni. Sözleşmenin 56 ncı maddesine göre sözleşmeyi imzalayıp onaylayan devletlerden en az sekizinin, Mahkemenin "zorunlu yargı yetkisini" tanıdıklarını bildirme zorunluluğunun yerine getirilmesindeki gecikmedir. Adı geçen maddeye uygun şekilde, "yargı yetkisini tanıma bildirimini" 3 Eylül 1958'de ancak gerçekleştirebilmiştir<sup>6</sup>. Kuruluşu 21 Şubat 1959'da tamamlanmış ve çalışmaya

(•) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1. Komisyonun kurulmasına ilişkin gelişmeleri içeren düşüncelerle, yapısı ve çalışması hakkında bkz., MADRA, ö., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", s. 63 vd.; BATUM, S. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri", s. 61, 62, 68 vd.
2. Mahkemenin kurulmasına ilişkin gelişmeleri içeren düşüncelerle, yapısı ve çalışması hakkında bkz. ARIK. K. F., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme", s. 67 vd.; BATUM, s., op. dt., s. 64-68, 86 vd.
3. PARTSCH, K. J., "Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention", s. 14; BATUM, s., op. cit., s. 32.
4. PARTSCH, K. J., op. dt., s. 15; MADRA, ö. cp. cit., s. 70; ARIK. K. F., op. cit., S. S. 38.
5. 1953'te İrlanda, 1954'te Hollanda, 1955'te Belçika ve Almanya. 1957'de Danimarka, 1958'de Lüksemburg, 3 Eylül 1958'de de, İzlanda ve Avusturya "yargı yetkisini" tanıdıklarını bildirmişlerdir, bkz., PARTSCH. K. J., op. cit., s. 16.

başlamıştır. İlk kararını da, 1961'de "İrlanda'ya karşı Lawless" olayında<sup>6789</sup> vermiştir.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10 Mart 1954'de kabul edilen bir yasa ile onaylamıştır<sup>7</sup>; onay belgesinin 18 Mayıs 1954'de Avrupa Konseyi'ne verilmesi ile Sözleşme Türkiye için yürürlüğe girmiş ve Türk hukuku ile bütünleşmiştir<sup>8</sup>. 21 Nisan 1987'de İnsan Hakları Komisyonu'na "bireysel başvuru hakkını"<sup>8</sup>, 27 Eylül 1989'da da, İnsan Hakları Mahkemesi'nin "zorunlu yargı yetkisini"<sup>10</sup> tanımıştır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na "başvuru hakkı'nın tanınması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu "yargı yetkisi"nin kabulü ile, Avrupa İnsan Hakları Hukuku -ile daha aktif bir bütünleşme sürecine girilmiş olmaktadır. Bu sürecin kavranılmasını açıklığa kavuşturmada katkı sağlamak için, AİHS'nin yargı sisteminin ve Özellikle mahkemenin üye ülkeler nezdinde işlevsel konumunun belirginleştirilmesi gereklidir. Buna açıklık kazandırdıktan sonra. Mahkeme yargısından bütüncül bir Avrupa insan Hakları Hukukunun oluşturulmasında yararlanmanın kapsamı da ortaya çıkacaktır.

### 1. Sözleşmenin Oluşumu :

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin (AİHS) oluşumuna, İkinci Dünya Savaşı<sup>11 12</sup> ve savaş suçlarının yargılanması neden olmuş ve gerekçe oluşturmuştur<sup>11</sup>. Devlet ve egemenlik anlayışı, ülke içinde ve dışında sar-

6. Alm. Ter. Band 1, s. 20 vd.; ayrıca bkz., ÇAĞLAR, B., "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", Anayasa Yargısı 1990, s. 51 (101, 102); ARIK, K. F. op. cit., s. 121-192.

7. 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Yasa, 19.3.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete.

8. ARIK, K. F., op. cit., s. 30; GÖLCÜKLÜ, F. - GÖZÜBÜYÜK A. Ş.. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi yay., Ankara 1994, s. 14, 15.

9. Bireysel başvuru hakkı 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu karar ile tanınmıştır bu karar ve ilgili açıklama 27 Ocak 1987'de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine sunulmuştur. Daha sonra bu, 21 Nisan 1987 tarih ve 19438 sayılı Resmi Gazete'de Dışişleri Bakanlığının bir tebliği şeklinde yayınlanmıştır.

10. 25 Eylül 1989 tarih ve 89/14563 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı için bkz., 27 Eylül 1989 tarih ve 20295 sayılı R. G.

11. ARIK, K. F. op. cit., s. 9; SAVCI, B., İnsan Hakları 1953, s. 52, dipnotu 126; MADRA, Ö. op. cit., s. 1.

12. PARTSCH, K. J., op. cit., s. 11 cd.; WEISS, K., Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten 1954, s. 3 vd.; TRECHSEL, S., Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte 1974, s. 174 vd.

sırttılar geçirmiştir. Asırlarca etkili olan, “devletin en yüksek değer olduğu” inancı<sup>13</sup> bu suretle dönüşüme uğramış, ona kendi vatandaşları üzerinde sınırsız ve kontrol edilemez güç verilmemesi gerektiği açıkça idrak edilmiştir. Çünkü İktidarı kullanan, bu bağlamda devlet iktidarını kullanan, onu suiistimal etmeyi deneyebilir<sup>14</sup>. İkinci Dünya Savaşı nedeniyle güvenirliliği sarsılan devlet egemenliğinin uluslararası sorunluluk ve uluslarüstü denetim altına alınması zorunluluğu kendini göstermiş ve buna gerek duyulmuştur. İnsan haklarının ortak bir teminata kavuşturulması suretiyle, devletin bu alanda vatandaşları üzerinde tek başına yetkili olmasına son vermek istenmiştir<sup>15</sup>. Bu görüş açısıyla Sözleşmenin öngördüğü sistemde temel haklar, Sözleşmeye taraf devletlerin tekel ve tasarrufuna bırakılmamıştır.

İkinci Dünya Savaşından sonra, Sovyetler Birliğinin Doğu Avrupa ülkelerindeki fiili ve ideolojik hâkimiyetinin giderek güçlenmesi, totalitarizmin tüm Avrupa’ya yayılması korkusunu yaygınlaştırmıştı!. Bunun için demokrasinin korunması AİHS’nde önem kazanmıştır. Temel hak ve Özgürlükler, ancak gerçek bir demokratik toplumda varolabilirler ve korunabilirler<sup>16</sup>. “Demokratik toplum” kavramı, temel hakların gereksiz ve ölçüsüz olarak sınırlandırılmasını öngörmekte, özgürlükçü demokrasi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin temelini teşkil etmektedir.

## II. Mahkemenin İşlevi :

Mahkemenin verdiği kararlar, sadece şikâyet eden ile edileni değil, bunun yanında konsey üyesi devletleri ve onların anayasal organlarını da ilgilendirmektedir. Bu nedenle Sözleşmenin yargılama sistemi, şikâyet durumlarında sübjektiviteyi de içine alan objektifleşme yoğunluğuna dayandırılmıştır. Objektifleşme yoğunluğunu temin ve muhafaza etmek için Komisyon da kendisine yapılan başvuru ile İncelemektedir; açıkça gerekçelendirilmemiş ya da karşılaştırılabilir eksiklikleri bulunan<sup>17</sup> şikâyetlerin büyük bir kıs-

13. VERDROSS, A., BRUNO, S., Uımuverselles ölkerecht, Theorte und Praxisl981, s. 45 vd.; BERBER, F., Lehrbuch des Ölkerecht. 1. Band. AUGemelles Fii edensrecht 1975, s. 18, dipnot 94, s. 121 vd.

14. Council of Europe, Collected EdiUon of the “Travatuc Preparation” of the European Convention on Hitman Rigfats. Vol. I, s, 41.

15. AİHS’nin 5 İnci fıkrası.

16. AİHS’nin başlangıcı.

17. AİHS’nin 27. mad.

mim kabul etmemektedir<sup>18 19</sup>. Şikâyetlerin incelenmesinden sonra ise, dostça bir uzlaşma He sonuçlandırma denenmektedir<sup>20</sup>”.

### 1. Komisyonun Başvuru Uygulaması :

Mahkemenin objektif hukuksal İşlevi, ilgili hükümetin mahkemeye başvuruda bulunmamasına rağmen<sup>20 21 22</sup> Komisyonun İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlâl edildiğine istinaden Mahkemeye başvuru durumunda ortaya çıkmaktadır; bu başvuru, gerektiğinde İhlâl tespit edilmediğinde de gerçekleştirilebilmektedir<sup>11</sup>. Bunun İçin kriter, bir davanın ortaya çıkardığı hukuksal sorunların açıklığa kavuşturulma ihtiyacıdır”. Mahkemenin bir çok önemli karar<sup>23</sup>, komisyonun başvurusuyla gerçekleşmiştir.

### 2. Mahkeme Uygulaması:

Birçok davada Mahkemenin objektif hukukî görev anlayışı; şikâyet edenin şikâyetini geri çekmesine, ilgili hükümetin bir çözüm (çare) vaatmesne ve hatta şikâyet edenin ölmesine rağmen, Sözleşmeye uygunluk denetimine devam ederek sonuç kararını vermesiyle görülmektedir<sup>24</sup>.

18. Europ. Commission of H.R., Stock-Taking on the Europ Conventlon Strasbourg 1982. s. 231.

19. AH IS 28. mad.

20. Bunun için şu kararlara bakılabilir : 2604. 1979 tar. Sunday Times kar.;

**9.10.1979** tar. Alrey kar.; 27.2.1980 tar. Deweer kar.; 13.5.1980 tar. Aröco kar.;

**6.11.1980** tar. Guzzardl kar.; 23.7.1968 tar. Belçika dil kar.; 27.6.1968 tar. Wemhoff kar.; 16.7.1971 tar. Rlngelsen kar.; 25.4.1978 tar. Tyrer kar.; 1.10.1982 tar Pierrack kar.

21. Bunun için şu kararlara bakılabilir -. 27.10.1975 tar. Syndicat National de la Po-lice Belge kar.; 6.2.1976 tar. Syndicat Sueddols des Conducteurs de Locomotives kar.; 6.2.1976 tar. Schmltd et Dahlström kar.; 7.12.1976 tar. Handyside kar.; 6.9.1978 tar Klass kar.; 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar.; 8.12.1983 tar Pretto kar.

22. Axen davasında şikâyet edenin AİHS 6. maddesi birinci fıkrasının ihlal edildiği yolundaki iddiasının aksine görüş bildirmesine rağmen. Komisyon bu sorunun açıklık kazanması İhtiyacı nedeniyle AİHM'ne başvuruda bulunmuştur. Başvuruda bulunmaya ilişkin belirli bir ölçü yoktur. Bu konuya ilişkin Komisyon kararları Mahkeme denetimine tabii değildir; bkz. 8.12.1983 Tarihli Axen davası kar.

23. Bunun için Lawless. De Becker, Belg. Sprachen, Wemhoff, Neumeister, Ringelsen, Tryrer, Sunday Times., Marckx. Alrey, Deweer, Artico, Guzzardl, Youngdavalarna bakınız. 23.9.1982 tarihli Sporrung karar ile 18.12.1984 tarihli Lörrroth kararlarında önce İsveç hükümeti daha sonra da AİHK başvuruda bulunmuşlardır. Engel, Könlg, Winterwerp. Mlnelli. Paketli, Zlmermann. Steiner davalarında ilgili hükümetler ve Komisyon başvuruda bulunmuşlardır.

24. Krlş. Luidicke kar.; Deweer. kar.; Ireland/U.K. kar.; Sözleşmeye aykırılığın tespitinde genel hukukî menfaat vardır. Bundan başka, Mahkemenin vermiş olduğu kararlar Sözleşmenin uygulama alanının gelişimine ve açıklanmasına katkı sağlarken, ülkelerin iç hukuk uyu lamaların ada farklılığı giderici İşlev de görmektedir.

### III. Mahkeme Gündeminde Toplumsal Politik Sorunların Ağırlık Kazanması:

Mahkeme kararları genel niteliklidir; bunun nedeni, önüne getirilen sorunlara ilişkindir. İlk on yıl zarfındaki uygulamada somut olayla ilişkili olarak, daha çok tutuklama içerikli insan hakları ihlalleri ile meşgul olunurken, son yirmi yıl içinde toplumsal politik sorunlar önem kazanmıştır<sup>35</sup>; eğitim ve öğretim, basın özgürlüğü, gizli dinleme tedbirleri, sendikal haklar, şehir planlaması ve mülkiyetin korunması gibi geniş bir alanı içeren davalar Mahkemenin gündemine gelmiştir<sup>36</sup>. Bu gelişmelerin nedeni; Avrupa kamuoyunun temel hak ve özgürlükler konusunda oldukça duyarlı olmasıdır ve bunun yanında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin menfaatlere aktif bir biçimde korunmak istenmesidir. Bu bağlamda, genel bilinçlenmenin dinamik bir süreç göstermesiyle, devletlerin kapalı sistemler olmadığı olgusu da açıkça ortaya çıkmıştır. Bunun belirlenmesinde, Avrupalıların bütünleşmesi için çok yönlü uğraşların katkısının olduğu, inkâr edilemez bir gerçektir.

İnsan hakları ile ilgili sorunların toplumsal politik ağırlıklı olması, mahkeme kararlarının geniş ölçüde kamuoyunun ilgilenemesine yol açmaktadır. Bu nedenle mahkeme, uluslararası toplumsal sorunlar formuna dönüşme sürecini yaşamaktadır<sup>27</sup>.

#### IV. Mahkemenin Denetleme Yöntemi ve Hedefi :

##### 1. Dolaylı ve Doğrudan Denetleme :

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin izleyeceği yargılama yöntemi sorun olmuştur. Olaytan ayrıntılarıyla doğrudan araştırarak mı, ilgili devletin verdiği bilgilerle yetinerek dolaylı olarak mı değerlendirmesi gerektiği, yargılama görevine başlamasından sonraki ilk yıllarda kesinlik kazanmamıştır.

AİHM'nin yargılama görevine başladığı ilk on yıl içinde, yargılama faaliyetinin devlet yanlı olduğunu ileri sürmek mümkündür;

25. MOSLER. H. "Europealsche Oerichtshof für Menschenrechte nach zwanzig Jahren", in : Festschrift für H. HUBER 1981. s. 597

26. Bunun için bkz. dava kararlarına; Belg. Sprachen: Kjelden; Dungeon; Sunday Times; von Oostenrijk; Sporrung et Lönnroth; Campbell and Cosans; Klass; Synd. PoL Belg. Joung ve diğerleri.

27. P. Haerberle, F. Alman Anayasa Mahkemesi için "Kendine has özelliği olan toplumsal mahkeme" kavramını kullanmaktadır. "Zum BVerfGE als gesellschaftliches Gericht eigener Art". Verfassungsgerichtsbarkeit als politisches Kraft", Verfassungsgeschichte der Politik und Rechtswissenschaft 1980, s. 55. 66.

çünkü yargılamasında düşünel açidan özerk davranmayarak şekil ve içerik bakımından devleti ön planda tutan bir yaklaşım sergilemiştir. Devlet yanlı yaklaşım; başvuruda bulunulan devletin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmede hüsniyetle hareket edip etmediği tespit edilirken, sadece onun vermiş olduğu bilgüer ışığında tetkikle yetinilmesidir. Sözleşmeyi ihlal İddiası bu çerçevede kalarak değerlendirildiğinden, yargılama doğrudan değil dolaydı olarak gerçekleştirilmiş olmaktadır. 27.6.1968 tarihli Wemhoff karar bu tutumun anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır : “Bir kimsenin kamu yaran sebeplerine İstinaden... tutuklanmasının zorunlu telakki edildiğini belirtmek, ilgili devlet-içl yargı kurumunun yetki sahasındadır. Başvuruda bulunan da savunmasında, kanun yolları vasıtasıyla sebepleri belirtmiş olmalıdır... Mahkeme, bu bilgiler ışığında devlet-içi kurumlarca tutuklamanın devamının makul olma sınırlarını aşıp aşmadığını değerlendirerek, Sözleşmenin 5 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının ihlal edilip edilmediğini tespit etmek görevindedir”<sup>28\*</sup>.

26.4.1979 tarihli “Sunday Times” kararında. Mahkemenin ilk defa değişik bir tutum sergilediği gözlenir. Buna göre; “Mahkeme denetimi, hakkında başvuruda bulunulan devletin takdirini ihtimam ve iyi niyetle uygulayıp uygulamadığını tespit etmekle sınırlı olduğu anlamına gelmez. Bu tarzda uygulamada bulunan devlet de... Mahkemenin denetimi altındadır.” (...) “Mahkeme, Contempt of court kuralının, alınan tedbirlerin zorunlu olup olmadığına ilişkin olarak ölçü teşkU etmesi gerektiğini reddetmektedir; zonmluluğu, Sözleşme anlamında değerlendirmek durumundadır; görevi devlet içi tedbirleri Sözleşme standardına göre denetlemektir”<sup>29</sup>®. Gerçi İngiliz Mahkemelerinin karar gerekçelerini tetkik etmekle<sup>28 29 30</sup> beraber bununla yetinmemiş, doğrudan olay içeriğini araştırarak değerlendirmek suretiyle İngiliz hukukdüşüncesini (Contempt of court) değil, AİHS’nin 10 uncu maddesinin belirleyici ölçü olduğunu vurgulamıştır. Doğrudan denetleme yöntemi, ilgili devlet ve başvuruda bulunanın gerekçeleri yanında, olayın arkasında bulunan gerçek koşulları doğrudan nazarı İtibare almayı ve buna dayanarak

28. 27.6.1968 tar. Wemhoffkar., Serle A Nr. 7, s. 24. 25, parag. 12; Alm. Band 1. s. 128; aynı yaklaşım, 27.6.1969 tar. Neumeister kar. görülmektedir: Serle A, Nr. 8. s. 37, parag. 5. (Alm. Band 1. »■ 175) Daha sonraki birçok karar için bu İki karar atıf yapılan kararlar olmuştur.

29. A.g.k. parag. 60, EuGRZ 1979, 386 (389).

30. A.g.k. parag. 63, 64, 65. EuGRZ 1979, 386 (389, 390).

doğrudan değerlendirmeyi esas almaktadır. Bu yaklaşım tarzının zamanın akışı içinde kabul görerek durumunun sağlamlaştırdığı, böylece istikrar kazandığı görülmektedir<sup>31</sup>.

## 2. Somut olay adaleti ve Avrupa standartı oluşturma hedefi

Mahkeme yargılaması, sadece ilgili devlet ile Mahkeme arasında dar kapsamlı "sübjektif bir anlamı" içermemektedir; aynı zamanda Avrupa Konseyi devletlerini kapsayan "objektif anlamı" da bünyesinde barındırmaktadır. Bunun için Mahkeme, bir taraftan bireysel hakların gerçekte etkili olmasını diğer taraftan da ulusal ve Avrupa çapında genel olarak temel teşkil etmesi İşlevini görmesini mümkün kılmaya çalışmaktadır. Bu bağlamda; (a) başvuru konusunu oluşturan somut olayda adü bir çözüme ulaşmak, (b) bunu yaparken "Avrupa standartımn teşkilini gerçekleştirmek istemektedir. Burada önemli olan, her iki hedeften birinin süreklilik gösteren bir süreçte diğerinin aleyhine öncelikli konumda olmamasına itina göstermektir. "Somut olay adaleti" veya "objektif standart" mı sorularının ortaya atılması halinde, buna verilecek en iyi cevap, hem "somut adalet"! hem de "objektif standart"ı birlikte İçine alacak olan yaklaşımdır. Mahkeme, kararlarında bu yaklaşımı benimsemiştir.

## 3. Yargılamada "demokratik toplum prensipleri"

"Demokratik toplum". Sözleşme sisteminin iki temel dayanağını içerir: (1) Sözleşmenin ilk ve en önemli hedefi olan plüralist (çoğulcu) demokrasiyi teminat altına almak<sup>32</sup>; (2) insan haklarına<sup>33</sup> riayeti etkin bir şekilde (insan hakları yargısı) gerçekleştirmek<sup>34</sup>. Bir

31. Bunun için bkz. 13.8.1981 tar. Jung, James, Webster kar. parag. 64, EuGRZ 1981, 562; Mahkeme, closed-shop kuralının zorunluluğunun şartlarını bizzat denetlemektedir. Tryer ve Klass kararlarında da doğrudan denetlemede bulunduğu gözlenebilir; bkz. 25.4.1978 tar. Tyrer kar. parag. 50 vd., EuORZ 1979. 285 vd.

32. TEİTGEN, P.H., Coundl of Europe - Collected Edition of the "Travaux prepatores" of the European Convention on Human rights, Vol. 1, s. 37 vd.

33. AİHS'nin başlangıcının 4 üncü fıkrası; "... Dünyada adalet ve barışın temeli olan ve bir yandan etkin bir "siyasal demokrasi", öte yandan dayanağı İnsan haklarının ortak anlayışla gözetilmesiyle sürdürüleblen temel özgürlüklere olan derin İncancı yenileyerek..." hükmünü öngörmek suretiyle Sözleşme maddeleri üzerinde uzlaşmada bulunulduğunu belirtmektedir.

34. Temel haklara riayet, esas olarak gerçek bir demokraside (effective political democracy) olabileceği vurgulanmıştır; bunun için bkz.. MADINOS, P., "La Convention europeennes des droits de L'Homme ses orlgnes, ses objets, ses reall satlons", İN: Annuaire Europeen Vol. 1, 1955, 149-158; KABOĞLU, I., "Özgürlükler Hukuku", s. 129, 130.

cümle ile "demokratik toplum", Sözleşme sisteminin İki temel direği olan "çoğulcu demokrasi" ve "İnsan hakları yargısı"nın içermekte ve teminat altına almaktadır.

a) Temel hakların düzenlenmesinde demokratik toplum prensipleri

Temel hakların düzenlenmesinde "demokratik toplum"u göz önünde bulundurmak zorunludur. Demokratik toplumun Sözleşme anlamında içerdiği prensipler ise, soyuttur ve bunlar belirli başlıklar altında toplanabilir :

"Özgürlük"<sup>35 36</sup>,

"Çoğulculuk",

"Hoşgörü ve açıklık düşüncesi"<sup>1\*</sup>,

"Azınlığın korunması"<sup>37 38</sup>,

"Hukukun üstünlüğü"<sup>3\*</sup>,

35. Kişi özgürlüğü için bkz.: 18.6.1971 tar. De Wilde kar. parag. 26, Serle A.

Nr. 12, Almanca ter. Band 3, s. 2 (8.9); 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar. parag. 32, 34-40 (baskıya maruz kalmama ile ilgili). EuGRZ 1985. 477 (481-483); düşünce özgürlüğü İle ilgili kar.: 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49. EuGRZ 1977, 38 (42); Bu konu de ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; KABOĞLU, İbrahim. Ö. "Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme", İstanbul 1994.

36. 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42).

37. "Bireysel menfaatler bazen bir grubunkl altında düzenleme zorunluluğunu gerektirmesine rağmen, demokrasi, her zaman çoğunluk düşüncesinin üstünlüğünün yürürlüklük kazanması mecburiyeti anlamına gelmemektedir. Azınlıklara adil ve uygun bir İşlemede bulunmayı teminat altına alan ve suiistimale karşı koruyan bir denge kurulması zorunludur." 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 63, EuGRZ 1981, 559 (562); aynı kararın 57 nci paragrafında; AIHS'nin 9-10 uncu maddelerindeki özgürlüklerin sendikalara üye olma zorunluluğunun öngörülmesiyle, 11 inci maddenin örgütlenme özgürlüğünün özünü İhlal ettiği (parag. 55) açıklanmıştır. Bu bağlamda örgüt ile kişi arasında adil denge ile sağlanmadı^ vurgulanmış, sendika üyesi olmayanlar için oluşturulan durumun ölçülülüğe aykırılık teşkil ettiği, bu nedenle de, demokratik bir toplumda zorunlu görülmediği belirtilmiştir (parag. 65).

38. AIHS'nin 5 İnci paragrafı:"... Aynı anlayışta olan ve siyasi gelenek, ülkü özgürlük ve hukukun üstünlüğü" konusunda, ortak bir mirası paylaşan Avrupa ülkelerinden söz etmektedir; buna ilişkin olarak ayrıca bkz. 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 34, EuGRZ 1975, 91595, (96); 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 68, 69, 82, EuGRZ 1976, 227, 232, 233; 6.9.1978 tar. Klass kar. parag.. 55. EuGRZ 1979, 278 (285, 286); 27.2.1980 tar. Dewer kar. parag. 40, EuGRZ 1980, 667 (672); 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 39, EuGRZ 1979, 650 (653); hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum fairbrileriyle bağlantılı olarak algılanmaktadır. Mahkemeye başvuru ve adil yargılanma hakkı İle hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum bağlantısı için, Golder kar. (parag. 34, 36), Airey kar. (parag. 24) ve Dewer kar. (parag. 44, 49) bakılabilir.



“ölçülülük”<sup>30</sup>; “kamu yararıyla bireysel hakkın korunması arasında adil bir denge”<sup>\*0</sup>, İcabi halinde bunun "adil bir yargılama"<sup>39 40 41 42</sup> ile uygulanabilir ilgidirler

Bu prensipler devletin kurallaştırma yetkisini yapısalılaştırarak bir hukukî çerçeve oluştururlar. Bu nedenle, temel hakların düzenlenmesinde öngörülen tedbirlerin, demokratik toplumdaki anlamına uygun içinde bulunmaları, bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır<sup>41</sup>.

39. 23.7.1968 tar. Belçika dil davası kar. parag. 10, Serle A. Nr. 6, s. 10, Alm. ter. Band 2, s. 30; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 72, EuGRZ 1976, 221 (229); 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977. 38 (42); 26.4.1979, tar. Sunday Times kar. parag. 65, 67, EuGRZ 1979, 386(390, 391); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 59, 60, 61, EuGRZ 1983, 488 (492, 493).
40. 23.7.1968 tar. Belçika dil kar. parag. 5, Serle A. Nr. 6. s. 32, Alm. ter, Band 2, s. 28; 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 59, EuGRZ 1979. 278 (286, 287); 20.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 41, EuGRZ 1982, 153 (157); Kamu menfaati ile bireysel hak korumasının uzlaştırılması içerikli kar. için bkz. : Belçika dil dav. kar. parag. 7, Serle A. Nr. 6, s. 44, Almanca ter. Band 2, s. 39, 40 13.8.1981 tar. Jung, James, Webster kar. parag. 63, 65, EuGRZ 1981, 559 (562); 23.9.1982 tar. Spornong et Lönnroth kar. parag. 73, EuGRZ 1983. 523 (527). Yükümlü savunman olarak bir avukatın görevlendirilmesinin öngörülmesinin angarya ya da zorunlu çalışma olup olmadığının tespiti konusunda Mahkeme; düzenleme amacı ile bunun avukat için sakıncaları arasında bir dengesizliğin olup olmadığını tetkik etmiştir. Diğer demokratik toplumlarda da avukatlar için aynı yönde yükümlülüklerin olmasından hareketle; Belçika düzenlemesini ölçsüz olarak telakki etmemiş, dolayısıyla yükümlü savunmanın öngörülmesinin bir angarya ya da zorunlu çalışma olmadığını belirlemiştir. Bunun için bkz. 22.11.1983 tar. Van der Musselle kar. parag. 40, EuGRZ 1985, 477 (483)..
41. AİHS'nin 6 ncı mad. 1 inci fıkrası adil yargılanma hakkım öngörmüştür. Bu hakkın (fals trial; proces equitable; des recht auf gerechtes -falres- Verfahren) demokratik toplumun temel prensiplerinden birini oluşturduğunun vurgulandığı kararlar için bkz.; 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 36, EuGRZ 1975, s. 91, 95, 97, 98; 8.12.1983 tar. Pretto kar. parag. 21. EuGRZ 1985, 548-550; 8.12.1983 tar. Axen kar. parag. 25, EuGRZ 1985, 225 (228)
42. Sınırlamalar için bkz. Handyside kar. parag. 49. EuGRZ 1977, 38 (42); Sunday Times kar. parag. 65, 66. EuGRZ 1979, 386 (390); 25.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 36, 41, EuGRZ 1982, 153 (156, 157). Yasal tedbirlerle ilgili olarak; Belçika dil davası kar. parag. 10, Almanca ter. Band 2. s. 30; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 82, EuGRZ 1976, 221 (232); 7.12.1976 Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen kar. parag. 50, 53. EuGRZ 1976, 478 (484-486); 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 49. 55, 59, EuGRZ 1979, 278 (285-287); 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 63, EuGRZ 1981, 559 (562); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 52, 53, EuGRZ 1983, 488 (491). Fed. Al. An. Mahkemesinin temel hakkı sınırlayan kanunla temel hak arasında karşılıklı ilişkisinin, temel hakkın anlamı ışığında yaklaşılması zorunluluğunu içeren kar. için bkz. VerfGE 7, 198 (208 vd); 27. 108 (117); HAEBERLE, P., a.g.e., S. 49, 71, 102. 210 vd.; BLECKMANN, A., "Allgemeine Grundrechtslehren" 1979, s. 245; SCHNEIDER, H. "Die Güterabugung des Bundesverfassungsgerichts bel Grundrechtskonflikten" 1979, s. 31 vd.; HESSE, K., "Orundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland". Kenar - Nr. 7-9., 72. 317 - 319. 332, 333.

#### IV. Mahkeme Gerekçeleri:

Mahkeme, yargılamasında 17 ve 18 inci maddelere seyrek olarak dayanmaktadır; hoşgörülebilir meşru sınırlandırma ile Sözleşmede yer alan bir hakkın özünün ihlali arasındaki sınırın belirlenmesinde daha çok ölçülülük prensibini kullanmaktadır.

##### 1. Doğrudan "öz" gerekçesine dayanma

Mahkeme, hakkın özünün İhlali konusuna bazı kararlarında<sup>43</sup> değinmiştir; ancak 13.8.1981 tarihli Joung, James, Webster kararında. özgürlüğün özü gerekçesine açıkça dayanarak, Sözleşmenin 11 inci maddesinin 1 mel fıkrasının ihlal edildiğini saptamıştır. Bununla beraber bu kararda da; genel anlamda ve mutlak olarak "öz" alanını belirleme ve ölçülülük prensibi kriterinden vazgeçme sözkonusu olmamıştır<sup>44</sup>.

##### 2. Toplum ve kişi menfaatleri arasında adil denge

Bireysel ve toplumsal menfaatler arasında "adil bir denge"nin<sup>45</sup> 46 olması gereğine, kararlarda değinilmiştir; ancak açık olarak 23.9.1982 tarihli "Sporrong et Lönnroth" kararında, toplum yaran ile bireysel menfaat arasında ölçülülük prensibine uyulmamasına istinaden bir mahkumiyet kararı verilebilmiştir<sup>48</sup>.

##### 3. Demokratik toplumda zorunluluk

Mahkeme yargılamasında demokratik toplumda zorunluluk, temel hakların sınırlandırılmasında zaruri bir sosyal ihtiyacın olması şartına bağlanmıştır; bu suretle sınırlandırmanın yasal olarak öngörülen amaçla orantılı olması gereği vurgulanmıştır<sup>47</sup>. Temel hak sınırlandırmalarının "yasaca öngörülme şartının" yorumunda

43. 23.7.1968 tar. Belçika dil davası kar. parag. 5, Alm. ter. Band 2, s. 28 (Serle A. Nr. 6, s. 32); 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 38, 40. EuGRZ 1975, 91598 (99); 24.10.1981 tar. Wfinterwerp kar. parag. 60, EuGRZ 1979, 650(657); 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 52, 57, EuGRZ 1981, 559 (560, 561); 21.2.1982 tar. Campbell and Coşana kar. parag. 41. EuGRZ 1982, 153 (157).

44. Soyut temel hak norm ilişkisi için, bkz. MÜLLER, J.P., "elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie" 1982, s. 152.

45. Bu konu içerikli kararlar için bkz.: 23.7.1968 tar. Belçika dil davası kar. parag. 5, Alm. ter. Band 2, s. 28; 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 63, 65, EuGRZ 1981, 559 (562); 23.9.1981 tar. Sporrong et Lönnroth kar. parag. 73, EuGRZ 1983, 523(527); 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar. parag. 40, EuGRZ 1985. 477 (483).

46. 23.9.1983 tar. Sporrong et Lönnroth kar. parag. 73, EuGRZ 1983, 527; Young, James, Webster kararında tüm denetim sürecinde, daha çok tedbirlerin zorunluluğu ve ölçülülüğü üzerinde durulurken (parag. 59-64), adil denge (proper balance) sonuç değerlendirmede nazan itibare alınmıştır (parag. 65). Ölçüsüzlük ise belirleyici olmuştur (parag. 65)

47. 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 48, 49, EuGRZ 1977, 38 (41, 42); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 53, EuGRZ 1983, 488 (491); 25.3.1983 tar. Silver kar. parag. 97. EuGRZ 1984, 147 (151); ÇAĞLAR. B., "Anayasa Bilimi", s. 161; KABOĞLU, t., op. clt., 129.

ise, etkin bir denetlenmenin öngörülmesini istemek suretiyle hukukun üstünlüğü prensibinin yürürlük kazanmasına işaret etmiştir\*\*. Bunun gerçekleştirilmesini, hak arama yolunun açık tutulması ve bunun yürürlüğünün önceden görülebilir olması şartına<sup>48 49 50</sup> bağlanmıştır. 25.3.1983 tarihli Silver kararında, bu şartın yerine getirilmemiş olduğunu tespit etmiştir<sup>60</sup>. (Ayrıca bkz., 7.12.1976 tar. Handyside kar., 22.10.1981 tar. Dudgeon kar., 25.3.1983 tar. Silver kar.).

"Demokratik toplum" kavramı; Sözleşme haklarının (1) yorumunda, (2) özel sınırlandırma kayıtlamalarında, (3) ve bunun gibi genel sınırlandırmalarda yönlendirici olmaktadır; temel hakların sınırlandırılmasında son ölçü işlevi görmektedir ki, (4) onun bu konumu "öz" garantisıyla karşılaştırılabilir.

Sonuç :

AİHM'nden ilk on yıl içinde çıkan kararlar sayı itibariyle azdır ve konu olarak da daha çok meşru olmayan tutukluluk ile yargılama süresinin uzunluğunu içermektedir.

Mahkemenin teorik bağlamda Sözleşmedeki temel hakların sadece bireyselliği anlayışı üzerinde ısrarlı olmadığı, onlara başka anlamlarla da yaklaştığı ve çok yönlü işlevle baktığı görülmektedir. Bu bağlamda temel haklar, bireyleri etkin bir şekilde korumak için, düzen kuruculuğunun gerçekte yürürlüğünü de temin ederler. Devleti eylem ve işlemlerinde, uyulması zorunlu genel ilkelere pozitif yükümlülüklerine kadar yönlendirirler.

Bir başvuru halinde, sadece sorumlu ya da ilgili devletçe ileri sürülen nedenlerin değerlendirmede dayanak olarak alınması ye-

48. 25.3.1983 tar. Silver kar. parag. 90, EuGRZ 1984, 147 (150), burada Klass kararında vurgulanan "demokratik toplum'a atıfla bulunulmaktadır.

49. Bu, daha önce 24.4.1979 tar. Sunday Times kararında (parag. 49) açıklanmıştır. EuGRZ 1979, 386 (387); Silver kararında (parag. 86-88) Sözleşmeye uygun standart kriterine ilişkin tekniğin üç boyutu formüle edilmiştir.\* Bir tedbir, (1) iç hukukta düzenlenmiş, (2) bu düzenleme (umuma açık) erişilebilir ve (3) hukukî sonuçlan önceden görülebilecek derecede açık formüle edilmiş olmalıdır ki, yasal olarak öngörülmesi sayılsın (EuGRZ 1984, 147 (150)).

50. A.g.k., parag. 91, EuGRZ 1984, 147(150, 151); 26.4.1979 tar. Sunday Times kararında çoğunluk, yayın yasağının Contempt of Court prensipleriyle öngörülmesi olduğu kanaatini taşıırken, diğer görüşü benimseyen azınlık ise, (bu hukukî kuralın) önceden bellirlenmesinin (erişilebilirliğinin) zorluğu nedeniyle karşıoy yazılarında bulunarak cevap vermişlerdir: bkz. EuGRZ 1979, 386 (391-393), Serle A, Nr. 30. s, 58-62; 67, 68. 69.

terli değildir. Gerçekliğin ortaya çıkarılarak Sözleşme haklarının yorumunun bağımsız ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi için Mahkemenin olayı bizzat ve doğrudan tetkik etmesi de zorunludur. Ancak bu suretle Sözleşme garantilerinin gerçeklikle bağlantılı ve etkin olarak yorumlanması ve korunması olanaklıdır. Bu yöntem. 24.4.1979 tarihli Sunday Times kararında kabul edilmiştir ve Mahkeme yargılamasında konumunu sağlamlaştırarak uygulanmaktadır.

Temel hak ve özgürlükler konusunda sınır belirlemede son ölçü İse, demokratik toplumun temel prensipleridir. Seçilen teknikle yasal (meşru) olarak öngörülen amaç arasında ölçülülük prensibinin özellikle işlevsel önemi yadsınamaz. Bu prensipler. Sözleşme sisteminin en önemli unsurlarını teşkil ederler; çünkü “demokratik toplum”, etkin bir temel hak geçerliliğinin şartı olduğu gibi aynı zamanda sonucudur da.

AİHM'nin temel haklar üzerindeki yer yorumu ve karar, ilgili devletin geçerli ve Sözleşmeye aykırı temel hak düzenlemesi arasında sonuç olarak sınır belirleme konusunda yoğunlaşmaktadır. Bunun İçin Mahkeme, genellikle "demokratik bir toplumun" temel prensiplerini İllşklendirdikten sonra, onun içerdiği temel değerleri sürekli ve esasb bir şekilde tetkik etme zorunluğunu duymaktadır. Bu suretle demokratik hukuk devleti toplumunun esaslarını güvenceye alan uluslararası konumda bir “Avrupa Anayasa Mahkemesi” işlevini görmektedir. Ona karar vermesi için sunulan somut olay çeşitleri, bu gelişime katkıda bulunmaktadır. Bunlar içinde özellikle; “eğitim ve öğrenim hakkı”, “basın özgürlüğü”, “sendikal haklar”, “mülkiyet hakkının korunması”, “toplumsal ahlakla ilgili sorunlar” ve “evlilik dışı doğan çocuklar” ilk sırada gelmektedir.

AİHM uluslararası bir Mahkeme değildir. Çalışmaya başlamasından sonraki ilk on yıl İçinde uluslararası Mahkeme olduğu izlenimini vermiştir. Bu, kişinin ya da devletin başvurusuyla bir devleti yargılayıp mahkum edebilmenin ve örgütlenmesinin uluslararası bir yapı göstermesinin bilinci etkilemesinden kaynaklanıyordu. Ancak bu kurumun; doğrudan uluslararası hukukla ya da devletlerarası İlişkilerle değil, ulusal hukuk ilişkili olarak devletler içinde Sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığının çalışmasının esas çekirdeğini oluşturduğu ortaya çıkınca, konumu da, ona

karşı güven duygusu artarak belirginlik kazanmaya başlamıştır. Avrupa Konseyi ne üye devlet vatandaşlarının Sözleşme organlarına başvuru dayanağı; sadece ağır hukukî ihlallerden kaynaklanmamaktadır. Bunun yanında toplumlarının yapısal sorunlarına ilişkin olarak devlet içi çözümleri yetersiz bulduklarından da kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak bu durum; AİHM'nin Uluslararası Avrupa Anayasa Mahkemesi İşlevini gördüğünün benimsendiğini göstermektedir.

## **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İŞLEVSEL KONUMU**

Plan

Giriş

§ 1. Sözleşmenin dayandığı tarihsel ve işlevsel çerçeve koşullar

**I.** Sözleşmenin oluşumunda temel düşünceler

1. Sözleşme düşüncesi ve hazırlanması
2. Sosyal hakların gündem dışında tutulması

**II.** Tamamlayıcı konumuyla "Avrupa Sosyal Şartı"

1. Tarihsel ve içerik olarak "Avrupa Sosyal Şartı"
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yorumunda "Avrupa Sosyal Şartı"

**III.** Mahkemenin işlevinin artması

1. Komisyona başvuru uygulaması
2. Mahkeme uygulaması

**IV.** Mahkeme gündeminde toplumsal ve politik sorunların ağırlık kazanması

§ 2. Mahkemenin denetleme yöntemi ve hedefi

**I.** Dolaylı ve doğrudan denetleme

**II.** Somut olay adaleti ve "Avrupa standardı" oluşturma hedefi

§ 3. Denetlemede "demokratik toplum prensipleri"

**I.** Demokratik toplum ve temel haklar

**II.** Temel hakların düzenlenmesinde "demokratik toplum prensipleri"

**III.** Sözleşmede yer alan temel hakların "öz" garantisi olarak "demokratik toplum"

**IV.** Mahkeme gerekçeleri

1. Doğrudan "öz" gerekçesine dayanma
2. Toplum ve kişi menfaatleri arasında adil denge
3. Demokratik toplumda zorunluluk

Sonuç

## Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (ve ek protokolleri), insan hakları için uluslararası güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası uğraşların bir ürünüdür. Sözleşmede bu güvence, yargısal kapsamda "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu"<sup>1</sup>, ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi"<sup>2</sup>. gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu organlar. Sözleşmenin imzalanması ve bunun ardından yürürlüğe girmesiyle aynı zamanda çalışmalarına başlamamıştır<sup>3</sup>. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için, taraf devletlerce 4.11.1950'de imzalanmasından sonra 66'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına uygun olarak en az onunun onaylaması zorunluğu belirlenmiştir. Bu zorunluluğun yerine getirilmesi, 3.9.1953'te tamamlanmıştır; böylece imzalanmasından yürürlüğe girmesine kadar üç yıl yakın bir zaman geçmiştir, 18 Mayıs 1954'te Komisyonun kurulması tamamlanmıştır ve aynı tarihten itibaren çalışmaya başlamıştır<sup>4</sup> <sup>5</sup>. Mahkemenin kurulması ise, daha sonraya kalmıştır. Bunun nedeni. Sözleşmenin 56'ncı maddesine göre Sözleşmeyi imzalayıp onaylayan devletlerden en az sekizinin, Mahkemenin "zorunlu yargı yetkisini" tanıdıklarını bildirme zorunluluğunun yerine getirilmesindeki gecikmedir. Adı geçen maddeye uygun şekilde, "yargı yetkisini tanıma bildirimi" 3 Eylül 1958'de ancak gerçekleşebilmiştir<sup>6</sup> \*. Kuruluşu 21 Şubat 1959'da tamamlanmış ve çalışmaya başlamıştır. İlk kararını da, 1961'de "İrlanda'ya karşı Lawless" olayında<sup>8</sup> vermiştir.

1. Komisyonun kurulmasına ilişkin gelişmeleri içeren düşüncelerle, yapısı ve çalışması hakkında bkz., MADRA. Ö., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", s. 63 vd.; BATUM. S., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri", s. 61, 62, 68 vd.
2. Mahkemenin kurulmasına ilişkin gelişmeleri içeren düşüncelerle, yapısı ve çalışması hakkında bkz., ARIK, K. F., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme", s. 67 vd.; BATUM, S., op. cit., s. 64-68, 86 vd.
3. PARTSCH, K.J., "Die Rechte und Freiheiten der europaischen Menschenrechtskonvention", s. 14; BATUM, S., op. cit., s. 32.
4. PARTSCH, K.J., op. cit., s. 15; MADRA, Ö., op. cit., s. 70; ARIK, K. F., op. cit., s. 38.
5. 1953'te İrlanda, 1954'te Hollanda. 1955'te Belçika ve Almanya, 1957'de Danimarka, 1958'de Libencilik, 3 Eylül 1958'de de, İzlanda ve Avusturya "yargı yetkisini" tanıdıklarını bildirmişlerdir, bkz., PARTSCH, K.J., op. cit., s. 16.
6. Alm. Ter. Bant 1. s. 20 vd.; ayrıca bkz., ÇAĞLAR, B., "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi". Anayasa Yargısı 1990, s. 51 (101, 102); ARIK, K.F., op. cit., s. 121-192.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 10 Mart 1954'te kabul edilen bir yasa ile onaylamıştır<sup>7</sup>; onay belgesinin 18 Mayıs 1954'te Avrupa Konseyi'ne verilmesi ile Sözleşme Türkiye için yürürlüğe girmiş ve Türk hukuku ile bütünleşmiştir<sup>8</sup>. 21 Nisan 1987'de İnsan Hakları Komisyonu'na "bireysel başvuru hakkımı", 27 Eylül 1989'da da, İnsan Hakları Mahkemesi'nin "zorunlu yargı yetkisini"<sup>10</sup>, tanımıştır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na "başvuru hakkı'nın tanınması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu "yargı yetkisi"nin kabulü ile, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ile daha aktif bir bütünleşme sürecine girilmiş olmaktadır. Bu sürecin kavranılmasını açıklığa kavuşturmada katkı sağlamak için, AIHS'nin yargı sisteminin ve özellikle Mahkeme'nin üye ülkeler nezdinde işlevsel konumunun belirginleştirilmesi gereklidir. Buna açıklık kazandırdıktan sonra, Mahkeme yargısından bütüncül bir Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nun oluşturulmasında yararlanmanın kapsamı da ortaya çıkacaktır.

S 1. Sözleşmenin dayandığı tarihsel ve işlevsel çerçeve koşullar

#### 1. Sözleşmenin oluşumunda temel düşünceler

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AIHS) oluşumuna, İkinci Dünya Savaşı<sup>11 12</sup>, ve savaş suçlularının yargılanması neden olmuş ve gerektire oluşturmuştur<sup>11</sup>. Devlet ve egemenlik anlayışı, ülke içinde ve dışında

7. 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Yasa, 19.3.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete.

8. ARIK, K. F., op. cit., s. 30; GÖLCÜKLÜ, F. - GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 1994, s. 14, 15.

9. Bireysel başvuru hakkı 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu karar ile tanınmıştır; bu karar ve ilgili açıklama 27 Ocak 1987'de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine sunulmuştur. Daha sonra bu, 21 Nisan 1987 tarih ve 19438 sayılı Resmî Gazete'de Dışişleri Bakanlığı'nın bir tebliği şeklinde yayımlanmıştır.

10. 25 Eylül 1989 tarih ve 89/14563 sayılı Bakanlar Kurulu karar için bkz., 27 Eylül 1989 tarih ve 20295 sayılı R.G.

11. ARIK, K. F., op. cit., s. 9; SAVCI, B., İnsan Hakları 1953, s. 52, dipnotu 126; MADRA, Ö., op. cit., s. 1.

12. PARTSCH, K.J., op. cit., s. 11 vd.; WEISS, K., Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten 1954, s. 3 vd.; TRECHSEL, S., Die Europäische Menschenrechtskonvention. Ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafrechtsrechte 1974, s. 174 vd.



sarsıntılar geçirmiştir. Asırlarca etkili olan, “devletin en yüksek değer olduğu” inancı<sup>13</sup>, bu suretle dönüşüme uğramış, ona kendi vatandaşları üzerinde sınırsız ve kontrol edilemez güç verilmemesi gerektiği açıkça idrak edilmiştir. Çünkü iktidarı kullanan, bu bağlamda devlet iktidarını kullanan, onu suiistimal etmeyi deneyebilir<sup>14 15 16</sup>. İkinci Dünya Savaşı nedeniyle güvenilirliği sarsılan devlet egemenliğinin uluslararası sorumluluk ve denetim altına alınması zorunluluğu kendini göstermiş ve buna gerek duyulmuştur. İnsan haklarının ortak bir teminata kavuşturulması suretiyle, devletin bu alanda vatandaşları üzerinde tek başına yetkili olmasına son verilerek istenmiştir<sup>13</sup>. Bu görüş açısıyla Sözleşmenin öngördüğü sistemde temel haklar, Sözleşmeye taraf devletlerin tekel ve tasarrufuna bırakılmamıştır. Bunun için eski devlet ve egemenlik saplantılı anlayış, İnsan hakları lehinde çığır açacak şekilde değişime uğramıştır. İnsan haklarıyla ilgili böyle bir sonucun oluşmasında, kuşkusuz Nürnberg savaş suçlularının yargılanmaları da etkili olmuştur<sup>18</sup>.

### **1. Sözleşme düşüncesi ve hazırlanması**

İkinci Dünya Savaşından sonra, Sovyetler Birliği'nin Doğu Avrupa ülkelerindeki fiili ve ideolojik hakimiyetinin giderek güçlenmesi, totalitarizmin tüm Avrupa'ya yayılması korkusunu yaygınlaştırmıştır. Bunun için demokrasinin korunması AIHS'nde önem kazanmıştır. Temel hak ve özgürlükler, ancak gerçek bir demokratik toplumda varolabilirler ve korunabilirler<sup>17</sup>. “Demokratik toplum” kavramı, temel hakların gereksiz ve ölçsüz olarak sınırlandırılmasını öngörmekte, özgürlükçü demokrasi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin temelini teşkil etmektedir. Sözleşmenin hazırlanması sırasında Batı Avrupa'da tartışılan, ancak Doğu Avrupa ülkelerinde kendini her haliyle hissettiren yoğunlukta süregelen insan

---

13. VERDROSS, A., BRUNO, S., Unniverselles Völkerrecht, Theorie und Praxis 1981, s. 45 vd.; BERBER, F., Lehrbuch des Völkerrecht, I. Band, Allgemeines Friedensrecht 1975. s. 18, dipnot 94, s. 121 vd.

14. Council of Europe, Collected Edition of the “Travaux Préparatlon” of the European Convention on Human Rights. Vol. I, s. 41.

15. AIHS'nin 5'nci fıkrası.

16. Council of Europe. Collected Edition of the “Travaux Préparatlon” of the European Convention on Human Rights. Vol. II, s. 42; Aynı kaynak, Vol. I, s. 41; VASAK, K., “La

17. AIHS'nin başlangıcı.

hakları İhlalleri ve bunun korkusu devam ediyordu. Özellikle insan hakları konusunda, İkinci Dünya Savaşıyla devletler itibar kaybına uğramışlardır; buna istinaden de egemenlikten kısmen feragat etmeyi gerekli kılacak bir ortam oluşmuştur; bundan mümkün olduğu kadar yararlanmak gerekiyordu; bunun için en azından İnsanın sosyal ve temel haklarını içeren bir anlaşmanın oluşumu için uğraşılıyordu<sup>17</sup>. Sonunda anlaşmaya varılan ve bu gün geçerli olan sistem, devletlerin geçmişteki insan hakları ihlallerine bir reaksiyondur ve dolayısıyla devrimci düşüncenin bir ürünüdür. Başlangıçta "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine" (AIHM) bireyin doğrudan başvuru yapabilmesi öngörülmek isteniyordu<sup>18 19 20</sup>; icabı halde temel hakların yeniden yürürlüğe konmasına ilişkin olarak, Mahkeme kararlarını uygulayacak ortak bir silahlı gücün oluşturulması da düşünülüyordu\*<sup>0</sup>. Böylece Mahkemeye yasama, yürütme ve yargıya ilişkin devlet kararlarını iptal edecek güçte bir konum verilmek isteniyordu\*<sup>1 22 23</sup>. Ancak daha sonra, bireyin Mahkemeye doğrudan başvurusu yerine Komisyona başvurusu öngörülmüştür; Komisyona ise, bireysel başvuruların süzgeci ve Mahkemeye bireysel başvuru yapma işlevine sahip statü verilmiştir<sup>24</sup>. Böylece bireyin mahkemede taraflardan biri olma statüsünü kazanması gerçekleşmemiştir\*. Başlangıçta komisyonun kişisel başvuruyu kabul yetkisi ile ondan sonra son karar merdi olarak mahkemenin devreye girmesi düşünülürken, daha sonra 25 ve 46. maddelerin kabulü ile birlikte "Bakanlar Komitesinin" karar mercii statüsünü (md. 32, 54) alması sonucu, bu sıralama gerçekleşmemiştir<sup>14</sup>. Bir Avrupa

18. TEİTGEN, P.H., in: Council of Europe, Collected Edltion of the "Travaux Prtpa-  
ration" of the European Conventlon on Human Rights, Vol. I, s. 45, 219.

19. Resuuitlon des Den Haag-Kongresses 1948.

20. MODINOS. P., "La Conventlon Europâenne des droits de l'Homme. Ses origines  
ses objectifs, ses rdisatlonns", Annuaire Europöen, Vol. I. s. 142-144.

21. TEİTGEN. loc. cit., S. 48, 49,

22. 19.6.1949 tarihli Konvansiyon hazırlık çalışmasının 12. mad.; TEİTGEN, op.  
cit., s. 49, 226,

23. Ancak 6 Kasım 1990 tarihli 9 Numaralı Protokolün, Sözleşmenin 48'nel mad-  
desinde öngördüğü değişiklik, birey taraf konumuna gelmektedir. Bunun için  
bkz.: "Menschenrechte", 3, Auflage, Beck-Texte 1992, s. 277; 11 Mayıs 1994'te  
İmzalanan 11'inci Protokolün 34'üncü maddesi He de. bireyin taraf konumu  
açıkça belirtilmiştir, bkz., "Protokoll Nr. 11 zur Konvention zum Schutze der  
Menschenrechte und Grundfrehelthen, durch das die darin vorgesehenden Kon-  
rollmechanismen umgestaltet werden", EuGRZ 1994, 323-324.

24. WEİSS, op. cit., s. 8; VAŞAK, op. cit., s. 10. 11.

denetim sisteminin olabildiğince ivedi şekilde kurulması İçin, Avrupa hareketinin İlk tasarısındaki temel hakların İçerik bakımından tam olarak belirlenmesi ve sınırlarının tayin edilmesi düşüncesinden vazgeçilmiştir<sup>25 \* 27 28 29 30</sup>. Bunların daha sonraki aşamada ele alınması konusunda uzlaşıp, öncelikle ve geçici olarak da olsa<sup>18</sup> devletler İçin öngörülen standardın bir Avrupa denetim sistemine bağlanması üzerinde durulmuştur<sup>17</sup>. Bunun için temel haklarla İlgili teminatlar sınırlı tutularak, genel kayıtlamalarla yetiniliyordu. Buna karşılık, özellikle İngiltere'nin isteği ve teşvikiyle Bakanlar Komitesi, temel hakların içeriğinin tam olarak belirlenmesi ve sınırlandırılmalardaki kayıtlamalar konusunda ısrar ediyordu. Bununla; devletler İçin öngörülen yükümlülüklerin sonucunda egemenlik kısıtlamalarının kapsamını açıkça anlamak, ilerideki zaman sürecinde Sözleşme organlarının Sözleşme yorumu ile devlet egemenliğinin daha da kısıtlanmasının önüne geçebilmek amaçlanıyordu<sup>1\*</sup>. Bakanlar, bu doğrultudaki isteklerini büyük ölçüde kabul ettirmişlerdir<sup>19</sup>. Sonuç olarak tartışılması olanaklı olan bir uzlaşmaya varılabilmıştır<sup>20</sup>.

Geçmişe bakışla düşünüldüğünde, öngörülen haklar ve kayıtlamalar sisteminden memnuniyet duyulması gerekmektedir. İşlevsel bakımdan haklar ve kayıtlamalar, İnsan Hakları Mahkemesi ve İnsan Hakları Komisyonunun bağımsız yorumlarını sağlayıcı, bunun sonucu olarak da etkili bir Avrupa denetimini gerçekleştirici dinamizme sahiptirler.

## **2. Sosyal hakların gündem dışında tutulması**

Sosyal hakların ele alınmasından vazgeçilmesi pratik ve taktik nedenlerdir. Hazırlık çalışmaları esnasında klasik özgürlüklerin sosyal konumları üzerinde tartışılmıştır<sup>31</sup>. Sosyal hakların teminat altına alınmaları İçin farklı bir sisteme ihtiyaç duyulduğu, hazırlık çalışmaları esnasında geçici olarak gündem dışında tutulmaları,

25. Projekt de Convention 19.6.1949 mad. 1. 2: Trav. Pröp. Vol. I. s. 47; Hukuk Danışma Komitesi Tasarısının 2. 3 ve 5.. 6. maddeleri. Bkz. Trav. Prtp. Vol. I, s. 229, 231.

26. TEİTGEN, loc. cit., s. 45, 47; s. 277.

27. TEİTGEN, loc. cit., s. 47, 219; Maxwell-Fyfe, Trav, Pröp.. Vol. I. s. 116.

28. BEDDARD, R.. Human Rights in Europa, 2nd edlt., 1980, s. 24, 49 vd.

29. AİHS'nin 3, 12. 17. 18'ind mad.

30. 17. ve 18. maddelerle İlgili olarak bkz.. aşağıda s. 30 vd.

31. Trav. Prtp. Vol. I. s. 37 (45): 116, 219, 266.

daha sonraki bir süreçte somut olaylar ve uzlaşmaların ışığında bir değerlendirmeye tabi tutarak daha geniş bir perspektifle düzenlenerek kabullenilmesine olanak sağlanması düşüncesi, Sözleşme yapımcılarına daha uygun görünmüştür<sup>32\*</sup>. 18 Ekim 1961 Tarihli Avrupa Sosyal Şartı (ASS) ile de bu İkinci adım atılmıştır. Hemen ilâve etmek gerekir Kİ, bu ikinci Sözleşmenin etkinliği AİHS oranında olmamıştır. Bununla beraber AİHM, yorum ve uygulamasında temel hakların sosyal yönünü de gözönünde bulundurmaktadır. Mahkemenin bu davranışı. Sözleşmenin özüne, Sözleşme yapımcılarının Sözleşmenin oluşum sürecindeki tutumları ile gelecekteki beklentilerine uygunluk göstermektedir<sup>32 33</sup>; çünkü Sözleşmenin sadece klâsik özgürlükleri devlete karşı korumayı üstlendiği söylenemez<sup>34 35</sup>. Hazırlık çalışmaları bunun kanıtlarını açıkça içermektedir.

## **II. Tamamlayıcı konuyla "Avrupa Sosyal Şartı"**

### **1. Tarihsel ve İçerik olarak "Avrupa Sosyal Şartı"**

Sosyal Şart, maddi içeriği ve usule İlişkin kurumlar ile kurumsal yapılanması gözönünde bulundurulduğunda, bağımsız kurallar bütününden oluşmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, bu Sözleşmenin oluşum sürecinde İfade edilen düşünceler çerçevesinde sosyal haklar tamamlamaktadır. Her İki sözleşme prensip olarak<sup>33</sup> bağımsız konumda olmalarına rağmen, bir çok yönlerden birbirleriyle bağlantılıdır. Örgütlenme açısından bakıldığında, ASS'nı imzalayanlar, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler olduğu görülmür, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve "Avrupa Sosyal Şart"ın başlangıçları tetkik edildiğinde, esas olarak aynı temel düşüncelerden hareket edildiği tespit edilebilmektedir. AİHS'nde olduğu gibi, Sosyal Şartta da temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına İlişkin esaslarda, **demokratik bir toplumda zaruri olma ölçüsü**'nün ge-

32. Trav. Prep . Vol. I, s. 276 vd. (p.H. Teitgen).

33. Bkz. 9.10.1979 Atrav kar., (Serle A. Nr. 32) parag. 24-26, EuGRZ 1979, s. 626 v.d.

34. Bunun İçin AİHM kararlarına bkz; 21.2.1975 far. Gökler kar. (Serle A. Nr. 18), EuGRZ 1975, s. 91 vd.; 27.10.1975 tar. Syndicat national de poliçe belge kar. (Serle A. Nr. 19) EuGRZ 1975. s. 564 vd.; 13.6.1979 tar. Marckxkar. (Serle A. Nr. 31). EuGRZ 1979, a. 454 vd.

35. KİTZ, H., "die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer nach der EMRK und ESC, in; Die Koalitionfreiheit der Arbeitnehmer, Rechtsvergleichung und Völkerrecht, Heidelberg 1980, s. 1073 vd. 1096; GOLSONG, H., "Der Schutz der Grundrechte durch die EMRK und Seine Mangel, in; Grundrechtsschutz In Europa. Heidelberg Koli., 1976. s. 12.

tirildiğini gözlemlenmektedir. Bu açıdan (örgütlenme çerçevesinde, Başlangıç bölümünde ve «mırlama ölçüsünde) İki Sözleşme birbirleriyle ilişkili ve birbirlerini tamamlamaktadırlar.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumunda "Avrupa Sosyal Şartı"

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sendikal sorunlara ilişkin olarak 1975 ve 1976 yıllarında vermiş olduğu kararlar gözden geçirildiğinde, Avrupa Sosyal Şartı'nı kendi gerekçesine destek olarak aldığı görülmektedir. Bunu yaparken Sözleşme garantilerini genişletmemeye özen gösterir bir tutum takınmıştır. Avrupa Sosyal Şartının<sup>36</sup> sendikalara danışma ve grev hakkını öncelikle olarak tanımadığı takdirde, Mahkeme, bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi kapsamında varolduğu sonucunu çıkarmanın olanaklı olmadığı değerlendirmesini yapmıştır<sup>37</sup>. Benzer şekilde bir yaklaşım Joung, James, Webster davası kararının karşıoy yazısında belirtilmiştir<sup>38</sup>.

İki Sözleşme işlevsel bakımından birlikte düşünülebilir<sup>39</sup> 40; ancak bu konuda sakıncaların olduğu gerekçesi ile karşılaşmak mümkündür Bunun için her Sözleşmenin, kendi konumuna uygun, hukukî ve politik bağlantıları çerçevesinde anlaşılması ve yorumlanması düşüncesi ortaya atılabilir. Andlaşmaların yorumu hususunda Viyana Andlaşmalar Sözleşmesinin 31. maddesinin birinci fıkrasında öngörüldüğü gibi, sözleşmelerin yorumunda kendi bağlantıları çerçevesinden uzak kalmamak gerekir<sup>41</sup>. Bu görüş açısıyla Sözleşmeyi çok dar bir çerçevede değil, oluşum süreci ile birlikte, kapsadığı saha ve konu da gözönünde bulundurularak yorumlamak zorunludur. Bu şartlar altında düşünüldüğünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ) Avru-

36. Bkz. Avrupa Sosyal Şartı 30, 31. maddeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8/2, 9/2, 10/2, 11/2, 6/1, maddeleri.

37. 27.10.1975 tarihli Synd. Pol. Belg. kar.: 6.2.1975 tarihli Synde Seued Log. kar.: 6.2.1976 tarihli Schmidt et Dahistrom kar.; (Kararların özet içerikleri için, bkz. Vincent Berger. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Metis - henrechte, s. 60 vd.; 63 vd.; 67 vd.

38. Bkz. 13 Ağustos 1981 Tarihli karar.

39. BLECKMANN, A. AUgemeine Grundrechtslehren. s. 30.

40. GOLSONG, H., op. cit., s. 11-21.

41. MATSCHER. F., Vertragsauslegung durch Vertragvergleichung. F.S. H. Mosler (1983) s. 545 vd. (563-563); ÇELİK, E., Milletlerarası Hukuk, Birinci kitap 1987, s. 131, 132; PAZARCI, H., Uluslararası Hukuk Dersleri 1985, 170-171.

pa Konseyi genelinde değerlendirmeye tabi tutularak, iki Sözleşme-yi birbirleriyle ilişkili olarak anlama gereği ortaya çıkmaktadır.

### **III. Mahkemenin işlevinin artması**

Şikayet durumlarında alman kararlar, sadece şikayet eden île edilene değil, bunun yanında konsey üyesi devletleri ve onların ana-yasal organlarını da İlgilendirmektedir. Bu nedenle Sözleşmenin yargılama sistemi, şikayet durumlarında sübjektiviteyi de içine alan objektifleşme yoğunluğuna dayandırılmıştır. Objektifleşme yoğunluğunu temin ve muhafaza etmek için Komisyon da kendisi-ne yapılan başvuruları itina ile incelemektedir; açıkça gerekçelen-dirilmemiş ya da karşılaştırılabilir eksiklikleri bulunan<sup>42</sup> şikayetle-rin büyük bir kısmı kabul edilmemektedir<sup>43</sup>. Şikayetlerin incelen-mesinden sonra ise, dostça bir uzlaşma ile sonuçlandırma denen-mektedir<sup>44</sup>. Başvurunun Komisyondaki işlevi tamamlandıktan son-ra başvuruda bulunan birey, taraf olma konumunu kaybediyordu. Bundan sonra şikayet konusunun Bakanlar Komitesi<sup>45</sup> <sup>46</sup> ya da Mah-keme<sup>4\*</sup> tarafından karara bağlanıp bağlanmaması, AİHS'nin 32'ncl maddesine uygun olarak, ilgili hükümetin veya Komisyonun Mah-kemeye başvurma karar vermesine bağlıydı. Bu karar aşamasında Başvurucu, taraf olma konumundan uzak tutuluyordu. Mahkeme bu durumu 1971 yılından bert. Komisyona yardımcılık İşlevi ile bir avukatın görevlendirilmesine müsaade ederek, başvurusunun ge-rekçelerinin dermeyan edilmesini sağlamak suretiyle bir ölçüde yu-muşatmak İstemiştir. Ancak AİHS'nin 48'nci maddesinin, 6 Kasım 1990 tarihli 9 Numaralı Ek Protokolle gerçekleştirilen değişikliğin-de ve Sözleşmenin, 11 Mayıs 1994 tarihli 11 Numaralı Protokolle öngörülen değişik 34\*üncü maddesinde, başvurusunun taraf olma-sı sağlanarak Mahkemedeki konumu güçlendirilmiştir. Böylece ki-şilerin sübjektif menfaatlerinin korunmasında bir aşama daha kay-dedilmiştir. Bu değişiklikten önce, 50'nci madde çerçevesinde açıl-

---

42. AİHS'nin 27. maddesi

43. Europ. Commlsion of H.R., Stock-Taking on the Europ Conventlon Strasbourg 1982. s. 231.

44. AİHS 28. mad.

45. Europ. Commlsion of H.R., Stock-Taking on the Europ Convention. Strasbo-urg 1982 s. 231.

46. Op. cıt., s. 230; Mahkeme, 19.12.1990 tarihine kadar 235 davayı sonuçlandı-rarak karara bağlamıştır. Bunlar İçinde çoğunluğu (177) Sözleşme İhlali soru-nunu İçermektedir. Bkz.r European Court of Human Rights. Survery of Actlv-tes, 1959-1991, Strasbourg. 1991, s. 24-32.

lan tazminat davalarında da kişilerin menfaatlerinin korunmasına ilişkin Mahkeme uygulanmasında, benzer durum sözkonusuydu; burada bireysel zarar ön plana alınmaktaydı. Ancak, az önce belirtilen değişikliklerle taraf olmak bakımından bireyin hukuki konumu güçlendirilerek belirginleştirilmiştir.

Esas dava kararının doğrudan uygulanması olanaklı değildir. Talep edilen durumun oluşturulması ya da talep edilenin yerine getirilmesi devlet içi politik bir sorun olduğundan, daha çok normların ya da idari uygulamanın Sözleşmeye uygunluğu Sözleşme bütününe göre denetlenmektedir. Bununla gerçekleştirilmek istenen, başvuruda bulunanın şikayetinde belirtilenlerden haklı bulunanların yanında, kamu düzeninin de Mahkeme karar yönünde etkilenmesidir.

### **I. Komisyonun başvuru uygulamayı**

Mahkemenin objektif hukuksal İşlevi, ilgili hükümetin mahkemeye başvuruda bulunmamasına rağmen<sup>47</sup> Komisyonun İnsan Hakları Sözleşmesinin İhlâl edildiğine istinaden Mahkemeye başvuru durumunda ortaya çıkmaktadır; bu başvuru, gerektiğinde ihlâl tespit edilmediğinde de gerçekleştirilebilmektedir<sup>48</sup>. Bunun için kriter, bir davanın ortaya çıkardığı hukuksal sorunların açıklığa kavuşturulma ihtiyacıdır<sup>49</sup>. Mahkemenin bir çok önemli kararı<sup>50</sup>, komisyonun başvurusuyla gerçekleşmiştir.

47. Bunun için şu kararlara bakılabilir : 2604, 1979 tar. Sunday Times kar. ;

9.10.1979 tar. Airey kar.; 27.2.1960 tar. Devveer kar.; 13.5.1980 tar. Artico kar.; 6.11.1980 tar. Guzzardi kar.; 23.7.1968 tar. Belçika dil kar.; 27.6.1968 tar. Wemhoff kar.; 16.7.1971 tar., Rlngeisen kar.; 25.4.1978 tar. Tyrer kar.; 1.10.1982 tar Piersack kar.

48. Bunun için şu kararlara bakılabilir : 27.10.1975 tar. Synlcet National de la Po-lice Belge kar. ; 6.2.1976 tar. Syndicat Sueddois des Conducteurs de Locomotives kar.; 6.2.1976 tar. Schmidt et Dahiström kar.; 7.12.1976 tar. Handyside kar.; 6.9.1978 tar Klasa kar.; 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar.; 8.12.1983 tar Pretto kar.

49. Axen davasında şikayet edenin AİHS 6. maddesi birinci fıkrasının İhlal edildiği yolundaki İddiasının aksine görüş bildirmesine rağmen. Komisyon bu hukuk sorununun açıklık kazanması ihtiyacı nedeniyle AİHM'ne başvuruda bulunmuştur. Başvuruda bulunmaya ilişkin belirli bir ölçü yoktur. Bu konuya ilişkin Komisyon kararları Mahkeme denetimine tabii değildir; bkz. 8.12.1983 tarihli Axen davası kar.

50. Bunun için Lawless, De Becker, Belg. Sprachen, Wemhoff, Neumetster. Rlngeisen. Tyrer, Sunday Times. Marckx. Airey. Deweer. Artico. Guzzardi, Young davalarına bakınız. 23.9.1982 tarihli Spornung karar ile 18.12.1984 tarihli Lönnroth kararlarında önce İsveç hükümeti daha sonra da AİHK başvuruda bulunmuşlardır. Engel, König Winterwerp, Minelli, Pakelll, Zlmermann, Steiner davalarında ilgili hükümetler ve Komisyon başvuruda bulunmuşlardır.

## 2. Mahkeme uygulaması

tik yıllarda Komisyon ve Mahkeme kararlarının birbirleriyle uyum içinde olmadıkları görülür<sup>61</sup>. 1976 yılından sonra ise AİHM, bir taraftan Komisyonun vermiş olduğu kararlara uygunluk gösterir nitelikte, diğer taraftan da kendi bağımsız yargı kararlarını oluşturacak yönde kararlar verdiği gözlenmektedir<sup>62</sup>. Gerçi şikâyet edenin menfaatlerini gözönünde bulundurarak şikâyet konusu olan hukuk kurallarının denetimini, somut olaya olan etkisiyle sınırlandırmaya çalışmaktadır. Ancak şikâyet konusu kurallar üzerinde somut ve soyut norm denetimi ayırımı, uygulamada bazı güçlükler doğurmaktadır. Bu durum, özellikle şikâyet konusunun bir icra işlemine değil de kanuna yönelik olduğunda, daha farkedilebilir kapsamda görülür<sup>51 52 53</sup>.

Birçok davada Mahkemenin objektif hukuki görev anlayışı; şikâyet edenin şikâyetini geri çekmesine, ilgili hükümetin bir çözüm (çare) vadetmesine ve hatta şikâyet edenin ölmesine rağmen. Sözleşmeye uygunluk denetimine devam ederek sonuç kararını vermesiyle görülmektedir<sup>54 55</sup>. Bu suretle AİHM, önüne getirilen somut davalarla Sözleşmeye uygunluk denetimi yaparken, genel anlamda devlet kanunlarının Sözleşme hükümlerine uygun yönde değişiminin gerçekleştirilmesi mücadelesini de vermektedir<sup>66</sup>.

Sonuç olarak Mahkeme kararlarının yürürlük açısından büyük ölçüde objektif düzeyde olduğu söylenebilir; somut sorunlara

51. Bkz. CC. Morrisson, The Dynamics of Development. 1981, s. 38-42.

52. Ancak AİHS'nin 25., 26. ve 29. maddelerinin uygulanmasına ilişkin yetki konusunda, Komisyon ve Mahkemenin aynı doğrultuda kararlar vermedikleri sık görülmektedir. Bunun için 18.6.1971 tarih De Wilde, 6.9.1978 tarihli Klass,

**9.10.1979** tarihli Airey, 13.5.1980 tarihli Artico. 6.11.1980 tarihli Guzzardi,

**6.11.1980** tarihli Van Oosterwijk davalarına bakılabilir. Mahkeme, kararlarını kısmen önceki içtihatlarına dayanarak gerekçelendirilmekte. böylece kendi içtihadlarının gücünü pekiştirmek istemektedir. Bunun için bkz.: Van Oosterwijk, Irel/UK, De Wilde Kararları,

53. Buna açık örnekler. Klass, Marckx, Dudgeon davalarıdır.

54. Kriş. Luidicke kar. : Deweer, kar. : Ireland/U.K.kar. ; Sözleşmeye aykırılığın tespitinde genel hukuki menfaat vardır. Bundan başka. Mahkemenin vermiş olduğu kararlar Sözleşmenin uygulama alanının gelişimine ve açıklanmasına katkı sağlarken, ülkelerin iç hukuk uygulamalarında farklılığı giderici işlev de görmektedir.

55. STÖCKER. H.U., "Wirkungen der Urteile des EMRK in der Bundesrepublik", in : N W 1982, s. 1907 (1907); WILDHABER, L., Erfahrungen mit der EMRK, ZSR 98 (1979) Bd. II, s. 247 (316)



çare olarak 50. maddeye göre zarar-zıyan tazmini nazari itibare alınmayacak olursa, sadece tarafları bağlayıcı sübjektif hukuki düzeydeki kararların ikinci planda kaldığı belirtilebilir. Başvuru İle mahkeme karar arasındaki zamanın uzun bir süreyi kapsamaması eleştirilebilirse de; bunun, objektif olma niteliğine uygunluk gösterdiği de ileri sürülebilir; çünkü, sübjektifliği de içinde barındıran genel nitelikteki kararların oluşturulabilmesi için zamana ihtiyaç duyulması doğal ve normaldir. Buna karşılık Mahkeme kararlarının objektifleşme göstermesi, 1948 İnsan Hakları Bildirgesinin 6. maddesine ve AİHS özüne uygun olmadığı ileri sürülerek eleştirilmiştir; bu eleştiride, başvuruda bulunanı açıkça davanın tarafı değil de konusu yaparak, onun objektifliği gerçekleştirilmede araç olarak kullandığı vurgulanmıştır<sup>56 57 58 \*\*\*\*\* 66</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, kararların doğrudan uygulanabilir olmaması, Mahkemenin sadece temyiz mercii konumunda<sup>67</sup> olması, bu durumun uzun bir müddet daha değişmeyeceğinin belirtileridir. Ulusal hukukta da kişisel başvuruların tahrikiyle objektif işlevi! kararlar verilmektedir. Buna örnek olarak Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti gösterilebilir<sup>66</sup>.

Mahkeme 1983 yılında vermiş olduğu kararında, kendi çalışma sahasını açıklığa kavuşturucu bir tutum sergilemiştir: Komisyon AİHS 48. maddesi hükmü ışığında, kendisine gelen insan hakları ile ilişkili şikayetlerde Mahkemeye özerk başvuru hakkına sahiptir.

---

56. 1948 İnsan Hakları Bildirgesinin 6. maddesi herkesi her yerde bir hukuki kişi olarak tanımasını öngörmektedir; AİHS'nin aşın derece objektifleştirilmesine ilişkin eleştiriler için bkz. WALTER, H., Übermäßige Objektivierung des Europ. Menschenrechtsschutzes. in •. Za ÖRV 35 (1975), s. 108 vd. (120, 121).

57. Mahkeme, taraf devlete disiplin ve ceza içerikli tedbirlerin kaldırılması talebinde bulunamayacağını açıkça belirtmiştir. Bkz. 18.10.1982 tarihli "Le Compte, Van leuven, Ete Meyere" davası kar.: Benzer kararlar için bkz. 24.2.1983 tarihli Dudgeon (md. 50) ve 22.3.1983 tarihli (md. 50) Campbell and Cosans kararları.

58. BVerfGE2, (79-86) : 51. (130-143) : E. Klein Anayasa şikayetinin soyut değerlendirilmesini eleştirmekte, bu müessesinin kişisel özgürlüğün korunması için öngörüldüğünü, buna uyulmayarak genel bir anayasaya uygunluk cihazı işlevi ile kullanılmasına karşı çıkmaktadır. DÖV, 1982, s. 797 vd. (804); HABERLE. P. de "Anayasa Şikayeti" ile kişisel hakların korunması işlevi ve soyut (objektif) Anayasal korunmanın birbirleriyle bağlantılı olarak ele alındığını vurgulamaktadır: Grundprobleme der Verfassungsgertchtsbarkeit. in : Verfassungsgerichts- bartelt 1976. Hrsg. P. Häberle, s. 1 vd., (14 vd.); GÖREN, Z., "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)", "Anayasa Mahkemesi'nin 32. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen anayasa yargısı konulu sempozyum", s. 73, 74.

Bu başvuru hakkı kendi denetimi dışındadır. Kişisel başvurularda, kişiye uygulanması söz konusu olan ülke içi kanunları. Sözleşmeye uygun olup olmadıkları açısından mümkün olduğu kadar somut denetlemektedir. Benzer davalar bakımından bunun etkilerinin görüleceği şüphesizdir. Ancak buna dayanarak Mahkemenin soyut norm denetiminde bulunduğu söylenemez<sup>66</sup>. Mahkeme bununla, somut olaylara ilişkin kararlarının geniş bir sahada etkili olmasını istemiş değildir. Diğer taraftan da soyut norm kontrol organı veya norm koyucu organ konumunda olma istemini kabul etmeyerek reddetmiştir<sup>90</sup>. 18.10.1982 tarihinde AİHS 50. maddesine dayanılarak açılan tazminat, davasında ise, kendi fonksiyonel sınırına işaret ederek, Sözleşmeye uygun bir değişikliğin yapılmakta olduğundan bilgilendiğini belirtmekle yetinmiştir\*<sup>1</sup>.

IV. Mahkeme gündeminde toplumsal ve politik sorunların ağırlık kazanması.

Mahkeme kararları genel niteliklidir; bunun nedeni, önüne getirilen sorunlara ilişkindir. İlk on yıl zarfındaki uygulamada somut olayla ilişkili olarak, daha çok tutuklama içerikli insan hakları ihlalleri ile meşgul olunurken, son yirmi yıl içinde toplumsal politik sorunlar önem kazanmıştır\*<sup>1</sup>; eğitim ve Öğretim, basım özgürlüğü, gizli dinleme tedbirleri, sendikal haklar, şehir planlaması ve mülkiyetin korunması gibi geniş bir alanı içeren davalar Mahkemenin gündemine gelmiştir<sup>63</sup>. Bu gelişmelerin nedeni; Avrupa kamuoyunun temel hak ve özgürlükler konusunda oldukça duyarlı olmasıdır ve bunun yanında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin menfaatlerin aktif bir biçimde korunmak istenmesidir. Bu bağlamda, genel<sup>59 60 61 62 63 \*\*</sup>

59. Mahkeme böyle bir açıklamayı "Axen" davasında Federal Alman Hükümetinin eleştirisi üzerine yapma ihtiyacını duymuştur. Bkz., 8.12.1982 tarihli "Axen davası kararı"

60. AİHK 50. maddesine dayanarak x/U.K. davasında tazminat konusunda şikayet eden, geçici tazminat düzenlenmesi (geçici tedbir) talebinde bulunmuş, ancak Mahkeme bunu reddetmiştir. Daha önce ise İngiltere'de 50. maddeye uygun bir değişiklik öngörülmüş, ancak bu dava sürecinde yürürlüğe sokulmamıştır. Ayrıca bu konuya ilişkin, Le Compte, Van Leuven, de Meyere davası ile aynı madde konusunu içeren 24.2.1983 tarihli Dudgeon ve 22.3.1983 tarihli Campbell and Cosans davası kararlarına, karşılaştırma amacıyla bakılabilir.

61. 18.10.1982 tarihli x/UK davası ve 50. maddeye ilişkin karar.

62. MOSLER, H., "Europealsche Gerichtshof für Menschenrechte nach zwanzig Jahren", İn : Festschrift für H. HUBER 1981, s. 597.

63. Bunun için bkz., dava kararlarına; Belg. Sprachen; Kjelden: Dungeon; Sunday Times; von Ooesterwijk; Sporrung et Lönnroth; Campbell and Cosans; Klass; Synd. Pol. Belg.. Joungve diğerleri.

bilinçlenmenin dinamik bir süreç içinde devam etmesini ve devletlerin içlerine kapalı sistemler olmadığı olgusunu gözden uzak tutmamak gerekir. Bilinçlenmenin Avrupa düzeyinde seyretmesi, çok yönlü bütünleşme uğraşlarının ürünüdür. Bilgi iletişiminin gelişmesi, devlet mahkemelerinin ve kurumlarının vermiş olduğu kararların artık nihai nitelikte olmadıkları, bundan sonra da karar verme sürecinin varlığının bilinçli olarak algılanmasına katkıda bulunmaktadır. Ülkelerarası karşılaştırmalar yapılması, hak arayıcıları ulusüstü düzeyde başvurulara bulunmaya sevk etmektedir. Ayrıca ulusal yüksek mahkemelerin AİHM yargısını gözönünde bulundurarak karar vermeleri, bir bakıma Avrupa kuramlarına nispi bir bağımlılığın oluşmasına ve Avrupa Hukukunun bütünleşmesine ivme kazandırmaktadır<sup>44</sup>.

İnsan hakları ile ilgili sorunların toplumsal politik ağırlıklı olması, Mahkeme kararlarının geniş ölçüde kamuoyunun ilgilenmesine yol açmaktadır. Esasen nezdinde yargılamayı gerçekleştirmek için doğrudan başvuruda bulunmak, sadece devletlere ve Komisyona tanınmış olmasına rağmen (AİHM Mah İç. Tuz. 1959 ve 1982, mad. 1 /h), Mahkeme, uluslararası bir toplumsal sorunlar formuna dönüşme sürecindedir<sup>45</sup>. Mahkemenin bu konuma dönüşümü, bazı zorlukları ve sorunları da beraberinde getirmektedir. Çünkü karara bağlanması istenen hususlar hakkında yeterli genişlikte yetkiye sahip olmaması yanında, bu hususlarla ilgili olarak devletlerin düzenleme ve takdir alanlarının varlığı iddiaları ileri sürülebilmektedir. Ulusal düzeyde çözüm getirilemeyen sorunlara, Avrupa düzeyinde çözümler bulunarak yaşama geçirilmesi devletlerin elindedir. Bunun için karşılıklı güven ve işbirliği kaçınılmazdır.

## **2. Mahkemenin denetleme yöntemi ve hedefi**

### **1. Dolaylı ve doğrudan denetleme**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İzleyeceği yargılama yöntemi sorun olmuştur; olayları ayrıntılarıyla doğrudan araştırarak mı ilgili devletin verdiği bilgilerle yetinerek dolaylı olarak mı değer-

64. MOSLER, H., op. cit., s. 597 vd; MORRISSON. C. C., The European Convention on System on a functional enterprise", *Reveu de D.H.*, Vol. 12, 1979, s. 69, 70.

65. P. Häberle, F. Alman Anayasa Mahkemesi için "Kendine has özelliği olan toplumsal Mahkeme" kavramını kullanmaktadır. "Zum BVerfGE als gesellschaftliches Gericht eigener Art", *Verfassungsgerichtsbarkeit als politisches Kraft*", *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen politik und Rechtswissenschaft* 1980, s. 55. 66.

lendirmesi gerektiği, yargılama görevine başlamasından sonraki ilk yıllarda kesinlik kazanmamıştır. Devletin verdiği bilgiler çerçevesinde kalarak denetleme ile Mahkemenin bizzat araştırmasından oluşan bilgilere dayanarak denetleme karşılaştırıldığında, bireyin korunması ile Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için İkincisinin tercih edilmesi gerekir. Çünkü dolaylı denetlemede. Mahkemenin olaya aleyhine başvuruda bulunan devletin yaklaşımıyla bakarak zayıf durumda olan başvuruda bulunulması daha da zayıf konumda kalması tehlikesi mevcuttur. Bunun yanında görevini yerine getirirken, Avrupa yorumunu gerçekleştirerek Avrupa mekanında hukuk birliğinin sağlanmasına istenilen ve beklenen katkıyı yapması, bilgileri tarafsız bir yaklaşımla doğrudan elde etmediğinden zorlaşacaktır\*\*.

AİHM'nin yargılama görevine başladığı İlk on yıl içinde, yargılama faaliyetinin devlet yanlı olduğunu ileri sürmek mümkündür; çünkü yargılamasında düşünsel açıdan özerk davranmayarak şekil ve içerik bakımından devleti ön planda tutan bir yaklaşım sergilemiştir. Devlet yanlı yaklaşım; başvuruda bulunan devletin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmede hüsniyetle hareket edip etmediği tespit edilirken, sadece onun vermiş olduğu bilgiler ışığında tetkikle yetinilmesidir. Sözleşmeyi ihlal iddiası bu çerçevede kalarak değerlendirildiğinden, yargılama doğrudan değil dolaylı olarak gerçekleştirilmiş olmaktadır. 27.6.1968 tarihli Wemhoff karar bu tutumun anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır -. "Bir kimsenin kamu yararı sebeplerine istinaden... tutuklanmasının zorunlu telakki edildiğini belirtmek, ilgili devlet-içi yargı kurumunun yetki sahasındadır. Başvuruda bulunan da savunmasında, kanun yolları vasıtasıyla sebepleri belirtmiş olmalıdır... Mahkeme, bu bilgiler ışığında devlet-içi kurumlarca tutuklamanın devamının makul olma sınırlarını aşmış olmadığını değerlendirerek, Sözleşmenin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının ihlal edilmediğini tespit etmek görevindedir"<sup>66 67</sup>.

66. 7.12.1976 tarihli Handyside karar Ermocora tarafından bu anlamda değerlendirmeye tabii tutulmuştur: ■Richtungsweisendes Handyside - Urteli? EuGRZ 1977. s. 363-364.

67. 27.6.1968 tar. Wemhoff kar., Serte A Nr. 7, s. 24, 25, parag. 12; Alm, Band 1. s. 128; aynı yaklaşım, 27.6.1969 tar. Neumelster kar. görülmektedir. Serte A, Nr. 8. s. 37. parag. 5 (Alm. Band 1, s. 175) Daha sonraki birçok karar için bu iki karar atıf yapılan kararlar olmuştur.

1968, 1969 ve 1971 yıllarındaki kararlarında Mahkeme yargısı bu çerçevede kalmıştır. Bunun nedeni; tutukluluğun devamının ölçülüğü sorununu ve bunun Sözleşmeye göre yargılama kriterlerini belirlemeden, hükümetlerin devlet içi tutuklama nedenleri konusundaki açıklamalarını aşamamasıdır. 10.11.1969 tarihli Stögmüller kararında bir ümit belirmiştir. Gerçi yukarıda tarihi belirlenen Wemhoff kararına atıfta bulunulmuştur; ancak farklı bir yaklaşımla burada ek olarak Mahkemenin "Bizzat denetlemede bulunma" yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Ancak bu yükümlülük, devlet-içi yargı kuramlarının belirttikleri ve başvuruda bulunanın kanun yollarına müracaat sürecinde ileri sürdüğü gerekçeler<sup>68</sup> <sup>69</sup> tememline dayanan koşullarla sınırlı tutulmuştur. 16.8.1971 tarihli Ringeisen kararında<sup>68</sup> sadece 26.6.1969 tarihli Neumeister kararma dayanmıştır; böylece bunun sonucu olan dolaylı denetimi benimsendiğini göstermiştir. Dayanılan kararda adı geçen denetleme yönteminin uygulama bulmasını haklı gösterecek tek nedenin ise, denetleme konusu olan soruşturmanın yürütüldüğü esnada tutukluluk süresinin devamlılığının ilgili kurumun davranışı ile ayırlamayacak şekilde bağlantılı olmasıdır<sup>70</sup>. Bundan böyle aynı Ringeisen kararında. bir taraftan dolaylı denetime bağlı kalması, diğer taraftan da ümit verici olarak 6'ncı maddenin 1 inç fıkрасının "medeni haklar ve yükümlülükler" değerlendirmesini, özerk olarak geliştirmesi yadırganabilir<sup>71</sup>. Bunun gibi 8.7.1971 tarihli Engel kararında bir ceza davasının açılıp açılmadığı sorununa ilişkin değerlendirmede; devlet-içi terminolojinin sadece çıkış noktası teşkil ettiği düşüncesini benimsemiştir. İhtilaf konusu suçun mahiyetini ve bunun ceza sonuçlarını ise, devlet içi termenilojyle bağımlı kalmadan özerk biçimde gerçekleştirmeyi yeğlemiştir<sup>72</sup>. Handyside davasında, denet-

68. 10.11.1969 tar. Stögmüller kar. Serte A, Nr. 9. s. 39, parag. 3 (Alm. Band 2, s. 133); 10.11.1969 tarihli Matznetter kararında da, Stögmüller kararına atıfta bulunulmaktadır: Serle A. Nr. 10. s. 31. parag. 2 (Alm. Band 2, s. 167); ancak Mahkemenin buradaki tutumu, yargı denetiminde bulunan son ulusal yargı mercii konumundaki düzeyde olmadığı anlamında, daha çok Avusturya hükümetinin tahrik edici kısıtlayıcı tutumunu sergileyen görüşüne karşı bir nevi reaksiyonda bulunma davranışı olarak algılanmaya açıktır.

69. 16.7.1971 tar. Ringeisen kar. parag. 104. Alm. Band 3 s. 62 (98).

70. 26.6.1969 tarihli Neumeister kararında Avusturya, AİHS'nin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasını ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum olmuştur.

71. A.g.k., parag. 94. Alm. Band 3. s. 62(94, 95).

72. 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 80-82. EuGRZ 1976, 221 (231-232),

leme yöntemi sorununu komisyon ve ilgili hükümet vurgulayarak ortaya atarken<sup>73</sup>, Mahkemenin tutumunun açık olmadığı görülmektedir<sup>74</sup>. Kararda; bir taraftan, “Mahkemenin devlet-İçî yargı kurumlarının yerine konulamayacağına, 10’uncu madde bakış açısıyla kuramların kendi takdir haklarını kullanarak almış oldukları kararları değerlendirme görevinde olduğuna” değinilmektedir; diğer taraftan, “mahkeme kararlarının tetkikini karar olgularından bağımsız olarak gerçekleştirmekle sınırlandırılması durumunda, kendi denetiminin hayali olacağına, bunun İçin denetimde olayı bir bütün olarak göreyek sözkonusu yayınlanmış kitabı bu çerçevede değerlendirmesi gereği...” düşüncesine yer verilmektedir. Sonra da, “devlet kuramlarının gerekçelendirmede belirttikleri nedenlerin önemli ve yeterli olup olmadıklarına ilişkin olarak kendisine sunulan belgelerin dayanaklarının değerlendirilmesi. Mahkemenin yetki sahasına girmektedir...” görüşü benimsenmektedir. Bu saptamayı gerçekleştirirken de, daha önce belirtilen ve adı geçen kararlara atıfta bulunmaktadır. Yapılan alıntılardan içeriğinden de farkedilebileceği gibi, doğrudan denetleme yöntemini benimsemeye, istikrarlı karar verme sürecim tutturmuş değildir. Yöntem sorununa ilişkin olarak denetimin içeriği konusunda da, hemen hemen aynı yaklaşım içinde olmuştur: Tartışma konusunu oluşturan “küçük kırmızı öğrenci kitabım (Liddle Red Schoolbook)”<sup>75 76</sup>, gerçi bağımsız ve ayrıntılı olarak tetkik etmiştir; ancak zorunluluğun değerlendirilmesinde<sup>78</sup> İngiliz kuramlarına geniş takdir alanı tanımıştır<sup>77</sup>.

26.4.1979 tarihli “Sunday Times” kararında, Mahkemenin ilk defa değişik bir tutum sergilediği gözlenir, bu kararda, gerçi geniş

---

73. 7.12.1976 tar. Handyside kar, parag. 47, EuGRZ 1977, 34 (40. 41).

74. 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 47, EuGRZ 1977, 34 (40. 41).

75. A.g.k. parag. 52. EuGRZ, 1977. s. 43-45.

76. A.g.k. parag. 48. 49. EuGRZ 1977. 41, 42.

77. A.g.k. parag. 54. 57, EuGRZ 1977. 45, 48; ERMOCORA eleştirisini bu noktada yoğunlaştırmaktadır: “Mahkeme, kendisine tevdi edilen sözleşmenin yorumu üzerinde muhakemede bulunmamaktadır... AİHM. neyin zorunlu olduğunu bağımsız olarak belirlemeyi, ulusal kuramlara bırakmıştır” Ermocora, F.. a.g.m., s. 364; denetimde bağımlılığa yönelik olarak, BERKA, W. da eleştiride bulunmaktadır, bkz. “Die Europäische Menschenrechtskonvention und die österreichische Grundrechtsradition, ÖJZ 1979. s. 365. 372.

ölçüde Handyside karar gerekçesine atıfta bulunulmakla beraber ifade ve içerik bakımından vurgulamada farkedilebilir bir değişiklik ortaya çıkmaktadır<sup>78 79</sup>, “mahkeme denetimi, hakkında başvuruda bulunulan devletin takdirini ihtimam ve iyi niyetle uygulayıp uygulamadığını tespit etmekle sınırlı olduğu anlamına gelmez. Bu tarzda uygulamada bulunan devlet de ... Mahkemenin denetimi altındadır,” Bu açıklamayı yaptıktan sonra üyelerinin çoğunluğu ile tutarlı bir sonuçta karar kılmıştır: "mahkeme, Contempt of court kuralının, alman tedbirlerin zorunlu olup olmadığına İlişkin olarak ölçü teşkil etmesi gerektiğini reddetmektedir; zorunluluğu, Sözleşme anlamında değerlendirmek durumundadır; görevi, devlet içi tedbirleri Sözleşme standardına göre denetlemektir"<sup>76</sup>. Gerçi İngiliz Mahkemelerinin karar gerekçelerini tetkik etmekle<sup>80</sup> beraber bununla yetinmemiş, doğrudan olay içeriğini araştırarak değerlendirmek suretiyle İngiliz hukuk düşüncesini (contempt of court) değil, AİHS'nin 10'uncu maddesinin belirleyici ölçü olduğunu vurgulamıştır. Buna karşılık azınlığı oluşturan dokuz hakimin ortak karşıoy yazısında<sup>81</sup>; bir tedbire ilişkin şartlar ve etkilerinin devlet-içil kurullar tarafından yapılan değerlendirmenin, prensip olarak Mahkeme tarafından aynen kabul edilmesi gerektiği düşüncesi dile getirilmiştir-. “Düşünce özgürlüğünün belirli kapsamda sınırlandırılmasının zorunlu olup olmadığı hususundaki sorun hakkında değerlendirmelerde bulunmada; olayın gerçek şartlarının araştırılması House of Lord'un görev alanında olduğundan, mahkememizden daha iyi bir konumda olduğu kanaatindeyiz...”<sup>82</sup> "Ancak her devlet-İÇİ zorunlu telakki edilen sınırlama, Sözleşme anlamında zorunlu

---

78. 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 59 (Serle A. Nr. 30. s. 36), EuGRZ 1979; 18.1.1978 tar. İrlanda-Birleşik Krallık kararında öncelikli sorun olarak denetleme yöntemi üzerinde değil, delillere dayandırma (ispat etme) üzerinde durulmuştur. 25.4.1978 tar. Tyrer kararında İse (parag. 30-35) AİHM yöntem konusuna açıklık getirmeden, doğrudan (direkt) denetlemede bulunmuştur. Benzer durum, 6.9.1978 tarihli Klass kararında da (parag. 50 vd.) görülmektedir.

79. A.g.k. parag. 60, EuGRZ 1979, 386 (389).

80. A.g.k. parag. 63. 64. 65, EuGRZ 1979, 386 (389. 390).

81. A.g.k.. Karşıoy yaz. EuGRZ 1979, 391-393.

82. dokuz hakim (Wlarda, Cremona, Thor Vilhjalmsson, Ryssdol, Granshof van der Meersch, Slr Gerald FTTzmaurice, Binschedler-Robert. Liesch ve Matscher) ortak karşıoy yazısı parag. 10, EuGRZ 1979, s. 391 (392),

değildir; bu sınırlama AİHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasındaki demokratik toplum düzenindeki zorunluluğu ihlal edebilir"<sup>83</sup>. "Bundan böyle, her ne kadar ulusal mahkemelerce hem tehlikelerin değerlendirilmesinde hem de sınırlamaların zorunluluğunun tespitinde akılcı davranıyorsa da; Mahkeme devlet-içi yayın yasağı takdirinin takip edilen meşru amaçla ölçülü olup olmadığına ve demokratik toplumda zorunlu tedbirler olarak telakki edilip edilmediğine ilişkin olarak değerlendirmelerde bulunmak görevindedir..."<sup>84</sup>.

Mahkeme azınlığının karşıoy yazısındaki düşüncesi çoğunluk görüşü ile karşılaştırıldığında, yöntem bakımından iki noktada farklılık gözlenir: (a) azınlık, ulusal kurumlarca iyi niyet, ihtimam ve ölçülü şekilde hareket edilip edilmediğini denetlemek istemektedir<sup>85</sup> <sup>84</sup> <sup>85</sup> <sup>86</sup>. Böyiece, tehlikenin varlığı ve seçilen temel hak sınırlamasının zorunlu olduğu hakkında kurumların haklılığına inanmaya ilişkin tespite sübjektif bir yaklaşımı benimsemiş olmaktadır. Ancak bu sübjektif İçerikli yaklaşımı Mahkeme çoğunluğu, komisyon ve ilgili hükümetin Handyside kararındaki yaklaşımlarında olduğu gibi benimsemeyerek çoğunlukla ve vurgulayarak reddetmiştir<sup>87</sup>, (b) Bundan başka azınlık. Sözleşmenin 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası anlamındaki demokratik toplumda "zorunluluğu ve ölçülülüğü", ulusal takdirin verilerine dayanarak (bu suretle dolaylı olarak) belirlemek gerektiği düşüncesindedir<sup>87</sup>. Ancak bu yaklaşım eleştirilebilir unsurlar içermektedir: Öncelikle azınlık; ileri sürdüğü ve ge-

83. A.g.k., Karşıoy yaz. EuGRZ 1979. s. 392.

84. A.g.k., Karşıoy yazısı parag. 13, EuGRZ 1979, 392.

85. A.g.k., Karşıoy yazısı parag. 9, EuGRZ 1979, s. 392.

86. A.g.k., parag. 59, EuGRZ 1979. 389, "Das bedeutet nicht dass die Kontrolle des Gerichtshofs sich darauf beschränkt festzustellen. ob der beklagte staat sein Ermessen sachgerecht, sorgfältig und in gutem Glauben ausgeübt hat. Auch ein Staat, der so handelt, bleibt hinsichtlich der Vereinfachtheit seines Handelns mit den aus der Konvention fließenden Verpflichtungen der Kontrolle des Gerichtshofs unterworfen. Der Gerichtshof schliesst sich auch weiterhin nicht der gegenteiligen Ansicht an, vdesle im wesentlichen von der Regierung und der Kommissionsmehrheit im Handyside Fall vertreten wurde (Handyside kararında Komisyon çoğunluğu ve ilgili hükümetin görüşüne göre; Mahkeme, sadece İngiliz yargı kuramlarının hüsnüniyetle adil bir tarzda ve 10'uncu maddenin 2'nci fıkrasında sözleşme devletlerine öngörülen takdir alanı sınırları içinde hareket edip etmediklerini denetlemekle görevlidir. Bkz. Handyside kar. parag. 47, EuGRZ 1977, 38 (41).

87. A.g.k., karşıoy yaz. parag. 13, EuGRZ 1979, 392; A.g.k., parag. 54 ve 55.



rekçe olarak kullanmak İstedığı son ölçü "demokratik toplum prensiplerinin"<sup>88</sup>, henüz kesin olarak belirlenmediğini görmezlikten gelmektedir. Bunun dışında; (amaç-vasıta ilişkisi bağlanımda) "ölçülülüğün" ve "zorunluluğun", olayı oluşturan verileri nazarı İtibara almaksızın nasıl denetlenebileceği hakkında bir açıklamada bulunmamaktadır. Amaç-vasıta ilişkisinde, vasıtanın tespitinin ulusal takdir kapsamında olduğu gözönünde bulundurulursa; AİHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasındaki meşru sınırlandırma amacının mutlak değil nispi olarak algılanabildiğinden, denetlemede tek değişken olgu "demokratik toplum" kalmaktadır. İşte burada, onun temel değerleri her somut olaydan kaynaklanan şartlara bağlı olmadan bir Avrupa ölçüsünü (standardını) olanaklı kılmaktadır<sup>88 89 90</sup>. Karşıoy yazısının gerekçesinin devamında, azınlığın kendi teorik yaklaşımına pratikte uymadığı görülür; çünkü her ne kadar House of Lord'a dayanarak da olsa doğrudan kendine has bir olay değerlendirilmesinde bulunduğu gözlenmektedir<sup>80</sup>, denetleme yöntemi sorununda azınlığın bu tutumuna karşılık Mahkeme, anlaşılma hiçbir zorluğun oluşmasına meydan vermeyecek açıklıkta düşüncesini özet olarak ortaya koymuştur; "... Şikayet konusu müdahalenin 10'uncu maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen istisnalara teka-bül etmesi yeterli değildir; bunun dışında, Mahkemenin kendisine sunulan olayla ilgili tüm önemli gerekçeleri ve şartları nazarı itbare alarak müdahalenin zorunluluğuna inanması gereklidir"<sup>91 92 93</sup>. Bu denetleme yöntemi, ilgili devlet ve başvuruda bulunanın gerekçeleri yanında, olayın arkasında bulunan gerçek koşulları doğrudan nazarı itbare almayı ve buna dayanarak doğrudan değerlendirmeyi esas almaktadır. Bu yaklaşım tarzının zamanın akışı içinde kabul görerek durumunu sağlamlaştırdığı, böylece İstikrar kazandığı görülmektedir<sup>92</sup>. 22.10.1981 tarihli Dudgeon kararı<sup>83</sup>, bu düşünce-

88. A.g.k., karşıoy yaz. parag. 9, EuGRZ 1979, 392.

89. A.g.k., parag. 61. 65, EuGRZ 1979, 389, 390.

90. A.g.k., karşıoy yaz. parag. 13, 14, 15, EuGRZ 1979, s. 392, 393.

91. 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 65, EuGRZ 1979, 390.

92. Bunun için bkz. 13.8.1981 tar. Joung, James, Webster kar. parag. 64. EuGRZ 1981, 562; Mahkeme, closed-shop kuralının şartlarını bizzat denetlemektedir. Tryer ve Klass kararlarında da doğrudan denetlemede bulunduğu gözlenebilir; bkz. 25.4.1978 tar. Tyer kar. parag. 50 vd., EuGRZ 1979, 285 vd.

93. 20.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 54. EuGRZ 1983, 488 (491); Mahkeme, hükümet gerekçesindeki "zorunluluğu" denetlemekte, ancak daha sonra da başvuruda bulunanın gerekçelerinin ayrıntılarını da incelemektedir. Bkz. A.g.k., parag. 55, 56. EuGRZ 1983, 491.

nin uygulanmasına örnek gösterilebilir. Bu kararda da Handyside kararında olduğu gibi, denetlemede yöntem sorunu tartışılmış ve moral korunması problemi üzerinde durulmak mecburiyetinde kalmıştır. Mahkeme; özgürlüğün sınırlandırılması için belirtilen sebeplerin önemli ve yeterli olup olmadığını denetlemekle görevli olduğunu vurgularken, bu sebeplerin esasını oluşturan sosyal ve kültürel nedenleri ayrıntısıyla incelemeye tabi tutmuştur. Bu suretle ölçülülüğe uyulmadığı tespitinde bulunarak, Sözleşmenin ihlal edilmiş olduğunu saptamıştır". Bu yargısıyla Mahkeme, Sözleşmenin hukuki kavramlarının maddi ve Özerk kapsamını belirleyerek, onların geliştirilmesine katkıda bulunmuştur<sup>66</sup>.

5'inci maddenin 1'inci fıkrasında olduğu gibi\*Sözleşme, birçok hükümlerinde ulusal hukukun uygulanmasına açıkça atıfta bulunmaktadır. Ulusal hukukun uygulama sonucunu Sözleşme kriterinde ölçmede Mahkeme, olayın anlaşılmasını gerçekleştirmek için nedenlerini belirleyip ortaya çıkarmaya kendisine saklı tutmaktadır; çünkü böyle durumlarda iç hukukun ihlal edilmesi, aynı zamanda sözleşmenin de ihlal edilmesini beraberinde getirir. Ancak bu denetiminin ulusal kurumların takdir alanı ile sınırlı olduğunu, onların prensip olarak Öncelikli derecede görevli oldukları-

---

94. A.g.k. parag. 56, 57, 60, 61. EuGRZ 1983, 491-493; subjektif yaklaşımı yeter-  
siz olduğu gerekçesiyle reddetmektedir, parag. 59. EuGRZ 1983. 492.

95. Bunun için bkz.: 8.7.1976 tar. Engel kar. EuGRZ 1976. 221 vd.: bu doğrultuda 27.2.1980 tar. Devrekar. parag. 44, EuGRZ 1980, 667; 24.6.1982 tar. Van Droogenbroek kar. parag. 38, EuGRZ 1984, 6 (7-8); 10'uncu maddenin 2'ncl fıkrasındaki "zorunluluğun" Özerk (otonom) anlamını hakim Mosler daha 7.12.1976 tar. Handyside kararına ilişkin karşıoy yazısında, kapsamlı olarak belirtmiştir; bkz. Hanylside kar. İlişkin hakim Mosler'in karşıoy yazısı, parag. 1 EuGRZ 1977, s. 50, 51: Burada, kendisine sunulan olay İçeriğinin hukuki mahiyetinin tespitinde tamamen serbest olduğu hususunda mahkemenin İstikrar kazanmış uygulamasını (içtihadını) da eklemek gerekir: 23.6.1968 tar. Belçika dil kar. Serle A. Nr. 6,5,30 (Alm. Band 2, 26); 18.6.1971 tar. De Wilde, Ooms. Versyp kar. parag. 49; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 76-81, EuGRZ 1976, 221 (230-232); 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 41. EuGRZ 1977. 39, 40; 18.1.1978 tar. Ireland-Birleşik Krallık kar. parag. 150-160, EuGRZ 1979, 152, 153; 6.9.1979 tar. Klasskar. parag. 32. EuGRZ 1979, 278 (282) 6.11.1980 tar. Guzardi kar. parag. 106, EuGRZ 1983, 633 (640); 13.8.1981 tar. Joung. James, Webster kar. parag. 58, EuGRZ 1981. 559 (561); 10.12.1982 tar. Fotl kar. parag. 44, EuGRZ 1985, s. 578 (79).

nı ve olayı inceleme ve tahlil bakımından kendisinden daha iyi konumda olduklarını, açıkça belirtme zorunluluğunu duymuştur<sup>96</sup>.

Mahkemenin doğrudan denetim yöntemini muhafaza etmesi ve geliştirmesi ümit edilmekte ve beklenmektedir. Çünkü bu denetleme yöntemi, yargılama konusu olayın anlaşılmasını doğrudan araştırmayı hedef almıştır. Bu suretle ulusalüstü yargılamanın, zaman bakımından bu geç aşamasında daha isabetli ve tutarlı kararlar verilebilmesi olanaklı duruma gelmektedir. Bu ise, kararların Avrupa düzeyinde zorlanmadan kabul görmesini kolaylaştırmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, doğrudan yöntemle dayanaarak saptanan gerçeklerle Mahkemenin amaç açısından karar doğrultusunun belirlenmiş olduğunun kesinleştiğini söylemek doğru değildir. Onun olay bağlantılı değerlendirmesi az önce belirtildiği gibi, devletin takdir alanı ile rekabet halindedir. Bu nedenle karışık bir İşlevin düzenlemesinin gerçekleştirilmesi, burada zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Sözleşme garantilerinin olaya ilişkin somutlaştırılması ve değerlendirilmesi sorunu da nihai şekilde aydınlığa kavuşturularak çözülmüş değildir. Bu sorunun cevabı. Mahkemenin işlev ve göreviyle ilgilidir. Konu aşağıda incelenerek açıklanmaya çalışılacaktır.

## II. Somut olay adaleti ve "Avrupa standardı" oluşturma hedefi

İnsan haklarının ihlali başvurusu, normal koşullar altında İlgili Sözleşme devletinin kanun yollarının tüketilmesinden sonra, ulusalüstü yargılama süreci kapsamında AİHM'ne getirilmektedir. AİHM, önüne gelen başvuru konusu olayı doğrudan ve Özerk olarak araştırarak değerlendirir; bunun için en İyi çözümü bulmaya çalışır. Bu bağlamda, şikayet konusuna İlişkin olarak somut adaleti gerçekleştirme, bununla beraber aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Standartını saptama, onun faaliyet alanı içinde kalmaktadır.

Bireylerin devlet keyfilğine ve hatta zorbalığına karşı etkili şekilde korunması, AİHS'nin öncelikli hedefini teşkil etmiştir. Buna;

96. 24\*10.1979~tar. Winterwerp kar. parag. 40,46, EuGRZ 1979. 650 (654-655); 5.11.1961 tar. X Birleşik Krallık kar. parag. 43. 57, EuGRZ 1982, 101 (103, 105), bu düşünceye Foreweln karşı gelmektedir, bkz.-. "Die Europäische Menschenrechts-konvention In der neueren praxisder Europäischen Kommlsion und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. EuGRZ 1980, 236.

daha Sözleşme İle ilgili taslak çalışmasının başlangıcında değiniliyordu, ulaşılablmeslnln ise kollektif bir koruma sistemiyle olacağı açıklanıyordu, Avrupa demokrasilerinin muhafazası ve güçlendirilmesinin, kişi özgürlüklerinin korunması ve güçlendirilmesi esaslarında uzlaşmakla mümkün olacağı düşünülüyordu. Bunun için Sözleşmenin başlangıcında,- insan hakları ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesinin, Avrupa devletleri arasında sıkı işbirliğinin gerçekleştirilmesi vasıtalarından biri olduğu açıklanmıştır.

Sözleşme, farklı yargılama kuralları içermektedir. Bu Sözleşmenin, şikayet konusu olayın sadece karara bağlanmasını ya da nedenlerinin ortadan kaldırılmasını Sözleşme organlarının çalışma konusu ve amacı yapmadığını göstermektedir. Ayrıca tarafların hukuki konularının ve yargılama konusunu oluşturan sorunların çeşitlilik göstermesinin bir bütünlük içinde gözönünde tutulması gereğini de ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda yargılamanın; sadece ilgili devlet ile Mahkeme arasında dar kapsamlı subjektif bir anlamı taşımadığı, aynı zamanda Avrupa Konseyi Devletlerini kapsayan objektif anlam boyutlarını da içerdiği gerçeği ortaya çıkmaktadır. Unutulmaması gereken bir husus da, Mahkeme kararlarının ortadan kaldırmaya (kassation) değil, açıklayıcı (deklaration) konumda olduklarıdır. İlgili devlet için bağlayıcı olarak Sözleşme ihlalini tespit etmektedir. Bundan sonra, kararda açıklanan Sözleşme İhlaline karşı devlet kendi teknikleriyle eksikliği gidermek ya da çare bulmak zorundadır.

Mahkeme, bireysel hakların gerçekte etkili olmasını diğer taraftan da ulusal ve Avrupa çapında genel olarak temel teşkil etmesi işlevini görmesini mümkün kılmaya çalışmaktadır. Bu suretle temel hakların yorumunda iki yönlü işlev görmüş olmaktadır. Bunu yaparken devletlerin hukukuna bağımlı kalmamaktadır; yansız ve bağımsız kalarak, öncelikli olarak kendi özerk kavramını oluşturmaya” yönelmektedir. Kararlarında : bazen sadece şikayet konusu \*

---

97. Genelleştirebilme yönünde öncelikle ağırlığı olan kararlar 1975-1980 yılları arasında gözlenmektedir; bundan önce 27.7.1968 tarihli Belçika dil ve 16.7.1981 tarihli Ringelsen kararları (6'ncı maddenin l'inci fıkrası ile ilgili) bu anlamda örnek olmuşlardır.

olayı gözönünde bulundurarak öznelştirmeye yatkınlığını<sup>88</sup> göstermektedir; bazen öznelştirme yanında geniş kapsamlı anlatımı ile genelleştirmeyi de yapmaktadır. Bu suretle somut olaya yönelik hüküm oluştururken, bunun genel mahiyette düşünülmesini de hedeflemiş olmaktadır. Öznelştirme ve genelleştirmenin birbirine bitişik ya da yan yana yapıldığı da gözlenmektedir. Ancak bunun, belirli bir sistem çerçevesinde gerçekleştirilmediği görülmektedir. Öznelliğe dayanarak genel özerk kavramlaştırmaya yönelmekte, bu suretle öznelştirme ve genelleştirmeyi bir doğrultuda bütünleştirmeyi denemektedir. Kendisine sunulan belgeleri ve saptanan olayları üç noktada toplanması mümkün olan gerekçelendirmede kullanmaktadır : (a) Bir standardın belirlenmesinden ya da kendisini bağlamadan çekinmede”; (b) somut olayla ilişkili menfaatler muhakemesinde sadece vasıta olarak<sup>98 99</sup>

---

98. Bunun başlangıcı 7.12.1976 tar. Handyside kararında görülür ve "ulusal takdir alanı"nın kapsamının tartışılmasının başlamasıyla ortaya çıkmıştır; 28.6.1978 tarihli Konlg karar ise iki yaklaşım arasında olmaktadır; çünkü bir taraftan "medeni hak ve yükümlülüklerin" bağımsız (özerk) tarifine, kapsamının belirlenmesine çalışılmakta, parag. 88-90; ancak diğer taraftan da somut olay bağlanımda kişiselleştirmeye (sübjektivite) uğraş verilerek gerekçe oluşturulmaktadır (parag. 91-93, 95)- Özellikle benzer durum usul haklarının yargılanmasında da kendini göstermektedir, bkz. 10.2.1983 tar. Albert et le Comp te kar. parag. 28. bu karara, karşıoy yazısı ile hakim Matscher'in eleştirisi için bkz.. karşıoy yazısı parag. 3; kişiselleştirme kavramı için bkz. RESS., G-, "Die Einzelfallbezogenheit" In der Rechtsprechung des Europätschen Gerichofs fur Menschenrechte in: Festschrift für H. Mosler 1983. 721.

99. Bununla ilişkili olarak bkz.. İrlanda-Birleşik Krallık davası konusundaki karara (18.1.1978 tar. kar. parag. 221. EuGRZ 197, 149 (156, 17) bakılabilir, başvuruda bulunan İrlanda hükümeti 3'üncü ve 5'inci maddeler arasında 15'inci maddeyi de Uşklendirmekle enteresan bir bağlantı olduğunu belirterek, İnsanı olmayan metotla (3'üncü madde teminatı 15'inci maddenin 2'nci fıkrasıyla da desteklenmektedir) bilgi edinme konusunda özgürlükten mahrum bırakmanın Sözleşmeye aykırı olduğunu öne sürmüştür. 10.3-1980 tarihli Konlg kararında parag. 24'de hükümet, Komisyonun adli yardım kuralının ortak bir "Avrupa normu" olduğuna ve bununla bağlantılı olarak, 7.5.1974 tarihli Neumeister kararına (50'nci madde ile ilgili) dayanmaktayken, AİHM o zamanki "olay şartlarının özelliğini" ileri sürerek ve daha fazla tatmin edici bir açıklamada bulunmaksızın bu konuya mesafeli davranmaktadır; 13.8.1981 tarihli Joung. James, Webster kararında (parag. 55) "temel hakkın özünün" ihlal edildiğini tespit ederken "olay şartlarına" değinmekte, ancak genel bir muhakemede bulunarak beklenen açıklamayı yapmamaktadır.

kullanmada<sup>100</sup>; (c) genel özerk kavram teşkilinde öznelleştirilmeye dayanmada<sup>100 101</sup>. Mahkemenin kendisine sunulan belgeleri ve olayları (a) ve (b) durumları için kullanmasını, gerekçe kapsamında anlamak mümkünken, esas zorluk genel özerk kavram teşkili için öznelleştirilmede ya da öznel olaya dayanmada kendini göstermektedir. İşte burada gerçekliğin ya da somut olayın normun saptanmasına ya da oluşumuna ne oranda katkısının olabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bunun için somut olay-norm ilişkisinin kavramasında İki metotdan yararlanılabilir: (a) Genele dayanarak somut olayı belirlemek ve değerlendirmek ya da genelden özeli çıkarmak, ki buna dedüktif metot denir<sup>102</sup>; (b) diğeri ise, soyut genel çözüm bulmada özel (somut) olaylardan yararlanmak ya da somut olayları soyut kavram belirlenmesinde kullanmak, ki buna induktif metot denir<sup>103</sup>. Mahkeme yargılamasında saf şekli ile sadece dedüktif metodun kullanıldığı oldukça seyrek görülmektedir. Bunun nedeninin,

- 
100. RESS, G. (Die Eizenfallbezogenheit in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Festschrift für H. Mosler, 1983, s. 721, 726) örnek olarak Sunday Times, Marckx ve Airey kararlarını göstermektedir. Burada bir ayırım yapılabilir; olay bağlantılı muhakemede yeterli genelleştirmeyi içeren mütalaalar ya da standartın olmadığı kararlar, 13.8.1981 tarihli Joung, James, Webster kararında (parag. 52, 55) olduğu gibi diğeri durumda ise Mahkeme, öncelikle bir genelleştirme ya da standart için uğraş verdiği. ancak sonra "takdir alanına saygı" ve "olayın özel zorunluluklarından\* dolayı bu standartlaştırma ya da genelleştirmeden vazgeçtiği kararlar, bunun için bkz. 7.12.1976 tarihli Handyside kar. parag. 48-50, 51-59; 18.1.1978 tar. İrlanda Birleşik Krallık kar. parag. 154, 160, 167, 207. 238 vd. ve 174 220 229 243 (kuramların dışına çıkamayacakları takdir alanı bulunduğu belirtilmektedir).
  101. Bunun için özellikle 18.6.1971 tar. De Wilde, Ooms, Versyp kar. (parag. 76)'da yargılamaya garantileri, sözkonusu edilen özgürlükten mahrum kalmanın şartlarına göre belirlenmektedir; 24.10.1979 tarihli Winterwerp kar. (parag. 55-60), 4.12.1979 tar. Sehlessen kar. (parag. 30, 31); 5.11.1981 tar, x Birleşik Krallık kar. (parag. 53, 58) aynı doğrultuda olanlardır 6.9.1978 tar. Klass kar. (parag. 34) AİHS'nin 25'inci maddesi hakkında); Genelleştirme ise, 13.6.1979 tar. Marckx kar. (parag. 27); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. (parag. 41) kararlarında görülmektedir, "önemli etkiler" düşüncesi dava kavramının özerk kapsamı ölçüsü olarak Deweer, Eckle, Fotl kar.: Mahkemenin tarafsızlığına haklı güvenin zorunluluğu konusu İçin bkz: 1.10.1982 tar. Piersack kar. (parag. 30, 31); 10.2.1983 tar. Albert et le Compte kar. parag. 28 ve buna ilişkin hakim Matscher'ın karşıcıv yazısı.
  102. Bkz. TEZİÇ, E., Anayasa Hukuku 1991, s. 5, TUNAYA.T.Z. "Siyasal Kuramlar ve Anayasa Hukuku", 5. Bas. 1982, s. 49, 59.
  103. TEZİÇ, op. cit., s. 5. TUNAYA, op. cit., s. 51. ayrıca bkz. Ress, G., a.g.e., s. 725, 726; buradaki açıklama 25'inci madde ile ilgili olarak, Klass kararının özelliklerine dayanarak yapılmaktadır (726).

yeni bir hukuk sisteminin yapısından ileri geldiği söylenebilir. Kullanıldığı zaman ise, sağlam kavramlara dayanabilme sözkonusu olur ki: bunlar sadece uluslararası hukukun genel prensipleri<sup>104 105 106 \*</sup> veya üye devletlerin genel hukuk prensiplerine dayanan Sözleşmenin açık kavramlarıdır.<sup>108</sup>

Mahkeme, Sözleşme yorumunda özerk tutumuna uygun olarak induktif metotla<sup>108</sup> çalışmaktadır. Bu metodun içerik bakımından Sözleşme sisteminde öngörülen temel haklar gelişimine uygunluk gösterdiği gözlenir. Bununla beraber somut olay hukukunun (casc-law) artış göstermesi, Sözleşme organlarının karma metotla çalışmasının gerekliliğini ortaya çıkarmıştır<sup>107</sup>. Mahkeme, önceki kararlarına kısmen istinad ederek, önüne gelen yeni somut olay nedeniyle kavram teşkilini daha da geliştirebilmektedir. Bu uygulamanın, somut olay bağlantılı düzeltilmiş dedüktif metot ya da özerk kavram teşkilinde induktif sürecin devamı olarak belirlenip belirlenmemesi, tartışmaya açık bir olgudur. Ancak bağlantılı olarak bir saptama yapılabilir: soyut genel ilkelerin belirlenmesinde bu İki metodun kullanılması kaçınılmazdır. Mahkeme çalışmasının daha iyi anlaşılması için teorik açıklamayı gerçekleştirmede ve tartışmayı yönlendirmede, bu iki ayrı metodun belirtilmesinin önemi ortadadır. Uygulamada bunlar birbirlerinden uzakta sayılmazlar. Burada belirleyiciliği iki noktada toplamak mümkündür; (1) önceki olaylara nazaran farklı somut olayla karşılaşmıyorsa. buna istinad-

104. AİHS'nin 26'ncı maddesi anlamındaki "devletler hukukunun genel olarak kabul görmüş prensipleri", için bkz.: 10.11.1969 tar. Stögmüller kar. parag. 11. 12 (alm. Band 2. s. 136); 18.6.1971 tar. de Wilde kar. parag. 57, 60. Alm. Band. 3, s. 2. (21, 22) Mahkemeye müracaat için, 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 35, EuGRZ 1975, 91 (96. 97),

105. Özgürlük teminatı için bkz.: 18.6.1971 tar. de wilde kar. parag. 76. Ahn. Band 3, s. 30: esasen 5'inci maddenin 4'üncü fıkrası tutuklanan kişilerin Mahkeme denetlemesi hakkının teminat altına almayı öngördüğü açıktır, ancak Mahkeme bundan sonra kurum-içli denetim teorisini geliştirmektedir. Winterwerp ve x Birleşik Krallık kararları induktif olarak belirlenmekte, çünkü bu kararlar önce yeni sahayı sağlatma zorundadır. Benzer bir gelişme şekli dedüktif metottan bağımsız induktif gerekçeye geçişte 6'ncı maddenin rinel fıkrasındaki "ceza davası\* (suçlama İsnadı) kavramında da tespit edilebilir.

106. 25.4.1979 tar. Tyrer kar. parag. 29-35, EuGRZ 1979, 626: önce 20-22 paragraflarda Golder ve Könik kararlarına istinaden dedüktif metot kullanılmakta, sonra parag. 26 da sonuç değerlendirme ile ilgili olarak, kısmi genelleştirme ve 27'nci paragrafta da özet yapılmaktadır: 1.10.1982 tar. Piersak kar. parag. 30.31'de (EuGRZ 1985. 301,303) 17.1.1970 tar. (Serte A Nr. 11. s. 17 Zİff31) kararının induktif gelişimi görülmektedir.

107 RESS, G., a.g.m., in: Festschrift für H. Mosler. 715, 726.

den İki şekilde hareket edilebilir; ya farklı olayla ilgili sınırlı bir karar verilir, bunun etkisi de olayla sınırlı kalır; ya da farklı olayla ilgili kararın, kavram teşkilinde genellemeyi sınırlayan öznel unsurları İçerip İçermediği önem kazanır, durum bu yaklaşımla değerlendirilebilir. (2) Bundan farklı olan belirleyici ikinci nokta İse; kararlarda öznelleştirilmenin ya da maddi kriterlerin kavramlaştırılması, genelleştirilmesinin ve takdir edilebilirliğin akılcı bir çerçevede tutulup tutulmadığının ön plana geçmesidir. Bu iki belirleyicilik, bir bütünlük oluşturacak çerçevede ve bir istemi de içerecek tarzda şu şekilde ifade edilebilir: Öznelleştirme, hukuki belirlemeyi, karar akılcılığını anlaşılacak bir konuma sokmamalıdır. Somut olayın şartlarına dayanma; gerçekliğe, kararların ve kavramların normatif özünün ortadan kalkmasına vesile olmamalıdır. Onların yönlendirici işlevi olmadan<sup>10\*</sup> Sözleşme hakları örnek teşkil etkisine sahip olmaz ve Avrupa standartlarını oluşturamazlar. İşte burada uyarıda bulunulmakta<sup>109</sup> ve bu uyarıya uymak zorunlu olmaktadır: "AİHM, somut olaya, özel şartlara ve kendine özgü sosyal gelişmeye ne denli dayanıyorsa, buna bağlı olarak o derece devlet mahkemeleri de her olayda, özneliği görmeye ve AİHM yargısından yararlanmamaya meyilli olurlar". Kural olarak Mahkeme inductiv içerikli kavram teşkili için uğraş vermektedir<sup>108 109 110 111</sup>, Söz konusu Sözleşme hakkının yorumuna ilişkin karar gerekçelerinin çoğunda, önce genel düşünceler ileri sürmekte ve bunun altında somut olayı özel olarak işlemektedir<sup>71</sup>.

108. RESS, G., a.g.m., in: Festschrift für H. MOSLER, 1975, s. 726.

109. RESS, G., a.g.m., s. 722; Hakim Matscher'ın 23.6.1981 tarihli Le Compte ve diğerleri hakkındaki dava kararına ilişkin karşıoy yazısı, parag. 3 ve 10.2.1983 tarihli Albert le Compte kararına ilişkin karşıoy yazısı, parag. 3.

110. RESS, G., a.g.m., İn: Festschrift für H. Mosler. s. 724.

111. Mahkeme kararlarında kısmi genelleştirme için bkz. 23.7.1968 tar. Belçika □11 kar. 1, B, parag. 1-12, Serle A, Nr. 6. parag. 30-36, Alm. Band 2, 26-32; 18.6.1971 tar. De Wilde ve diğerleri kar. parag. 68, 73, 76, 78; 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 26-36; 27.10.1975 tar. Synd Pol. Belge kar. parag. 38. 39; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 57-59, 80-82; 7.12.1976 tar. KJeldsen kar, parag. 50-53, 54; 7.12.1976 tar. Handyside kar.! parag. 48-50; 18.1.1978 tar. İrlanda Birleşik Krallık (İrel - U. K.) kar. parag. 47-49, 59. 65; 13.6.1979 tar. Marckx kar. parag. 31; 9.10.1979 tar. Alrey kar. parag. 24. 26; 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 37, 39, 45. 60; 20.12.1979 tar. Schiesser kar. parag. 26-31; 23.3.1983 tar. SÜver kar. parag. 86-88, 97, 98, 113; 10.2.1983 tar. Albert et le compte kar. parag. 29; 23.9.1982 tar. Sporong et Lönnroth kar. parag. 63; 13.8.1981 tar. Joung, James, Webster kar. parag. 52, 56, 63; özellikle Belçika dil, Engel ve Silver kararları açık örnekler teşkil etmektedirler, Çünkü genel kavram teşkili ve onların olaya uygulanması hususunda, ayrı bir bölüm ayrılarak işlendiği görülmür. Somut olay adaleti ile genel standartlaşma arasındaki tartışmayı görümlen ise, KJeldsen kazandır. Buna ilişkin olarak Hakim Verdross'un karşıoy yazısına da bakılabilir. Verdross aşın derecede kişiselleştirmede ısrar etmekte, AİHM İse bir ortayol aramaktadır.



Kavram teşkilinin öznelştirilmesine yönelik olarak bazı belirsizlikler de olmuştur; 6.11.1980 tarihli Guzzardl kararında, özgürlük sınırlandırmasıyla Özgürlükten mahrumiyet arasında sadece tasnifleme açısından teorik yaklaşımda bir farkın olduğunu belirten Mahkeme, esasta ise bir farklılığın olmadığını<sup>111</sup> açıklamıştır. Bundan böyle özgürlükten mahrumiyet kararının alınıp alınmadığının belirlenmesi için zarara uğrayanın somut durumundan hareket edilmelidir. Onun için öngörülen süre, alman tedbirlerin uygulanmasında ona etkileri ve uygulama şekilleri gibi kriterlerin tamamının gözönünde bulundurulması zorunludur<sup>112 113</sup>. Farkedilen, belirsiz kriter kavramlarının doldurulmasına ve onların uygulanabilirliğinin önceden görülür duruma gelmesine kadar, ek bazı kararlara ihtiyaç duyulacağıdır. Benzer durum 10.12.1982 tarihli Foti kararında, suç isnadında bulunma ya da bir suç isnadında bulunarak dava açmayı içeren kavramda da görülmektedir. 6'ncı maddenin 1 inç fıkрасındaki suç isnadı kavramı açıklanırken, yapılan işlemlerin sonucu olarak kişiye önemli etkilerde bulunulmuş olması düşüncesine dayanılmıştır. Şayet işlemler kişiye "önemli etkilerde" bulunmuşsa, suçlama vardır. Ama bununla da yetinilmemiştir; suçlamanın olması, ayrıca buna ek olarak dört belirsiz kavrama bağlı konuma sokulmuştur<sup>114</sup>. Buradaki "önemlilik" ise, gelecekte yorumun subjektif mi yoksa objektif mi olacağı sorununun ortaya çıkarmaktadır ki, bunun tespitinin de kolay olmayacağı açıktır. Çok

---

112. 6.11.1980 tar. Guzzardl kar. parag. 93, EuGRZ 1983, 633 (638).

113. A.g.k. parag. 92: AİHM Birbirlertyle bağlantı kurarak bu toplam değerlendirme, bugünkü normlar ve uygulama şekillerinin artan bir oranda farklılıklar göstermesiyle gerekçelendirmektedir (parag. 95). buna ilişkin eleştiri için bkz. hakim Frltzmairle'ın karşıoy yazısı, EuGRZ 1983, s. 642, 643.

114. 10.12.1982 tar. Foti kar. parag. 52; Bir kimsenin ne zamandan itibaren ceza davalısı olarak belirlenmesi gerektiği hususunda açıklık, sözkonusu kişi hakkında "önemli etkilerde bulunma" düşüncesiyle tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bunun için de dört belirsiz kavram kendini göstermektedir: (a) ilgili karar verme konumundaki kurumun (mahkemenin) olaya el atmadan önceki zaman, (b) tutuklama tarihi, (c) suçlama tarihi ya da (d) soruşturmanın açılması tarihi"... Wenn die "Anklage" 1 S. von Art. 6 abs. 1 im allg. als amtliche Mitteilungs durch die zuständige Behörde über den Vorwurf, eine strafat begangen zu haber" diünlert »erden kann. so kann sie in gewissen Fällen die form anderer Massnahmen annehmen, die einen solchen Vorwurf beinhalten, und ebenfalls wichtlge rückwrlkungen auf die Lage des Verdächtigen nach sich ziehen" (...) EuGRZ 1985. s. 581.

enteresan bir olgu da, 10.1.1983 tarihli ve hekimlerle İlgili bir disiplin yargılamasının sözkonusu olduğu, “Albert et le Compte” kararında gözlenir. “Belçika’daki”<sup>115</sup> <sup>116</sup> somut olay şartlarına dayanılmak suretiyle, bu yargılamada kendine has özel bir karara (öznelleştirilmiş karara) neden olunmuştur. Bu karardan genelleştirmede yararlanmak mümkün değildir<sup>1</sup> <sup>LS</sup>. Ayrıca karar, “Avrupa standartım” şekillendirmede kısmi İşlev görececek içerikten de yoksundur.

Denetleme yöntemi ve hedefi konusu ile ilgili olarak, şu saptamada bulunulabilir: Mahkeme kararları İki hedefe yönelmiştir: (a) Başvuru konusunu oluşturan somut olayda adil bir çözüme ulaşmak; (b) bunu gerçekleştiren, olanakların elverdiği çerçevede genel kapsamda “Avrupa Standardının” teşkilini geliştirmek. Burada önemli olan, her iki hedeften birinin süreklilik gösteren bir süreçte diğerinin aleyhine öncelikli konumda olmamasına itina göstermektir. “Somut olay adaleti” veya “objektif standart” mı sorularının ortaya atılması halinde, buna verilecek en İyi cevap, hem somut olay adaleti hem de objektif standartı birlikte İçine alacak olan yaklaşımdır. Bu, Sözleşmenin oluşum sürecindeki ön çalışmalara ve Sözleşmenin zamanımızdaki yürürlük amacına ve hedefine uygun düşünceleri de İçeren cevaptır. Bu düşünceyi içeren yaklaşıma göre; özerk kavram teşkilinde öznelleştirme kriterleri, sadece somut olay adaletinin gerçekleştirilmesini kolaylaştırdıkları ve aynı zamanda genelleştirebilmeyi tehlikeye sokmadıkları takdirde nazarı itibare alınırlar. Olay konusu ve içeriğini belirleyip değerlendirmede yöntem ise, doğrudan olmalıdır. Bu suretle gerçekliğe ve zamana açık bir yorum gerçekleştirilebilir. Bununla Sözleşme, “Sözleşme’nin imzalandığı zamandaki Sözleşme taraflarının Sözleşmeye verdikleri anlamın dışında anlaşılması mümkün olur. Bu durum, “evrimci yorum” anlayışına da uygunluk gösterir. Doğrudan denetleme yöntemi, olay unsurları ile aracısız ilişki kurarak gerçeğe ulaşmaya çalışmakla evrimci yoruma da ters düşmediğinden, ikisi birbirilerini tamamlayarak bir bütün oluştururlar.

Ancak bu yaklaşım, yani Sözleşmenin geleceğe yönelik olarak açık olması anlayışı, bağımlı olmama ya da ilkesizlik anlamına gel-

115. 10.2.1982 tar. Albert et le Compte kar. parag. 28. EuGRZ 1983, s. 193:

116. Hakim Matscher’in karşıoy yazısı parag. 3, EuGRZ 1983, s. 196. Burada daha önceki Le Compte. Van Leuven ve de Meyer kararlarındaki görüşüne atıfta bulunmaktadır ki, bu EuGRZ 1981, 556 vd. da tetkik edilebilir.

memektedir. Yorumda sözleşmeye uygun ilkeleri (etkinlik, geliştirilebilirlik, ki bu Avrupa Standartı oluşturmaktır; uzlaşmaya açık olma; uzlaşma kabiliyetini muhafaza etme)<sup>17</sup> takip etmek bir zorunluluktur. Maddi temel hak anlayışı yaşam gerçekliğini Ülkelerdirerek, bu ilkeleri devre dışı bırakmamaktadır. Bu ilkelerin uygulanmasıyla hukukun yönlendirici ve istikrar sağlayıcı işlevinden vazgeçildiği anlamı çıkarılamaz. Aksi halde temel hakların belirleyici anlamının ve Avrupa düzeyinde örnek teşkil etme işlevinin alınmasında zorlanılacaktır.

### § 3. Denetlemede “demokratik toplum prensipleri”

“Demokratik toplum”. Sözleşme sisteminin iki temel dayanağını içerir; (1) Sözleşmenin ilk ve en önemli hedefi olan plüralist (çoğulcu) demokrasiyi teminat altına almak<sup>118</sup>; (2) insan haklarına<sup>119</sup> riyeti etkin bir şekilde (insan hakları yargısı) gerçekleştirmek<sup>120</sup>. Bir cümle ile "demokratik toplum", Sözleşme sisteminin iki temel direği olan “çoğulcu demokrasi” ve “İnsan hakları yargısı”nı İçermekte ve teminat altına almaktadır. Bunlardan birisinin eksik ya da içerik bakımından noksan olması, demokratik toplum kavramının tartışılmasına neden olur; maddi içeriklikleriye yürürlük ka-

117. Özellikle bunu MOSLER vurgulamaktadır; “Mahkeme, sürekli olarak, kararlarının, sözleşme taraflarının temel uzlaşmasıyla geçerlilik kazanacağı bilincinde olmalıdır. Temel uzlaşma İçerik olarak bir dönüşüme uğrayabilir; her sorun ortaya çıktığında onun çözümü, yeni bir sahaya adım atmak anlamındadır ve temel uzlaşma doğrultusunda olmak zorundadır” “Die Europäische Gerichtshof tür Menschenrechte nach zvranzlg Jahren, in: Festschrift für Hans Huber. 1981, s. 600: Aynı düşünceyi BERNHARD, R., da savunmaktadır. Bkz. “Internationier Menschenrechtschutz und nationaler Gestaltungsspielraum, İn: Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationaler Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, İn-. Feschrift für H. Mosler, 1983. s. 78.118. TEITGEN, P.H., Council of Europe - Collected Edtlon of the \*Travaux präparatoires' of the European Convention on Human Rights. Vol. I, s. 37 vd.

119. AİHS'nin başlangıcından 4'üncü fıkrası; "... Dünyada adalet ve barışın temeli olan ve bir yandan etkin bir "siyasal demokrasi", öte yandan dayanağı insan haklarının ortak anlayışla gözetilmesiyle sürdürülebilir temel özgürlüklere olan derin inancım yenileyerek..." hükmünü öngörmek suretiyle Sözleşme maddeleri üzerinde uzlaşmada bulunulduğunu belirtmektedir.

120. Temel haklara riayet, esas olarak gerçek bir demokraside (effective politcal democracy) olabileceği vurgulanmıştır; bunun için bkz., MADINOS, P.L, “La Convention europeennes des droits de L'homme ses origines. ses objekts, ses realisations”, in: Annuaire Europeen Vol. 1, 1955, 149-158; KABOĞLU. i., “Özgürlükler Hukuku”. s. 129, 130.

zanması halinde ise, bir olgu ya da realite olarak demokratik toplumdun sözedllebilir.

### I. Demokratik toplum ve temel haklar

Mahkeme, usul hukuku teminatlarını<sup>131</sup> temel haklarda<sup>121 122</sup> olduğu gibi "demokratik toplum" anlamı bakış açısına dayanarak yorumlamaktadır. Bu suretle bir taraftan temel hak yorumuna temel hak gerçekliğini ilişkilendirirken, diğer taraftan Sözleşme bütününde, onlara kurucu işlev tanıyarak güçlendirilmiş maddi etki sağlamış olmaktadır.

### II. Temel hakların düzenlenmesinde "demokratik toplum prensipleri"

Temel hakların düzenlenmesinde "demokratik toplum"u gözönünde bulundurmak zorunludur, demokratik toplumun Sözleşme anlamında içerdiği prensipler ise, soyuttur ve bunlar belirli başlıklar altında toplanabilir: "özgürlük"<sup>123</sup>, "çoğulculuk", "hoşgörü ve

- 
121. Bununla ilgili yargı kar. İçin bkz.: 17.1.1970 tar. Delcourt kar. parag. 25, Seri A, Nr. 11, Almanca ter., Band 2, 184 (193, 194); 18.6.1971 tar. de Wilde. Ooms, Versyp kar. parag. 65, Seri A. Nr. 12, Almanca ter., Band 2, s. 204 vd.. Band 3, 2526); 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 34, EuGRZ 1975, 91 (95, 96); 6.9.1978 tar. Klasa kar. parag. 49. 55. 59. EuGRZ 1979, 278 (285-287); 9.10.1979 tar. Airey kar. parag. 24, EuGRZ 1979, 626 (627, 628); 27.2.1980 tar. Dewer kar. parag. 44, 49, EuGRZ 1980, 667 (671-673); 26.3.1982 tar. Adolf kar. parag. 30, EuGRZ 1982, 297 (301); 1.10.1982 tar. Hersackkar. parag. 30, EuGRZ 1985, 301 (303); 8.12.1983 tar. Pretto kar. parag. 21, EuGRZ 1985, 548 (550, 551); 8.12.1983 tar. Axen kar. parag. 25, EuGRZ 1985, 225 (228).
122. Düşünceye ve basın özgürlüğü hususunda bkz. : 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42); 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 65. 66, EuGRZ 1979, 386 (390). örgütlenme özgürlüğü İçin bkz.: 23.6.1981 tar. le Compte, van Eluven et De Mey er e kar. parag. 65, EuGRZ 1981, 551 (555); 13.8.1981 tar. Joung, James, Webster kar. parag. 52, 63 EuGRZ 1981, 559 (560, 562). Burada demokratik bir toplumda örgütlenme üzerindeki boyutlar açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır- Toplanma özgürlüğü : 5.11.1969 tar. Greek Cas ilişkili Koni, raporu (3321-3323. 3344/67) parag. 392; burada toplantı özgürlüğünün bir ülkenin politik ve sosyal yaşamının esaslı unsuru olduğuna İşaret edilmektedir.
123. Kişi özgürlüğü İçin bkz.: 18.6.1971 tar. De Wilde kar. parag. 26. Serle A. Nr. 12, Almanca ter. Band 3, s. 2 (8, 9); 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar. parag. 32. 34-40 (baskıya maruz kalmama ile ilgili), EuGRZ 1985, 477 (481-483); düşünce özgürlüğü ile ilgili kar.: 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49. EuGRZ 1977, 38 (42); bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi İçin bkz.; KABOĞLU, İbrahim, Ö., "Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme", İstanbul 1994.

açıklık düşüncesi”<sup>124</sup>, “azınlığın korunması”<sup>124</sup>, “hukukun üstünlüğü”<sup>128</sup>, “ölçülülük”<sup>127</sup>; bunun gibi “kamu yararıyla bireysel hakkın korunması arasında adil bir denge”<sup>128</sup>, icabı halinde bunun “adil bir

124. 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49. EuGRZ 1977, 38 (42).

125. “Bireysel menfaatler bazen bir grubunki altında düzenleme zorunlu ğunu gerektirmesine rağmen, demokrasi, her zaman çoğunluk düşüncesinin üstünlüğünün yürürlük kazanması mecburiyeti anlamına gelmemektedir. Azınlıklara adil ve uygun bir işlemlerde bulunmayı teminat altına alan ve suistimale karşı koruyan bir denge kurulması zorunludur.’ 13.8.1981 tar. Yougn, James, Webster kar. parag. 63, EuGRZ 1981.559 (562); aynı kararın ÖZnel paragrafında. AİHS’nin 9-10’uncu maddelerindeki özgürlükler, sendikalara üye olma zorunluluğu getirilmesine illşklendirilerek. bu durumun l’inci maddenin İçerdiği örgütlenme özgürlüğünün özünü ihlal ettiği (parag. 55) açıklanmıştır. Bu olgu, belirtilen denge ile sağlanmadığı tespitiyle tamamlanmakta, sendika üyesi olmayanlar İçin oluşturulan durumun ölçülü olmadığı ve bundan dolayı da demokratik bir toplumda zorunlu görülmediği belirtilmektedir (parag. 65).

126. AİHS’nin 5’inci paragrafı -. “... Aynı anlayışta olan ve siyasal gelenek, ülkü özgürlük ve hukukun üstünlüğü” konusunda, ortak bir mirası paylaşan Avrupa ülkelerinden söz etmektedir; buna ilişkin olarak ayrıca bkz.: 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 34, EuGRZ 1975, 91595. 96; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 68. 69. 82, EuGRZ 1976, 227, 232, 233; 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 55. EuGRZ 1979, 278(285. 286); 27.2.1980 tar. Dewerkar. parag. 40. EuGRZ

1980, 667 (672); 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 39, EuGRZ 1979, 650 (653); hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum birbiriyle bağlantılı olarak algılanmaktadır. Mahkemeye başvuru ve adil yargılanma hakkı ile hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum bağlantısı için, Golder kar. (parag. 34, 36), Airey kar. (parag. 24) ve Dewer kar. (parag. 44, 49) bakılabilir.

127. 23.7.1968 tar. Belçika dil davası kar. parag. 10, Serle A. Nr. s. 10. Alm. ter. Band 2. s. 30; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 72. EuGRZ 1976, 221 (229); 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49. EuGRZ 1977, 38(42); 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 65, 67. EuGRZ 1979, 386 (390, 391); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 59. 60, 61, EuGRZ 1983. 488 (492, 493).

128. 23.7.1968 tar. Belçika dil kar. parag. 5, Serle A. Nr. 6. s. 32. Alm. ter. Band 2. s. 28; 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 59. EuGRZ 1979, 278 (286, 287); 20.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 41, EuGRZ 1982. 153 (157); Kamu menfaati ile bireysel hak korumasının uzlaştırılması içerikli kar. için bkz.: Belçika dil dav. kar. parag. 7, Serle A. Nr. 6, s. 44. Almanca ter. Band 2, s. 39, 40; 13.8.1981 tar. Joung, James, Wemster kar. parag. 63, 65, EuGRZ

1981, 559 (562); 23.9.1982 tar. Sporrong et Lönnroth kar. parag. 73. EuGRZ 1983. 523 (527). Yükümlü savunman olarak bir avukatın görevlendirilmesinin öngörülmesinin angarya ya da zorunlu çalışma olup olmadığının tespiti konusunda Mahkeme; düzenleme amacı ile bunun avukat için sakıncaları arasında bir dengesizliğin olup olmadığı tetkik etmiştir. Diğer demokratik toplumlarda da avukatlar için aynı yönde yükümlülüklerin olmasından hareketle; Belçika düzenlemesini ölçsüz olarak telakki etmemiş, dolayısıyla yükümlü savunmanın öngörülmesinin bir angarya ya da zorunlu çalışma olmadığını belirlemiştir. Bunun İçin bkz. 22.11.1983 tar. Van der Mussele kar. parag. 40. EuGRZ 1985, 477 (483).

yargılama<sup>129</sup> üe uygulanabilirliidedirler. Bu prensipler devletin kuralllaştırma yetkisini yapısallaştırarak bir hukuki çerçeve oluşturlar. Bu nedenle, temel hakların düzenlenmesinde öngörülen tedbirlerin, demokratik toplumdaki anlamına uygunluk içinde bulunmaları bir zorunluluk olarak ortaya çıkar<sup>30</sup>

**III. Sözleşmede yer alan temel hakların “öz” garantisi olarak “demokratik toplum”**

Meşru temel hak sınırlandırması İle temel hakkın özünün<sup>129 130 131 132</sup> ihlali, temel hakların sınırlandırılmasında ulusal hoşgörüleblir farklılık ile Sözleşmenin ihlali arasındaki sınırlar henüz açıklığa kavuşmamıştır. Bu kısımda bu iki sorunun yanıtlanmasına çalışılacaktır. Sözleşmenin 8, 9, 10, ve 11’inci maddelerinin 2’nci fıkraları ile temel hakların düzenlenmesindeki sınırlamalarda<sup>131</sup> geniş çerçeveli

- 
129. AİHS’ntn 6’ncı mad. 1’inci fıkrası adil yargılama hakkını öngörmüştür. Bu hakkın (fair trial; proces equitable; das recht auf gerechtes -falres- Verfahren) demokratik toplumun temel prensiplerinden birini oluşturduğunun vurgulandığı kararlar İçin bkz.: 21.2.1975 t ar. Golder kar. parag. 36, EuGRZ 1975, s. 91, 95, 97, 98; 8.12.1983 tar, Pretto kar. parag. 21, EuGRZ 1985. 548-550;8.12.1983 tar. Axen kar. parag. 25, EuGRZ 1985, 225 (228).
130. Sınırlamalar İçin bkz. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42); Sunday Times kar. parag. 65, 66. EuGRZ 1979, 386 (390); 25.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 36, 41, EuGRZ 1982, 153 (156. 157). Yasal tedbirlerle İlgili olarak: Belçika dil davası kar. parag. 10. Almanca ter. Band 2. s. 30; 8-6.1976 tar. Engel kar. parag. 82, EuGRZ 1976, 221 (232); 7.12.1976 Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen kar. parag. 50, 53, EuGRZ 1976, 478 (484-486); 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 49. 55, 59. EuGRZ 1979. 278 (285-287); **13.8.1981** tar. Young, James. websterkar. parag. 63, EuGRZ 1981, 559 (562); **22.10.1981** tar. Dudgeon kar. parag. 52, 53, EuGRZ 1983, 488 (491). Fed. Al. An. Mahkemesinin temel hakkı sınırlayan kanunla temel hak arasında karşılıklı ilişkisinin, temel hakkın anlamı ışığında yaklaşılması zorunluluğunu içeren kar. için bkz. VerfGE 7. 198 (208 vd.); 27, 108 (117); HABERLE, P., a.g.e., s. 491 71, 102, 210 vd.: BLECKMANN, A., “Allgemeine Grundrechtslehren” 1979. s. 245; SCHNEİDER, H., “Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bel Grundrechtskonflikten” 1979, s. 31 vd.; HESSE, K., “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutechland”, Kenar-Nr. 7-9, 72, 317 - 319. 332. 333.
131. Temel hakkın özünün vurgulandığı kar.; 23.7.1968 tar. Belçika dil dav. kar. parag. 5, Alm. ter. Band 2. s. 28; 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 38.40, EuGRZ 1975, 91 (98,99); 24.10.1979 tar. Winterwerp kar, parag. 60, EuGRZ 1979, 650 (656); 13.8.1981 tar. Young, James, Websterkar. parag. 52, 55, 57. EuGRZ 1981. 559 (560, 561); 21.2.1982 tar. Campbell. Cosans kar. parag. 41. EuGRZ 1981. 153.
132. PARTSCH, K.J.. “Die Rechte und Frelhalten der europalschen Menschenrechtskonvention”, İn: Die Grundrechte, Hrsg. : Bettermann, Neumann Hlpperdey, Band 1, s. 303 vd. 314; HOFFMANN - Remy, U., “Die Mögllichkeiten der Grundrechtseinschränkungnach art. 8-11, Abs. 2 EMRK, s. 41.

kurallar içeren 14, 15, 17 ve 18'incf maddeleri, bu araştırmanın esasına dayanak teşkil ederek yönlendirici olacaktır. 15'inci maddenin 2'nci fıkrası dışında<sup>133</sup> adı geçen maddelerde sınırlamalarda öngörülen teknik İle yönelnen amaç arasında "ölçülülük İlkesi" belirleyici kriterdir<sup>134</sup> <sup>135</sup>. Ama bunun da temelini Demokratik toplumun temel prensipleri oluşturmaktadır<sup>133</sup>. Bu suretle "demokratik toplum prensipleri" son Ölçü ve "öz" garantisi işlevi görmektedir; onun bu işlevini anlaşılır duruma getirmek için aşağıda sınırla kapsamda bir açıklama ile yetinilecektir.

1. AİHS nin 14'üncü maddesi, "Bu sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğuş ve benzeri başka bir statü ayırımı gözletilmeksizin herkes için sağlanır" hükmünü öngörmüştür. Bu hüküm, farklılığı içeren bir işlemin amacı ile buna yönelik tedbirlerin etkinliğinin demokratik toplumun temel prensipleri bağlamında, objektif ve akılcı bir hukuki gerekçeye dayandırılma zorunluluğunu saptamaktadır. Son belirleyici olan, vasıta ve amaç arasında uygun ölçülülük İlişkisinin var olup olmadığıdır<sup>136</sup>. Belçika dil olayı

133. 15'inci maddenin 2'nci fıkrası "bu hükme dayanarak (kl bu linç fıkrasında olağanüstü duruma atıfta bulunmakta), yasal sava; eylemlerinden doğan ölüm olayları dışında 2'ncl maddeye ya da 3'üncü madde ve 4'üncü maddenin l'incl fıkrasıyla 7'ncl maddeye aykırı Önlemler alınamaz" hükmünü öngörmektedir. Ancak bunun yanında Sözleşmenin 65'inci maddesinin l'ncl fıkrası. Sözleşmeye taraf olma konumuna son verilebileceği hükmünü de öngördüğü unutulmamalı; her iki olgu birlikte gözönünde bulundurulmalıdır.
134. 23.7.1968 tar. Belçika Dil kar. parag. 10. Alm. ter. Band 2, s. 30.
135. A.gk., parag. 10. Alm. ter. Band 2. s. 30, 31 : 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49. EuGRZ 1977, 38 (42); 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 65. 67. EuGRZ 1979, 386 (390. 391); 13.8.1981 tar. Young. James. Webster kar. parag. 62-65, EuGRZ 1981. 559 (562).
- 136 . 23.7.1968 tar. Belçika dil. dav. kar. parag. 10. Alm. ter. Band 2, s. 30, 31; bu karardaki yaklaşım. 27.10.1975 tar. Syndicat national de la police belge kar. parag. 46'da (EuGRZ 1975. 564 (566) nn aylan ma ktad i r; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 103'te (EuGRZ 1976, 221 (238) ayırım yapma (Diskrimination) eşit davranmama, hakkı vermekten çekinme veya açıkça bir suistimal oluşturduğunda sözkonusu olgu ortaya çıkmaktadır: 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 66, EuGRZ 1977, 38 (49); 18.1.1978 tar. İreland United Kingdom kar. parag. 226, 229, EuGRZ 1979, 149 (157, 158); 9.10.1979 tar. Alrey kar. parag. 30, EuGRZ 1979, 626 (629); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 67. EuGRZ 1983, 488 (493): Bir Sözleşme hakkının İhlalinin tespitinden sonra, bunun yanında açık olarak farklı İşleme eşitliğe aykırılık belirleniyorsa, o zaman 14'üncü madde ölçüsüne göre de denetleme yapılabileceği öne sürülmektedir. 14'üncü maddenin İşlev değerinin bu suretle düşürülmesine karşı Dudgeon kararında; karşıoy yazılılarıyla Evrigens, Garlca de Enterria ve karşıoy yazısında Matsher eleştirilerde bulunarak farklı düşüncelerini sergilemişlerdir, bkz. serte A. Nr. 45, s. 32. 35 vd. EuGRZ 1983, 488 (494, 495); KABOĞLU, İ. op. clt., s. 14-16.

kararına ilişkin Sözleşme İhlalinin tespitinde bu kriter de<sup>137</sup> belirleyici olmuştur. 13.6.1979 tarihli Marckx kararının Sözleşmeyi ihlal gerekçesinde gerçi ölçülülük prensibine açıkça dayanılmamıştır<sup>138</sup>, ancak nesebi sahih olmayan (evlilik dışı) çocuğa ilişkin yasal tedbirlerin her ne suretle olursa olsun onun zararına neden olmamasına ve Sözleşmenin 8'inci maddesinde öngörülen temel hakkını ihlal edemeyeceğine<sup>139</sup>, bunun gibi aile barışının sarsıntılar geçirmesinin, evlilik dışı çocuğun temel hakkından mahrumiyetinin gerekçelendirilebilir bir nedeni olamayacağına<sup>140</sup> vurgulanarak işaret edilmiştir. Aslında bu gerekçeler, ölçülülüğe uygunluk temel prensibini de kapsamaktadır<sup>141 142</sup>.

2. Sözleşmenin 15'inci maddesinin l'inci fıkrası devlete, içinde bulunulan durumun gerektirdiği kapsamda olağanüstü yetki tanımıştır;<sup>143</sup> bu suretle aşırıldığı yasaklamış, buna karşılık ölçülülüğü benimsemiştir<sup>143</sup>. 17 ve 18 inci maddeler<sup>144</sup> öz garantisinin verileri olarak algılanabilmeyle açık olmakla birlikte, doktrinde farklı yo-

137. Belçika dil davası kar. (23.7.1968 tar.. Serle A. Nr. 6, s. 70) parag. 32, Alm. ter. Band 2, s. 65; diğer sebep ise, eşit davranmamayı sadece dil kriterine dayandırmak olmuştur. Mensup olunan dile göre eğitim sahasında farklılık, ya da farklı İşleme tabii olma, kararın diğer beş sorunda ek objektif gerekçe nedenlerinin olmasına, özel ve kamu menfaatleri arasında bir dengenin muhafaza edildiğine istinaden yürürlükte bırakılmıştır. (Alm. ter. Band 2. s. 39, 40, parag. 13).

138. Ancak burada 23.8.1968 tar. Belçika dil davası kararına, adı geçen kararın (13.6.1979 tar. Marckx kar.) 33'ncü paragrafında genel olarak atıfta bulunulduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bkz. EuGRZ 1979. 454 (456); "...nach standiger Rechtsprechung des Gerichtshofs enweist sich eine unterschiedliche Behandlung als diskriminierend, wenn es Ilir an einer objektiven und vernünftigen Rechtfertigung fehlt. d.h. wenn sie kein "legitimes Ziel" verfolgt oder wenn zwischen dem eingesetzten Mittel und dem angestrebten Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht..."

139. 13.6.1979 tar. Marckx kar. parag. 40. EuGRZ 1979. 454 (457).

140. A.g.k., parag. 48, EuGRZ 1979, 458.

141. Bu sonuç, karar bir bütün olarak gözönünde bulundurulduğunda açık olarak ortaya çıkar.

142. AİHS'nin 15'inci maddesinin l'inci fıkrası açıkça, "Ulusun yaşamını tehdit eden... olağanüstü bir durumda... kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere ... bu Sözleşmeye aykırı önlemler olabilir" hükmünü öngörmüştür (to the extent strictly required by the exigencies of the Situation (dans la stricte mesure où la situation l'exige)).

143. 1.7.1961 tar. Lawless kar. parag. 36, Alm, ter. Band 1, s. 51; ÇAĞLAR, B., op. cit., s. 163, 164; KABOĞLU, İ., op. cit., s. 75.

144. AİHS 11'inci madde ; "Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, bir devlet, grup ya da kişiye burada öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden herhangi birini yok etmeyi ya da sözleşmede hükme bağlanmış olandan daha geniş ölçüde sınırlandırmayı amaçlayan bir etkinlikte ya da eylemde bulunma hakkı verir biçimde yorumlanamaz". 18'inci madde: "Bu sözleşmede anılan hak ve özgürlükler için izin verilen kısıtlamalar, belirlenmiş oldukları amaçtan başka bir amaçla uygulanamaz".



rumianablmışlerdir<sup>145</sup>, 18'nci madde; kötüye kullanma belirtisinin olmadığına<sup>146</sup>, davaya taraf olanların bu iddialarından vazgeçmelerine<sup>147</sup>, özellikle daha önce Sözleşmeye uygunluk<sup>14\*</sup> ya da aykırılık<sup>149</sup> tespit edilmiş olduğuna istinaden Mahkemece denetleme ölçüsü alınarak esash ve geniş bir çerçevede inceleme konusu yapılmamıştır. Komisyon ise 14'üncü maddede olduğu gibi 18'inci maddeyi de, Sözleşme teminatlarını güçlendirici, Sözleşmenin bir bütün olarak anlaşılmasına katkı sağlayıcı olarak anladığını vurgulamıştır<sup>150</sup>.

3. 17'nci maddenin karakteristik özelliği, öngördüğü "kötüye kullanma yasağının" hem birey ve gruplara hem de devlete yönelik olmasıdır<sup>151</sup>: Birey ve gruplar temel hakları özgürlükçü düzeni orta-

- 
145. HERZOG'a göre, 17'nci madde özgürlükçü demokrasinin koruyucu normudur: 16'nci madde İse, inşa! olmaktan ziyade açıklayıcı bir konuma sahiptir; ancak bu maddeye dayanarak ölçülülük temel prensibi oluşturulabilmektedir (Das Grundrecht auf Freiheit in der Europaelschen Menschenrechtskonvention, in: AÖR 1961, s. 194 (204, 209); PARTSCH, H.J.. 17'nci maddenin özgürlük kullanımının maddi sınırlarını belirlediğini. 18'nci maddenin ise özel sınırlamaları temin ettiğini ileri sürmektedir (Die rechte und Freiheiten der EMRK, in: Bettermann (Hrsg). Die Grundrechte 1. 1966, s. 235 (303. 314): GURADZE, H.. PARTSCH gibi düşünmektedir, "Die Europaelsche Menschenrechtskonvention", s. 202: HOFFMANN, R.H., 17 ve 18'nci maddeleri, özel sınırlamaları tamamlayan, hatta bu sınırlamalar dışına taşan ek sınırlamalar olarak algılamaktadır (Die MögUchkeit der Grundrechtseinschraenkung nach Art. 8-11 Abs. 2 EMRK, 1976. 41 vd.); bundan başka ayrıca bkz. HAİLBRONNER, K., "Die Elnschraenkung von Grundrechten In elner demokratischen Gesellschaft. in: Festschrift für H. Mosler 1983. s. 359, 362. 373, 374.
146. 1.7.1961 tar. Lawles kar. parag. 38, Alm. ter. Band 1. s. 52.
147. 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 74, 75. EuGRZ 1979. 306(391).
148. 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 93, EuGRZ 1976, 221 (236); 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 64, EuGRZ 1976, 38 (49).
149. 23.9.1982 tar. Sporrong et Lonroth kar. parag. 76, EuGRZ 1983, 523 (527); "Nachdem der Gerlichtshof festgestellt hat, dass Art. 1 des. ZP verletzt wurde, erachtet er es nicht für notwendig, den Fail in Bezug auf Art. 17 und 18 der Konvention zu prüfen".
150. Komisyonun, Kamma-Hollanda'ya karşı başvurusunda, 14.7.1974 tarihli (4771 /71) raporu. Declsions and Reports 1. s. 3 vd.
151. AIHS'nin 17'nci maddesi ile Fed. Al. An. 18'nci maddesi arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse, İki arasında farklılık olduğu ortaya çıkan bunun için her İki madde metninin buraya aktarılmasında fayda olduğu düşünülmektedir. AIHS'nin 17'nci mad.: "Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, bir devlet, grup ya da kişiye burada öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden herhangi birini yoketmeyi ya da Sözleşmede hükme bağlanmış olandan daha geniş ölçüde sınırlandırmayı amaçlayan bir etkinlikte ya da eylemde bulunma hakkı verir biçimde yorumlanamaz". Fed. Al. An. 18'nci mad.: "Her kim, hür demokratik temel düzene karşı mücadele amacıyla düşünceleri açıklama hürriyetini, Özellikle basın hürriyetini (15'inci maddenin l'ind fıkrası) eğitim hürriyetini (5'inci maddenin 3'üncü fıkrası) toplanma hürriyetini (8'inci mad.), demek kurma hakkını (14'üncü mad.) ya da sığınma hakkını (16'nci maddenin 2'nci fıkrası) kötüye kullanırsa, bu temel hakları kaybeder. Hakkını kaybına ve bunun ölçüsüne Federal Anayasa Mahkemesi karar verir. Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz., KABOĞLU, op. cit. s. 65, 66.

dan kaldırma amacına yönelik<sup>12</sup> olarak kullanıyorlarsa, bu amacın gerçekleştirilmesinin önüne geçmek için söz konusu temel haklar, durumun zorunlu kıldığı ölçüde sınırlanabilir. Nisbi kapsamdaki bu sınırlandırma gereği, devlete yönelmektedir; vatandaşları, gereksiz özgürlük kısıtlamasına ve temel haklardan mahrum edilmesine karşı korumaya almaktadır.

17'nci madde devlete yönelik genel bir kötüye kullanma yasağı öngörmüştür; buna göre, temel hak ve özgürlüklerin Sözleşmede belirlenenen daha kapsamlı olarak sınırlandırılmasını öngören düzenleme geçerli değildir<sup>1\*3</sup>. Ancak bu madde ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirmeyi içeren karara Mahkeme yargılamasında rastlanmamıştır. Nedeni ise, bu içerikte bir karar verme koşullarının oluşmamasıdır<sup>164</sup>. daha önce "De Becker" başvurusuna ilişkin olayda Komisyon, 17'ncl maddenin dar kapsamlılığını vurgulamıştır; buna göre, madde sadece "demokratik devlet düzeninin" tehdit edilmesinin ciddiliği ve devamı karşısında zorunluluğunun gereği ve tamamen ölçülülüğe uymak kaydıyla uygulanabilir"<sup>1</sup>. 25.2.1982 tar.

- 
152. 19.12.1959 tar. Kom. Rap., Serte B, Nr. 1. parag. 141, s. 180 (Lawless olayı başvuru- Nr. 332/57); 1 T'nci madde. Sözleşmenin öngördüğü özgürlükleri tanımazlıktan gelmemektedir: ama özgürlükçü düzeni ortadan kaldırma özgürlüklerinin olamayacağını, temel hak ve özgürlüklerin bu yönde kullanılmayacağına vurgu ihamaktadır. Ancak yargılama teminatlarını içeren 5'inci ve 6'ncı maddeler bundan etkilenmemelidir: çünkü bunlar, bireylerin eylem özgürlüklerinden çok, kamu kurumlarının insanlara karşı olan yükümlülüklerini içermektedirler. Burada belirleyici olanın, yargılama teminatlarının özgürlükçü düzeni ortadan kaldırmaya ya da bozmaya yönelik olarak kullanılmamasıdır. AlHM, 1.7.1961 tar. Lawless kararında, sonuçta Komisyonun düşüncesine katılmaktadır, bkz. Serle A. Nr. 3. s. 45, 46, parag. 7, Alm. ter. Band 1. s. 39; Komisyon Alman Komünist Partisi'nin yasaklanması kararına ilişkin olarak, Sözleşmenin 9, 10, 11, 12'nci maddelerindeki özgürlüklere dayanılması mutlak olarak geçersiz telakki etmiştir (Annuaire de la Convention, Vol. 1. s. 222 (224)).
153. KABOĞLU. op. cit. s. 65 dipnot 2.
154. 8.6.1976 tar. Engel kar., parag. 104, EuGRZ 1976, 221 (239); 23.9.1981 tar. Sporong et Lönnroth kar., parag. 76, EuGRZ 1983, 523 (524).
155. 8.1.1960 tar. de Becker-Belçika olayına ilişkin (214/56 numaralı Kom. Rap., Serte B, Nr. 2, parag. 279, s. 137) 17'nci maddenin uygulanmasında ölçülülük değerlendirmesinin muhakemesine ihtiyaç duyulmaktadır. Krl. HEİLBRONER. K., "Die Einschränkung von Grundrechten In einer demokratischen Gesellschaft". Festschrift für H. Moaler 1983. s. 359 (373, 374). Komisyonun Sporong et Lönnroth olayında özel bir tutum sergilediği görülmektedir (7151, 7152/75). 5.7.1979 tarihli kabul edilebilirlik kararında, 1'inci protokolün 1'inci maddesinin 2'ncl fıkrasının, AİHS'nin 17 ve 18'inci maddeleriyle bağlantılı şekilde nazarı itibare olarak denetimde bulunulması zorunluluğunu vurgulamaktadır. (Bunun için bkz. 8.10.1980 tar. ek rap. Annex II, s. 83 vd. 102, 103).

Campbell and Cosans kararında ise 17'nci maddenin sözkonusu edilme olgusu, dikkate değer bir durum ortaya çıkarmıştır. Devletin eğitim görevini üstlenmesi nedeniyle velilerin her çeşit inançlarına (dünya görüşlerine) saygılı olmak zorunluluğu yoktur: "Mahkeme 17'ncil maddeyi Sözleşme bütününde nazarı İtibare alarak, dünya görüşünü içeren inançlar" kavramının demokratik bir toplumda uyulmaya lâyık olan, insan onuru ile bağdaşmaz olmayan inançları kapsadığı İnancındadır; ayrıca bunlar çocuğun öğrenim temel hakkına aykırı olamazlar..."<sup>15\*1</sup>. Demokratik toplum prensipleri, insan onuru, diğerlerinin temel haklarına saygı bağlamında 17'nci maddenin velilerin kişisel haklarının yapısındaki sınırlamaları (immanente Grenzen) ortaya çıkarıp çıkarmadığı sorulabilir. Böyle bir soru olgusuna olumlu yaklaşmak gereklidir; çünkü temel haklar mutlak değil, Anayasanın ya da Sözleşmenin bütünü bağlantısında diğer temel haklar ile birlikte nlsbî olarak dikkate alınır- lar<sup>17</sup>. Temel hakkın yapısında varolan sınırlar, devlet menfaati lehine muhtemel ek sınırlamalar anlamına gelmez<sup>16\*</sup>. Kişinin, temel hakkını kullanırken diğerlerinin Sözleşme ya da anayasal haklarının geri planda kalabilmesine vesile olacak mahiyette daha fazla genişletilemeyeceği anlamına gelir. Bu suretle temel hakkın yapısında mevcut sınırlar, biri için Öz garantisini oluştururken diğeri için temel hakkı teminat altına alma işlevi görür<sup>169</sup>. 17 nci maddede, "Bu Sözleşmenin bir hükmü Sözleşmede hükme bağlanmış olandan daha geniş ölçüde sınırlamayı amaçlayan ... bir ... biçimde yorumlanamaz" kuralı, devlet-vatandaş ilişkisinde kendisini bu <sup>156 157 158 159</sup>

156. 25.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 36, EuGRZ 1982, 153 (156) AİHM "demokratik toplum\* bağlantısında 13.8.1981 tar. Young, James. webs- ter kar. parag. 63'e atıfta bulunularak, çoğulculuk, hoşgörü, açıklık, azınlığın korunması ve ölçülülük prensibini vurgulamaktadır.
157. HÂBERLE, P., "Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, Abs. 2, Grundgesetzes 1983, 325 vd.; EHMKE, H. "Prinzipien der Verfassungsinterpretation". in: Dreier, Schwegmann 1976, s. 164 (187 vd); HESSE, K., "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 13 Aufl. 1982, Kenar-Nr. 17 vd.(20).
158. HESSE. K., özel bir İtina İle teminatların her sınırlandırılmasının sadece Anayasa ya dayandırılması zorunluluğuna işaret etmektedir, a.g.e., Kenar-Nr.309; Aynı düşüncüyü HÂBERLE, P., paylaşmakta, "temel hakların önemi ve onu sınırlayan hukukî değerlerin sadece Anayasa düzeyinde belirlenmesini" vurgulamaktadır(32); İçerikte var olan sınırlamalara (immanente Grenzen) ve öz kavramının içeriğine Anayasa'nın bütünlüğü yansımaktadır" a.g.e., 329 vd; Bunun için ayrıca bkz.: AİHM'nin 6.9.1978 tar. Klass kar.parag. 42.59. EuGRZ 1979, 278 (284, 286, 287).
159. HESSE. K., a.g.e., Kenar-Nr. 308, 317, 318, 332; HÂBERLE, P-, a.g.e.. s. 58.

kapsamda göstererek<sup>160</sup>, ölçülülük dışı sınırlama yasağına uyulmasını saptamıştır. Böylece her özel kayıtlama; (1) vatandaşlar için temel hakların sınırlarını belirlerken, (2) devletin sınırlandırma yetkisini göstermekte, (3) aynı zamanda bu yetkinin sınırlarını çerçevelemekte, esas batlılarıyla ortaya çıkarmaktadır. Bu muhakeme çerçevesinde temel hakkın öz İçeriği, özel olanakların geçerli kıldığı sınırlamaların sona erdiği yerde başlamaktadır<sup>161</sup>; Sözleşme meşru sınırlandırma amacına uygunluk ilişkisi içinde bulunmadığı anda sona ermektedir, yani öz'e dokunmaktadır. Bu durumda kamu yararının korunması ve Özel bir değer atfedilen temel haklara riayet<sup>162</sup> <sup>163</sup> arasında adil bir denge temin edilememiş olmaktadır. Sonuç olarak AIHS'nin 17 ve 18 inci maddelerinden öz garantisine ilişkin olarak üç bakış açısı oluşturulabilir: (a) 17 nci maddenin öngördüğü; "Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü ... hak ve özgürlüklerden herhangi birini yok etmeyi... amaçlayan ... hakkı verir biçiminde yorumlanamaz" hükmü, temel hakları 15 İnci maddedeki olağanüstü hal dışında, ortadan kaldırmayı ya da askıya almayı yasaklamaktadır. (b) 18 inci madde her sınırlandırmanın kesinlikle belirtilen amaca yönelik olarak gerçekleştirilebileceğini tespit etmektedir. (c) 17 nci maddenin "yukarıda belirtilen hükmü; her meşru sınırlandırmanın sona erdiği yerde öz İhlalinin başladığı, her öz ihlalinin başladığı yerde ölçülü sınırlandırma yetkisinin sona erdiği anlamına gelir; kısaca öz ihlalinin başladığı yerde ölçülülük sona ermekte, ölçülülüğün sona erdiği yerde öz ihlali başlamaktadır.

Bu üç bakış açısıyla 17 ve 18 inci maddeler, sübjektif ve objektif teminatlar olarak temel hakların maddî içerikli anlamını vurgulamaktadır. Bu anlamda temel hakları bağlayıcı bğL onların İşlevini güçlendirmiş olmaktadır<sup>163</sup>. Mahkeme de, kararlarını bu anlamda gerekçelendirmektedir.

160. HESSE, K., a.g.e., Kenar-Nr. 332-334: HÄBERLE. PL a.g.e., s.58 vd.; MÜLLER, J.P., "Elemente elner schweizerischen Grundrechtsüerte", 1982. s.7.9 vd., 122, 152, 155.

161. HESSE. K., a.g.e., Kenar-Nr. 332.

162. 23.7.1968 tar. Belçika dil dav. kar., Alm. ter., band 2. s.28. parag 5.

163. GURADZE, H., "Die Europaeische Menschenrechtskonvention" 1968. s.202 vd.; PARTSCH, H.J., 17 nci maddenin. Özgürlüklerin kullanılmasının maddî sınırlarını içerdiğini, 18 inci maddenin ise. sınırlamaların özelliğini teminat altına aldığını belirtmektedir, bkz.: "Die Rechte und Frelheiten der Europaeischen Menschenrechtskonvention". in; Die Grundrechte, Hrg. Bettermann. Nuemann. Nipperdey, Band 1, s.235 vd. (303,314); HERZOG, R.. 17 nci maddeyi Özgürlükçü demokrasinin koruyucu normu olarak anlamaktadır; 18 inci maddeyi ise, beyan edici yapıda olduğuna, bu suretle yönlendirici İşlev gördüğüne, ancak bundan ölçülülük prensminin oluşumunun da gözardı edilmemesine dikkati çekmektedir. Bkz., "Das Grundrecht auf Frelheit in der europaeischen Menschenrechtskonvention", in; AÖR 1961, s.194 vd.

#### IV. Mahkeme gerekçeleri

Mahkeme, önceki açıklamalarda belirtildiği gibi yargılamasında 17 ve 18 inci maddelere seyrek olarak dayanmaktadır; hoşgörülebilir meşru sınırlandırma ve Sözleşmede yer alan bir hakkın özünün ihlali arasındaki sınırın belirlenmesinde daha çok ölçülülük prensibini kullanmaktadır. Doğrudan öz ihlalinin tespitinde ya da menfaatlerin adil bir dengede olmadığını belirleyen kararlarında, yasal olarak öngörülen amaca yönelik tedbirin mahkumiyetinde, belirleyici kriter yine ölçülülüğe uymamak (dispropositionalitaet) olmaktadır.

##### 1. Doğrudan “öz” gerekçesine dayanma

Mahkeme, hakkın özünün İhlali konusuna bazı kararlarında<sup>1\*4</sup> değinmiştir; ancak sadece 13.8.1981 tarihli Joung, James, Webster kararında, 11 İnci maddenin 2 nci fıkrasındaki özel kayıtlama nedenlerini araştırmaya gerek görmeden<sup>\*\*</sup>, alınan tedbirlerin özgürlüğün özü gerekçesi bağlamında<sup>1\*</sup> Sözleşmeyi ihlal ettiğinin tespitini gerçekleştirmiştir. Bununla beraber bu kararda; genel anlamda ve mutlak olarak “öz” alanını belirleme ve ölçülülük prensibi kriterinden vazgeçme sözkonusu olmamıştır<sup>1\*7</sup>; çünkü Mahke-

- 
164. 23.7.1968 tar. Belçika dil davası kar. parag. 5, Alm. ter. Band 2, s.28 (Serte A, Nr.6, s. 32), 21.2.1975 tar. Golderkar. parag. 38. 40, EuGRZ 1975, 91598,99; 24.10.1981 tar. Winterwerp kar. parag. 60, EuGRZ 1979, 650(657); 13.8-1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 52,57, EuGRZ 1981, 559 (560,561); 21.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 41, EuGRz 1982, 153 (157).
165. 13.8.1981 tar. Joung, James, Webster kar., parag. 52,55, EuGRZ 1981, 555 (560, 561); daha önce 13.7.1979 tar. Marckx kararında Sözleşmenin 8 İnci maddesi ile ilgili olarak, öz kavramına vurgulanarak değinilmiş ve benzer gerekçe üzerinde durulmuştur, bkz.: parag. 31, EuGRZ 1979, 454 (455).
166. “Der Schutz der persönlichen Meinungsfrelhelt. den dle Art. 9 und 10 İm Rahmen der Gdanken-, Gewlssens-. Rellgions- und Meinungsfrelhelt gewaehrleiten, ist auch elnes der Schützgüter der İn Art. 11 gewaehrleisteten Verelnigungs-frelhelt. Demnach verletz es den Wesensgehalt (the very substance of the freedom) dleser Bestlmmung wenn wle in den Fallen der Bf., eln Druck ausgeübt wird. einer Verehnlngung beizutreten, dle den Überzeugungen elnes Betroffenen zuwiderlauff”. Joung. James. Webster kar. parag. 57. EuGRZ 1981. 561.
167. Soyut temel hak norm ilişkisi İcin. bkz. MÜLLER, J.P., “Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie” 1982, s. 152.

me, örgütlenme özgürlüğü ile ilgili zorlamanın her şeklini dışlamamıştır\*<sup>169</sup>. Mahkumiyet için belirleyici olan daha çok zor kullanmaya ilişkin teknik ve bunun ortaya çıkardığı sonuçlardı<sup>170</sup>. Zorlamanın bu şekli, örgütlenme özgürlüğünün özünü zedelemiştir; çünkü üye olmaya zorlamanın uygulanmasıyla başvuruda bulunanların kişisel inançlarına ilişkin özgürlüklerinin (9., 10. mad.) özüne dokunulmuşlar<sup>170</sup>. Temel hakların sınırlandırılmasında, söz konusu temel hak anlamının maddî bağlayıcılığı düşüncesine ve ölçsüzlük ya da aşın sınırlandırma yasağına uyulmadığı görülmüştür. Somut olarak azınlığın korunması prensibi bağlamında demokratik toplum prensiplerine dayanma, kararın tamamlayıcı mahiyette gerekçesini teşkil etmiştir<sup>171</sup> \*.

## 2. Toplum ve kişi menfaatleri arasında adil denge

Bireysel ve toplumsal menfaatler arasında "adil bir denge"nin<sup>TO</sup> olması gereğine, sık olmamakla birlikte kararlarda değinilmiştir; ancak açık olarak sadece 23.9.1982 tarihli "Sporrong et Lönnroth" kararında, toplum yarar ile bireysel menfaat arasında ölçülülük prensibine uyulmamasına İstinaden bir mahkumiyet kararı verilebilmiştir<sup>173</sup>. 6.9.1978 tarihli Klass kararında ise, terör suçlarına

- 
168. 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 52, EuGRZ 1981, 559 (560,561).
169. Tazminat ya da yeniden İstihdam edilme olanağını öngörmeden, uzun yıllar yürürlükte olan İş İlişkisinin feshedilmesi ve bunun sonuçlarından olan varolma dayanağından (Verlust der Existenzgrundlage) yoksun kalma; bkz. a.g.k.. parag. 54.55, EuGRZ 1981. 560, 561.
170. A.g.k.. parag. 57, EuGRZ 1981, 559 (560,561).
171. A.g.k.. parag. 63,65, EuGRZ 1981, 559 (562).
172. Bu konu içerikli kararlar için bkz.: 23.7.1968 tar. Belçika dil davası kar. parag. 5. Alm.ter.. Band 2, s.28; 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar, parag. 63,65, EuGRZ 1981, 559 (562); 23.9.1981 tar. Sporrong et Lönnroth kar. parag. 73, EuGRZ 1983, 523 (527); 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar. parag. 40. EuGRZ 1985, 477 (483),
173. 23.9.1983 tar. Sporrong et Lönnroth kar. parag. 73, EuGRZ 1983, 527: Young, James. Webster kararında tüm denetim sürecinde, daha çok tedbirlerin zorunluluğu ve ölçülülüğü üzerinde durulurken (parag. 59-64), adil denge (proper balance) sonuç değerlendirmede nazarı itibare alınmıştır (parag. 65). Ölçsüzlük ise belirleyici olmuştur (parag. 65).

karşı demokratik düzenin korunması amacıyla gızlđ dinleme tedbirlerinin zortmluğu prensip olarak tartışılmamıştır<sup>174</sup>. Tartışılan, normal yargılama sũrecinin dışına çıkılmasının kapsamının çok geniş tutulup tutulmadığı, normal yargılamanın yerine ngrũlen parlamenter denetim sisteminin sulstimale karşı uygun ve yeterli gũvenceler temin edip etmediği idl<sup>175</sup>. İşte burada demokratik toplum, lũ<sup>176</sup> ve korunan değer<sup>177</sup> işlevini aynı zamanda ũstlenmiř oluyordu. Temel haklar ile demokratik toplumun karşılıklı etkileşim içinde bulunmalarından ve birbirlerine sıkı bir şekilde bağımlı olmalarından<sup>178</sup>, değerler kademelenmesi anlamında bir muhahemenin yapılması<sup>179</sup> sözkonusu olamazdı. Demokratik toplumun ve bireysel hakkın korunması hedeflerinden birinin diğerini ağır bir tehlikeye maruz bırakmadan tũmũyle gerçekleştirmesi olanaksızdı; bu nedenle değişken olmayan demokratik toplumun korunması amacına<sup>180</sup> yönelik olarak, sadece değişken olan lũlũlũk tekniği nazarı itibare alınmamıştır. Demokratik toplumun korunması ile bireysel temel hakların gũvence altına alınması arasındaki uzlaşmayı gerçekleştirmeyi<sup>181</sup>, Mahkeme uygun zũm olarak grmũřtũr. Ancak bu yapılırken; iki değerin (demokratik toplum - bireysel hak) zaman içinde ve nisbilik çerçevesinde bir denge içinde değiş-

---

174. 6.9.1978 tar. Masa kar. parag. 47,48. EuGRZ 1979, 278 (284).

175. A.g.k., parag. 47-50,51 vd., 59, EuGRZ 1979, 278 (284-287).

176. "Kontrol prosedũrũnde demokratik toplum değerlerine mũmkũn olduğu kadar bağlı kalınmalıdır" a.g.k., parag. 55, EuGRZ 1979, s.285-286.

177. "Demokratik toplumu onun bũtũnlũđũnde korumak için (zum schutze elner demokratischen Gesellschaft İn İhrer Gesamtheit) bkz. a.g.k., parag. 59, EuGRZ 1979 287

178. 7.12.1976 tar. Handyslde kar. parag. 49, EuGRZ 1977. 38(42); AIHS'nin başlangıcı, parag. 4.

179. SCHNEİDER, H., "Die Gũterabwãgung des Bundesverfassungsgerichts bel Grundrechtskonflikten", 1979, s. 33.

180. SCHNEİDER, H., op.cit.. s. 203.

181. 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 59; "Der Gerichtshofist... der Anslcht, dassdas System der Konvention einen gewissen Kompromiss zwischen den Erfordemissen, elne demokratische Gesellschaft zu verteldgen und individuelle Rechte zu schũtzen", EuGRZ 1979, 278 (286,287); 7.12.1976 tar. Handyslde kar. parag. 49, EuGRZ 1977. 38 (42).

ken olması gerekir. O halde bu bağlamda Klass olayına İlişkin sorunda da; çok açık olmamakla birlikte demokratik toplumun korunması hedefi ile bireysel hakların güvence altına alınması arasında uzlaştırma sağlanarak bir dengenin kurulmak istenmesi, geniş anlamda ölçülülüğün uygulanması olarak anlaşılabilir

### 3. Demokratik toplumda zorunluluk

Mahkeme yargılamasında demokratik toplumda zorunluluk, temel hakların sınırlandırılmasında zaruri bir sosyal İhtiyacın olması şartına bağlanmıştır; bu suretle sınırlandırmanın yasal olarak öngörülen »maçla orantılı olması gereği vurgulanmıştır<sup>83</sup>. Temel hak sınırlandırmalarının “yasaca öngörülme şartının” yorumunda ise, etkin bir denetlemenin öngörülmesini istemek suretiyle hukukun üstünlüğü prensibinin yürürlük kazanmasına işaret etmek İstemmiştir<sup>182 183 184 185 186</sup>. Bunun gerçekleştirilmesini, hak arama yolunun açık tutulması ve bunun yürürlüğünün önceden görülebilir olması şartına” bağlamıştır. 25.3.1983 tarihli Silver kararında, bu şartın yerine getirilmemiş olduğunu ilk defa tespit etmiştir<sup>1</sup>.

---

182. HESSE. K., “Grundzüge des Verfassungsrecht, der Bundesrepublic Deutschland”, Kenar-Nr. 72,332; Schneider, H., op.dt.. s.203.

183. 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 48,49, EuGRZ 1977, 38 (41.42); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 53, EuGRZ 1983, 488 (491); 25.3.1983 tar. Silver kar. parag. 97, EuGRZ 1984, 147 (15 İK ÇAĞLAR, B., “Anayasa Bilimi”, s. 161; KABOĞLU, İ., op. cit., 129.

184. 25.3.1983 tar. Silver kar, parag. 90. EuGRZ 1984, 147 (150), burada Klass kararında vurgulanan “demokratik toplum” a atıfta bulunmaktadır.

185. Bu, daha önce 24.4.1979 tar. Sunday Times kararında (parag. 49) açıklanmıştır. EuGRZ 1979, 386 (387); Silver kararında (parag. 86-88) Sözleşmeye uygun standart kriterine ilişkin tekniğin üç boyutu formüle edilmiştir: bir tedbir, (1) İÇ hukukta düzenlenmiş, (2) bu düzenleme (umuma açık) erişilebilir ve (3) hukukî sonuçları önceden görülebilecek derecede açık formüle edilmiş olmalıdır ki, yasal olarak öngörülmüş sayılsın (EuGRZ 1984, 147 (150)).

186. A.g.k., parag. 91. EuGRZ 1984, 147 (150,151); 26.4.1979 tar. Sunday Times kararında çoğunluk, yaygın yasağının Contempt of Court prensipleriyle öngörülmüş olduğu kanaatini taşıırken, diğer görüşü benimseyen azınlık ise, (bu hukukî kuralın) önceden bellılenebilmesinin (erişilebilirliğinin) zorluğu nedeniyle karşıoy yazılarında bulunarak cevap vermişlerdir: bkz. EuGRZ 1979. 386 (391-393), Serte A. Nr. 30, s. 58-62; 67. 68, 69.



Yargılamada, meşru (yasal) hedefe yönelik amaç içerikli sınırlamada fazla bir zorlukla karşılaşıldığı görülmemiştir<sup>1\*7</sup>. Sözleşme, düzenleme kayıtlamaların bir taraftan oldukça geniş çerçeveli tutarken, diğer taraftan da bunları bağlayıcı ve kesin olarak saymak suretiyle sınırlandırmıştır<sup>19\*</sup>. Bunlar devletin yasama faaliyetine ilişkin yetkisine içerik bakımından yönlendirici<sup>1\*\*</sup> etkide bulunurlarken. Mahkemeye de özerk yorum<sup>1'''</sup> olanağı sağlarlar ve ölçülülük denetiminde bağımsız konumda bulunma işlevi verirler.

Meşru hedefe erişme yönünde uğraş verilirken seçilen tekniğin elverişliliği, ulusal hukukta daha çok gerekliliğin mantıklı şartı olarak kabul edilir<sup>181</sup>. Ancak Mahkeme buna vurgulayarak değinmemiştir; bununla beraber onu (tekniğin elverişliliğini) zorunluluğun denetimi kapsamında mütalaa etmektedir<sup>1'''</sup>. Mahkemenin bu çekişenliği, amaca uygunluk, bu suretle yerlndelik denetiminde bulunduğu kanısını vermek istemediği gerekçesiyle açıklanabilir<sup>187 188 189 190 191 192 193</sup>. Bununla beraber geçmişe yönelik bir değerlendirme<sup>194</sup> genel olarak devletin kurumlarını verilerini içerdiğinden, amaca uygunluk denetimi, her zaman kesin olarak elverişlilik kriterinden ayrılamaz. Bu ise Mahkemenin, bir tedbirin elverişliliğini açıkça vurgulayarak üzerinde durmaması nedenini teşkil edebilir.

- 
187. Ayrıntılı tetkike gerek duyulmayan kar. için bkz. : Handyside kar. parag. 46, EuGRZ 1977,38 (40); Sunday Times kar. parag. 57. EuGRZ 1979,386 (388) ; Young. James. Webster kar. parag. 60, EuGRZ 1981,559(561). Buna karşılık özerk (bağımsız) yorum için bkz.: Ceza hükümlülerinin temel hakları ile ilgili olarak, Golder kar. parag. 45, EuGRZ 1975,91 (100); Düzenin muhafaza edilmesi, sadece kamu düzenini değil, ama bir grup içindeki düzenle ilgili olarak, Engel kar. parag. 98, EuGRZ 1976,221 (237); Diğerlerinin hakları, moral değerlerin korunması, Dudgeon kar. parag. 45-47 EuGRZ 1983,488 (490,491)
  188. 21.02.1975 tar. , parag. 44, EuGRZ 1975,91 (100)
  189. GRABİTZ. E, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in : AÖR 1973 (98), s. 602 vd.
  190. Bununla ilgili olarak bkz. Handyside kar. Hakim Mosler'in karşıoy yazısı. EuGRZ 1977,38,50, parag. 2 (51).
  191. BLECKMANN, A., " Allgemeine Grundrechtslehren" 1979, 260 vd.; HESSE K., Grandzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1982, Kenar-Nr. 318; BERKA, W., loc. cit., 373,431; MÜLLER, J.P., "Hemen teiner schweizerischen Grundrechtstheorie". 1982, 133 vd
  192. 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 58. EuGRZ 1977,38 (47,48). Mosler'in adı geçen karar hakkında karşıoy yazısında bu vurgulanarak sözkonusu edilmiştir. Mosler moral değerlerin korunmasında müsaderecin zorunlu olarak gösterilmesine karşıdır. EuGRZ 1977, 52, 53; bunun için ayrıca bkz.: Sunday Times kar. parag. 64; Yeterli ivedi sosyal ihtiyacın bulunmaması hakkında parag. 66, 67, EuGRZ 1979,386 (389-391); 13.08.1981 tar. Young James, Webster kar. parag. 64, EuGRZ 1981,559 (562); 22.10.1981 tar. dudgeon kar. parag. 60, EuGRZ 1983,488 (492).
  193. 7.12.1976 tar. Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen kar. parag. 53, 54. EuGRZ 1976, 478 (485-487); 18.1.1978 tar. Ireland- Birleşik Krallık dav. kar. parag. 214. EuGRZ 1979, 149 (156); 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 49, EuGRZ 1979, 278 (285).
  194. 18.1.1978 tar. İrlanda Birleşik Krallık dav. kar. parag. 214, EuGRZ 1979, 149 (156)

Temel hak sınırlamasının gerçek bir zaruri sosyal ihtiyaç ne\* deniyle gerekip gerekmediği hususundaki değerlendirmede Mahkeme, devletlere takdir olanağı tanımaktadır; ancak Sözleşme bakış açısıyla nihayi değerlendirmede bulunmayı kendisi için saklı tutmaktadır<sup>185</sup>. Tartışma konusunu oluşturan soruna ilişkin tedbirleri onayladığında, zaruri bir ihtiyaç hakkında açıkça mütalaada bulunmaktan çekinerek, dışarıya karşı şekli bir çerçevede egemenlik yanlısı görünümünü vermektedir<sup>14</sup>. Zorunluluğu kabul etmediğinde ise, bağımsız değerlendirmesine dayanarak ivedi bir sosyal ihtiyacın (pressing social need) olmadığını gerekçelendirme mecburiyetini duymaktadır. Bunu yaparken de ölçülülük (proportionalität) kriterini dayanak olarak kullanmaktadır.

ölçülülüğün denetiminde, öncelikle objektif görünümüne rağmen daha çok devlet içi olgulara bağlı olarak değerlendirmede bulunmaktadır. Bu, devlet tarafından seçilen tekniğin, yöneltilen hedefe olan ilişkisinin devletin verilerine dayanılarak muhakeme edilmesi anlamına gelir. Bu çerçevede Mahkeme, Sözleşmeyi değerlendirmede özerk davranarak, meşru hedefi yönlendirici olarak algılamaktadır; buna olay içeriğini ve amacın gerçekleştirilmesi için seçilen tekniğin gerekliliğini nazarı itibare alarak gerçekleştirdiği değerlendirmesini de eklemek lâzımdır. Böylece bu iki faktör ( (1) yönlendirici hedef ve (2) vasıtaya ilişkin değerlendirme), Sözleşme ölçüsünde değerlendirilmektedir. Koruma amacı ve koruma tekniğinin koordinasyonunun ölçülülüğe uygun bir çerçevede gerçekleştirilmesi. karar problematizminin esasını oluşturmaktadır. Bu koordinasyonun kriteri ise, öncelikle söz konusu olan Sözleşme teminatının bireysel hukuki ve kurucu anlamı ve son belirleyici olarak da "demokratik toplum" prensipleridir Bu mahkemeye dayanarak gerçekleştirilen sonuç karşılaştırması, devlet tarafından seçilen çö-

195. 25.3.1983 tar. Silver kar. parag. 97, EuGRZ 1984,147 (151,152)

196. Bunun için bkz., Si İver kar. parag. 101-103, EuGRZ 1984. 147 (152, 153); krş. 2210.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 49, EuGRZ 1983,488 (491).

197. ölçülülüğe uygunluğun koordinasyonuna ilişkin metod hakkında bkz.: SCHNEIDER, H., "Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten" 1979, s. 31, 203; HESSE, K., Grundzuges des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Kenar-Nr. 318; demokratik toplum Ölçüsü için; BERKA, W.. "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die österreichische Grundrechtstradition, ÖJZ 1979, s. 373; BLECKMANN, A., "Allgemeine Grundrechtslehren" 1979, s. 19; HABERLE, P., "Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, Abs. 2 Grundgesetz" 1983 277; HOFFMANN. R.U.. "Die Möglichkeiten Der Grundrechtseinschränkung nach Art. 8-11 Abs. 2 EMRK" 1976, s. 78 vd.

zümün uygun olup olmadığı kararını oluşturur. Bu tespit, düşünce ve bilgilenme özgürlüğünün subjektif ve objektif anlamının belirleyici olduğu 26.4.1979 tarihli "Sunday Times" kararında geçerli olmuştur. Aydınlatılmış bir kamuoyunun yargının işlevi açısından objektif anlamı, Thalidomil ilacından zarar görenlerin menfaatleri için yargı otoritesinin mutlak olarak muhafazasını gerektiriyordu. Demokrasi ve tartışmayı oluşturan makalenin konusu ise genel yarar bakımından Mahkeme otoritesi ile ilgili olarak aynı şekilde davranmaya bağlıydı. Başka bir anlatımla, aydınlatılmış bir kamuoyunda yargı işlevinin objektif anlamı, özel ve genel menfaatin gerçekleştirilmesine İmkan vermektedir, ancak bunun için yargının bağımsız ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi hedefinde esnek davranılması, adı geçen kararda kaçınılmaz görülmüştür. Bunun İçin Thalidomil İlacı ve bu ilaçla ilgili dava hakkında yayın yasağının devamını onaylamak haklı görülmemektedir, düşünce özgürlüğü ve demokratik toplum lehine, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının gerçekleştirilmesi hedefi aleyhine tavır almak gerekli bulunmuştur. Bu karar, yarışma halinde olan hukuki değerlerin, uygulamada başardı bir uzlaştırma denemesini içermektedir. Benzer durum, 13.8.1981 tarihli Joung, James, Webster kararında görülür; Mahkeme istatistik bilgilerine dayanarak sendikaların düzeyini, onları mücadele gücünü teminat altına almayı gerçekleştirme büyüklüğünde görmüş ve üye olmaya zorlama tekniğini gerekli \*\*

---

198. 26.4.1979 tarSundaylimes kır. parag. 65-67, EuGRZ 1979,386 (390,391); ÇAĞLAR. B., op. dL, s. 31-33,46

199. Bununla ilgili deftin için bkz., HAILBRONNER, K., loc. dt, s. 372-373. Hailbronner AİHM'mn kural-itti ana yaklaşımını eleştirmekte, ivedi sosyal ihtiyaç ölçüsünün esnek bir uygulamasını ve pratik bir uyumun gerçekleştirilmesini önermektedir. Ancak kural-istisna yaklaşımına rağmen, yansan değerlerin "pratik olarak uzlaşılmasının" gerçekleştirildiğini söylemek olanaklıdır. Çünkü AİHM tartışma konusunu oluşturan makalenin, bir kararın (mahkeme kararının) oluşumunu önceden belirlemediğini, yargı saygınlığı ile uyumlu bulunduğunu tavrı ile göstermiştir; böylece AİHM her iki tarafa (basın, kamuoyu ve yargı) yönelik olarak, olaya doğru, ölçülülüğe uygun sınırlamaları desteklemiştir. Bu bağlamda kural olarak temel hakkı vurgulayarak, 10'uncu maddenin 2'nci fıkrasındaki kayıtlamaları titiz ve özerk olarak yorumlamak suretiyle, öncelikle İngiliz düşüncesine karşı tavır almıştır. İngiliz hukukunun "contempt of court" kuralına İstinaden, basın özgürlüğünü itina ile muhakeme etmiştir; İngiltere'de Özel olarak bir anayasa düzenlenmiş doladığından eşit derecedeki hukuki değerlerin muhakemesini yaparken, Sözleşmenin bir bütün olduğunu ve sınırlandırma kayıtlamalarının Özelliğini vurgulamıştır (18'inci maddenin ayrıca gözönünde bulundurulması, anlaşılma kolaylığı bakımından gereklidir.). Bu bağlamda, ilgili temel hak ve korunan değerlerin sınırlandırılması arasındaki muhakemenin. Sözleşmenin bütünlüğü nedeniyle sadece Sözleşmeye dayanarak ve özerk olarak gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir.

bulmamıştır<sup>200</sup> 201 202 203 204 205. "Azınlığın korunması demokrasi prensibi" gereğine dayanarak; sendikaların küçük çaptaki zayıflamalarının düşünülebilir boyutta olduğunu, herşeyden önce iş ilişkisinin Sendikaya üye olmamaya istinaden feshedilmesinin sonuçları bakımından ölçülü olmadığını açıklamayı, zorunluluk addetmiştir. Buna karışık 22.10.1981 tarihli Dudgeon kararında, hoşgörü temel prensibi belirleyici olmuştur<sup>1W</sup>. Mahkeme meşru amaç olarak moral değerlerin korunmasını tanımıştır; hatta gençliğin korunması amacı için<sup>203</sup> ceza takibatının uygulanması tekniğini, haklı görmüştür. Bununla beraber erginler arası serbest (homoseksüel) ilişkilerin cezalandırılabilirliğinin, zorunlu bir sosyal ihtiyacın yokluğu nedeniyle reddetmiştir. Bu konuda toplumun moral değerleri üzerinde herhangi bir tahribatın olmadığına ve sıkı bir yasal uygulamaya gerek duyulmadığına dayanılarak, ulusal kurumlarca son yıllarda ceza takibatının gerçekleştirilmemiş olması gerekçesi, Mahkemenin bu kararının oluşumunun belirleyicisi olmuştur. Özel sahaya yönelik zararlı etkiler ile bunun için ileri sürülen nedenler arasında özellikle ölçülülük bakış açısıyla cezalandırılabilirlik, uygun bulunmamıştır. Toplumun bir grubunun moral değerleri hoşgörü ile karşılamaması, diğer bir grup erginlerin seksüel yaşamının ceza takibatına maruz kalmasını haklı çıkarmaz Ancak cezalandırmamanın, muvakafat etme anlamına gelmediği<sup>206</sup> de bu bağlamda belirtilmelidir. Bu suretle Mahkeme; hem Özel sahaya İlişkin temel hakkı, hem de toplumun haklı koruma ihtiyaçlarını birlikte gözönünde bulundurmuş, her ikisini sınırlandırarak adil olmayı denemiştir. Ölçülülük bakış açısıyla demokratik bir toplumda hoşgörüyü gerçekleştirmek için onları birbirleriyle koordine!! tutma düşüncesini egemen kılmıştır. Böylece moral değerlere karşı olanlar ile bu değerleri muhafaza etmek isteyen gruplar, aynı toplumda birlikte yaşayabilirler; bunun ortaya çıkardığı sonuç ise, pratik bir uzlaşmadan başka bir şey değildir.

200. Young, James, Webster kar. parag. 64, EuGRZ 1981,556 (562).

201. A.g.k., parag. 65, EuGRZ 1981,562

202. Duijeon kar. parag. 60, EuGRZ 1983,488 (492).

203. A.g.k., parag. 47-49, EuGRZ 1983,490,491.

204. A-g.k., parag. 60. EuGRZ 1983,492.

205. A.g.k., parag. 61. EuGRZ 1983,492,493.

çalışmanın bu kısmının değerlendirilmesi, bazı saptamaları ortaya çıkararak yapılabilir : “Demokratik toplum”; Sözleşme haklarının (1) yorumunda, (2) özel sınırlandırma kayıtlamalarında, (3) ve bunun gibi genel sınırlandırmalarda yönlendirici olmaktadır: temel hakların sınırlandırılmasında son ölçü işlevi görmektedir ki, (4) onun bu konumu “öz” garantisıyla karşılaştırılabilir.

Temel hakların, düzenleme kayıtlamalarının ve son ölçü işlevi gören “demokratik toplum” yorumunda, Mahkeme, konumunun gerektirdiği gibi özerk çalışmaktadır. Bu çalışma sürecinde Mahkemenin bir hukuki karşılaştırmayı esas alması<sup>206 207 208</sup>, kararının işlevi bakımından<sup>207</sup> ve maddi hukuki nedenlerle<sup>208</sup> uygun ve doğru te-

- 
206. Ulusal hukuktaki anayasalardan farklı olarak Sözleşme, korunan hukuki değerlerin ve kamu menfaatlerinin ayrıntılı bir sayımını içermemektedir. Kamu menfaatleri ile bireylerin özel haklarına sadece daha çok genel hükümlerle değinilmiştir. Buna istinaden sorunların çözümü için muhakeme tekniği oluşturulmaktadır. Doğrudan Sözleşmeye dayanarak sınırlandırmayı haklı çıkaran hukuki değerini derecesini belirleyen ölçülerin oluşturulması, istisna teşkil eder; bu nedenle, insan hakkı ile sınırlayıcı hukuki değer arasında doğru ilişkilerin oluşturulmasının, demokratik toplumun kurucu prensipleri belirli bir değerlendirmeyi zorunlu olarak öngörmüyorsa ulusal anayasalara bırakılması uygun olur. Krşl. HAILBRONNER, K., “Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft” in : Festschrift für H. Mosler, 1983, 359 (372). Ancak bu bağlamda, kurucu prensiplerin son ölçüler olarak sözkonusu olması kaçınılmaz görünmektedir; çünkü ulusal anayasalarda, Özel ve genel menfaatlerin tümünü içine alan ayrıntılı bir muhakeme tekniğini her zaman öngörmemektedir. Bu konu ile ilgili olarak 1982 Anayasasının 13’üncü maddesi, önce genel sınırlandırma olgusunu belirterek, sonra da Özel sınırlandırmalara atıfta bulunarak özel bir durum oluşturur. Federal Alman Anayasası ise, daha çok genel sınırlandırma tekniğini benimser, bkz. Fed. Al m. An. 19’uncu mad. AİHM, genel anlamda temel hakların kural karakterini vurgulamaktadır; bireysel ve toplumsal menfaatler arasında adil bir dengeyi hiyerarşik derecelendirme ile değil, nisbi ölçülü bir eşgüdümle temin etmeyi denemektedir. Hailbronner, Avrupa standardının ortaya çıkarılmasında “hukuki karşılaştırmaya” dayanmayı önermektedir: “Demokratik toplum” kavramı bağlamında hukuki karşılaştırma sadece sınırlayıcı hukuki değerler (kamu düzeni, moral değerler... vs) bakımından değil, bunun yanında aynı zamanda sınırlama metodunun belirlenmesi ve onun somuta uygulanması bakımından da anlamlı olduğu yadrganamaz” (loc. cit., s376). Ancak şu geççeği de vurgulamaktadır: “Buna karşılık somut olayda ölçülülük prensibinin kullanılmasının... problem oluşturması mümkündür” (s. 376); işte bunun içindir ki, sorunun zorluk göstermesi halinde, AİHM özerk olarak karar vermesi zorunludur.
207. Mahkemeyi aşın derecede meşgul etme tehlikesi nedeniyle; her karar verme sürecinde hukuki karşılaştırma metodunu kullanarak, bunun sonuç değerlendirmesini bağlayıcı kabul etmek, uygulama gerçekliği ile bağdaştırmak kolay değildir; çünkü Mahkeme halihazırda gereğinden fazla yoğunlukta bir çalışma ile meşguldür, denebilir. Bununla beraber, hukukun geliştirilmesi Mahkemenin görev alanındadır ve bu görevi yerine getirirken gereğini yapması, onun yükümlülüğü altındadır(Aths’nin başlangıcı).
208. 18.1.1978 tar. Ireland- United Kingdom kar. parag. 154, EuGRZ 1979, 149 (152, 153); 13.6.1979 Marekx kar. parag. 58, EuGRZ 1979,454 (460); 6.11.1980 tar. Guzzardi kar. parag. 86, EuGRZ 1983,633 “Die Urteile des Gerichtshofs dienen auch dazu. “die Bestimmungen der Konvention zu erläutern, zu schützen und weiterzuentwickeln und so zur Respektierung der von den Vertragsstaaten eingegangenen Verpflichtungen beizutragen” (637i

laklı etmek zordur. Gerçi Mahkeme temel hak ve problemlerinin açıklığı kavuşturulmasında sadece ikincil (subsadlar) konumunda yetkilidir. Bir hukuki sorun, devlet içi ulusal hukuk kapsamında tatmin edici bir çözüme ulaştınlamadığımda Komisyon önüne getirilir. Orada da "dostça bir uzlaşma" ile sonuçlandırılmadığımda (AIHS 28\*inci b md.), son bağlayıcı İşlevi! kurum olarak onun bağımsız ve tarafları bağlayıcı karar verme zorunluluğu oluşur. Ancak bu İşlevini yerine getirirken son ölçü "demokratik toplum"u özerk olarak yorumlamak mecburiyetindedir.

Hukuki karşılaştırma, bir standardın kabulünün devletler uzlaşması bakımından değerlendirilmesinde <sup>270</sup> öncelikle yardımcı işlev görür. Ancak bu bağlayıcılık anlamında anlaşılmalıdır, çünkü ulusal kuralların, dar çerçevede işbirliği yapılarak ortaya çıkarılanlar aracılığı ile Mahkeme önüne getirilen problemin çözümünde kullanılması, çok seyrek olarak "elverişli Avrupa standardını" ortaya çıkarabilir. Burada, sözkonusu olan temel hakların ve "demokratik toplumun" <sup>209</sup> <sup>210</sup> görünüm şekillerinin belirgin olarak önceden öngörülmesi değil ama belirli temel prensiplere uyulmasıdır. Demokratik bir toplumda Sözleşme temel haklarının hukuki kapsamı, önemli bir ağırlığa sahiptir; ama onların gerçekleştirilmesine yönelik her özel bakış açısı aynı anlamı algılamaya açık değildir. Demokratik toplumdan çıkarılan temel prensipler, temel hakların gerçekleştirilmesinde bir sistem oluşturmuştur. Onlar Sözleşme temel haklarını temin ederken, aynı zamanda tüm devletleri bağlayan, "Avrupa kimliğinin" devlet içi hukuk gerçekliğine dönüşümü işlevini de ötürler

---

209. "Kararın kabul derecesi; Mahkemece, demokratik toplum yapısını oluşturan unsurların somutlaştırılmasının uygun tarzda yapılmış olduğunun aynı zamanda bir belirtisini teşkil eder", HAILBRONNER, K., s381. Aynı yazar doğru olarak şu hususu da ilave etmektedir: "Mahkeme Ölçüsünün doğruluğu üzerinde son sözü üye devletler söylerler". Mahkeme, öncelikle son ölçüyü somutlaştırmakta ve belirgin hale getirmektedir: Devletler de Sözleşmenin 52-54 maddelerine uygun olarak, son bağlayıcı konumdaki bu kararı kabullenme ve uygulama yükümlülüğündedir. Devletler buna uygunluk gösteren davranışlar içinde olmuşlardır. Bunun için bkz. RESS, G., "Die Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im innerstaatlichen Recht und vor innerstaatlichen Geri eben", in Europaeischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen, Maier (Hrsg) 1982, s. 227, vd. : GÖZÜ BÜYÜK. A., AKILUOĞLU, T., Yönetim Hukuku, s. 420

210. Buna ilişkin endişe için, HAILBRONNER, K., s. 371 vd., 375,380 vd.; buna karşılık 25.3.1983 tarihli Silver ve diğerteri-Birleşik Krallığa karşı dava kararında Mahkeme; ne AIHS'nin 13'üncü maddesinin, ne de tilm olarak Sözleşmenin belirti tarz ve şekillerine önceden tespit etmediğini vurgulamaktadır. EuGRZ 1984,147 (154); aynı görüşü MÜLLER de paylaşmaktadır: "Söz konusu olan belirti bir devlet şekli değil, ama temel hakların hedef ve şartı olarak demokratik temel düzen üzerinde Avrupa standardı uzlaşmasıdır". "Grundrechte in der Demokmie", EuGRZ 1983, s. 337 (343).

“Demokratik toplumun” prensipleri, Sözleşme çerçevesinde devlet yetkililerin maddi içeriğini belirlemede, yönlendirici işlev görürler.

Sözleşmenin İhlal edildiğine ilişkin kararın verilmesinde Mahkeme, daha çok “demokratik toplum’dan çıkarılan “ölçülülük temel prensibini” öncelikli olarak kullanmaktadır. Bununla beraber demokratik toplumun diğer prensipleri de karar-ölçüsü kapsamında değerlendirmelerde gerekçe olurlar. Ölçülülükte İse, İki ayrı değişkenin (amaç-vasıta İlişkisi kapsamında) pratik uyumunun gerçekleştirilmesi hedefine yönelik koordinasyon<sup>211 212</sup> sözkonusu olmaktadır.

Temel hakların devletçe meşru sınırlamalarının sınırına İlişkin kararlar, ilgili temel hakkın özü de belirlenmiş olmaktadır. Ancak bununla ilgili temel hakkın soyut olarak mutlak dokunulamaz bir özü ya da çekirdeği\*<sup>12</sup> önceden belirlenerek çerçvelendiğini söylemek mümkün değildir; çünkü Mahkemenin çalışması ve kararları, somut olayla ilgilidir. Ayrıca ölçülülük prensibine dayandığından mutlak değil, nisbidir. Sonuçta Mahkeme mutlak teoriyi benimseyenlerinde elde etmek istediklerini aynısını elde etmektedir ki. bu teori şu düşünceleri içerir : Temel hak tamamen devletin tasarrufunda değildir. Sınırlamaların zorunlu olduğu durumlarda da; bu sınırlandırma, ondan pratik olarak yararlanılmayacak, böylece boş, faydasız bir olgu olarak kalması sonucunu doğuracak boyut-

- 
211. SCHNEDIER, H. “Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten” 1979. s.203; HESSE, K-, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland” 1982, 386 vd.; 6.9.1978 tar. Klass kar., EuGRZ 1979. 278 vd.
212. Temel hakkın “özü” İle ilgili çalışmalar için bkz. ; SCHMİTT. G. W., “mlsbrauch und Wirkung von Grundrechten Im politischen Meinungskampf” 1968, s.213-216; KRÜGER. H., “Der Wesensgehalt der Grundrechte Im Sinne des Art. 19 GG”, DÖV 1955, s.597; DÜRIG. G.. “Der Grundsatz der Menschenwürde”, AÖR 1956 (81),s. 117; Federal Anayasa Mahkemesinin yargılanmasında “mutlak teoriden nisbi teoriye doğru bir gelişme” için bkz., HABERLE.P., “Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 Grundgesetz”, 2’inci basımında 1972 yılına kadar (s.286 vd.), 1983 yılındaki 3 ’üncü basımında 1973-1983 arasındaki gelişme İşlenmektedir; AİHS için HOFFMANN. rey, “Die Möglichkeiten der Grundrechtsbeschränkung nach 8-11 Abs.2 EMRK 1976,s. 78,79; KABAÖĞLU, ),, ‘ Kolektif özgürlükler”. s.262vd., 265 vd.; AKAD. M., “Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi”,s. 132 vd.; ARMAĞAN, S., “Anayasa Mahkememizde Kaza! Murakabe Sistemi”, s. 114 vd.; KIRATLI, M.. “Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi” s. 159 vd.; ÖRÜCÜ, E.,” 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü”; SAĞLAM, F.. “Temel Hakların Sınırlanması ve Özü”.

larda olamaz<sup>213 214 215</sup>. Sınırlamadan sonra da, ondan bir şey arta kalmalıdır<sup>21\*</sup>. Aşın sınırlamalarda; örneğin bir akıl hastasının gözetim altında tutulmasında<sup>216</sup>, bunun gibi gizli dinleme tedbirlerinde<sup>217</sup>, temel hakkın özü'ne dokunmama devlet için bir yükümlülük olarak kalmaktadır. Yargısal teminatlar da, temel hakları sınırlayan tedbirlerin zorunluluğunun ve meşruiyetinin etkili denetimini güvence altına almak zorundadır<sup>217 218</sup>.

Mahkeme yağılamasında, temel hakların özü soyut olarak mutlak şekilde tanımlanmamıştır. Böyle bir tanımlamanın işlevsel açıdan anlamlı olması da mümkün değildir<sup>219</sup>. Ne temel haklar ne de devlet otoritesine ilişkin yetkiler mutlak olgular olarak anlaşılmalıdır. Sözleşme ve devlet içi Anayasa bağlamıyla bakıldığında böyle anlaşılmasında da zorunluluk yoktur. Onlar (Söz. ve An.) devlet ve vatandaşlar için haklar ve sınırlamalar içermektedir; vatandaşların hakları devlet için sınırlamalar, devletin yetkileri va-

- 
213. 23.7.1968 tar. Belçika Dil dav. kar. parag.4 (öğrenim kuramlarına girme hakkı ve alınan diplomaların pratikte yararlanılabilir konumda olmaları...) Serle A, Nr.6. s.31, Alm.Ter., Band 2, #.27.28; 9.10.1979 tar. Airey kar., parag. 24. EuGRZ 1979, 626(627, 628); 21.2.1975 tar. Golder kar. : "Yargılamanın olmadığı bir yerde, yargılama süresine ilişkin "hakkaniyet", "açıklık" ve yargılamanın gıyapta değil, yüze karşı (huzurda) yapılmasına ilişkin kuralları hiçbir anlamı yoktur; 35. "Bir kimse için mektup trafiğinin engellenmesi, köktenci! (radikal) bir müdahale anlamına gelir", parag. 43. EuGRZ 1975, 91597.99; 9.10.1979 tar. Airey kar.parag. 24, EuGRZ 1979, 626(627, 628); 13.8.1981 tar. Young, James, Websterkar. parag. 56, EuGRZ 1981, 557C561); 1961 An. döneminde Türk Anayasa Mahkemesi de aynı doğrultuda bir tutum sergilemiştir, bkz.: ÖRÜCÜ, E., 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine göre hakkın özü kavramı ve mülkiyet hakkının özü, İstanbul 1976; AKIN, F., "Kamu Hukuku", 4. Bası, s. 399 vd.
214. HOFMANN, Remy, loc.cit., 5.80; KRÜGER, H., a.g.m., İn; DÖV 1955. S. 597.
215. HESSE, K., op.dt., Kenar-Nr. 334.
216. 6.9.1978 tar. Klass kar. EuGRZ 1979. 278 vd.
217. Akıl hastalıkları, bu hakkın (Mahkemeye müracaat ve dinlenilme hakkı) kullanılmasını şartlarının sınırlandırılmasına ya da başka bir şekilde uygulanmasının gerçekleştirilmesine neden olabilir. Ancak hakkın esasının ihlâline gerekeceği olamazlar. Bunun yanımla akü bozukluğu nedeniyle kendilerini ilgilendiren işlerde işlemede bulunamayanlar hakkında gerçekten koruyucu önlem olarak özel usul hukuku haklarının belirlenmesi mümkündür. 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 60, 61. EuGRZ 1979, 650(656-657).
218. MÜLLER, J.P., de aynı yaklaşımı paylaşmakla beraber, mutlakçı düşünceye de yatkındır : ona göre belirli sınırlar çizilerek, normal koşullarda devletin müdahalesine olanak verilmemelidir; ancak olağanüstü durumlarda bu dokunulmazlık olmamalıdır, Bkz. "Elemente elner schweizerischen Grundrechtstheorie. 1982, 152, 153; Ayrıca bkz. HÄBERLE, P.. "Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs 2. Grundgesetz, 1983, 326 vd. ve NJW 1983, 100.



tandaşlar için sınırlandırmalardır. "Öz" garantisi, devletin; (1) objektif ve sübjektif garantiler olarak temel hakların maddi anlamına bağlanmasında, (2) demokratik toplulun temel prensiplerine, özellikle onun ölçülülük prensibine uyma yükümlülüğünde mevcuttur. Buna uymayan ya da saygılı olmayan devlet, Sözleşme<sup>218</sup> ve Avrupa Konseyi Statüsü<sup>219</sup> <sup>220</sup> anlamında gerçekte demokratik değildir. Ancak böyle bir devletin, soyut olarak tanımlanan bir temel hakkın mutlak çekirdek sahasını çerçeveleyen sınırlara (özüne) eski egemenlik teorisi saplantısına uygun olarak<sup>221</sup> riayet etmemesi olağan görülebilir. Bu nedenle demokratik bir toplumda temel hakların nisbi bakış açısıyla temin edilmesi zorunludur, aynı zamanda yeterlidir de; bu zorunluluğun ve yeterliliğin Avrupa İnsan Hakları hukuku çerçevesinde uluslararası düzeyde teinin edilmesi ise, AİHM'nin yargılanmasıyla gerçekleştirilebilmektedir.

---

219. AİHS Başlangıcı.

220. Avrupa Konseyi Statüsü Başlangıcı.

221. AKAL, C.B., "sivil Toplumun Tanrısı", s.76.

## Sonuç

AİHM'nden ilk on yıl içinde çıkan kararlar sayı itibariyle azdır ve konu olarak da daha çok meşru olmayan tutukluluk ile yargılama süresinin uzunluğunu içermektedir. Bugün sadece bu konu ile ilgili haksızlık feryadının Avrupa düzeyinde duyurulmasıyla kalınmamaktadır; bunun yanında toplumsal politik içerikli sorunlar da Strassbourg organlarının önüne getirilmektedir. Ancak, eskiden olduğu gibi yargısal hakların ihlali nedeniyle<sup>222</sup> gerçekleştirilen başvurular yine yoğunluğunu korumaktadır. Bu suretle de, oldukça geniş çaplı somut olay hukuku'nun (cas-law) gelişimine ortam hazırlanmaktadır.

Sözleşmenin öncelikli amacı, demokratik bir toplumda insan haklarını uluslararası kolektif bir garanti sistemi ile yargı yoluyla korunmasıdır. Hedefi ise, Avrupa demokrasilerinin büyük ölçüde birlik ve beraberliği ile istikrarının gerçekleştirilmesidir. Buna ulaşmak için bilinçli olarak Sözleşmenin oluşum sürecindeki çalışmalar, daha çok onun uygulanabilirliği üzerinde yoğunlaştırılmıştır.

önce, Sözleşme sisteminin yapısal kurumlaşması tedricen gerçekleşerek sağlamlaşmış, Komisyon ve Mahkeme bilinçlenerek, kendilerine güvenleri artmıştır. Sözleşme devletleri de beklenen işbirliğini göstererek, Sözleşmeyi yorumlayan Mahkeme kararlarının aleniliğinin genişlemesine yardımcı olmuşlardır. Her geçen gün artan bir oranda daha farklı konular içeren başvuruların Mahkeme önüne getirilmesiyle. Mahkeme yargısının gelişmesine dayanak oluşturulmaktadır. Kararların ve kararlara olanak sağlayan sorunların büyüme süreci göstermesi, taraf konumunda olmayan devletlerin de her geçen gün artan bir oranda dikkatini çekmektedir. Kararlar, devlet içi organlar tarafından izlenerek yönlendirici işlev görmek ve karşılıklı etkilenme dinamikleri ile Avrupa hukukuna ilişkin bütünlüğün daha büyük çapta ve yoğunlukta oluşumunun gerçekleşmesine temel oluşturmaktadır.

222. Bunun için 1990, 1991 yılları içinde yayınlanan kararlarda bunu gözlemek olanaklıdır; bkz.; 8.7.1987 tar. W. Birleşik Krallığa karşı dava kar. EuGRZ 1990. s.533 vd.; 22.5.1990 tar. Weber-İsviçre dav.kar., EuGRZ 1990, s.265. ;vd.; 28.6.1989 tar. Obenneler-Avusturya dava kar. EuGRZ 1990. s.209 vd.; 23.10.1990 tar. Huber-İsviçre dav.kar. EuGRZ 1990, s.502 vd.; 20.9.1991 tar. Reinhard Helmers-İsveç kar., EuGRZ 1991, 415 vd.; 29.10.1991 Jan-Akte Anderson-İsveç dava kar., EuGRZ 1991. s.419 vd.; 30.10.1991 tar. Borgers-Belçika dav. kar., EuGRZ 1991, s.519 vd.; 27.8.1991 tar. Demledi-Malta dav. kar., EuGRZ 1991, 3.475 vd.; 21.2.1990 tar. Hakansson ve Stuesson-İsveç dav. kar., EuGRZ 1992. s.5 vd.; 29.11.1991 tar. Astrld Vermefre-Belçika dav.kar., EuGRZ 1992, s.12 vd.; 25.2.1992 tar. Pfeifer ve Brandstetter-Avusturya dav. kar., EuGRZ 1992, s.190 vd.

Öte yandan gelişimin çerçevesinin genişleme göstermesi. Mahkemeye yeni İşlevler vermiştir; o artık sadece başvuruda bulunanlarla sınırlı karar vermemektedir. Gerçi her zaman kararlarını dayanağının somut olaylar olduğunu vurgulamaktadır. Çalışma yoğunluğunun dayanağını bu olgu oluşturmaktadır. Ancak, kararlarının yönlendirici etkisi ve Avrupa standartlın belirlemesi dolayısıyla, Sözleşme yorumunun kriterlerini de ortaya çıkarmaktadır.

Sözleşmenin yorumunda uluslararası sözleşme yorumu bakış açısı, daha çok teorik çıkış noktasını oluşturur. Sözleşmenin normatif karakteri, başvuru konusunu oluşturan sorunların çeşidi, kararların somut olay dışındaki etkisi, dava sürecinde Mahkemenin bağımsızlık konumu, onun daha çok anayasal yorumunu gerektirmektedir. Herşeyden Önce önem verilen husus, temel hakların yürürlüğünü teoride değil, uygulamada etkili şekilde sağlamaktır. Bunun İçin temel haklar, ancak Sözleşmenin bugünkü veriler ışığında yorumlanmasıyla daha çok güvence altına alınabilirler. Gelişimci yorum olarak bu olgunun ve doğruluğunun ölçüsü ise, kararların kabul edilebilirliğidir. Devletler ve vatandaşlarca tasvip bulabildiğinde ve bu süreç dinimizde ancak kararlar uzlaştırıcı bir işlev görebilirler.

Mahkemenin temel hak teorisi konusunda İse, Sözleşmedeki temel hakların bireyselliği anlayışı hemen hemen ısrarlı olmadığı, onlara sayısal bakımdan daha başka anlam kazandırdığı ve çok yönlü işlevle baktığı ortaya çıkmaktadır : Temel haklar sadece devlet müdahalesine karşı özel yaşam sahasını korumakla yetinmezler; toplum ve birey yaşamı arasındaki çok yönlü bir İç içelik ilişkisi nedeniyle toplum bütününde, vatandaşları etkili biçimde korumak için düzen kuruculuğunun gerçekte yürürlüğünü de temin ederler. Bu bağlamda Sözleşmede yer alan haklar devleti, eylem işlemlerinde uyulması zorunlu genel ilkelerden pozitif yükümlülüklerine kadar yönlendirirler, vatandaşlara da kendi aralarındaki İlişkilerde karşılıklılık çerçevesinde sorumlular yükleyebilirler. Gerçi Mahkeme, Sözleşme teminatlarından, doğrudan edimde bulunma hakkını talep etmeyi ve yatay etkiyi çıkarmamaktadır; ancak sendikalara karşı AIHS'nin II'ncl maddesi ışığında, bireylerin olumsuz dayanışma özgürlüğünü de tanımaktadır.

223. Krs. KABAOĞLU. t., "Özgürlükler Hukuku", s. 128.

Mahkemenin; Sözleşmenin yorumunda temel hakların sadece koruyucu haklar olduğu şekli anlayışından hareket etmediği, aksine değişen gerçekliğe uyum başarısını gerçekleştirmek amacıyla, temel hakların maddi anlamının anlaşılması için uğraş verdiği tespit edilmektedir. Ancak bu açık "maddi Sözleşme ' anlayışının" önünde aşılması pek de kolay olmayan pratiğe yönelik sorunlar vardır. Bunların başında yorum faaliyetine ilişkin denetleme yöntemleri ve denetleme amacı gelmektedir.

Bir başvuru halinde, sadece sorumlu ya da ilgili devletçe ileri sürülen nedenlerin değerlendirmede dayanak olarak alınması yeterli değildir. Gerçekliğin ortaya çıkarılarak Sözleşme haklarının yorumunun bağımsız ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi için Mahkemenin olayı bizzat ve doğrudan tetkik etmesi de zorunludur, ancak bu suretle Sözleşme garantilerinin gerçeklikle bağlantılı ve etkin olarak yorumlanması, ve korunması olanaklıdır. Bu yöntem, 24.4.1979 tarihli Sunday Times kararında kabul edilmiştir ve Mahkeme yargılamasında konumunu sağlamlaştırarak uygulanmaktadır.

Temel hak ve özgürlükler konusunda sınır belirlemede son ölçü İse, demokratik toplumun temel prensipleridir. Seçilen teknikle yasal (meşru) olarak öngörülen amaç arasında ölçülülük prensiplerinin özellikle işlevsel önemi yadsınmaz. Bu prensipler, Sözleşme sisteminin en önemli unsurlarını teşkil ederler; çünkü "demokratik toplum", etkin bir temel hak geçerliliğinin şartı olduğu gibi aynı zamanda sonucudur da. Bunun için temel hak sınırlandırılmasında son ölçü olarak öngörülmüş olması ve içerdiği temel prensipler, Sözleşme hakları nazarında "öz" güvencesi işlevini görür.

AİHM'nin temel haklar üzerindeki her yorumu ve karar, ilgili devletin geçerli ve Sözleşmeye aykın temel hak düzenlemesi arasında sonuç olarak sınır belirleme konusunda yoğunlaşmaktadır. Bunun için Mahkeme, genellikle "demokratik bir toplumun" temel prensiplerini ilişkilendirdikten sonra, onun içerdiği temel değerleri sürekli ve esaslı bir şekilde tetkik etmeyi zorunlu görmektedir. Bu suretle demokratik hukuk devleti toplumunun esaslarını güvenceye alan uluslararası konumda bir "Avrupa Anayasa Mahkemesi" işlevini yerine getirmektedir. Ona karar vermesi için sunulan somut olay çeşitleri, bu gelişime katkıda bulunmaktadır. Ancak, somut olay dışına taşan zorlu hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Bunlar içinde özellikle; “eğitim ve öğrenim hakkı”, “basın özgürlüğü”, “sendikal haklar”, “mülkiyet hakkının korunması”, “homoseksüeller” ve “evlilik dışı doğan çocuklar” ilk sırada gelmektedir. Ayrıca, yargılama alanında usul hakları ile ilgili olarak ulusal hukuk düzenlerinin örgütlenmelerine müdahale edilmek zorunluluğu ile de karşılaşmaktadır.

AİHM uluslararası bir Mahkeme değildir. Çalışmaya başlamasından sonraki ilk on yıl içinde uluslararası Mahkeme özelliği ağır basmıştır. Bu, kişinin ya da devletin başvurusuyla bir devleti yargılayıp mahkum edebilmenin ve örgütlenmesinin uluslararası bir yapı göstermesinin bilinci etkilemesinden kaynaklanıyordu. Ancak bu kurumun; doğrudan uluslararası hukukla ya da devletlerarası ilişkiyle değil, ulusal hukuk ilişkili olarak devletler içinde Sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığının çalışmasının esas çekirdeğini oluşturduğu ortaya çıkmca, konumu da, ona karşı güven duygusu artarak belirginlik kazanmaya başlamıştır. Sözleşme sistemi, bireylerin temel haklarına riyeti amaçlayan uluslararası değil, uluslararası bir güvenceyi öngördüğünden. Mahkemenin konumunun da uluslararası değil, uluslararası olduğu farkedilmiştir. Zamanın akışı içinde bakış açısı değişimi ile; Mahkemenin denetimine karşı devletler hukuku dayanaklı itirazların hemen hemen ileri sürülmediği<sup>224</sup>, daha çok onun konu içerikli yetkisinin tartışıldığı görülmüştür. Bu da, daha çok devlet içi kuramların takdir ve düzenleme alanı ile Mahkemenin yetkisinin somut olay ile soyut norm denetimi arasındaki sınır sorunlarında olmuştur<sup>225</sup>.

Avrupa Konseyine üye devlet vatandaşlarının Sözleşme organlarına başvuru dayanağı; sadece ağır hukuki ihlallerden kaynak-

224. Burada öncelikle AtHS'nin 26'ncı maddesini hatırlatmak gerekir; ancak bu maddeye dayanarak da devletler hukuk içerikli itirazların olduğu görülmemiştir. Madde metni şöyledir : "Komisyon uluslararası hukukun genel olarak benimsenmiş kurallarına göre, ancak tüm İç yargı yolları tüketildikten sonra ve kesin kararın alındığı tarihten başlayarak altı aylık bir süre içinde bir konuyu ele alabilir\*."

225. 8.12.1983 tar. Axen kar., parag. 24 : "Die Kommission untemehme den Vrsuch, die Vereinbarkeit elner innerstaatlichen Rechstnorm mit der Konvention einer abstrakten Kontrolle durch den Gerichtshof zu unterwerfen: eine derartlge Kontrolle sehe die Konvention Jedoch nicht vor"

lanmamaktadır. Bunun yanında tophımlann yapısal sorunlarına ilişkin olarak devlet içi çözümleri yetersiz bulduklarından da kaynaklanmaktadır <sup>TM</sup>.Bu suretle devlete olan bağımlılıkta bir değişim olduğu fark edilmektedir ki, bu durum AİHM'nin uluslarüstü ya da toplumlar üstü Avrupa Anayasa Mahkemesi işlevini gördüğünün benimsendiğini gösterir.

Temel hak ve özgürlükleri koruma ve geliştirme, Avrupa Konseyinin ve Sözleşmenin erişmek istediğı “sözleşme devletleri ile kapsamlı beraberliğin gerçekleştirilmesi hedefinin” vasıtalarından birini teşkil eder. Bu, Sözleşmenin başlangıcında <sup>T</sup> açıkça ifade edilmiştir; birlik ve beraberliğin geliştirilmesi bir görev olarak öngörölmüştür. Yeni problemler sunulmak suretiyle de bu görevin devamlılığı sağlanmaktadır. Beklenen ve bir gereklilik olarak istenen; hukuki koruma görevi çerçevesinde ve bu görevin yerine getirilmesinde “Avrupa Demokratik Hukuk Mekanı'nmda Devlet anlayışının “• yenilenmesine uygun olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Uluslarüstü Anayasa Mahkemesi” olarak dinamik işlevli konumunun kabul ve teslim edilmesidir.

- 
226. Bunun için bkz. : 23.7.1968 tar. Belçika dil kar., Alm. ter. Band 2, s. 1-98; 6.9.1978 tar. Klass kar. EuGRZ 1979, 278 vd.; 26. 4.1979 tar. Sunday Times kar. EuGRZ 1979, 386vd.; 13.6.1979 tar. Marckx kar. , EuGRZ 1979, 454 vd. : Sendikalarla ilgili kar.; 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. EuGRZ 1983, 488 vd.; 24.6.1982 tar. Van Droogenbroek kar. EuGRZ 1984, 6 vd.; 23.9.1982 tar. Sporrong et Lönröth kar., EuGRZ 1983, 523 vd.; 25.3.1983 tar. Minelll kar. EuGRZ 1983, 475 vd.; 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar. EuGRZ 1985, 477 vd.
227. Başlangıç, “Bu sözleşmeyi İmzalayan... Hükümetler”... Avrupa Konseyinin üyeleri arasında daha yakın birliğin başarılmasını amaçladığını ve bu amaca ulaşma yollarından birinin İnsan Hak ve Temel özgürlüklerin korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi olduğunu” vurgulamaktadır (parag. 1 ve3)
228. ÇAĞLAR, B., “Milletlerarası İctihadı Anayasa Hukuku Üzerine Notlar ya da “Hürriyetler Mekam'nın Yargıçtan (1), “İnsan Hakları Merkezi Dergisi” 1991.S.15 (19).

## KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet : Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasının 10. Maddesi (Doçentlik Tezi), İÜHFyay., İstanbul 1984.
- AKAJL, Cemal Bali : Sivil Toplum Tanrısı, Afa yay. , İstanbul 1990.
- ARIK, Fikret Kemal : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme, AÜSBF yay., Ankara 1965.
- ARMAĞAN, Servet : Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi (Doktora Tezi) İÜHFyay., İstanbul 1967.
- BATUM, Süheyl : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜ yay. No. 3761. İstanbul 1993.
- BEDDARD, Ralph : Human Rights in Europa. A Study of the Machinery of Human Rights Protection of the Council of Europe, London 1980.
- BERKA, Walter : Die Europäische Menschenrechtskonvention und die österreichische Grundrechtstration, ÖJZ 1979, 365-372.
- BERBER, F. : Lehrbuch des Völkerrecht, I. Band, Allgemeines Friedensrecht, 2. neubearbeitete Auflage, München 1975.
- BERNHARD, R. : Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum, in: Festschrift für Hermann Mosler, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 81 (1983), s. 75 vd.
- BLECKMAN, A. : Allgemeine Grundrechtslehren, Köln 1979.

- ÇAĞLAR, Bakır : Milletlerarası İçtihadı Anayasa Huku-  
ku Üzerine Notlar ya da Hürriyetler  
Mekânı'nın Yargıçları (1) İnsan Hakları  
Merkezi dergisi 1991.
- ÇAĞLAR, Bakır : Anayasa Bilimi, PFS yay., İstanbul  
1991.
- ÇELİK, Edip ; Milletlerarası Hukuk. Birinci Kitap,  
İstanbul 1987.
- DÜRİĞ, G. : Der Grundsatz der Menschenwürde"  
AÖR81, 1956. s. 117 vd.
- EHMKE, H, : Prezlplen der Verfassungsinterpretati-  
on, İn: Dreier, Schwegmann 1976,  
s. 164 vd.
- ERMOCORA, F. : Richtungsweisendes Handside-Urtell?  
EuGRZ 1977, 363.
- GÖREN, Zafer : Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru  
(Anayasa Şikayeti), Anayasa Mahkeme-  
si'nin 32. kuruluş yıldönümü nedeni-  
yle düzenlenen Anayasa Yargısı konulu  
Sempozyuma sunulan tebliğ, s. 73, 74.
- GOLSONG, H. : "Der Schutz der Grundrechte durch die  
EMKR und seine Mangel, in :  
Grundrechtsschutz in Europa. Heidelberg  
Kol., 1976.
- GRABİTZ, E. : "Der Grundsatz der Verhältnismaessig-  
keit in der Rechtsprechung des  
Bundesverfassungsgerichts, in : AÖR  
(98), 1973. s. 568 vd.
- GÖZÜBÜYÜK, A. -  
AKILLIOĞLU, T. : Yönetim Hukuku, Gözden Geçirilmiş  
5. Bası, Turan Kitabevi, Ankara 1992.
- GURADZE, H. : Die Europaeisce  
Menschenrechtskonvention, Berlin,  
Frankfurt a. M., 1968.
- HAEBERLE, P. : Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19  
Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag  
zum institutionellen Verstaendnis der



- Grundrecht und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Heidelberg (2. Aufl. 1972), Heidelberg 3. Aufl. 1983.
- HAİLBRONNER, K. : Die Elnschränkung von Grundrechten in elner demokratischen Gescllchaft. in: Festschrift für H. MOSLER 1983, s. 359.
- HERZOG, R. : Das Grundrecht auf Frelheit in der Europaelschen Menschenrechtskonvention, in : Archiv für öffentliches Recht (AÖR) 1961 (86), s. 194.
- HESSE, K. : Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublk Deutschland, 13. ergaenzte Auflage, Karsruhe 1982.
- HOFFMANN, R.H. : Die Möglichkeit der Grundrechtelnschränkungen nach 8-11 Abs. 2 EMRK, Berlin 1976.
- KABOĞLU, İ. : özgürlükler Hukuku - İnsan Hakları-nın Hukuksal Yapısı Üzerine Bir De-neme, İstanbul 1994.
- KIRATLI, M. : Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, SBF yay. Ankara 1966.
- KİTZ, H. : Die Koalltionsfrelheit der Arbeitnehmer nach der EMRK und ESC, in : Die Koalitionsfrelheit der Arbeitnehmers, Rechtsvergleichung und Völkerrecht 1980, s. 1073.
- KRÜGER, H. : Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 GG. DÖV 1975, s. 597.
- MADRA, Ö. : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1981.
- MADİNOS, P. : La Conventlon europeennes des droits de THomme. Ses orlglnes, ses objectifs ses reallsatlon, Annuaire Europeen Vol. 1, 1955, s. 141.
- MAT8CHER, F. : Vertragsauslegung durch Vertrasgs vergelchung, F.S.H. Mosler (1983) s. 545.

- MORRISON, C.C. : The European Convention System on a functional enterprise, in : R.D.H. Vol. XII (1979), s. 69.
- MOSLER, H. : Europaelsche Gerichtshof tur Menschenrechte nach zwanzig Jahren, in : Festschrift für H. Huber 1981, s. 595.
- MÜLLER, J.P. : Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982.
- ÖRÜCÜ, B. : 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü. İstanbul 1976.
- PARTSCH, H.J. : Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1966 (Die Grundrechte Bd. 1-1, s. 235, Herg., Bettermann-Neumann-Nipperdey).
- PAZARCI, H. : Uluslararası Hukuk, Birinci Kitap, İstanbul 1985.
- RBSS, G. ; Die Einzelfallbezogenheit in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in : Festschrift für H. Mosler 1983, s. 719.
- RBSS, G. : Die Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im innerstaatlichen Recht und vor innerstaatlichen Gerichten, in : Europäische Menschenrechtsschutz, Schranken und Wirkungen, Maier (Hrsg.) 1982, s. 227.
- SAGLAM, Fazıl : Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF yay., Ankara 1982.
- SCHEUNER, U. : Die Fortbildung der Grundrechte in internationalen Konventionen durch die Rechtsprechung, zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in : Festschrift für

- H.S. Schlochoinauer, 1981, s. 899.
- SCHNEIDER, H. : Die Güterabwaegung des Bundesverfassungsgerichts bel Grundrechtskonflikten, 1979.
- STÖCKER, H.U. : Wirkungen der Urteile des EMRK in der Bundesrepublik, in : NW 1982, s. 1907.
- TEZİÇ, Erdoğan : Anayasa Hukuku, Beta yay. İstanbul 1991.
- TRECHSEL, S. : Die Europäische Menschenrechtskonvention, Ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974.
- TURAYA, Tank Zafer : Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Araştırma, Eğitim, Ekin yay., Beşinci Basım, İstanbul 1982.
- VAŞAK, K. : Le Convention Europeen des Droits de l'Homme, Paris 1964.
- WEISS, K. : Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, (Dokumente Herausgegeben von der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft XV) Frankfurt/Main 1954.
- VERDROSS, A., SIMMA. B. : Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, zweite Auflage, Berlin 1981.

## YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR

Council of Europe, Collected Edition of the "Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights" vol. I. Den Haag 1975, Vol. II. Den Haag 1975, Vol III. Den Haag 1975, Vol IV. den Haag 1977, Vol. V. Den Haag 1979.

Conseil de l'Europe, Commission des Droits de L'Homme : Bilan de la Convention Européenne des Droits de l'Homme Doc. (79) I, Strasbourg 1979.

Council of Europe, European Commission of Human Rights : Stock-Taking on the European Convention on Human Rights, Strasbourg 1982.

Council of Europe : Collection of Resolutions adopted by the Committee of Ministers in application of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Doc. H. (81) 5, Strasbourg 1981.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Yayınları :

Yearbook of the European Convention (YB) - Annuaire de la Convention Collection of Decisions (CD) - Recueil de Décisions Decisions and Reports (DR) - Décisions et Rapports,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yayınları:

Publication de la Cour Européenne de Droits de l'Homme, Série A : Arrêts et Décisions-Publications of the European Court of Human Rights, Série A : Judgments and Decisions. Série B : Mémoires, Plaidoiries et Documents - Série B : pleadings, oral Arguments and Documents.

NOT : Kararların Almanca tercümesinin 1975 yılına kadar yayınlandığı kaynak için bkz : Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Deutsche Übersetzung), auf Anregung von Richter des Gerichtshofs, herausgegeben von H. Golsong, H. Petzold und H.P. Furre, Bd, I-III, Köln 1970-1976. Bu ciltlerde 1974 yılındaki "Golder" olayına kadar verilen kararlar yer almaktadır. Bundan sonra (Golder olayı ile ilgili karar dahil) Almanca karar tercümeleri "Europäische Grundrechte Zeitschrift" (EuGRZ) dergisinde yayınlanmaya başlanmıştır ve bu yayın devam etmektedir. Çalışmada, kararlardan büyük ölçüde bu dergiden yararlanılmıştır.

## KISALTMALAR

Age	Adı geçen eser
Agk	Adı geçen karar
AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASS	Avrupa Sosyal Şartı
AT	Avrupa Topluluğu
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
Bkz.	Bakınız
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung (Federal Anayasa Mahkemesi Kararları)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EuGRZ	Europäische Grundrechte, Zeitschrift
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRR	Human Rights Review
JÖR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts
JUS	Juristische Schulung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖJZ	Österreichische Juristen Zeitung
Parag	Paragraf
RDH	Revue de Droit de l'Homme
s.	Sayfa
Trav, Prep	Travaux Préparatoires (Council of Europe. Collected Edition of the European Convention on Human Rights)
ZaÖRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Verwaltung