



ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ DENGELENMESİNDE KÜLTÜREL ÖGELERİN ETKİSİ*

*The Role of Cultural Elements in Balancing Conflicts of
Constitutional Rights*

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARİ**

ÖZET

Bu makalede kültür, haklar arasındaki çatışmaların dengelenmesine “Etki etmeli mi?”, “Etki edebilir mi?”, “Etki eder ise, bunlar hangi yollarla mümkün olur?” ve “Kültürün etkisinin oranını ölçmek mümkün müdür?” şeklindeki sorulara cevap aranmıştır. Birinci soru açısından, kültürün etki etmesi, fakat bunun sınırlı olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Kısacası, temel hakların korunması konusunda prensip olarak evrensellik ilkesi benimsenmeli fakat bunların uygulamaya geçirilmesi konusunda ülkelerin kendi kültürüne alan açılmalıdır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi makamlarca bu etki asgari bir denetime tabi tutulmalıdır. İkinci soruya dair, iç hukukta yasama tarafından kuralların konulması ve normların hâkimler tarafından yorumlanması esnasında ilgili toplumun gelenek, kültür, değer vb. birçok unsurunun, zımnen veya açıkça etkili olabileceği kanaatine varılmıştır. Üçüncü soru kapsamında ise yasa yapma esnasında kültürün etkisi tespit edildiği gibi yargısal organların hak çatışmalarını dengelerken, çeşitli takdir yetkileri (yapısal, olgusal ve normatif), içsel gerekçelendirme

* Bu makale, TÜBİTAK BİDEB 2219 Yurtdışı Doktora Sonrası Araştırma Programı kapsamında yapılan araştırmalar sonucunda üretilmiştir. Bu vesileyle TÜBİTAK’a teşekkür ediyoruz.

** Erzinan Binalı Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, kokusari@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0045-5868

(tartım formülü) ve dışsal gerekçelendirme araçları kapsamında kültürün etkisi araştırılmıştır. Bu bağlamda, içsel gerekçelendirmede, tartım formülüne kültürün bir değişken olarak entegre edilemeyeceği fakat tartım formülündeki değişkenlere (öncüllere) verilen değerlerin bulunması ve gerekçelendirilmesi olarak görülen “dışsal gerekçelendirme” aşamasında kültürün etkisinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Dışsal gerekçelendirme içinde, Türk Anayasa Mahkemesinin ezan ve Ramazan davulcusu ile ilgili kararı ile Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Kutsal Cuma kararı etrafında, geliştirdiğimiz bazı kriterler vasıtasıyla kültürün etkisi araştırılmış ve bu etkinin var olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Son soruya yönelik olarak, nicel bir yöntem ile oransal olarak kültürün etkisini ölçmenin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Fakat kültürün etkisinin de en azından “düşük”, “orta” veya “yüksek” olarak belirlenebileceği kanaatine ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Dengeleme, hakların çatışması, kültür, içsel gerekçelendirme, dışsal gerekçelendirme.

ABSTRACT

The article seeks to answer the following questions: *Should* culture influence the balancing of conflicts between rights? *Can* it influence such balancing? *If* it does, through what means could this occur? And finally, *is* it possible to measure the extent of culture's influence? Regarding the first question, the conclusion reached is that culture should indeed play a role in such balancing, yet its influence must remain limited. In short, while the principle of universality should be adopted in the protection of fundamental rights, room should nonetheless be left for each country's own culture in the implementation of such rights. Moreover, this influence should remain subject to marginal review by bodies such as the ECtHR. As for the second question, it is concluded that traditions, culture, and values of a given society may, whether implicitly or explicitly, influence both the legislative process and the judicial interpretation of norms. With respect to the third question, the study examines not only the influence of culture in the legislative process but also its impact on judicial bodies when balancing conflicts between rights, particularly through various forms of discretion (structural, factual, and normative), internal justification (the weighing formula), and external justification. In this context, it is found that culture cannot be integrated as a variable into the weighing formula in terms of internal justification; however, culture may have influence at the external justification stage, which concerns the determination and justification of the values assigned to the variables (premises) in the weighing formula. Within the scope of external justification, the study examines the influence of culture—through certain developed criteria—in the Turkish Constitutional Court's judgments concerning the *Call to Prayer* and *Ramadan drummer* cases, as well as the German Federal Constitutional Court's judgment regarding *Good Friday*, concluding that such influence indeed exists. Finally, regarding the last question, it is concluded that it

is not possible to measure the influence of culture through quantitative methods. Nevertheless, it appears possible to determine the degree of such influence at least in qualitative terms—such as “low,” “moderate” or “high.”

Keywords: Balancing, conflicts of rights, culture, internal justification, external justification.

GİRİŞ

Gerek Türkiye gerekse Avrupa çapında dinî, geleneksel veya kültürel yönü ağır basan kürtaj, başörtüsü, haç işareti, Sih türbanı, hayvan kesimi, Yehova şahitlerinin dinî uygulamaları, erkeğin veya kadının sünneti gibi hassas konular, kültürel ile evrensellik ve çoğunluk ile azınlık arasında gerilimlere yol açmaktadır.

Kültür, genel olarak bir toplumun ortak yaşam biçimini, anlam dünyasını, değerler sistemini ve sembollerini ifade eder. Genelde maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi kültür gözle görülebilir fiziksel unsurları, örneğin, mimariyi, giysileri, yemekleri (Türk mutfak) ifade eder. Manevi kültür ise değer, inanç ve normlar gibi gözle görülmeyen fakat toplumsal ilişkileri yönlendiren hususlardır. Örnek olarak dil, ahlak, din, hukuk, gelenek, sanat ve edebiyat anlayışı gösterilebilir. Özetle çalışmada kültür, toplumun tamamının veya büyük bir kısmının bir konudaki anlayışı, bakışı ve hayat tarzı olarak görülecek ve bunun hak çatışmalarının dengelenmesindeki etkisi araştırılacaktır.

Çalışmada, bir kültüre mensup bireylerin başka bir ülkede yaşarken karşılaştığı hukuki sorunlarda, hâkimin ilgili kişinin ait olduğu kültürü dikkate alıp almayacağı veya onun kültür odaklı savunmalarına değer verip vermeyeceği¹ sorununa kısmen değinilmiş olsa da bizim konumuzun ana odağı bu değildir. Bizim temel araştırma konumuz, hem benzer bir çatışmanın iki ayrı ülkede kültürel unsurların etkisiyle farklı bir

1 Bu konuyu ele alan makalelerde azınlık kültürünün çoğunluk ile ilişkisinin “entegrasyon, asimilasyon, ayrılma ve marjinalleşme” şeklinde dörde ayrıldığı görülmektedir. Bu kapsamda, hâkimin bu farklı ilişki düzeylerini dikkate alarak, kültürel farklılıkların somut uyuşmazlıkta etkili olup olmayacağına karar vermesi mümkündür. Elbette, asimilasyonda kültürel unsur dikkate alınmadığı, ayrılma halinde ise, çoğunluk kültürüne veya bir başkasına zarar veren sözde kültürel bir unsur söz konusu olduğu için ortada uyuşmazlığa uygulanacak bir etki olmayabilir. Entegrasyon veya uyum halinde, daha etkin bir uygulama mümkün olabilir (Miller, M. K., Jami, W. A. ve Anderson, L. A. (2020). “When Culture and Law Collide: The Role of Cultural Differences in Court Decisions”, *Charleston Law Review*, Vol. 14., s. 342 vd.)

hükümle çözülüp çözülmediği hem de başlı başına ilgili ülkedeki somut hak çatışmasında kültürün rolüdür.

Bu kapsamda, kültürel faktörleri sistematik olarak “içsel gerekçelendirme”² içinde bir tartım formülüne entegre etmek mümkün mü, yoksa formülün yapısal katılığı bunu doğası gereği dışlıyor mu? Kültür yalnızca dengeleme faktörlerini/değişkenlerini dolaylı olarak “dışsal gerekçelendirme”³ içinde etkileyebiliyorsa bunun oranını tutarlı ve keyfilikten uzak bir şekilde ölçmek mümkün müdür? şeklindeki sorularla, kültürün hak çatışmalarındaki etkisi araştırılacaktır. Bu yapılırken Federal Alman AYM’nin *Kutsal Cuma* kararı ile Türk AYM’nin *Ramazan Davulu* ve *Ezan* kararları somut bir değerlendirmeye ve karşılaştırmaya tabi tutulacaktır.

Ayrıca, kültürün özellikle evrensellik ve kültürel görecelilik kavramları etrafında insan hakları yargılamasındaki ve teorisindeki rolü tartışılarak; AİHM’in “takdir marjı, ikincilik ve tedricilik” gibi araçlarla, kültüre ve yerelliğe yer açan uygulamasının olumlu ve olumsuz yanlarından söz edilerek sınırları çizilecektir.

I. GENEL OLARAK HAK TEORİSİNDE VE HAK YARGILAMASINDA EVRENSELLİK VE KÜLTÜREL GÖRELİLİK

Bu başlık, “Hak çatışmalarında veya insan haklarına dair uyuşmazlıklarda kültürün etkisi olmalı mıdır?” sorusunun

2 Altılama ve dengeleme bir akıl yürütme yöntemidir ve içsel gerekçelendirme, ilkinde önermelerden tümden gelimci şekilde ikincisinde ise tartım yaparak sonuca ulaşmayı ifade eder. Dışsal gerekçelendirme ise, içsel gerekçelendirme aşamasındaki önerme/değişkenlere verilen değerlerin ‘yorum ve argümantasyon, kurallar, kararlar, öğreti, moral ve kültürel değerlendirmeler vasıtasıyla’ tespit edilme ve temellendirilme aşamasıdır (Bkz. Alexy, R. (1989). *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Adler, Ruth ve MacCormick, Neil (Çev.), Oxford: Clarendon Press, s. 221, 230-231; Alexy, R. (2003). “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Vol. 16., No. 4., s. 434-435.

3 Bkz. Alexy, R. (1989). s. 230 vd.; Alexy, R. (2003). s. 435.

cevabıyla yakından ilgilidir. Siyaset felsefesinde ve insan hakları teorisinde hakların evrensel olduğu iddiası ile kültüre göre göreceli olduğu iddiası çatışmakta ve bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Uç liberal görüşler, sadece her bireyin evrensel bir şekilde sahip olduğu bireysel hakların varlığını savunur, kültüre bağlı kolektif ve grup haklarını dışlar. Diğer uçta ise bütünüyle hakların kültürel olarak oluştuğunu kabul ederek evrensel bir insan doğası ve ondan çıkan evrensel hakların varlığını inkâr eder. Bu ikisini dengelemeye çalışan ortodoks görüşler ise kural olarak evrenselliği kabul eder fakat belirli sınırlar dâhilinde kültürel uygulama farklılıklarına yer verir⁴.

Benhabib gibi bazı yazarlar ise, kültürel görecelilik ile evrenselliği birbirine karşıt iki kavram olarak görmek yerine, ahlak felsefesindeki durumsalcılığa benzer şekilde, insan hakla-

4 Donnelly, J. (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice*, The USA: Cornell University Press, s. 93-104 (Donnelly, çok farklı görecelilik ve evrensellik çeşitlerinin olduğunu göstermiş ve sonunda, kural olarak evrenselliği kabul eden fakat kültürel farklılıklara yer açan “çok boyutlu” bir teori önermiştir (Donnelly, J. (2013). s. 104). Sweeney, J. A. (2005). “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54., s. 459 vd. Bkz. konuyla ilgili farklı tartışmalar için Tremblay, L. B. (2014). “An Egalitarian Defense of Proportionality-based Balancing”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12., No. 4., s. 875 vd. Doktrinde Mullender, insan haklarının evrenselliği ile göreliliği arasındaki ilişkiyi üç farklı teorik yaklaşımla ele almaktadır. Bunlardan ilki, Hegel’in düşüncelerinden esinlenerek ortaya koyduğu “yukarıdan aşağıya yaklaşım”dır. Bu görüşte, AİHM’in *Otto-Preminger-Institut/Avusturya* kararında görüldüğü üzere, ağırlıklı olarak yerel unsurlara odaklanılırken evrensel boyutun geri planda kaldığı bir anlayış söz konusudur. İkinci yaklaşım ise, Walzer’den etkilenecek geliştirilmiş “aşağıdan yukarıya yaklaşım”dır. Burada, Avrupa Anayasası anlaşmasında tüm devletlerin paylaştığı ortak değerlerin korunmasına yönelik düzenlemeler aracılığıyla evrensellik ön planda tutulmakta, yerel kimliğe ise yalnızca sınırlı ölçüde vurgu yapılmaktadır. Üçüncü yaklaşım ise, Rawls’un hak teorisinden ilhamla geliştirilen “makul denge yaklaşımı”dır. Bu anlayışta, hem evrensel ilkeler hem de yerel özellikler birlikte dikkate alınmakta; gerektiğinde evrensel ilkelerin yerel ve kültürel pratiklere göre yeniden yorumlanması mümkün görülmektedir (Mullender, R. (2003). “Human Rights: Universalism and Cultural Relativism”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 6., No. 3., s. 72-87).

rının evrenselliğinin belirli bir kültürde ve toplumda, araçsal rasyonalitenin çeşitli müzakere araçlarıyla demokratik olarak yeniden yorumlanması, bağlama göre somutlaştırılması ve anlamlandırılmasını savunur⁵. Evrensellik, filozofların iddia ettiği gibi herkeste var olan asgari bir öz ve insan doğasından veya bunu ifade eden asgari bir insan hakları listesinden (Rawls vb.) oluşmaz; evrensellik daha ziyade farklılık, çatışma, bölünme ve mücadele boyunca benzerlikler (*commonalities*) oluşturma tecrübesinden ibarettir⁶.

Ülkelerin uygulaması ve insan hakları belgelerindeki görünümü açısından da evrensellik ile görecelilik arasında üç tür tercih olabilir. Birincisi sadece evrenselliği benimseyen göreceliliği dışlayan, ikincisi göreceliliği benimseyip evrenselliği kabul etmeyen ve üçüncüsü her ikisini de uyuşturmaya çalışan⁷ bir anlayış olabilir⁸. Bize göre prensip olarak evrenselliği kabul eden fakat belirli sınırlar dahilinde kültürel çeşitliliği yansıtan bir yöntem daha uygundur⁹.

Aslında, farklı ülkelerdeki insan hakları uygulaması ile insan hakları belgelerinde listelenen haklar, “olan ile olması gereken” şeklinde bir ayrıma yol açmaktadır¹⁰. Keza, kanun

5 Benhabib, S. (2007). “Another Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights”, *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, Vol. 81., No. 2., s. 21.

6 Benhabib, S. (2007). s. 16.

7 Bkz. Xu, X. and Wilson, G. (2006). “On Conflicts of Rights”, *Pierce Law Review*, Vol. 5., No. 1., s. 54-55.

8 Krş. Arnold, R. (2013). Reflections on the Universality of Human Rights, in Arnold, R. (Ed.), *The Universalism of Human Rights*, Switzerland: Springer, s. 5; Mullender, R. (2003). s. 72-87.

9 Ahlak felsefesinde, kültürel görecelilik ile nesnelcilik (*objectivism*) arasında bir denge oluşturmak amacıyla ileri sürülen “ahlâkî durumculuk (*ethical situationism*)” buna benzerdir (Bkz. Pojman, L. P. ve Fieser, J. (2017). *Ethics: Discovering Right and Wrong*, Cengage Learning Center Publication, s. 40). Krş. Hoover, J. (2016). *Reconstructing Human Rights*, United Kingdom: Oxford University Press, s. 118-119. Bkz. hak çatışmalarının, evrensellekle göreceliliğin birlikte yaşamasına imkân verdiği noktasında Xu, X. and Wilson, G. (2006). s. 54-55.

10 Krş. var olan ile ideal evrensellik arasında bir ayrım yapma konusunda Jovanovic, M. A. (2012). *Collective Rights: A Legal Theory*, United Kingdom: Cambridge University Press, s. 176-177.

önünde eşitlik gibi en temel hak açısından bile, her ne kadar bu hak neredeyse her anayasa ve insan hakları belgesinde soyut olarak listelense de, uygulamada farklılıklar vardır. Kimi ülkelerde dinî, etnik ve dilsel farklılıklara göre muafiyet ve istisna tanıyan bir uygulama varken, kimisinde daha mutlak bir uygulama vardır¹¹.

Örneğin, ABD'deki *State v. Kargar* davasında Afgan mülteci, oğlunun cinsel organını öptüğü için cinsel saldırı suçlaması ile karşı karşıya kalmış ve hâkim konuyla ilgili Afgan uzmanları da dinleyerek o kültürde ilgili eylemin çocuğa yönelik sevgi gösterisi olduğunu tespit ettiği için mahkûmiyet vermemiştir. *People v. Kimura* davasında ise, kültürü cezada indirim için bir etken olarak görmüştür. Bu davada Japon kadının, eşinin sadakatsizliğini öğrendikten sonra bu ailevi utanıcı temizleme ahlaki ödevini yerine getirmek amacıyla, Japon kültüründe uygulaması bulunan çocuğun ve kendinin hayatını sonlandırma yöntemine başvurmuştur. Fakat teşebbüs aşamasında kalmıştır¹². Bu gibi hususlar farklı kültüre ait kişilerin eylemlerinin cezalandırılabilir olup olmadığında veya hafifletici sebep olarak kültürel unsurların dikkate alınmasında ortaya çıkabilmektedir. Özel hukuk bağlamında da özellikle, devletler özel hukukunda “kanunlar ihtilafı” alanında örneğin bir kimsenin iki eşliliğinin veya aynı cinsten evliliğinin bir başka devlette tanınmasının değerlendirilmesinde kültürün rolü ortaya çıkar. Ahval-i şahsiyeye dâhil olan hususlarda (doğum, ölüm, ehliyet, velayet, vesayet, evlenme, boşanma, nesep ve miras vs.) kural olarak gelineen ülkenin hukukunun kabul edilmesi bir anlamda kültüre alan açar¹³.

11 Benhabib, S. (2007). s. 20. Örneğin Almanya'da anayasadaki eşitlik ilkesi, siyasal partilere cinsiyet eşitliğini sağlamak için çeşitli kotalar ve oranlar belirleme şeklinde tezahür ederken, ABD'de cinsel eşitlik koruması sadece federal fonlardan faydalanan kamu kurumlarına hasredilmiş siyasi partilere yansımamıştır (Benhabib, S. (2007). s. 20).

12 Miller, M. K., Jami, W. A. ve Anderson, L. A. (2020). s. 358-359.

13 Dikovska, I. (2024). “Personal Status of War-Related Migrants: What is Relevant to Determine the Applicable Law?”, *Access to Justice in Eastern Europe*, Vol. 22., No. 1., s. 19. Konuyla ilgili AİHM kararlarında da, belirli

İnsan haklarına dair kimi uluslararası sözleşmeler kültürel farklılıkların korunmasına açıkça yer vermezken, kimisi bu hususu açıkça düzenlemiştir. Örneğin 1993 yılındaki Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda kabul edilen Viyana İnsan Hakları Beyannamesi'nin I. bölümünün 5. maddesinde, insan haklarının evrensel ve bölünmezlik gibi niteliklere sahip olması ve onların bir bütün olarak korunması gerektiği vurgusu yapılmakla birlikte, aynı maddede, ulusal ve bölgesel farklılıklar ile ülkelerin tarihi, kültürel, dinî geçmişlerinin de dikkate alınmasının önemine işaret edilmiştir¹⁴. AİHS sistemi de İzlanda'dan Yunanistan'a ve Azerbaycan'dan İngiltere'ye kadar geniş bir alanı yani farklı kültürel, toplumsal, dinî, siyasi ve ideolojik anlayışları/uygulamaları kapsamaktadır¹⁵. Böyle geniş bir coğrafi alanı kapsayan bir araç olarak AİHS ve AİHM'in amacı, Avrupa Birliği hukukunun aksine, katı bir tek tip insan hakları standardı geliştirmek değil, üye ülkelerin hukuklarını asgari bir insan hakları koruma standardı etrafında bir araya getirmektir¹⁶. Bu kapsamda, takdir marjı dokt-

sınırlar dâhilinde ve özellikle kişilerin onuruna vs. zarar vermiyorsa gelineen ülkedeki kişisel durumlar korunmaktadır. Örneğin, AİHM'in *Z.H. ve R.H./İsviçre* kararında, Afgan mültecinin 14 yaşındaki bir çocukla evlenmesinin İsviçre tarafından tanınmaması, evlenme hakkının ihlali olarak görülmemiştir (Dikovska, I. (2024). s. 19). *Molla Sali/Yunanistan* kararında da, Yunanistan'da resmi vasiyetname ile eşinin mirasına hak kazanan Molla Sali'nin bu kazanımı, ilgili vasiyetnamenin Müslümanlar arasında uygulanması gereken İslam hukukuna göre (şahitlerin Müslüman olması zorunluluğu vs. nedenlerle) geçerli olmadığı gerekçesiyle Yunan mahkemeleri tarafından iptal edilmiştir. AİHM, kişinin kendi iradesi dışında zarar gördüğü bu gibi durumlarda, kültürel uygulamaya haklı olarak imkân tanımamış ve ihlal tespit etmiştir (*Molla Sali/Greece*, B. No: 20452/14, 18/6/2020).

14 Bkz. ayrıca Brems, E. (2001). *Human Rights: Universality and Diversity*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publisher, s. 341.

15 Bkz. Brems, E. (2001). s. 357.

16 Brems, E. (2001). s. 360. Ayrıca, Avrupa Konseyine üye ülkeler, ortak bir sözleşme etrafında etkili bir insan hakları koruma mekanizması oluşturarak, bazı önemli ülkesel farklılıklar olsa da insan haklarının ortak kültürel, siyasi ve hukuki değerleri olduğunu göstermişlerdir (Brems, E. (2001). s. 362). Söz konusu farklılıklar, hukuk sistemi açısından üye ülkelerin Ortak Hukuk (*common law*) veya Kara Avrupası Hukukuna dahil olması (*civil law*), federal veya üniter devlet yapısına sahip olması, parlamenter veya

rini gibi araçlarla üye devletlere, kendi özel koşullarını nazara alarak karar verme imkânı sunulmuştur. Fakat bu araçlar, hiçbir zaman devletlerin insan haklarını asgari düzeyde koruma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Dahası kimi zaman, kendi iç koşullarını bahane ederek temel hakları haddinden fazla sınırlandıran devletler bulunduğu için, din hürriyeti gibi alanlarda devletlere takdir marjı tanınması sert eleştirilere de sebep olmuştur¹⁷.

Özetle, bir uygulamanın baskın kültürel yapı tarafından benimsenmiş olması hatta yüzyıllardır devam etmesi, bu uygulamaya dayanarak bir hakka ağır bir müdahale yapılmasını tek başına gerekçelendirmeye yetmez. Müdahalenin katlanılabilir ve makul düzeyde tutulması ve en azından hakkı sınırlandırılan için alternatif seçeneklerin açık tutulmuş olması gerekir. Konuya pozitif ve eleştirel ahlak (*positive and critical morality*) açısından da yaklaşırsak, bir mahkeme dışsal gerekçelendirme sırasında müdahalenin şiddetini belirlerken pozitif ahlaka başvurursa, kararını toplumda var olan yaygın ahlaki ilke, davranış, norm ve geleneklere göre gerekçelen-

başkanlık hükümet sistemini benimsemesi şeklinde tezahür etmektedir. Dini açıdan bazı devletlerde İslam ve onun çeşitli mezheplerinin ve diğer birçok ülkede ise Hristiyanlık ve çeşitli mezheplerinin hâkim olması şeklinde farklılıklar bulunmaktadır. Siyasi açıdan, hepsinin demokrasi ile yönetilmesi gerekse de, yakın geçmişte Doğu Avrupa ülkelerinin diktatörlükten ayrılarak demokratik bir yapı oluşturmaya çalışması, kimi devletlerin içerisinde etnik farklılıkları barındırdığı, kimisinin liberal diğer bazılarının komünist/sosyalist/faşist bir tecrübeden bugüne geldiği dikkate değer farklılıklardandır. Kültürel olarak, Slavların, Türklerin, Almanların, Anglo Saksonların toplum yapısı ve değer yargıları açısından önemli farklılıkları bulunmaktadır. Son olarak ekonomik açıdan da, neredeyse hepsi serbest pazar ekonomisini benimsemekle birlikte, geçmişten getirilen anlayışların devletin müdahale oranını etkilemesi veya kimisinde istikrarlı bir ekonomik yapının bulunmayışı da önemli farklılıklar arasındadır (Brems, E. (2001). s. 362).

- 17 Berry, S. E. (2019). "Avoiding Scrutiny? The Margin of Appreciation and Religious Freedom", in Temperman, J., Gunn, T. J. ve Evans, M. (Eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years since Kokkinakis*, Brill&Nijhoff Publisher, s. 103. Bkz. ayrıca *Leyla Şahin/Turkey* ve *Dahlab/Switzerland* kararları ekseninde eleştiri için, Evans, C. (2006). "The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7., No. 1., s. 55.

dirmiş olur. Buna karşılık eleştirel ahlak, daha ziyade aklen ve ahlaken evrensel olarak temellendirilmiş değerler yoluyla, mevcut toplumsal ahlaki uygulamayı değerlendirmek, eleştirmek ve zararlı ise hukuken uygulanmasını önlemek için geliştirilir. Bir toplumdaki mevcut ahlaki ve kültürel uygulamalar (pozitif ahlak), hukuk zoruyla icra edilme açısından ilk bakışta (*prima facie*) sakıncalı var sayılır. İnsan onuru gibi değerlere zarar verdiğinde uygulanmaz, daha üstün bir yarar ve değer varlığı ispatlanırsa, görünüşteki sakınca ortadan kalkar ve uygulanabilir hale gelir¹⁸. Kültürün hukuka ve haklara etkisinde de bu şekilde hareket etmek mümkündür.

Sonuç olarak insanlık tarihi boyunca tecrübe ve akılla bilirlenmiş, temel insan hakları belgelerinde de yer verilen hak ve ilkelerin evrensellliğini kabul ederek bu hakların “kapsamı ve uygulaması” konusunda kültürlere göre farklılaşma imkânı tanımak daha yerindedir¹⁹. Fakat “töre cinayeti” gibi başkalarının hayatına, onuruna ve haklarına açıkça zararlı kültürel uygulamaların sınırlandırılması gerekir. Bu nedenle, hem iç hukukta bu tür uygulamalar yargısal denetime tabi tutulmalı hem de AIHM tarafından bir insan hakları denetimine tabi tutulmalıdır.

II. KÜLTÜRE YER AÇAN USULİ YARGILAMA ARAÇLARI/YÖNTEMLERİ

Anayasaların temel hakları koruma yöntemleri ve dereceleri, ilgili ülkenin anayasal değerleri, gelenekleri ve hukuk kültüründe kendini bulur. Almanya’da insan onuruna verilen en yüksek değer, İsveç Anayasası’nda ifade hürriyetine, İrlanda Anayasası’nda geleneksel aile ve yaşam hakkına ve Macaristan Anayasası’nda ise millî değerlere verilen önem, farklı

18 Hart, H. L. A. (1963). *Law, Liberty and Morality*, USA: Stanford University Press, s. 17-23. Bkz. Bu ayrımın ayrıntısı ve eleştirel ahlakın rasyonel olarak temellendirilemediği noktasındaki tenkidi için Maccormick, N. (1981). *H.L.A. Hart*, London: Edward Arnold, s. 50.

19 Bkz. Pojman, L. P. ve Fieser, J. (2017). s. 40. Krş. Hoover, J. (2016). s. 118-119; Xu, X. ve Wilson, G. (2006). s. 54-55.

hakların farklı oranlarda korunabileceğini göstermektedir. AİHM, Avrupa Konseyi içinde temel hakların korunması için asgari standartlar geliştirilmesi görevini üstlenmiştir. Avrupa Konseyi üyesi 46 farklı devletin anayasal değerlerini ve siyasi tercihlerini en üst düzeyde koruyacak “maksimalist” bir yöntem çok mümkün değildir²⁰. Bu nedenle çeşitli derecelerde ulusal uygulama farklılıklarına ve kültüre alan açan araçlar geliştirilmiştir. Bunlar ikincillik, tedrici uygulama ve takdir marjı yöntemleridir.

A. İKİNCİLLİK İLKESİ

Bu ilke, Mahkemenin ve Sözleşme sisteminin kuruluşundan beri, insan hakları uyuşmazlıklarının asıl çözüm mercisinin ulusal makamlar olduğunu ifade etmektedir²¹. İkincillik ilkesi, hem iç hukuk yollarının tüketilmesi gereği kapsamında şekli bir yöne hem de dördüncü bir temyiz mahkemesi sıfatıyla iç hukuktaki ulusal makamların yerine geçerek karar vermemeye anlamında maddi bir yöne sahiptir²². Bu ilke, hak ihlallerinin öncelikle taraf devletin iç hukukunda giderilmesini sağlamaya yöneliktir²³. Dahası, devletlerin egemenlik ve tak-

20 Gerards, J. (2018). “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 18., s. 495-496. Çatışan hak veya yararların ağırlıklarının teraziye eşit olduğu (*stalemate*) durumlarda, Alexy’e göre yapısal takdir yetkisi veya AİHM’e göre taraf devletin takdir marjı söz konusu olabilir. Bu durumda, Borowski’nin teorisi bağlamında “sınırlı bir denetimin” söz konusu olduğu iddia edilebilir mi? Zira, Mahkeme kendi dengeleme sonucunu, taraf devlet makamlarının ile değiştirmiyor (Hatton kararı kapsamında AİHS’in 8. maddesi açısından çatışan yararların ağırlıklarının eşit olduğu ve takdir marjı olduğu noktasında bkz. Klatt, M. (2011). “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 71., No 4., s. 701 vd.).

21 Sweeney, J. A. (2005). s. 472.

22 Parras, F. J. M. (2015). “Democracy, Diversity and the Margin of Appreciation: A Theoretical Analysis from the Perspective of the International and Constitutional Functions of the European Court of Human Rights”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 29., s. 11-12.

23 Tümay, M. (2008). “The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Ankara Law Review*, Vol. 5., No. 2., s. 206.

dir alanına müdahale etmeyi kısıtlayıcı bir işlev de görmektedir. İkincilliği sağlamanın çeşitli araçlarından birisi ad-hoc ve tedrici (bağlamsal) uygulama ile takdir marjı doktrindir²⁴.

B. TEDRİCİ UYGULAMA

Öğretide, aşağıda görüleceği üzere, AİHM'in yerel ve kültürel öğelere yer açmaya yarayan takdir marjı doktrini, belirsizlik ve istikrarsızlıkla malul olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş, takdir marjından bağımsız veya onunla birlikte başka bir yöntemi daha kullanarak aynı amacı gerçekleştirebileceği ileri sürülmüştür²⁵. Tedricî uygulama (*incrementalism*), iki şekilde görülmektedir. Birincisi, somut olay bazlı (ad-hoc) yöntemdir. Buna göre, haklarla ilgili karşılaşılan yeni uyuşmazlıklarda, ilk kararlar birlikte hakkın kapsamı ve koruma alanı ile ilgili bütün ilkeleri (*general principles*) bütünüyle oluşturmada, aynı konuyla ilgili farklı uyuşmazlıklar geldikçe, uzun vadede temkinli ve tedricî bir şekilde “genel ilkelere” ulaşılır. İkincisi, genel ilkeler büyük oranda oluşup şekillendikten sonra, bu ilkeleri yine her ülkenin somut şartlarına (sosyo-kültürel etkenler de dahil) göre görece farklı şekilde uygulamaktır²⁶. İlkele-

24 Bkz. takdir marjı ile ikincillik ilişkisi için Parras, F. J. M. (2015). s. 8-9; Brems, E. (2003). The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe, in Forsythe, D. P. ve McMahon, P. C. (Eds.), *Human Rights and Diversity Area Studies Revisited*, Lincoln: University of Nebraska Press, s. 81-82; Sweeney, J. A. (2007). “A Margin of Appreciation in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 34., Issue 1., s. 460-461; Erkal, Ö. (2015). *Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Devletlerin Takdir Marjı*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 28-29; Besson, S. (2016). “Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 61., No. 1., s. 90, 94; Arslan-Öncü, G. (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, içinde İnceoğlu, S. (Ed.) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ankara: Şen Matbaa, s. 326. Takdir marjını “maddi ikincillik” olarak ifade eden görüş için bkz. (Erdoğan, M. (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları, s. 375).

25 Gerards, J. (2018). s. 504 vd.

26 a.g.e. s. 507 vd.

rin oluşturulması, yerele daha az alan açsa da ad-hoc yönetime göre daha öngörülebilir ve istikrarlıdır²⁷. Yani bu yöntemde AİHM, hem asgari koruma için genel ilkeler geliştiriyor hem de bu ilkeleri ülkelerin koşullarına göre uygulayarak kültüre ve millî değerlere alan açıyor²⁸. Mahkemenin önceki kararlarından hareketle oluşturduğu genel ilkelere göre yine somut olay temelli (*case by case/case sensitive*) denetim yapması, böylece hassas meselelerde ilgili millî değerlere veya geleneklere göre değişik kararlar verebilmesi mümkün hâle gelebilmektedir. Yani Mahkeme, takdir marjı gibi somut araçlara başvurmaktan, oluşturduğu ilkeleri ülkelerin bağlamlarını ve kültürlerini dikkate alarak uygulamaktadır²⁹. Mahkemenin tedricî ve olay-temelli bir yaklaşımı, karar verirken ulusal değerleri ve farklılıkları dikkate almayı sağlamaya yardımcı olsa da genel ilkeler tespit edilip billurlaşmadığında, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik açısından sorunlar ortaya çıkar³⁰.

AİHM'in, daha önceki yargılamalarında rastlamadığı bir hak meselesi önüne geldiğinde, doğrudan bu ilk kararında bütün "genel ilkeleri" oluşturmadan gelecek olan yeni davalarda, Avrupa'daki ve ilgili ülkedeki durumu ve konunun hassasiyetini de ölçerek ilgili hukuki soruna tedricî şekilde yeni bakış açıları ve ilkeler eklemesi de bu yöntemin bir parçasıdır³¹. Böylece çeşitli ad-hoc uygulamalar, zamanla genel ilkelere dönüşmektedir³². Örneğin kürtaj ile ilgili ilk kararlardan biri olan *Tysiac/Polanya* kararında³³, kürtajın etik değerlendirmesine ve özel hayat içindeki yerine hiç değinmeden etkili başvuru yollarının eksikliği nedeniyle ihlal kararı vermiştir. Yani çok yavaş ve dikkatli adımlarla ilerlemeye çalış-

27 a.g.e. s. 507 vd.

28 a.g.e. s. 502-506.

29 a.g.e. s. 510-511.

30 a.g.e. s. 510-512.

31 a.g.e. s. 509-510.

32 a.g.e. s. 509.

33 *Tysiac/Poland*, B. No: 5410/03, 20/3/2007.

mıştır. Bir sonraki kürtaj ile ilgili A, B ve C/İrlanda kararında Mahkeme, açıkça kürtaj hakkının Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel hayata saygı hakkına dâhil olduğunu ifade etmese de biraz daha esasa girerek kürtajın başvuranların özel hayatının parçası olan esenliğini ve sağlığını korumak için yapıldığını kabul etmiştir³⁴. Böylece sonraki davalarla da tedricî bir şekilde özel hayat içerisinde kürtaj hakkının ilkelerini geliştirmeye devam etmiştir.

Kanaatimizce, tedricî yöntem, karar vermenin doğasında bulunan yeni somut olaylara göre AİHM'in eski kararlarını ve kararlardaki dayanakları adapte etme ihtiyacının doğal bir görünümüdür. Yani "tedricilik" özgün ve yeni bir yöntem değildir. Takdir marjı doktrinin aksine, üye ülkelerin kendi iç koşullarını ve kültürel farklılıklarını nazara almayı "açık bir şekilde" öngörmez. Keza, takdir marjına getirilen "istikrarsız ve öngörülemmez" olma gibi aşağıdaki eleştirilerin büyük bir çoğunluğu bu yöntem için de geçerlidir.

C. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ VE KÜLTÜR

1. Genel Olarak Takdir Marjı ve Kültür İlişkisi

Kültür, daha geniş etnografik anlamıyla bilgi, inanç, sanat, ahlak, hukuk, gelenek ve toplumun üyesi olarak elde edilen başka yetenekler ve alışkanlıkları havi karmaşık bir yapıdır³⁵. Yani kültür, yalnızca geleneksel ve sanatsal unsurlarla sınırlı değildir; toplumsal hafıza, politik alışkanlıklar ve normlar da kültürel yapının bir parçasıdır. Bu başlıkta da ifade edilen kültür terimi ile, geniş manada ülkenin haklara bakışı, yaşam biçimi, değerleri ve gelenekleri gibi onu diğer kültürlerden

34 Gerards, J. (2018). s. 507 vd. Bkz. kararın ilgili bölümünde "başvurucuların birisinin sağlık sorunu ve kendi esenliği için, ikincisinin sadece kendi esenliği için, üçüncüsünün ise hamileliğin hayatını tehlikeye düşürmesinden korktuğu için ilgili ülkeye kürtaj yapmaya gittiği" vurgulanmıştır (A, B and C/Ireland, B. No: 25579/05, 16/12/2010, § 125).

35 Tylor, E. B. (1871). *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art, and Custom*, Vol. 1., London: John Murray, s. 1.

farklılaştıran özellikleri kastediyoruz. Kanaatimizce Mahkemenin takdir marjı tanıdığı konulara bakılırsa, kültürel çeşitliliği bu şekilde anladığı iddia edilebilir.

Takdir marjı, somut bir hak çatışması veya uyuşmazlıkta, üye devlet makamlarına tanınan takdir yetkisidir³⁶. Belirli koşullara göre genişleyen ve daralabilen bu yetki, keyfî bir karar verme yetkisi değil, yine AİHM'in asgari standart denetimine tabi ve sınırları çizilmiş bir yetkidir. Esasında takdir marjı doktrini, hakların tanımı (kapsamı) ile hakların sınırlandırılma koşulları arasında bir ayrımın mümkün olabileceğine dayanmaktadır. Yani hakların tanımı (kapsamı) bütün Konseyde yaşayanlar için aynı olmalıdır fakat hakların sınırlandırılma düzeyi farklı olabilir. Şu hâlde, takdir marjı hakkın kapsamına/tanımına değil, ancak sınırlandırma koşullarına özellikle de dengeleme ilkesine uygulanabilecek bir araçtır³⁷.

Takdir marjı tanınmasının AİHM tarafından tekrarlanan gerekçelerinden biri, her devletin ulusal makamlarının kendi içindeki uyuşmazlığın şartlarını ve kendi toplumunu daha iyi tanınması nedeniyle AİHM gibi uluslararası makamlara nazaran “daha iyi bir konumda” olmasıdır³⁸. Fakat, “daha iyi bir konumda olma” ibaresinin yer aldığı her kararda, takdir marjı verildiği anlamına gelmemektedir. Örneğin yaşam hakkının ihlal edilip edilmediğine dair delillerin değerlendirilmesinde devletin AİHM'e nazaran “daha iyi konumda” olması, davaya ve delillere daha yakın olmasını ifade etmektedir³⁹.

36 Tümay, M. (2008). s. 206, dn. 13.

37 Gerards, J. (2018). s. 498.

38 Letsas, G. (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, United Kingdom: Oxford University Press, s. 91; Tümay, M. (2008). s. 202. Olağanüstü hâl ile ilgili *Baş/Turkey*, §§ 173,196; Mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırılması ile ilgili *Strezovski and Others/North Macedonia*, B. No: 14460-14958-14962/16, 27/2/2020, § 70; Emeklilik ve sosyal güvenlik ile ilgili olarak *Fábián/Hungary*, B. No: 78117/13, 5/9/2017, § 115; *Hämäläinen/Finland*, B. No: 37359/09, 16/7/2014, § 109.

39 *Sakvarelidze/Georgia*, B. No: 40394/10, 6/2/2020, § 49. Bir görüş, takdir marjının, kültürel göreceliğe alan açmak için değil, ikincillik ve ahlaki

Takdir marjının çeşitli işlevleri bulunmaktadır. Takdir marjı doktrini “yargısal kendini sınırlandırma, yorumsal yardım, ikincilliği sağlama ve sözleşmecî devletlerin egemenliğine alan bırakma” şeklinde işlevler görebilmektedir⁴⁰. Konumuz açısından önemli bir işlevi de insan haklarının uluslararası korumasını sağlayan sistemlerin “kültürel çeşitlilik ile yeknesaklık” arasında bir denge tutturma aracı olmasıdır⁴¹. Bu doktrin, ulusal makamlara belirli bir takdir alanı açarak hem insan haklarına belirli oranda kültürel bir yön katmaya yarar⁴² hem de taraf devletlerin, AİHM’in meşruiyetini daha az sorgulamasına yardımcı olur⁴³. Ayrıca, takdir marjı doktrini, hak ile kamusal menfaat çatışmasında veya haklar arasındaki çatışmada, çatışan yararlar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının değerlendirilmesinde de fonksiyon ifa etmektedir⁴⁴. Bu işlevlerden hareketle, takdir marjı ile kültürün ilişkisi iki şekilde görülebilir. Birincisi, takdir marjının bir ül-

açından ademi merkeziyet sağlamak için getirildiğini iddia etmektedir (Sweeney, J. A. (2005). s. 471 vd.). Bazen hükümet, kendisinin delil ve olayları değerlendirmede daha iyi konumda olduğunu ve takdir marjının varlığını iddia etmişse de, Mahkeme bunu kabul etmemiştir (*Magyar Kétfarkú Kutya Párt/Hungary*, B. No: 201/17, 20/1/2020, § 80 vd.).

40 Brems, E. (2001). s. 360.

41 Brems, E. (2003). s. 82. Bkz. ayrıca Keskin, E. (2020). “AİHM’nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69., S. 3., s. 1410; Doğru, D. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Yargılamasında Takdir Marjı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 42 vd. Bir görüşe göre, takdir marjı, kültürel görecelilik sağlamak yerine, insan haklarının evrenselliğini kabul ederek üye ülkelere kısmi uygulama farklılıkları tanımadır (Sweeney, J. A. (2005). s. 474).

42 Gerards, J. (2018). s. 498; Schutter, O. ve Tulkens, F. (2008). “Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution”, in Brems, E. (Ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, s. 201; Erkal, Ö. (2015). s. 30-34; Esen, E. (2019). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 308-309.

43 Parras, F. J. M. (2015). s. 11-12.

44 Brems, E. (2001). s. 364-365. Hak ile kamusal menfaat çatışmasında olduğu gibi hak ile hak çatışmasında da takdir marjının etkisiyle, farklı bağlam ve kültürel şartlarda çatışmanın farklı şekilde çözüme bağlanması mümkündür (Brems, E. (2001). s. 384).

keye tanınması, diğer faktörler yanında, başlı başına kültüre ve yerelliğe alan açabilir. İkincisi, benzer konularda farklı ülkelere kendi bağlamına göre farklı genişlikte bir takdir marjı tanınmasıyla, ülkelerin benzer bir uyumsuzlukta kendi koşullarına göre farklılaşmasına imkân tanıyabilir.

2. Takdir Marjının Dar veya Geniş Olmasında Kültürün Etkisi

Devletlerin kendi koşullarını ve kültürel yapısını nazara alarak karar vermesine imkân tanıyan bir araç olarak takdir marjı, çeşitli ihtimallere göre genişleyip daralmaktadır. Bunlar, başvuru konusu meselenin üye devletlerde ve Avrupa'da konsensüs ile benimsenip benimsenmediği, hakkın önemi ve hakka yapılan müdahalenin ciddiliği ile sınırlandırma sebebi olan kamusal menfaatin türü ve doğasıdır⁴⁵.

İlkinden başlarsak üye devletlerde ortak bir Avrupa konsensüsü oluşmamış, tartışmalı, hassas, çoğulculuk ve kültürelliği içeren “başörtüsü, aynı cinsten kişilerin evliliği” gibi konularda kural olarak daha geniş bir takdir marjı tanınmaktadır. Ancak sınırlandırılan hak, çok önemli bir soyut değere sahipse veya çok ciddi bir şekilde müdahaleye uğramışsa marj daralıp denetim sıkılaşabilir. Üye devlete geniş bir takdir marjı tanınırsa, bu durumda denetim ulusal makamların açık keyfîlik ve çatışan yararlar arasında açık bir dengesizlik (oranlısızlık) olup olmadığını tespiti, yani marjinal/gevşek denetime indirgenmektedir⁴⁶. Fakat dar bir takdir marjı tanınırsa, bu durumda daha sıkı bir denetim sürdürülerek üye devlet makamlarından daha ikna edici ve sağlam bir gerekçelendirme beklenir. Ayrıca, bu durumda, üye devletin kamusal menfaati, hakkı daha az sınırlandırıcı bir araçla gerçekleştiremediğini

45 Bkz. Schutter, O. and Tulkens, F. (2008). s. 198 vd.

46 Krş. Brems, E. (2003). s. 83-85. AİHM de başta *Handyside* olmak üzere birçok kararında, takdir yetkisinin geniş olduğu ve konsensüsün olmadığı durumlarda bile, takdir yetkisinin sınırsız olmadığını belirtmektedir (Otchakovsky-Laurens and July/France, B. No: 21279/02 36448/02, 22/10/2007, § 45 vd.). Bkz. ayrıca, Parras, F. J. M. (2015). s. 13.

göstermesini de talep edebilir. Ya da ulusal makamların karar verme süreçlerinin daha sıkı bir denetime tabi tutulması da mümkündür⁴⁷.

Hakkın soyut ağırlığı/önemi veya yapılan müdahalenin ciddiliği de yapılacak denetimin sıklığına veya takdir marjının genişliğine etki etmektedir. Örneğin müdahale hakkın özüne yaklaştıkça, marj daralmakta ve denetim sıkılaşmaktadır. Yani hakkın kamusal menfaat karşısındaki ağırlığı artmaktadır⁴⁸. Mahkeme; evlenme hakkı, mahkemeye erişim hakkı, serbest seçim hakkı, ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı gibi çeşitli haklara yapılan müdahalelerin “önemli/öze yakın” addedilmesi hâlinde marjı dar tutmuştur⁴⁹. Bu gibi durumlarda takdir marjı tanınmasına rağmen, elbette sınırsız değildir ve Mahkemenin denetimine tabidir. Dahası Mahkeme, kararlarında ifade veya örgütlenme hürriyetini “önemli” haklardan addederek de bunu göstermiştir⁵⁰. Özetle, hak ile kamusal menfaat çatışmasında, kamusal menfaatin zarar görme oranı/ihtimali yüksek, hakkın zarar görme oranı düşük ise, devlete tanınan takdir marjı geniş ve Mahkemenin denetimi gevşek (alt seviye) olmaktadır. Buna karşılık, hakka verilen zarar yüksek, kamusal menfaate verilen/verilecek zarar az ise o zaman takdir marjı dar ve denetim seviyesi sıkıdır⁵¹.

Son olarak takdir marjı ve AİHM denetiminin sıklığı, kamusal menfaatin önemine ve türüne göre de değişebilmektedir. Bu kapsamda, genel ahlak nedeniyle sınırlandırmalarda

47 Gerards, J. (2018). s. 499.

48 Brems, E. (2001). s. 368-369.

49 a.g.e. s. 365-366.

50 a.g.e. s. 367. Fakat, bazen bu, hakkın kişi için önemli görülen görünümü olurken (örneğin, cinsel ilişkinin özel hayatın en mahrem ve önemli kısmı olması) bazen ise kişisel önemin yanında hakkın toplum için genel önemi (örneğin ifade hürriyetinin hem birey hem de toplum için önemli olması) de etkili olmaktadır. Ayrımcılık yasağı açısından hakkın önemi, marjın genişliği veya denetimin derecesi hangi sebeple (örneğin ırk, cinsiyet, milliyet sebebiyle yapılmasında daha önemli) ayrımcılık yapıldığına bağlı olabilmektedir (a.g.e. s. 367).

51 a.g.e. s. 366.

*Handyside/İngiltere*⁵² kararından bu yana devletin takdir marjı kural olarak genişlemektedir. Millî güvenlik nedeniyle sınırlandırılmalarda da sınırlandırılan hakkın doğası ve müdahalenin ciddiliği saklı kalmak kaydıyla, kural olarak devletin geniş bir takdir alanı vardır. Suçun önlenmesi, eğer suç terör suçu gibi özel suçlardan ise yine marjın genişlemesine etki etmektedir. Son olarak devletin kendi şartlarına göre politika oluşturmalarının uygun olduğu alanlarda da takdir marjı geniştir⁵³. Örneğin, devletin kendi koşullarını tayin etmede daha iyi konumda olduğu sosyal ve ekonomik alandaki politikalarda (ör. büyük şehirlerin imar planlarını oluşturmak), egemenlik ile ilgili politika oluşturmada (ör. sınır ve göçmen kontrolü) ve özel rejime tabi konuların düzenlenmesi ile ilgili politika oluşturmada (ör. ordu, kamu görevlisi ve ceza evleri) takdir marjı genişlemektedir⁵⁴. Hak ile kamusal menfaat çatışmasında, genel ahlak, kamu yararı gibi daha geniş bir takdir marjı sunulan ve ilgili ülkenin kendi sorunlarını takdir etmede daha iyi konumda olduğu menfaatler söz konusudur. Bu nedenle, hak ile hak çatışmasına göre hak ile kamusal menfaat çatışmasında “kültürün etkisinin” daha yüksek olma ihtimali vardır.

AİHM, üye devletler arasında konsensüs olan hususlarda takdir marjını dar tutmakta veya tanımamaktadır⁵⁵. Buna karşılık, üye devletlerde farklı uygulamaların yaygın olması hâlinde, takdir marjını genişletmekte yerelliğe alan açmaktadır. Bunu yaparken bazı hak-kamusal menfaat veya haklar arası çatışmalarda, üye devletin çatışan menfaatler arasında adil bir dengeleme yapıp yapmadığını, diğer üye devletlerde-

52 *Handyside/the United Kingdom*, B. No: 5493/72, 7/12/1976.

53 Brems, E. (2001). s. 371 vd.; Brems, E. (2003). s. 99 vd.

54 Brems, E. (2001). s. 374 vd.; Brems, E. (2003). s. 100.

55 a.g.e. s. 83-85. Takdir marjının dar tutulduğu hallerde, AİHM çatışan haklar ve menfaatler arasında adil bir denge oluşturulup oluşturulmadığını daha sıkı ve ciddi bir denetime tabi tutmaktadır. Bu kapsamda, taraf devlet adil dengeyi kurmak için titiz ve tarafsız bir değerlendirme yaptığını ispat etme yükümlülüğü altındadır (Gerards, J. (2019). *General Principles of European Convention on Human Rights*, United Kingdom: Cambridge University Press, s. 167). Bkz. Letsas, G. (2007). s. 91.

ki duruma bakarak değerlendirmektedir. Konsensüs kavramı ile kültürel çeşitlilik arasında bir dilemma da var. Konsensüs, ülkelerin çoğunluğunun ortak bir uygulama, bazılarının farklı bir uygulama benimsemiş olması anlamına geliyorsa, o zaman çoğunluğun uygulamasının az sayıdaki ülkeye zorla kabul ettirilmesi ve böylece kültürelliğin azalması da söz konusudur. Örneğin isim değiştirme usulünün üye devletlerde çok farklılaşması, *Stjerna/Finlandiya* kararında⁵⁶, üye devlette geniş takdir marjı vermeye sebep olmuşken, Almanya'da (*Vogt/Almanya*)⁵⁷ bir öğretmenin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranarak siyasi faaliyetler yapması nedeniyle görevden uzaklaştırılması, diğer devletlerde böyle katı bir sadakat yükümlülüğü olmadığı için ihlal olarak görülmüş, takdir marjı dar tutulmuştur⁵⁸.

AİHM uygulamasına baktığımızda, Mahkeme, özellikle üye devletlere (geniş) takdir marjı bırakılan hususlarda, taraf devletçe Strazburg kriterlerinin ciddi ve titiz bir şekilde uygulanmasıyla elde edilen bir dengeleme sonucu varsa, çok önemli sebepler gerekli kılmadığı sürece kendi dengeleme sonucunu yani görüşünü ulusal makamlara directmeyeceğini açıkça ifade etmektedir⁵⁹. Bu durumda, denetimin en önemli ölçütü bazı usuli kriterler yani dengeleme süreci/kriterleri

56 Bu kararda Finlandiya ulusal makamları, başvurunun isim değiştirme sebeplerini "haklı gerekçe" olarak görmemişlerdir. AİHM de bu konuda üye devletlerdeki uygulamaların çeşitliliği ve konsensüs yokluğu nedeniyle geniş takdir marjı bırakmış ve ihlal görmemiştir (*Stjerna/Finland*, B. No: 18131/91, 25/11/1994, § 39).

57 Kararda, Mahkeme çoğunluğu, başvurunun sadakat yükümlülüğü nedeniyle görevden uzaklaştırılması konusunda bir miktar takdir marjı olsa da olayda bunun dışına taşıdığı kanaatine varmışken, azınlık, konunun devletin takdir marjı kapsamında olduğunu iddia etmiştir (*Vogt/Germany*, B. No: 17851/91, 26/9/1995, § 61. Ayrıca bkz. üyelerden Bernhardt, Gölçüklü, Matscher, Loizou, Mifsud Bonnici, Gotchev, Jungwiert ve Kuris'in karşı oy gerekçesi.

58 Brems, E. (2001). s. 412 vd.

59 *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others/Bosnia and Herzegovina*, B. No: 17224/11, 27/6/2017, § 77; *Delfi AS/Estonia*, B. No: 64569/09, 16/6/2015, § 139; *Humbert and Others/Germany*, B. No: 59433/18 59477/18 59481/18, 14/12/2023, § 87.

olmaktadır. Fakat bu, içeriksel denetimin terkedildiği veya tamamen yerini usuli denetime bıraktığı anlamına gelmemektedir⁶⁰. Uygulamada, örneğin ifade hürriyeti ile özel hayat çatışmasındaki dengeleme kriterleri üye devlet tarafından takip edildiği hâlde, AİHM'in kendi görüşünü belirttiği durumlara rastlanmaktadır⁶¹. Bu durum, takdir marjının kültüre alan açma işlevini azaltsa da ülkelerin kendi koşullarını bahane ederek belirli bir kesimi baskılamasını ve haklarını orantısız sınırlandırmasını engelleyebilir.

Son olarak şunu da vurgulayalım ki bir hak-kamusal menfaat çatışmasında üye devlet organlarına geniş bir takdir marjı tanınması, her zaman kültürel veya bağlamsal unsurlara imkân tanındığı anlamına gelmeyebilir. Zira taraf devlet organlarının bu takdir marjını kamusal menfaatten yana kullanmasının sebebi, kendi ahlaki değerleri veya toplumsal geleneklerinin ağır basması değil, çatışmanın türüne göre ekonomik anlamda zor bir süreçten geçiyor olması gibi başka faktörler olabilir.

3. Takdir Marjının Kültürel Etki Açısından Eksik ve Eleştirilen Yönleri

Çeşitli ölçütler geliştirilse de yerleşik bir standardın bulunmaması, takdir marjının devletten devlete veya konudan konuya farklı uygulanarak bir tür çifte standart yarattığı eleştirilerine neden olmuştur. Ayrıca, takdir marjı aracılığıyla kültürel göreliliğin güçlendirilmesinin, insan haklarının evrenselliğini zedelediği yönünde eleştiriler de gündeme gelmektedir⁶².

Takdir marjı doktrini kullanılırken, kültürellik unsuru

60 Nussberger, A. (2017). "Procedural Review by the ECtHR: View from the Court", in Gerards, J. ve Brems, E. (Eds.), *Procedural Review in European Fundamental Right Cases*, United Kingdom: Cambridge University Press, s. 173-174.

61 Bkz. benzer yönde Voorhoof, D. (2017). "Freedom of Expression versus Privacy and the Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism", in Smet, S. ve Brems, E. (Eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony*, Oxford University Press, s. 160 vd.

62 Bkz. Sweeney J. A. (2007). s. 36-43. Bkz. Berry, S. E. (2019). s. 106.

taşıyan hususlara yer verme, temel hakların en iyi düzeyde korunması ve hakların korunmasına yönelik ilke ve kriterlerde istikrar ve öngörülebilirlik sağlamak şeklindeki üç faktör arasında denge tutturabilmek gerekir. Bunun için, hakların korunması için tatmin edici bir “denetim düzeyini/yoğunluğunu” tutturmak da gerekmektedir⁶³. Oysa takdir marjı doktrini kararlarda çok sık ve gereksiz bir şekilde kullanılmaktadır. Kavramın içi boş bir retoriğe dönüşme ihtimali ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, takdir marjının hangi hallerde genişleyip daralacağını açık ve öngörülebilir standartlara bağlayarak, gerekli hâllerde kararda bundan bahsetmelidir. Oysa Mahkeme, birçok başvuruda bütün değerlendirmelerini yapıp, müdahalenin orantılı veya orantısız olup olmadığını belirledikten sonra, takdir marjı kapsamında olup olmadığını veya takdir marjının miktarını⁶⁴ belirlemektedir. Hatta kimi zaman ölçülülük ilkesinin içinde onun bir parçası gibi görülmekte, bu durumda ise baştan belirlenmeyen takdir marjı nedeniyle, denetimin yoğunluğu/derecesi ile takdir marjı doktrini arasında bir bağ kurulamamaktadır⁶⁵.

Özetle Mahkeme, kararlarında bir şekilde takdir marjının şartlarını, bu şartların olaydaki tezahürünü ve buna göre takip edeceği denetim seviyesini öngörülebilir şekilde belirleyerek inceleme yapmıyor. Kimi zaman hiçbir gereği yokken takdir marjından bahsediyor, kimi zaman dar takdir marjı belirlediği hâlde, daha gevşek bir denetim uyguluyor kimi zaman da geniş takdir marjı belirlediği hâlde sıkı denetim uygulayabiliyor. O nedenle pratikte, normatif olarak amaçlanan ideal yerine getirilemiyor⁶⁶.

63 Gerards, J. (2018). s. 500.

64 Çoğu zaman AİHM, takdir marjından bahsetse de bu marjın miktarını, yani geniş mi dar mı olduğunu ve bu sonucun hangi kriterlere göre belirlendiğini kararlarında ortaya koymamaktadır (Bkz. Klatt, M. (2011). s. 712-714).

65 Gerards, J. (2018). s. 501-502.

66 a.g.e. s. 502 vd.

Son olarak takdir marjı doktrininin, devletin kimi yükümlülüklerden kaçınmasına ve çoğunluğun azınlık haklarını ihlal etmesine yol açma gibi riskleri de ön plana çıkarılmıştır⁶⁷. Gerçekten de takdir marjı ve benzeri araçlarla, ulusal makamlara takdir alanı sağlamak ve kültürelliğe yer vermek, ilgili toplumdaki çoğunluğun takdirini ve kültürünü, azınlığa dayatma sonucuna yol açabilecektir.

III. HAK ÇATIŞMALARINDA DENGELEME VE KÜLTÜRÜN ROLÜ

Dengelemeye geçmeden şunu belirtelim ki, kategorik veya tümdengelimci atılma (*subsumption*) yöntemi de çoğu zaman kültürel unsurlara başvurmak durumunda kalmaktadır. Örneğin bir aşağılayıcı veya saldırgan ifadenin, kategorik olarak korunan veya korunmayan ifade olup olmadığı veya hakaret teşkil edip etmediği ilgili toplumun bakış açısına göre tespit edilmektedir.

Atılma yöntemi gibi dengeleme yöntemi kavramı ve aşamaları da kültürel etkilere çeşitli şekillerde açık olabilmektedir. Nitekim, bir görüşe göre dengelemenin ne olduğu hususu bile kültürün etkisinden azade değildir. Yani bütün toplumları kapsayan evrensel bir dengeleme kavramı yoktur, aksine kavramın içeriği ilgili toplumun kültürüne göre değişebilir⁶⁸. Ayrıca, dengeleme yönteminin hangi aşaması veya hangi türü olduğuna göre de kültürün etkisi farklılaşabilmektedir. Örneğin dengeleme türleri bakımından yaklaşıldığında, yapısal (*structured*) veya ilkesel (*principled*) dengeleme, dengeleme yaparken belirli genel ilke ve unsurlar oluşturarak, bunları sonraki çatışmalarda da uygulamayı ifade eder⁶⁹. Fakat

67 Berry, S. E. (2019). s. 106.

68 Bomhoff, J. (2008). "Balancing, the Global and the Local Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law", *UC Law SF International Law Review*, Vol. 31., No. 2., s. 569 vd.

69 Bkz. Smet, S. (2017). *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, Routledge, s. 141 vd.; Nimmer, M. B. (1968). "The Right to Speak

her somut olayın kendi özelliklerine göre karar almaya sınırlı derecede imkân verir. Oysa olaysal (ad-hoc) dengeleme, olay bazlı hareket ederek her somut çatışmayı kendine has bir şekilde sonuca bağlamaktadır⁷⁰. Bu dengeleme, öngörülebilir ve istikrarlı olmamakla birlikte⁷¹, ilksel dengelemeye göre kültürel etkiyi ve somut olay hakkaniyetini sağlamaya daha elverişli görülebilir.

Dengelemenin aşamalarına gelince, burada içsel ve dışsal gerekçelendirme şeklinde iki başlık altında hak çatışmalarında kültürün etkisini araştıracağız. İçsel ve dışsal gerekçelendirme ile birinci düzey-ikinci düzey gerekçelendirme hukuki argümantasyonda kabul edilen genel ayrımlardandır. İçsel gerekçelendirme, hukuki kararın, mantıksal olarak önermelerden çıkarsanmasıdır. Dışsal gerekçelendirme ise bu önermelerin doğruluğunun rasyonel olarak gösterilmesi ve gerekçelendirilmesidir. Örneğin altlama (*subsumption*) bir akıl yürütme yöntemi olarak içsel gerekçelendirme iken, bu yöntem içindeki önermelerin doğruluğunun olgular, kurallar, kararlar, gerekçeler ve hukuki argümanlar vasıtasıyla delillendirilmesi ise dışsal gerekçelendirmedir⁷². Aynı şekilde, hukuki bir

from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", *California Law Review*, Vol. 56., No. 4., s. 942, 967 vd. Bkz. ayrıca Aleinikoff, A. (1987). "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal*, Vol. 96., No. 5., s. 948, 979; Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Right and Their Limitations*, Kalır, Doron (Çev.), United Kingdom: Cambridge University Press, s. 512, 546-647.

70 Bkz. Barak, A. (2012). s. 368; Nimmer, M. B. (1968). s. 939-940.

71 Borowski, M. (2013). "On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen", *German Law Review*, Vol. 14., No. 8., s. 1416.

72 Alexy, R. (1989). s. 221, 230-231. Bkz. bu tür bir gerekçelendirmeyi ilk ortaya atan görüş hakkında Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*, Switzerland: Springer Science & Business Media, s. 255. MacCormick tarafından geliştirilen birinci düzey-ikinci düzey gerekçelendirme ayrımı da iç-dış gerekçelendirme ayrımına benzemektedir. Birinci düzey gerekçelendirme daha ziyade altlama ve dedüktif çıkarımlar zincirini veya dengeleme açısından "tartım formülünü" ifade etmekteyken, ikinci düzey gerekçelendirme ilk düzeydeki gerekçelendirme ve önermelerin, ne için doğru ve tercihe şayan olduğunu gerekçelendirmek, ayrıca bu gerekçelendirmenin "diğer kurallarla tutarlı", "hukuk sisteminin bütünüyle uyumlu" ve "toplumsal açıdan meşru ve kabul edilebilir" olması

akıl yürütme yöntemi olarak “dengeleme-tartım formülü” bir şekli ilkelerden ve önermelerden oluşan (müdahalenin şiddeti, diğer hakkın korunma oranı/önemi, hakların soyut ağırlığı ve epistemik güvenilirlik şeklindeki değişkenler) içsel gerekçelendirme süreci iken, çatışan ilkelerin ve hakların tartım formülündeki değerlerinin, çeşitli maddi ve ahlaki unsurlar, kararlar, doktrin, hukuki/pratik argüman ve gerekçelendirme yöntemleri ile delillendirilerek tespit edilmesi işi de dışsal gerekçelendirmedir⁷³.

A. İÇSEL GEREKÇELENİRME AŞAMASINDA KÜLTÜRÜN YERİ

1. Şekli Tartım Formülünde

Kültür, içsel gerekçelendirme olarak görülen Alexy’nin şekli “tartım formülü” içerisinde bir değişken veya unsur olarak yer almamaktadır. Alexy’nin formülü formal ve analitik olacak şekilde tasarlandığı için, kültürün etkisi gibi kolay ve öngörülebilir şekilde ölçülemeyecek bir unsuru entegre etmek ilk bakışta zor görünüyor. Tartım formülü (*weight formula*) dört temel değişkene dayanıyor⁷⁴:

gerekmektedir. İkinci düzey gerekçelendirme, dışsal gerekçelendirmeye göre daha geniş ve muğlak olmakla birlikte, yine içerisinde ilgili toplumun ahlaki değerleri ve kültürünü içerir (Maccormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*, United Kingdom: Oxford University Press, s. 101 vd.; bkz. ayrıca Alexy, R. (2003). s. 435).

73 Alexy, R. (1989). s. 230 vd.; Alexy, R. (2003). s. 435; Krş. Klatt, M. ve Meister, M. (2012). “Proportionality—A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 3., s. 693 vd. Aynen altlama yönteminde olduğu gibi, dengeleme yönteminde de içsel gerekçelendirme, önermelerden sonuç çıkarma şeklinde mantığı ve şekli bir aşamadır (Klatt, M. ve Meister, M. (2012). s. 694). Bkz. Borowski, M. (2021). “Limited Review in Balancing Constitutional Rights”, in Sieckmann Jan-R. (Ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy’s Theory of Constitutional Rights*, Switzerland: Springer, s. 149 vd. Özellikle tartım formülü tımdengelımcı şekli bir yöntem olduğu için, gerekçelendirmenin güvenilirliği meselesi dışsal gerekçelendirmede, tartım formülündeki olgusal ve normatif öncüllerin gerekçelendirmesi için önem arz etmektedir (Borowski, M. (2021). s. 150).

74 Alexy, R. (2021). *Law’s Ideal Dimension*, United Kingdom: Oxford University Press, s. 172; Borowski, M. (2021). s. 149; Klatt, M. ve Schmidt,

$$GA_{IJ} = \frac{MD_i \cdot S_i \cdot G_i}{MD_J \cdot S_J \cdot G_J}$$

MD_i : Belirli bir ilkeye/hakka yapılan müdahalenin derecesi

MD_J : Çatışan ilkenin/hakkın korunma/tatmin derecesi

S : İlkelerin/hakların soyut ağırlığı

G : Gerekçelendirmenin (epistemik) güvenilirliği⁷⁵

Yukarıdaki formülde de görüleceği üzere, dengeleme sonucu, yani çatışan hakların somut olaydaki göreceli ağırlığı (GA_{IJ} , *relative weight*), çatışan birinci hak (İ) ile ikinci hakka (J) yönelik müdahale/koruma oranlarının yani somut ağırlığın (SA), hakların soyut ağırlıklarının (S) ve dengeleme süreci içerisinde çatışan hakların her birine yönelik yapılan gerekçelendirmenin epistemik güvenilirliklerinin (G) ayrı ayrı her bir hak açısından tespit edilip çarpılması ve sonunda birbirine bölünmesiyle bulunur⁷⁶. Bölme işleminin sonucu bire eşitse (1), çatışan haklar dengededir (*stalemate*). Birden büyükse ($GA_{IJ} > 1$), birinci hak (İ) ihlal edilmiştir, küçük ise ($GA_{IJ} < 1$), ikinci hak (J) ihlal edilmiştir⁷⁷.

J. (2012). "Epistemic Discretion in Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 1., s. 173. Bkz. formülün ayrıntısı ve "Titanic" ve "Tütün ürünü uyarıları" kararları kapsamında somut olarak örneklendirilmesi için Yılmaz Coşkun, S. (2023). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 524 vd.

75 Gerekçenin epistemik güvenilirliği ve sağlamlığı, tartım formülünde ağırlığa etki eden hususlardandır ve ne kadar bir hakka yapılan müdahale ağırsa, epistemik güvenilirlik yani olgusal ve normatif varsayımların belirlilik seviyesi o kadar yüksek olmalıdır. Örneğin hakka yapılan sınırlandırma ile kamusal menfaate zarar gelip gelmeyeceği belirsizse, bir hakka yapılan müdahalenin ağırlığı tam olarak tespit edilemiyorsa veya hakkın soyut ağırlığı tespit edilemiyorsa, ortada olgusal ve normatif belirsizlik vardır ve epistemik güvenilirlik düşüktür (Alexy, R. (2003). s. 446 vd.; Borowski, M. (2021). s. 148).

76 Alexy, R. (2021). s. 167; Borowski, M. (2021). s. 149 vd.

77 Alexy, R. (2021). s. 166 vd.; Borowski, M. (2021). s. 149 vd.; Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 74.

Alexy'nin tartım formülünün bir parçası olan ve üçlü ölçek (*triadic scale*) olarak geçen yöntem, çatışan haklara/ilkelere yapılan müdahalenin ya da elde edilen korumanın öneminin "hafif/h (*light*), orta/o (*moderate*) ve ciddi/c (*serious*)" şeklinde derecelendirilmesine yarar⁷⁸. Burada, tartım formülünde ilkelere somut ağırlıklarının belirlenmesi amacıyla, diğer değişkenlerden bağımsız olarak, yine formal bir yöntemle çatışan haklardan birine yapılan müdahale derecesi (MD_i) ile diğerinin koruma derecesinin (MD_j) birbirine matematiksel oranını bulmakta ve somut ağırlığı (*SA/concrete weight*) ifade etmektedir⁷⁹. Bu kapsamda ardışık sayılarla (1, 2, 3...) değil üslü ifadelerle $h=2^0$; $o=2^1$ ve $c=2^2$ şeklinde ifade edilmekte ve nihayet $h=1$, $o=2$ ve $c=4$ olmaktadır⁸⁰: $SA = \frac{MD_i}{MD_j}$

Görüldüğü gibi, hem Alexy'nin tartım formülündeki değişkenler içerisinde kültür doğrudan bir değişken olarak yer almamakta hem de müdahalenin ağırlıklarının oranlanmasıyla somut ağırlığın bulunmasına yarayan üçlü ölçek içerisinde dengelemenin yapıldığı toplumun kültürünün etkisi bir değişken olarak yer almamaktadır. Kültürün etkisi, doğrudan bir değişken olarak konulduğunda ise kültürün formüldeki değerini hesaplamak için ölçülebilir ve tarafsız bir yöntem bulunabilmesi icap eder⁸¹. Diğer bir deyişle, dışsal gerekçelendirme yani tartım ve üçlü formüllerdeki değişkenlere niçin belirlenen değerlerin verildiğini tespit aşamasında, üçlü ölçek gibi daha ölçülebilir ve güvenilir bir yöntem bulunabilmelidir. Dahası, kültür doğrudan bir değişken olamasa bile, tartım formülündeki mevcut değişkenlerin yani sırasıyla "haklara yapılan müdahalenin ağırlıkları"⁸², "hakların soyut ağırlıkla-

78 Alexy, R. (2021). s. 164, 166 vd.; Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 73-74.

79 Alexy, R. (2021). s. 165-167.

80 Alexy, R. (2003). s. 440-445; Borowski, M. (2021). s. 150 vd.

81 En azından üçlü ölçekteki gibi, kültürün etkisinin "düşük", "orta" veya "yüksek" seviyede olduğunun belirlenebilmesi mümkündür.

82 Örneğin bir ülkedeki gelenekler, değerler ve kültürel anlayış, herhangi bir hakkın soyut ağırlığını belirlemede veya somut bir hak çatışmasında haklardan birine yapılan müdahalenin "hafif", "orta" ve "ciddi" şiddette olduğunu tespit etkilili olabilir.

rı” ve “gerekçelendirmenin güvenilirliği” şeklindeki üç adet değişkenin matematiksel değerlerinin hesaplanmasında (dışsal gerekçelendirme) kültürün dolaylı bir etkisinin olduğu savunulabilir.

Bir içsel gerekçelendirme olan “tartım formülünde” “kültürün” şekli bir değişken/unsur olarak yer alıp almayacağını iki yöntemle deneyeceğiz. *Birincisi*, aşağıda görüleceği üzere kültürün, çatışan haklara yapılan “müdahalenin/korumanın ağırlıklarını (somut ağırlıklarını), soyut ağırlıklarını ve epistemik güvenilirlik derecesini” tespit etmedeki rolü her bir öncül için formüle dâhil edilerek gösterilebilir:

$$GA_{i,j}^{kültür} = \frac{MD_i^k \cdot S_i^k \cdot G_i^k}{MD_j^k \cdot S_j^k \cdot G_j^k}$$

Bu yöntemde, tüm değişkenler/öncüller ($G_{ij}^k, SA_{ij}^k, MD_{ij}^k$) toplumdaki yaygın kültürel anlayış ve kültürel bağlam aracılığıyla yeniden tanımlanmakta, bu da modeli hem epistemik hem de normatif açıdan kültüre bağımlı hâle getirmektedir. Bu formüle göre, her değişken, çoğunluğun kültürel anlayışı açısından yorumlanmaktadır.

Fakat bu birinci yöntem birkaç açıdan kabul edilebilir değildir. Birincisi kültür, burada yine formülün bir unsuru hâline gelmiyor, sadece formüldeki değişkenleri belirlemede yani dışsal gerekçelendirmede kültür “tek etkili unsur” olarak görülüyor. Oysa, dışsal gerekçelendirmede kurallar, onların yorumu, yorum metotları, öğreti, mahkeme kararları ve diğer argümantasyon metotları gibi birçok etkili ve rasyonelliği sağlayıcı etken vardır. Kültür haklara yapılan müdahale/koruma derecesini, onların soyut ağırlığını/önemini ve epistemik güvenilirlik derecesini belirlemede tek başına etki ettiğinde, hukuki doğruluk ölçütlerine uymayan ve rasyonel olmayan bir sonuç ortaya çıkabilir⁸³. Kısacası kültür, burada formüle

83 Bkz. Alexy, R. (1989). s. 11.

dâhil edilememekte, formüldeki öncüllerin yorumlanmasına dolaylı olarak etki etmektedir ki⁸⁴, bu da dışsal gerekçelendirmenin kapsamında kalmaktadır.

İkinci olarak kültürün şekli tartım formülü içerisine bir öncül olarak dâhil edilebilme ihtimali, Borowski'nin sınırlı denetim teorisinde yasama organının takdir yetkisini, Alexy'nin tartım formülüne entegre ettiği "genişletilmiş tartım formülünden (*extended weight formula*)" hareketle araştırılabilir. Borowski'nin sınırlı denetim (*limited review*) adlı teorisi, demokratik meşruiyet adlı şekli ilke (*formal principle*) vasıtasıyla kanunların ölçülülük denetiminin sadece "orta (makullük)" ve "alt seviye (açık keyfîlik)" denetim ile sınırlandırılmasını savunuyor. Bu kapsamda teori, sıkı denetime yani yargının dengeleme sonucunun yasamaya diretilmesi ve onunkinin yerine geçmesine karşı geliyor⁸⁵.

Sınırlı denetim görüşü ile çatışan maddi hakların (*substantive principle*) dengelenmesi sırasında şeklî ilke de (demokrasi vb.) tartım formülüne dâhil ediliyor. Bunun en önemli sebebi, tartım formülünün mevcut hâlinde, epistemik güvenilirliğin (G) haklara yapılan müdahalenin şiddetine (MD) göre belirlenmesi sebebiyle, epistemik belirsizlik durumunda yasamanın takdir yetkisinin etkisinin formüle yansıtılamamasıdır. Epistemik belirsizlik hâlinde denetlenen makama verilen takdir yetkisinin AYM'ce denetlenerek ortadan kaldırılmaması için oluşturulan sınırlı denetim yaklaşımı (*limited review approach*)⁸⁶ ancak bu takdir yetkisine tartım formülünde şeklî bir

84 Bkz. kültür ile normların yorumu arasındaki ilişki bağlamında Brewer, J. (2022). "The Impact of Intercultural Legal Discourse upon Anglo-American versus Navajo Criminal Legal Theory", *Language, Discourse & Society*, Vol. 10., No. 2., s. 12, 21; Yazdiha, H. (2017). "The Relationality of Law and Culture: Dominant Approaches and New Directions for Cultural Sociologists", *Sociology Compass*, Vol. 11., No. 12., s. 5.

85 Borowski, M. (2021). s. 144-146.

86 Bu görüş, Borowski tarafından ileri sürülmekte ve çeşitli kararlar vasıtasıyla temellendirilmektedir (Borowski, M. (2021). s. 159 vd.).

ilke olarak yer vermekle mümkün olmaktadır⁸⁷. Bunu entegre etmek amacıyla, denetlenecek olan karara (*decision to be reviewed*) saygı duyulması veya yasamanın takdir yetkisine saygı ya da demokratik meşruiyete saygı olarak ifade edilen şekli ilke yani Pf (*formal principle*), formülde bölen ya da bölünen ilke tarafında yer alabilmektedir⁸⁸.

Nitrojen dioksit örneğini ele alırsak, yasama organının kanunla atık gazlardaki çevreye salınabilecek azot oranını belirlemeye çalıştığını varsayalım⁸⁹. Her bir m³ atık gaz için müsaade edilecek azot oranının 150 mg olması ile 300 mg olmasına göre, bu gazın çevreye vereceği zararın belirsiz olduğu varsayımı altında, ortaya epistemik belirsizlik çıkmakta ve bu nedenle yasama organının epistemik takdir yetkisi doğmaktadır. İşte, yasamanın bu takdir yetkisinin miktarını ifade eden Pf, çatışan haklardan hangisinin tarafında olduğuna göre, formülün bölen ya da bölünen kısmında yer almakta ve belirsizlik seviyesine göre artmakta veya azalmaktadır⁹⁰.

Biz de yukarıdaki açıklamalardan hareketle, Federal Alman AYM'nin aşağıda ayrıntısı verilecek olan "Kutsal Cuma" kararı⁹¹ için şu soruyu sormak istiyoruz: Yasama organının, Kutsal Cuma'nın sessizliğini diğer haklara göre daha yüksek oranda korumak için kullandığı takdir yetkisini "sadece ilgili toplumdaki yaygın dini-kültürel anlayışa dayandırması" hâlinde, acaba formüldeki Pf (takdir yetkisi) bu durumda salt kültürel bir etkiyle oluşturulmuş olur mu? Olursa, kültür tartım formülüne "şeklî bir ilke" olarak girmiş olur mu? Kutsal Cuma olayında, Bavyera Eyaleti Tatil Kanunu'nda, Kutsal Cuma günü "sessiz gün" olarak addedilmiş ve diğer

87 a.g.e. s. 156 vd.

88 a.g.e. s. 137, 147, 158.

89 a.g.e. s. 157 vd. Bu durumda formülün takdir yetkisini (Pf) de içeren genişletilmiş hali şu şekildedir: . Duruma göre Pf. kesrin altında da yer alabilir (Borowski, M. (2021). s. 158).

90 Borowski, M. (2021). s. 157-159.

91 Bkz. B, 1, a. başlığı.

sessiz günlere göre daha mutlak bir şekilde korunmuş, yani belirli saatler arasında her türlü, içkili müzikal etkinlikler ve sportif etkinlikler yasaklanmıştır. Kanunda, Kutsal Cuma'nın sessizliğinin böyle kategorik bir şekilde yani somut olayın şartlarına göre günün anlam ve önemine zarar verip vermediğini tartmaya imkân vermeyecek (mutlak) şekilde korunması Mahkemece orantısız bulunmuştur. Keza, yasaklanan etkinliklerin sessizliğe ve günün ciddiyetine kesin bir şekilde zarar verip vermeyeceği belirsiz olduğu için, yasamanın (epistemik) takdir yetkisi içine girebilir. Bu durumda yasamanın tercihi, toplumun Hristiyan çoğunluğunun bu güne verdiği anlam ve öneme dayandığı için “dinî-kültürel bir yön” barındırır. Fakat, yine de kültür formülünün içine bir değişken olarak dâhil olmaz, sadece takdir yetkisinin sebebi olarak dışsal gerekçelendirmenin kapsamında kalır.

Görüldüğü gibi içsel gerekçelendirme içinde yukarıdaki iki yöntemde kültür doğrudan tartım formülüne dahil edilememiştir. O nedenle aşağıda, dışsal gerekçelendirme içinde dolaylı bir faktör olarak kültürün etkisi araştırılmıştır.

2. Şeklî Dengeleme Kriterlerinde

Şeklî dengeleme kriterleri, tartım formülünden farklı olarak, kimi hak çatışmalarına has bir şekilde oluşturulmuş ve hakların ağırlıklarının tespitine yönelik kriterlerdir. Mahkemelerin bağlamsal (ad-hoc) bir şekilde dengeleme yapmasından ise “daha öngörülebilir kriterlere” göre “ilkesel dengeleme” yapmasını sağlamak için geliştirilmiştir. Örneğin AİHM tarafından ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı çatışmaları açısından oluşturulan aşağıdaki dengeleme kriterleri, Mahkemece “bir karar verme yöntemi” olarak takip edilmektedir. Kimi yazarlarca dengeleme sürecini oluşturan bu şeklî kriterler, bir *içsel gerekçelendirme ve akıl yürütme yöntemi* olarak nitelendirilmiştir⁹². Eğer bu kriterler ulusal makamlar tarafın-

92 Bkz. Borowski, M. (2021). s. 145; Borowski, M. (2021a). “Axel Springer AG v. Germany, or: How to Perform Limited Review”, in Elösegi, M., Miron,

dan takip edilmiş ise AİHM'nin ulusal makamların kararının yerine kendininkini directmek için çok güçlü sebeplerin olması gerektiğini vurgulaması, bu görüşün temel gerekçesidir. Zira, bu durumda AİHM dengeleme sürecine yani bu kriterlerin kullanılıp kullanılmadığına bakmakta, yoksa dengeleme sonucuna yani kararın içeriğine değil. Bu ilkeler bir formül mahiyetinde olmasa da kanaatimizce de şekli ilkeler ve karar verme yöntemi olarak görülebilir. AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesi (özel hayata saygı hakkı) ile 10. maddesi (ifade hürriyeti) arasındaki çatışmalarda, şu dengeleme kriterlerini oluşturmuştur: Kamu yararına katkı, tarafların konumu ve ünlülük derecesi, yayının içeriği/konusu ve sonuçları, kişinin önceki davranışları, basın etiğine uygun davranılıp davranılmadığı, yayının yapılış biçimi, bağlamı ve etki alanı, uygulanan yaptırımın şiddeti⁹³.

Görüldüğü gibi AİHM'in ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı arasındaki çatışmaya dair oluşturduğu dengeleme kriterleri arasında "çatışmanın gerçekleştiği kültürün etkisi" gibi bir kriter yoktur. Fakat bu şekli kriterlerin hakların ağırlığına etkisinin tespiti sırasında yani dışsal gerekçelendirmede (örneğin kişinin ünlülük derecesinin o toplumun

A. ve Motoc, I. (Eds.), *The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Response*, Switzerland: Springer, s. 223 vd.; Gerards, J. (2017). "Procedural Review by the ECtHR: A Typology", in Gerards, J. ve Brems, E. (Eds.), *Review in European Fundamental Right Cases*, Procedural, United Kingdom: Cambridge University Press, 2017, s. 128 vd.

93 Sardo, A. (2021). "Freedom of Expression, Sliding-Scales, and Fake News", in Elösegui, M., Miron, A. ve Motoc, I. (Eds.) *The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Response*, Switzerland: Springer, s. 273-274; Köküsarı, İ. (2020). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 299 vd.; Hazar, Z. (2021). *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 217 vd. Bkz. ayrıca AİHM'in konuyla ilgili önde gelen kararlarındaki kriterler için Axel Springer AG/Germany, 39954/08, 7/2/2012, 89 vd.; Von Hannover/Germany (No. 2), 40660/08 60641/08, 7/2/2012, 108 vd. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesinin de takip ettiği kriterler içinde kültürel unsurların doğrudan yer almadığı görülmektedir: İlhan Cihaner (2), 2013/5574, 30/6/2014, § 65-73; Kenan Kıran ve Ramazan Fatih Uğurlu, 2016/2884, 24/10/2019, § 32-39; Kemal Gözler, 2014/5232, 19/4/2018, § 48; Koray Çalışkan, 2014/4548, 5/12/2017, § 40.

anlayışına göre belirlenmesi vs.) aşağıda görüleceği gibi kültürün kaçınılmaz bir etkisi vardır. AİHM'in kullandığı "takdir marjı" enstrümanı da bu ülkesel ve kültürel etkiye alan açmak amacıyla geliştirilmiştir.

B. DIŞSAL GEREKÇELENĐİRME AŞAMASINDA KÜLTÜRÜN ROLÜ

1. Genel Olarak

Bu aşama, yukarıda içsel gerekçelendirme içinde ele aldığımız, şeklî tartım formülü ile şeklî dengeleme kriterlerinde yer alan değişkenlere verilecek değeri bulma ve tespit etmeye yarayan "dışsal gerekçelendirme" aşamasıdır. Dışsal gerekçelendirme aşamasında, hukuki argümanlar ve akıl yürütme, yorum metotları, başka durum ve kararlarla kıyaslama, toplumsal, kültürel ve ahlaki değerler⁹⁴ gibi birçok değerlendirme faktörü devreye girmektedir. Aşağıda "müdahale ve korumanın derecesi (somut ağırlık)" ve "hakkın soyut değeri" şeklindeki başlıklarda maddi ve dışsal olarak ağırlıkların/değerlerin tespiti ve kültür ile ilişkisi ele alınacaktır.

Bunu yaparken, Almanya'dan Kutsal Cuma (a) ile ilgili Federal AYM kararını, Türkiye'den ise Ramazan Davulu ve Ezan (b) ile ilgili AYM kararını ele alarak, kültürün etkisini göstermeye çalışacağız. Önce genel olarak kararları özetleyeceğiz, sonra somut ve soyut ağırlık açısından ayrı ayrı kültürel etkiyi araştıracağız.

a. Kutsal Cuma Olayı

Bavyera Eyaleti Pazar ve Tatil Günleri Hakkında Kanun, 1. maddesinde resmî tatilleri saymıştır. Sonra, Pazar ve diğer resmî tatil günlerinin (mad. 2), Sessiz Günlerin (mad. 3) ve Meryem Ana'nın Göğes Kabulü (mad. 4) gününün nasıl korunacağına dair özel hükümler getirmiştir. Kutsal Cuma (*Good Friday/Karfreitag*) günü ile Azizler Günü, Kutsal Perşembe

94 Krş. Klatt, M. ve Meister, M. (2012). s. 692 vd.

ve Kutsal Cumartesi gibi günler de Kanunun 3. maddesinde Sessiz Gün (*Stille Tage*) olarak tasnif edilmiştir⁹⁵. Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Sessiz günlerde, kamusal eğlence etkinliklerine, yalnızca bu günlerin anlam ve önemine (ciddiyetine) uygun düştüğü taktirde izin verilir... Spor müsabakalarına, Kutsal Cuma ... hariç, izin verilir. Kutsal Cuma günü, içki servisi yapılan yerlerde her türlü müzik performansının yapılması da yasaktır*”. Kanunun 5. maddesinde “muafiyetler/istisnalar” başlığı altında ise, 2., 3. ve 4. maddede getirilen özel koruma hükümlerine ve sessizliğin korunmasına, Kutsal Cuma günü hariç, idarece mühim sebeplerin varlığı hâlinde istisna/muafiyet tanınabileceği hüküm altına alınmıştır⁹⁶. Özetle Kutsal Cuma günü, spor ve müzik performansının (içki servisi olan yerlerde) yasaklandığı ve mutlak bir sessiz gün olarak belirlenmiştir. Kutsal Cuma günü kamusal eğlence etkinliklerine, sadece günün anlam ve önemine halel getirmemesi kaydıyla izin verilebilecektir.

Dava konusu olayda, 2007 yılı Kutsal Cuma gününde, Münih Düşünce Özgürlüğü Derneği, Bavyera Eyaleti Tatil Kanununda⁹⁷ Kutsal Cuma gününün “mutlak bir sessiz tatil” olarak belirlendiği hükme aykırı olarak, “Cehennem Azabı Yerine Pagan Eğlencesi, Dinden Azade Bölge Münih 2007” sloganıyla Münih’te etkinlik yapmak için üyelerine çağrı yapmıştır⁹⁸.

95 <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayFTG-3>, (Erişim Tarihi: 20/5/2025)

96 <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayFTG-3>, (Erişim Tarihi: 20/5/2025)

97 Bunun dışında Bavyera Eyaletinin parlamentosu tarafından hazırlanan değişiklik yasa tasarısının gerekçesinde: “...Sessiz günler ... Bavyera’daki Hristiyan ve kültürel geleneklerimizin ve değerlerimizin korunması ile toplumumuzun birlikteliği açısından vazgeçilmezdir. Tatil günleri ve sessiz günler, temel değerlere yönelme açısından önemli dayanak noktaları ve sükunet anlarıdır; aile içinde ve aileyle birlikte vakit geçirmeyi mümkün kılar, insanlara gerekli huzuru ve çağımızın zorluklarına karşı güç toplayabilmek için kültürel, tarihsel ve dinsel temelleri hatırlama imkânı sunar” ([https://www.bayern.landtag.de/www/ElanTextAblage_WP16/Drucksachen / Basisdrucksachen/0000009500/0000009991.pdf](https://www.bayern.landtag.de/www/ElanTextAblage_WP16/Drucksachen/Basisdrucksachen/0000009500/0000009991.pdf), (Erişim Tarihi: 10/5/2025)

98 BVerfGE, 143, 161, § 9-10.

Etkinlik iki adet film izleme etkinliği ile rock grubunun canlı müziği eşliğinde dans etkinliğidir. Bu etkinliğin canlı müzikle dans etme kısmı, idarece Bavyera Eyaleti Tatil Kanunu'nun yukarıdaki hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle engellenmiştir. İdarenin işlemine karşı başvurulana yargısal yollardan bir sonuç elde edilememiştir⁹⁹.

İdare mahkemesi, Alman toplumunun çoğunluğunun Hristiyan olduğunu vurgulamış, müzikli dans etkinliğinin yasaklanmasının şikâyetçi derneğin ve mensuplarının haklarına nispeten “hafif” bir müdahale olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰. Müdahalenin hafif olmasının nedeni olarak, yılda bir gün olması ve Hristiyan olmayanların bunu kutlamaya zorlanmaması gösterilmiştir. Ayrıca, idare mahkemesine göre müzikli dans gösterisinin ses yalıtımı olan bir mekânda ve Hristiyan ibadethanelerine uzak bir yerde yapılması, bugüne saygı ve hoşgörü gösterme yükümlülüğünü kaldırmaz. Özetle mahkemeye göre, müdahale hafiftir ve idare müzikli dansı yasaklayarak orantılı bir müdahale yapmıştır¹⁰¹.

Bunun üzerine şikâyetçiler Federal Alman Anayasa Mahkemesine anayasa şikâyetinde bulunmuşlardır. Federal Anayasa Mahkemesi, Bavyera'nın Kutsal Cuma gününü “sessiz bayram” olarak korumaya yönelik uygulamasının, başvuruların din ve vicdan özgürlüğü ve toplantı hürriyeti ile Hristiyan kesimin din ve inanç hürriyeti arasında bir denge kurması gerektiğini vurgulamış, Kanun'da Kutsal Cuma günü için somut olayın şartlarına göre dengeleme yapabilmek amacıyla hiç bir istisna tanınmamasını ölçüsüz bularak iptal etmiştir¹⁰².

99 BVerfGE, 143, 161, § 11.

100 BVerfGE, 143, 161, § 15 vd.

101 BVerfGE, 143, 161, § 119-120

102 BVerfGE, 143, 161, § 56. Okul duası ile ilgili kararda da Hristiyan kültürü vurgusu yapan Federal Alman AYM, negatif din hürriyeti ile pozitif din hürriyeti çatışmasının dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir (Kanadoğlu, K. (1998). *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 82).

Federal Alman AYM'ye göre Kutsal Cuma gününün tatil ilan edilmesi ve sessiz gün olarak tasnif edilmesi çalışma hakkı, serbest müteşebbis hakkı ve mesleki özgürlükleri, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı (genel eylem özgürlüğü), sanat ve müzik faaliyeti icra edenlerin sanat hakkı da etkilenebilir. Somut olay açısından ise toplanma hürriyeti ile inanç hürriyeti bundan etkilenmiştir¹⁰³.

b. Ramazan Davulu ve Ezan Olayı

“Ramazan Davulu” ile “Ezan” olayı Türkiye'nin İzmir ilinde gerçekleşmiştir. Her iki olayda da başvuru aynı kişidir ve İzmir'in bir mahallesinde yaşamaktadır.

Ramazan Davulu olayında, mahalle muhtarının yazılı yetkilendirmesine dayalı olarak, bu mahallede Ramazan'da oruç tutanları gece saat 3.30 civarında sahura kaldırmak için Ramazan davulu¹⁰⁴ çalınmıştır¹⁰⁵. Başvuru, bu uygulamanın dayanağı olan işlemin iptali için idare mahkemesinde dava açmış fakat mahkeme, davul çalmanın ibadete zorlanma olarak görülemeyeceğini vurguladığı kararında, idarenin bu konuda sorumluluğunun bulunmadığını ve ek düzenlemeler gerektiğini belirterek ret kararı vermiştir¹⁰⁶. Danıştay, idare mahkemesinin kararını onamış ve gerekçesinde davul çalma uygulamasının geleneksel bir yöntem olduğu için hoş görülmesi gerektiğini vurgulamış, muhtarlığın izninin denetimsiz bir şekilde davul çalmayı engellemeye ve davul çalma uygulamasının daha nizami yapılmasına yönelik olduğunu belirt-

103 BVerfGE, 143, 161, § 57.

104 Osmanlı Döneminde de İstanbul'da mahalle bekçilerinin veya davulcuların Ramazan'da davul çalarak, sahura uyandırdığı aktarılmıştır (Georgeon, F. (2018). *İstanbul'da Ramazan: Osmanlı İmparatorluğu'ndan Çağdaş Türkiye'ye*, Tümerterkin, A. (Çev.), İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınevi, s. 16, 68); Aşık, F. (2019). *Osmanlı İstanbul'unda Ramazan Kültürü ve Ramazan Sofraları*, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 29 vd.).

105 D.Ö. (4) [2.B.], B. No: 2014/3735, 12/6/2018, § 9-12.

106 D.Ö. (4), § 13.

miştir¹⁰⁷. Ramazan Davulu olayında, davul çalmanın mevzuatta açık bir dayanağı bulunmamaktadır. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 14. maddesinde, başkalarının rahat ve huzuru, çok genel olarak gürültüye karşı korunmaktadır. Yine Çevre ve Kabahatler Kanunlarında da gürültüye yönelik hükümler vardır. Somut olayda ilgili yerin (mahalle) muhtarlığı 2008 yılı Ramazan ayında davul çalınması ve para toplanması yönünde yazılı bir yetkilendirme yapmıştır.

Başvurucu, uygulamanın hem sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının (biz özel hayata saygı hakkı içerisinde ele alacağız.) hem de dinî ibadete zorlandığı gerekçesiyle din hürriyetinin ihlal edildiğini iddia ederek AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur¹⁰⁸. AYM öncelikle kategorik bir tümünden gelimci yöntemle davul çalınması nedeniyle oluşan gürültü iddiasının Anayasa maddelerinden hangi maddeler kapsamında yer aldığını geniş bir şekilde değerlendirmiş, sonrasında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının kapsamına girip girmediğini tartışmış ve bu kapsama girmediği kanaatine varmıştır¹⁰⁹. Daha açık bir deyişle olayda davul çalınmasının özel hayata saygı hakkının ve hakkın sağladığı güvencelerin harekete geçirilmesini sağlayacak derecede önemli ve ağır (süre, şiddet vb. açılardan) bir gürültü eşiğine ulaşmadığı sonucuna varmıştır¹¹⁰. Fakat böyle bir incelemeyi yaparken örtülü bir şekilde, başvurusunun özel hayatına yapılan müdahalenin ağırlığı ile kamusal menfaat (davulunun toplumun çoğunluğunca ge-

107 D.Ö. (4), § 10, 14.

108 D.Ö. (4), § 12.

109 D.Ö. (4), § 32-34. Mahkeme kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne dokunan gürültü vb. müdahalelerin de, belirli bir kişiye yönelik ve belirli bir düzeyi aşması halinde özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Yine sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı bireysel başvurunun konu bakımından kapsamında olmayan sosyal ve ekonomik haklar içerisinde olsa da, bu kısımdaki hakları ilgilendiren bir fiil kişi hak ve hürriyetlerine de dokunduğunda, o kapsamda incelenebilir. Ayrıca başvuru, davul çalınarak ibadete zorlandığını iddia etse de, bu hususun ibadete zorlanma ve din hürriyeti kapsamında görülemeyeceğini ancak ses yüksekliliği ile ilgili bir husus olduğunu vurgulamıştır.

110 D.Ö. (4), § 45-46.

leneksel olarak takip edilen bir dini uygulama olması) dengelenmiştir: Mahkeme, davul çalınmasının başvurusunun özel hayatını etkilediğini fakat “olumsuz” etkileyecek kadar ağır olmadığını vurgulamış; söz konusu asgari ağırlığı sağlamaya yetecek olumsuz etkinin “rahatsızlığın yoğunluğu, etkiye maruz kalınan süre veya kişi üzerindeki fiziksel veya zihinsel etkileri” gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edileceğini belirtmiştir¹¹¹. Esasında başvurusunun davul sesinden duyduğu rahatsızlığın şiddeti, rahatsızlığa maruz kalınan süre ile kişi üzerindeki fiziki ve zihni etkilerinin dikkate alınması, kamusal menfaat karşısında sınırlandırmanın adil ve dengeli olup olmadığını ölçmekten başka bir şey değildir. Bu nedenle Mahkeme, aşağıdaki ezan olayında, metodolojik açıdan daha doğru hareket etmiştir. Fakat ezan olayında da dengeleme yöntemini açıkça kullansa da kişinin özel hayata saygı hakkı ile kamusal menfaati ayrıntılı bir gerekçelendirmeye dayanarak sistematik bir tartıma tabi tutmamıştır.

Ezan olayında ise yine aynı başvuru, ikamet ettiği evinin yanındaki camiden yüksek sesle sabah ezanı okunması nedeniyle uykusunun bölündüğünü ve ibadete zorlandığını iddia etmiştir¹¹². Benzer yönde kilise çanının sesinden rahatsızlık

111 D.Ö. (4), § 42. Mahkemenin, dengeleme yapmaya yetecek asgari ağırlıkta görmemesi kabul edilemez. Zira, rahatsızlığın süresi ve şiddetine bakıldığında, her yıl Ramazan ayı boyunca bir ay süre ile geceleri kişilerin uyandırılması, en azından dengeleme yapmaya değer asgari ağırlığa kavuşmuştur.

112 D.Ö. [1.B.], B. No: 2014/3977, 30/6/2016, § 8. Başvurusunun açtığı manevi tazminat davasında, *İdare Mahkemesi*, idarenin ezanın ses düzeyi konusunda genelgeçkardığı, başvurusunun şikâyeti üzerine ilgili caminin denetlendiği ve ezan ses düzeyinin genelgedekine uygun hale getirildiği, bunun dışında oluşan manevi zarar için idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması gerektiği gerekçeleriyle ret kararı vermiştir. Ayrıca ezan nedeniyle davacının dini ibadete zorlandığını kabul edilemeyeceğini de vurgulamıştır (D.Ö. § 9). Benzer davalar Almanya gibi Avrupa ülkelerinde de görülmektedir. Örneğin, Kuzey Ren-Vestfalya Eyaletindeki bir davada, DİTİB camisinden Cuma günü hoparlörle okunan 15 dakikalık ezan (muhtemelen hutbe de dahil), camiye yakın bir evde oturan çift tarafından dava edilmiş ve ilk derece idare mahkemesi, ezan okuma ruhsatını iptal etmiştir. Temyiz sonucunda Bölge İdare Mahkemesi, bu ezanın ses düzeyinin mevzuattaki sınırları aşmadığı, ses düzeyi ve ezanın süresi nazara alındığında Arapça melodilerden ibaret olan ezanın davacıya orantısız bir rahatsızlık vermediği, negatif din

duyulması sebebiyle Almanya ve Batı devletlerinde de açılan davalar vardır¹¹³. Bakanlık ezan uygulamasının toplumun büyük bir kesimi tarafından kabul edildiğini ve “kültürün bir parçası” olduğunu belirtmiş ve “bireyler üzerinde meydana getirdiği rahatsızlık ile toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilmiş dinî uygulamanın devamıyla ulaşılmak istenen faydanın karşılaştırılması ve adil bir denge kurulması” gerektiğini beyan etmiştir¹¹⁴.

Ezan olayında AYM, ezan sesinden rahatsız olma ile ilgili iddiaları kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile ilişkilendirmiş ve “dolaylı olarak” özel hayata saygı hak-

hürriyetinin başkalarının dini ifadelerinden mutlak bir koruma vermeyeceği ancak irade dışında ibadete katılmaya engel olduğu gerekçeleriyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (VG Gelsenkirchen, VG 8 K 2964/15, 1/2/2018; OVG Münster, 8 A 1161/18, 23/9/2020, https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2020/74_200923/, (Erişim Tarihi: 10/7/2025))

- 113 *Schilder/the Netherlands*, ECtHR, 2158/12, 16/10/2012. Almanya’da sabah 6.00 da çalınan kilise çanından rahatsız olan bir vatandaş, din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. İlk derece idare mahkemesi ve bölge idare mahkemesi aşaması olumsuz sonuçlanmıştır. Davacı kararı, Federal İdare Mahkemesine temyiz etmiştir. Federal İdare Mahkemesi temyiz talebini reddederek, çan sesinin azami eşiği aşmadığını ve çan çalınmasının bir toplumun gelenekleriyle ve toplumdaki genel kabulle yakından ilgili olduğunu, seküler toplumlarda bile bu gibi hak çatışmalarının karşılıklı hoşgörü ilkesi etrafında çözüldüğünü vurgulamıştır (BverwG, 7 B 38.12). Amerika’da, gürültü talimatnamesine aykırı olarak Kilise çanı çaldığı gerekçesiyle piskopos 10 gün süreyle hapsedilmiştir. Bunun sonrasında söz konusu uygulamanın Birinci Değişiklik (din hürriyeti) kapsamına girip girmediği tartışılmıştır (Bkz. Haroldson, B. J. (2015). “Saved by the Bells: A Look at Campanological Rights of U.S. Churches”, *Rutgers Journal of Law & Religion*, Vol. 17., s. 104. vd. Yine ABD’de Rhode Adası Bölge Mahkemesinin “*Devaney v. Town of Narragansett*” kararında, davacı, kilise çanlarının her saat başı (sabah 8-akşam 8 arası) çalmasından yakınmış, Mahkeme ise bu uygulamanın dini bir uygulama olmasının yanında New England bölgesinde çok uzun bir geçmişi olan geleneksel ve kültürel bir uygulama olduğunu bu nedenle seküler bir yöne de sahip olduğunu vurgulayarak, Narragansett Belediyesi’nin, Gürültü Talimatnamesi doğrultusunda Kilise çanına müdahale etmemesini, dini bir ayrıcalık değil seküler yönü de olan kültürel ve geleneksel bir uygulama olması nedeniyle Anayasaya ve Birinci Değişikliğe aykırı görmemiştir (*Devaney v. Town of Narragansett*, No. 1:13-cv-00510, (District Court of Rhode Island, July 28, 2014)).

- 114 D.Ö., § 22.

kı kapsamında görmüş¹¹⁵, davul olayındaki gürültü iddiasını ise yine kişinin maddi ve manevi varlığıyla ilişkilendirse de “daha açık biçimde” özel hayata saygı hakkı içinde görmüş-tür¹¹⁶. AYM davul olayındakinin aksine ezan olayında çevre/ gürültü kirliliği ile ilgili iddiaların özel hayat kapsamında değerlendirilebilmesi için asgari ciddilik/ağırlık derecesine¹¹⁷ ulaştığına kanaat getirmiştir¹¹⁸. AYM, ezan olayında açık bir biçimde çatışan hak ve yararların adil bir şekilde dengelenmesi gerektiğine vurgu yaparak bu kapsamda inceleme yapmaya çalışmıştır. Ayrıca yine AİHM’e atıfla, bu gibi durumlarda devletlere (iç hukuk açısından idari makamlara) geniş takdir marjı tanındığını da belirtmiştir¹¹⁹. Ölçülülük ve alt ilkeleri ile ilgili özel bir başlık açmayan ve sistematik bir değerlendirme yapmayan Mahkeme, çok genel hatlarıyla yetersiz bir değerlendirmede bulunmuştur. Mahkeme genel olarak usulî güvencelerin varlığına ve devlet makamlarının bütün menfaatleri nazara alan titiz ve özenli bir yaklaşım sergileyip sergilemediği gibi hususlara vurgu yapmış, ayrıntıya girmemiştir¹²⁰.

115 İlk dönem kararlarından olduğu için Mahkeme de biraz tereddüt içerisinde kalmıştır. Hem Mahkemenin Ezan olayında gürültüyü maddi ve manevi varlığı geliştirme bağlamında özel hayat ile dolaylı olarak ilişkilendirmiş olduğu için, hem de daha içtihatlarının tam oturmadığı dönem olduğu için, biz Sözleşme ve AİHM içtihatlarına paralel olarak, her iki olayı da daha basit ele alabilmek için “özel hayata saygı hakkı” kapsamda değerlendireceğiz.

116 D.Ö., § 29 vd.

117 Davul olayında, Mahkemeye göre söz konusu asgari ağırlığın ve ciddiyetin tespiti için “*olayın tüm koşulları dikkate alınarak değerlendirilmeli ve değerlendirmede bahsedilen etkinin yoğunluğu, süresi, fiziksel ve ruhsal etkisi de dikkate alınarak normal bir kent yaşamına mündemî ve katlanılması mümkün ve muhtemel görülen etki ve rahatsızlıklara nispetle nasıl bir ağırlık arz ettiği göz önünde bulundurulmalıdır*” (D.Ö., § 41 vd.).

118 D.Ö., § 37 vd. Şunu da vurgulamak gerekir ki AİHM kararların atıfla AYM, genel olarak çevre kirliliği iddialarının topluma zarar verdiği noktasındaki iddiaların çevre hakkı ve sosyoekonomik haklarla ilgili olması nedeniyle özel hayat kapsamında değerlendirilmeyeceğini, bireyin yaşamına ilişkin önemli müdahalelerin bu kapsamda inceleneceğini vurgulamıştır (D.Ö., § 37-38).

119 D.Ö., § 39.

120 D.Ö., § 39-40. Sabah ezanındaki sesin yüksekliği, başvuranın negatif din hürriyetine bir müdahale teşkil etmemektedir. Ses (Ramazan davulu, ezan,

2. Müdahale ve Korumanın Derecesinde (Somut Ağırılık) Kültür

Burada çatışan haklar ve ilkeler ifadesini, hak ile hak çatışması ve hak ile kamusal menfaat çatışması ayrımı yapmadan kullanıyoruz¹²¹. Bu kapsamda müdahale ile korumanın ağırlıklarını, “müdahale aracının niteliği ve niceliği”, “müdahalenin hakkın özüne ve çeperine yakınlığı”, “müdahale ve korumadan etkilenenlerin sayısı”, “müdahalenin süresi ve sürekliliği”, “zararın ya da yararın vuku bulma ihtimalinin derecesi”, “eklenen hakkın veya ilkenin varlığı” ve “tarafaların sorumluluklarını yerine getirip getirmediği” gibi kriterler kapsamında araştıracağız. Bu kriterleri de nazara alarak Kutsal Cuma, Ramazan Davulu ve Ezan olayları hakkında genel bir değerlendirme yapacağız.

Müdahalenin veya korumanın şiddetinin tespitinde yani “hafif”, “orta” veya “ciddi” olarak tasnif edilmesinde, aşağıdaki araçlar vasıtasıyla kültürün etkisini aramaya çalışacağız. Zira müdahalenin şiddetini belirlemek, hemen kolayca rasyonel veya sezgisel olarak tespit edilebilen bir şey değildir.

I. Müdahale amacının ve aracının niceliği ile niteliği, müdahalenin şiddetini tespiti yarayacak ilk kriterimizdir¹²². Bu bağlamda Kutsal Cuma olayında, müdahale aracı, bir gün

kilise çanı vs.) ile giyimle (başörtüsü, Sih türbanı), davranışla (namaz ve dua) veya sembol ile (haç işareti) dini vecibelerini yerine getirenlerin, böyle bir ibadeti takip etmeyenleri rahatsız etme ihtimali, her zaman onların bu ibadete zorlandıkları anlamına gelmez. Bir kimse, ibadeti yerine getirmediği için toplumsal dışlanmaya ve baskıya maruz bırakılmadığı sürece negatif din hürriyetine müdahale olarak görülemez, ama özel hayata müdahale teşkil edebilir. Yani, pozitif din hürriyetini icra edenlere saygı ve hoşgörü ile davranma yükümlülüğü, o ibadeti kendisinin de yapması yönünde zorlamaya dönüşmediği sürece negatif din hürriyeti devreye girmez. Bu açıdan AYM’nin kararı doğru görülebilir, fakat özel hayata yönelik kısmı hatalı ve yetersiz kalmıştır.

121 Esasında, kullanım kolaylığı açısından hak ile kamusal menfaati “ilke” olarak ifade etsek de, hak-hak çatışması ile hak-kamusal menfaat çatışması arasında, çatışmanın çözümü aşamasında bazı farklılıklar olduğunu savunuyoruz.

122 Bkz. ifade hürriyeti ile ilgili çatışmalar bağlamında “yaptırımın şiddeti” kriteri, bu kriterin daha dar halidir (Köküarı, İ. (2020). s. 227, 305).

süreyle çeşitli hakları daha dikkatli (rahatsız etmeyecek şekilde) kullanmak veya o gün için hiç kullanamamaktır. Somut olayda şikâyetçilerin Kutsal Cuma günü yapmak istediği film etkinliği engellenmemiş, sadece rock müziği eşliğindeki dans gösterisi kısıtlanmıştır¹²³. Burada Kutsal Cuma günündeki sessizliğin ve huzurun korunması amacıyla kullanılan araç, dans gösterisinin yaptırılmamasıdır. Eğer yapılmaması yönündeki karara rağmen yapılsa ve idari para cezası uygulansaydı bu durumda sınırlandırma aracı aynı zamanda idari para cezası da olacaktı. Aracın niteliği ve niceliği meşru amaç ile doğrudan ilgilidir. Aracın ve amacın belirlenmesi kural olarak yasanın yapısal takdir yetkisi kapsamındadır¹²⁴. Bu çerçevede olayda meşru amaç, Kutsal Cumanın sessizliğinin korunmasıdır. Federal Alman AYM'ye göre, meşru amaç açısından yasama organının herkes tarafından kutlanmayan bayramları tatil etmesi de yasak değildir. Nüfusun sadece belli bir kesimi için önemli olan günleri özel olarak korumak, demokratik meşruiyetin bir parçasıdır. Kilise üyelerinin kaç tanesinin Kutsal Cuma'yı dini önemi nedeniyle kutladığı da bu bağlamda önemsizdir¹²⁵. Kısacası, Kutsal Cuma günü sessizlik sağlama-ya yönelik düzenleme, meşru bir amacı takip etmektedir. Yasa koyucunun, sessizlik korumasını nasıl şekillendireceği konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır¹²⁶. Dahası, "özel bir sessizlik" şeklinde kullanılan sınırlandırma aracı, meşru amaç olan Kutsal Cuma gününü korumaya da elverişlidir¹²⁷. Aynı şekilde gereklilik kriteri açısından uygundur. Yani böyle bir sınırlandırma olmasa, sessizlik ve huzur ortamı amaçlandığı kadar sağlanamayabilirdi. İçkili müzik etkinliklerinin yasaklanması da söz konusu amacı gerçekleştirmek için "gereklilik" kriteri açısından sorun teşkil etmez¹²⁸.

123 BVerfGE, 143, 161.

124 Klatt, M. (2011). s. 715 vd.; Borowski, M. (2021), s. 153.

125 BVerfGE, 143, 161, § 73.

126 BVerfGE, 143, 161, § 75.

127 BVerfGE, 143, 161, § 77.

128 BVerfGE, 143, 161, § 78-80.

Kısacası meşru amacın tespitinde ve ağırlığında Hristiyan kültürünün büyük bir önemi söz konusu iken sınırlandırma aracının belirlenmesinde yine o meşru amacı korumaya matuf etkinlikleri yasaklama yoluyla dolaylı bir kültürel etkiye yer verilmiştir. Kanunun yasama organı tarafından yapılması esnasında, din kaynaklı kültürel değerlerin etkili olduğu hem yasamanın açıklamalarından hem de Kutsal Cuma günü spor, müzik vb. etkinliklerin yasaklanması yoluyla diğer hürriyetlerin kısıtlanmasından anlaşılmaktadır¹²⁹. Ayrıca pazar ve tatil günlerinin düzenlenme amacı, hem seküler açıdan çalışanların dinlenmesine hem de dinî açıdan dindarların ibadetlerini rahat yapmasına odaklanmıştır¹³⁰. Kutsal Cumanın tatil günü olarak seçilmesi, anayasal açıdan tarafsız olmak ve eşitliğe aykırı olmamak kaydıyla büyük oranda yasamanın takdirin-

129 Bavyera Parlamentosunun Tatil Yasası'na dair hazırladığı değişiklik tasarısının genel gerekçesinde kültürel yöne şu şekilde vurgu yapılmıştır: "Sessiz günler –resmi tatiller gibi– Bavyera'daki Hristiyan ve kültürel geleneklerimizi ve değerlerimizi korumak ve toplumumuzun bütünlüğü için önemlidir. Tatiller ve sessiz günler, temel değerler üzerinde düşünmek için önemli dayanak noktaları ve dinlenme noktalarıdır, aile içinde ve aileyle birlikteliği sağlar ve insanlara gerekli huzuru ve zamanımızın zorluklarına karşı güç kazanmak için kültürel, tarihi ve dini temelleri hatırlama fırsatı sunar" (Bayern Eyalet Parlamentosu, Tatil Günlerine Dair Yasa Tasarısı, BayVerfGH, No 16/15696, s. 3). Aynı tasarıda, resmi tatil yasasını düzenlerken, yasa koyucular toplumda meydana gelen değişiklikleri çatışan hakları dengelerken dikkate alması gerektiği vurgulanmış, nitekim kanunun ilk yapıldığı zamandan bugüne Alman toplumundaki alışkanlıklar ve yaşam tarzlarının değiştiği kabul edilmiştir. Bu kapsamda sonradan yasalaşan tasarı gerekçesine göre, son yıllarda, dışarı çıkmaktan ve geç saatlere kadar eğlenmekten hoşlanan bir halk ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, sessizlik uygulamasının, Kutsal Cuma ve Kutsal Cumartesi günleri hariç, gece yarısı değil, saat 2.00'da başlamasının daha uygun olabileceği değerlendirilmiştir (Bayern Eyalet Parlamentosu, Tatil Günlerine Dair Yasa Tasarısı, BayVerfGH, No 16/15696, s. 3).

130 BVerfGE, 143, 161, § 60-61. Şikayetçilerin de belirttiği gibi, Kutsal Cuma gününün anlamı ve amacı konusunda Federal İdare Mahkemesi ve AYM görüşleri bağlamında bir normatif belirsizlik söz konusudur. AYM'ye göre, sessizliğin korunması, salt dini amaçla Hristiyan geleneğine bağlanmamalı, aynı zamanda çalışanlar açısından "çalışma ve iş kaygısı" olmadan rahatça geçirme amacı da vardır (BVerfGE, 143, 161, § 27). Oysa İdare Mahkemesi yukarıda görüldüğü gibi çoğunluğun dini inancına saygı duyulması gerektiğine ve eylemcilerin bu dini günü kutlamaya zorlanmadığına vurgu yapmıştır.

dedir¹³¹. Yani, 1949 Alman Anayasası'nın (1919 tarihli Weimar Anayasasının 136-139 ve 141. maddelerine yaptığı atıf vasıtasıyla), Hristiyan çoğunluğun önemseydiği bir günü tatil olarak belirlemesi¹³², onlara bir ayrıcalık tanınması değil mevcut ve tarihî gerçekliğin ifadesidir. Bayern Parlamentosunun "Kutsal Cuma"yı resmî tatil günü olarak belirlemesi, açık bir hata içermemektedir. Yasamanın takdiri içerisinde. Toplumsal temeli olan bir gün, tatil olarak kabul edilebilir. Nitekim bu gün de Hristiyanlar için yüksek önemi haizdir¹³³.

Ramazan Davulu olayını sınırlandırma aracının ve amacının niceliği ile niteliği açısından değerlendirdiğimizde, doğrudan hukuki dayanak ve bu dayanağın içerisinde meşru amaç belirlenmediği için, olayın gelişiminden meşru amacın "din ve ibadet hürriyeti"nin bir parçası olan Ramazan orucunun korunması olduğu sonucu çıkarılabilir. Daha özel olarak bu amaç, sahurla başlayan iftar ile tamamlanan orucun "sahurda" uyanma aşamasının kültürel/geleneksel yöntem olan davul çalınarak yapılmasıdır¹³⁴. Bunun karşısında da-

131 BVerfGE, 143, 161, § 63-65.

132 Mahkemeye göre, şikayetçilerin kutlamayı Kutsal Cuma günü gerçekleştirmesini emreden bir din kuralının bulunmadığı başka gün de yapabilecekleri yönündeki argüman da doğru değildir. Zira Anayasa sadece dini inancı değil dünya görüşünü ve bunun uygulamasını da korur. Oysa bir dini kuralın önemi ve takipçiler için bağlayıcılık düzeyi, sadece müdahalenin ağırlığı ve çatışan hakların dengelenmesinde taşıdığı önemle ilgilidir (BVerfGE, 143, 161, § 108).

133 BVerfGE, 143, 161, § 66-67. Yasa koyucu, bayram günlerine ilişkin düzenlemelerde dahi belirli dinî davranış biçimlerini ya da belirli bir içsel/manevi tutumu emredemez (BVerfGE, 143, 161, § 76). Yani bu günü herkes kutlamak zorunda olmadığı gibi kutlayanlar belirli bir şekilde kutlamak zorunda değildir (BVerfGE, 143, 161, § 66-67). Takdir yetkisi, geniş olsa da, ölçülü ve tarafsız olma gibi bazı sınırlandırmalara tabidir. Yasama, bu kutsal günü kutlayanların içsel olarak ne yapacağını değil de dışsal olarak ne yapmayacağını belirleyerek, "sessiz" gün tesis edebilir. Ancak, içeriğini ve kapsamını düzenlerken, orantılılık ve tarafsızlıkla hareket etmelidir. Mevzuatında toplumsal olgu ve ihtiyaçları dikkate alabilir, ancak laikleşmiş toplumu belirli bir dinsel veya ideolojik biçimde şekillendirmeye kalkışamaz (BVerfGE, 143, 161, § 68 vd.).

134 *Bu vakit, şehre ve yıla göre değişmekle birlikte ortalama saat 3.00-4.30 civarında olmaktadır. Somut olayda ve 2008 yılında saat 3.30 dolaylarındadır.*

vul çalınan mahallede yaşayan kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve özel hayata saygı hakkı sınırlandırılmaktadır¹³⁵. Mahalledeki sokaktan bir veya birden fazla defa yürüyerek veya bir taşıtla geçerek davul çalındığı nazara alındığında bir ay boyunca her gece saat 3.00-4.00 arasında 15-20 dakika rahatsızlık verilmektedir. Yaz aylarında pencerelerin açık tutulduğu zamanlarda bu rahatsızlığın şiddeti daha da artmaktadır. Somut olaydaki sınırlandırma aracı, gece belirli saatlerde davul sesine katlanmak zorunda kalmak nedeniyle evdeki sükûnun bozulması, aile fertlerinin uykusunun bölünmesidir. Kanaatimizce burada meşru amacın belirlenmesinde doğrudan geleneğin ve dini kültürün etkisi söz konusudur. Zira mahkeme kararlarında da belirtildiği gibi, davul, orucun zorunlu bir unsuru değil, sadece geleneksel bir araçtır. Sınırlandırma aracı bağlamında, davul çalınması meşru amacı korumaya/geliştirmeye elverişli bir araçtır. Fakat saat kurma vb. teknik imkanlarla uyanma ve böylece diğerlerini daha az rahatsız edici veya hiç hakkı sınırlandırmayan bir araç, meşru amacı aynı oranda korumazdı. O nedenle meşru amaç, tek başına sahura uyanmak değil, geleneksel yöntem olan Ramazan davulu yoluyla uyanmak ise ancak daha az rahatsız edici/sınırlandırıcı araç, davulun sesinin desibelinin makul seviyede olması olabilirdi.

Ezan olayında, meşru amaç namaz ibadetine çağrı yöntemi olan ezan bağlamında din ve ibadet hürriyetidir. Ezan, geleneksel ve yaygın bir dinî uygulamadır¹³⁶. Sınırlandırma aracı ise günün beş vaktinde, cami minarelerinde kurulu ses sistemi ile caminin bulunduğu mahal ve çevresine yapılan duyuru ile başkalarının özel hayatına müdahale edilmesidir¹³⁷.

135 Somut olayda başvuru ibadete zorlandığını iddia etmiş ve AYM bunun ibadete zorlanma olmadığı gerekçesiyle sadece özel hayata saygı kapsamında değerlendirme yapacağını belirtmiştir (D.Ö. (4), § 36).

136 AYM de gerekçesinde bunu şu şekilde ifade etmiştir: “İslam’ın ilk yıllarından itibaren uygulanan bir “dinî ritüel” olduğu ve toplumda kültürel bir değer kazandığı da dikkate alınmalıdır” (D.Ö., § 50).

137 Somut olayda, başvuru, negatif din hürriyeti kapsamında ibadete

Her gün ve günde beş defa yapılması nedeniyle müdahale süreklilik arz etmektedir. Başvurucunun evinin bulunduğu yer ile ezanın desibel seviyesi de bu müdahale aracının nicelik ve niteliğinde etkilidir. Geniş manada bakıldığında toplumun büyük bir çoğunluğunun camiye gitmese hatta ibadet etmese bile önemseydiği bir uygulama olan ezanın, somut olayda bütünüyle yasaklanması veya belirli bir cami için hiç ezan okunmaması söz konusu değildir. Yine de kültürel olarak yaygın kabul gören ezan uygulamasıyla bir kişinin özel hayatına orantısız müdahale edilmesi kabul edilemez. O nedenle somut olayda, Diyanet İşleri Başkanlığının 6/8/2007 tarihli Başkanlık Hizmetleri Genelgesi 21. maddesinin 1/c fıkrasına göre *“Hoparlörlerin ses düzeninin, ezânın çevrede duyulmasını sağlayacak fakat yakın komşuları da rahatsız etmeyecek şekilde ayarlanması temin edilecektir.”*¹³⁸ hükmüne yer verilerek bu denge sağlanmaya çalışılmıştır.

II. Müdahalenin çatışan hakların özüne veya çerperine (core-periphery) yakınlığı, müdahalenin şiddetine etki eden hususlardan bir diğeridir¹³⁹. Kültür ile ilişkisine bakıldığında hakkın özünün veya çerperinin neresi olduğu ve müdahalenin buna yaklaşıp yaklaşmadığı, ilgili kültür ve toplumsal değerden bağımsız değildir. Ayrıca toplum değiştikçe hakkın özü ve çerperi de değişebilir. Kutsal Cuma olayı açısından şikâyetçilerin din hürriyeti ile toplanma hürriyetlerine yapılan müdahale bu hakkı somut olay açısından, o gün Hristiyanların sessiz gününü protesto edebilmek için, kendine has bir etkinlik ile daha hareketli ve sesli bir şekilde din hürriyetlerini ve toplanma hürriyetlerini kullanmak istemişlerdir. Film etkinliği yasaklanmamış olsa da müzikli eğlence etkinliği bütünüyle yasaklandığı için onun açısından öze doğru kayan bir müdahale vardır. Yasamanın öze yakın bir müdahale yapmasında

zorlandığını da iddia etmişse de AYM daha ziyade kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı bağlamında özel hayata saygı hakkına odaklanmıştır (Bkz. D.Ö., § 8).

138 D.Ö., § 19.

139 Smet, S. (2017). s. 158 vd. Bkz. ayrıca Kanadoğlu, K. (1998). s. 141-142.

dinî ve kültürel değerlerin etkisi olsa da müdahalenin öze yakın olup olmadığının değerlendirilmesinde kültürün doğrudan bir etkisi söz konusu değildir.

Ramazan Davulu bağlamında, AYM hafif bir müdahale olduğunu (hatta özel hayata saygı hakkının güvencelerini harekete geçirecek asgari ağırlığa dahi ulaşmadığı kanaati, hiç müdahale olmadığı anlamına bile gelebilir) iddia etse de somut olayda şikayetçinin huzur ve sükûnu yani özel hayatına yapılan müdahalenin, tamamen çeperde olmadığı kısmen öze doğru yaklaştığı görülmektedir. Orta seviyede bir müdahale olduğunu kabul ettiğimizde, bunun tespitinde müdahalenin yıl içindeki ve gün içindeki süresi etkili olsa da doğrudan kültürün etkisi görülememiştir. Nitekim Ezan olayında, müdahalenin yıl ve gün içindeki süresi ve devamlılığı, özel hayata daha ciddi seviyede bir müdahale söz konusu olduğunu gösterir. Ama müdahalenin öze veya çepere yakın olmasının tespitinde kültürün doğrudan bir etkisi bu olayda da yoktur.

III. Müdahalenin şiddetini belirlemeye etkili olan hususlardan bir diğeri de müdahale ve korumadan etkilenenlerin sayısıdır¹⁴⁰. Kural olarak çatışmadaki müdahale ve korumadan olumlu ya da olumsuz bir şekilde etkilenenler çatışan hakların sahibi bireylerdir. Kimi zaman, hak sahibi birden fazla kişi olabilmektedir. Bir kimsenin hakkına yapılan müdahalenin şiddetinin başkaları gözünde uyandırdığı caydırıcı (*intimidating/chilling effect*) intiba, etkilenenlerin sayısını ve böylece müdahalenin şiddetini dolaylı olarak artırabilmektedir¹⁴¹. Ay-

140 AİHM, *Otto-Preminger-Institut/Avusturya* başvurusunda, açıkça sayıya dair bir kriter oluşturmamakla birlikte, ifade hürriyeti ile din hürriyeti çatışmasının dengelenmesinde, Roma Katolik mezhebine tabi olanların “sayılarının çokluğunu” bir etken olarak almıştır (*Otto-Preminger-Institut/Austria*, B. No: 13470/87, 20/9/1994 § 56). Bu yöntem, yani Mahkemenin sayıyı dikkate alması kimi yazarlarca eleştirilmiştir (Tsakyrakis, S. (2009). “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7., No. 3., s. 481-482).

141 Basın özgürlüğü ile ilgili hak çatışmalarında nazara alınan bu kriter, bir kişi veya kuruma verilen yaptırımın başka gazeteci ve kurumları korkutması ve özgürlüklerini kullanma cesaretini kırması nedeniyle kişi sayısını

rica din ve ibadet hürriyeti ile laiklik ilkesinin (kamusal menfaat) çatıştığı hallerde olduğu gibi, çatışmanın diğer tarafındaki korunması amaçlanan kamusal menfaatin belirsiz sayıda insanın menfaatini ilgilendirmesi mümkündür. Bu yönüyle, hak-kamusal menfaat çatışmasında sayı etkili bir unsur olsa da tek başına etkili olamaz. Zira bu durumda, kamusal menfaat tarafındaki etkilenen sayısı her zaman fazla olacağı için hak her zaman dengesiz bir biçimde sınırlanmış olur. Sayı; tek kişi, grup veya bütün halk şeklinde ayrıma da tabi tutulabilir. Kolektif kültürlerde müdahale ve korumadan etkilenen kişi sayısının etkisi, grup ve toplum menfaatlerinin ön planda tutulması nedeniyle daha yüksek olabilir.

Kutsal Cuma kararı açısından, belirsiz sayıda geniş bir Hristiyan kitlenin Kutsal Cuma gününün sessizliği bağlamında din hürriyetini korumak için, Münih Düşünce Özgürlüğü Derneğince organize edilen etkinliğe katılan “belirli bir grup” kişinin din ve toplanma hürriyetleri sınırlanmıştır. Hak sahiplerinin sayısı tek etkili unsur olmasa da geniş bir halk kitlesinin kültürel olarak uzun yıllar uyguladığı bir ibadetin korunmasında, kanaatimizce dolaylı ve örtülü bir şekilde sayının etkisi vardır. Geniş bir halk kitlesi vurgusu kararda da vardır¹⁴².

Ramazan Davulu kararı bağlamında, bir yanda geniş bir halk kitlesinin din hürriyeti ve Ramazan davulu uygulaması korunmakta iken diğer tarafta somut olayda bir kişinin, özel hayata saygı hakkına müdahale edilmektedir. Yine sayının etkisi dolaylı bir şekilde vardır. Şunu da belirtelim ki kolektif ve dayanışmacı yanın ağır bastığı toplumlarda sayısal çoğunlu-

dolaylı bir şekilde artırır (Bkz. caydırıcı etki için Süngü, F. (2021). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarında ‘Chilling Effect’ Kavramı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 39., s. 109 vd).

142 Mahkeme kararına göre, “yasama organı, halkın geniş bir kesimi için geleneksel, kültürel veya ideolojik/dini sebeplerle önem atfedilen günleri tatil günü olarak belirlemede, takdir yetkisi dahilinde serbesttir”... fakat bu diğer kültürel, dini ve ideolojik gruplara ölçsüz bir yük yüklememelidir (BVerfGE, 143, 161, § 66).

ğün menfaati bireyin hakkı karşısında daha fazla koruma bulmaktadır. *Ezan olayında* da daha yaygın ve köklü bir kültürel uygulamanın korunması söz konusu olduğu için, çoğunluğun kültürel uygulaması ile bir kişinin hakkı tartılmıştır. Dolayısıyla, özel hayata saygı hakkı tarafında olmasa da kamunun din ve inanç hürriyeti bağlamındaki menfaatinde kültürel çoğunluk sayı olarak etkili olmuştur¹⁴³.

IV. Müdahale ve korumanın şiddetini “müdahalenin süresi ve sürekliliği” de etkilemektedir¹⁴⁴. Çatışan hak veya ilkelere sınırlandırma süresinin uzunluğu veya hayat boyu sınırlandırılması, müdahalenin şiddetini ve hakkın ağırlığını artırabilir. Müdahale ve korumanın kısa, orta ve uzun vadeli olması, çatışan ilkeler üzerine ek yük getirmekte veya kullanımını daraltmaktadır. Bu faktörün müdahalenin şiddetine etkisi belirlenirken, kültürün doğrudan veya önemli bir etkisi olmayabilir. Bazı hâllerde, müdahale hakkı bir daha kullanılmaz hale getirerek özüne dokunabilir. Örneğin, *Evans/Birleşik Krallık* davasında, başvuru, kanser nedeniyle rahim tahliyesi ameliyatı öncesinde, erkek arkadaşı ile verdikleri ortak karar doğrultusunda embriyo ve spermlerini aynı tüp içinde dondurmuşlar, fakat erkeğin sonradan çocuk sahibi olmak istemediği için iradesini geri çekmesi nedeniyle, kadın bir daha çocuk sahibi olamayacak duruma gelmiştir. Zira birleşik bir şekilde dondurulan embriyolar da erkeğin rızasını çekmesiyle kullanılamaz hâle gelecektir¹⁴⁵. Bu durumda ister müdahalenin sürekliliği isterse öze yakın olması nedeniyle olsun, kadının özel hayatı veya çocuk sahibi olma hakkı, daha fazla ağırlık kazanmaktadır. Tıpkı *Evans/Birleşik Krallık* kararında azınlığın karşıoyunda belirtildiği gibi¹⁴⁶, *Kutsal Cuma* olayın-

143 Bkz. AYM’nin bu kararda sayısal açıdan çoğunluğu dikkate alarak dengeleme yaptığı noktasında eleştiri için Erdoğan, M. (2019). s. 363.

144 Bkz. müdahalenin süresinin dikkate alındığı bir karar için *Fahrettin Çakıroğlu ve Saim Çakıroğlu* [2. B.], B. No: 2016/12574, 25/9/2019, § 55.

145 *Evans/the United Kingdom*, B No: 6339/05, 10/4/2007, § 13 vd.

146 *Evans/the United Kingdom*, Mahkeme üyelerinden Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann ve Ziemele’nin ortak karşı oyu, § 7: “*Yasal*

da da Federal Alman AYM’ce, kanuni düzenlemenin mutlak ve istisnasız bir düzenleme getirmesi, somut olayda çatışan hak ve menfaatlerin tartılarak hakkaniyete uygun bir sonuca varmaya engel ve orantısız bulunmuştur¹⁴⁷. Böyle durumlarda, müdahale hayat boyu süren ağır bir külfete dönüşebilmektedir.

Kutsal Cuma olayı açısından değerlendirdiğimizde, din hürriyeti ile toplanma hürriyetine müdahalenin süresi yılda bir gündür. Aynı şekilde, Hristiyan kesimin din hürriyeti ile sessizliğin korunma süresi de yılda bir gündür. Bir günlük sürenin çok uzun bir süre olduğu söylenemez. Ancak, Bavyera Eyalet Parlamentosunun yasakların başlama saatini ileriye almasına dair tasarının gerekçesinde de belirtildiği gibi toplumsal yapı ve kültür değişimi nedeniyle artık “insanların gittikçe gece eğlencesine verdiği önem artmış” ve tek günlük sınırlandırma süresindeki “saatlerin ” bile önemi artmıştır. Ayrıca kültürel yapı, bir gün süreyle bir kesimin din hürriyetini koruyarak şikayetçilerin ve benzer durumdakilerin toplanma ve din hürriyetini bir gün süreyle kısıtlamada etkili olmaktadır. Kültürel olarak Kutsal Cuma’ya verilen önem veya o gün içerisinde vuku bulan dini olayın önemi/süresi, sınırlama sürenin genişliğinde etkilidir. Hatta, Federal AYM’nin iptal etmeden önceki hâlinde, Kutsal Cuma günündeki sessizlik diğer sessiz günlere göre, mutlak bir şekilde ve çok yüksek derecede korunmuştu. Bu da kültürel olarak Hristiyan çoğunluğun bu güne verdiği anlam ve önemden kaynaklanabilir.

Ramazan Davulu olayı bağlamında bakıldığında da sınırlandırma ve koruma süresinin tespiti, büyük oranda dini bir ibadet olan oruç ile geleneksel/kültürel bir kökene sahip olan Ramazan davulu uygulamasının süresine ve önemine bağlı-

düzenlemenin mutlaklığı, somut olaydaki çatışan menfaatlerin dengelenmesini dışlamaktadır... mevcut davanın şartlarında, J’nin ebeveyn olmama yönündeki tercihini uygun gören karar, başvurusunun tercihini mutlak ve nihai bir şekilde dışlamaktadır”.

147 BVerfGE, 143, 161, § 92, 120 vd.

dır. Her yıl bir ay süren Ramazan orucu ve Ramazan davulu uygulaması, bir yılda bir ay gibi uzun bir süredir. Somut olay açısından, 30 gün boyunca gece saat 3.30 civarında ortalama 10 dakika davul sesine maruz kalma ve uykudan uyanma şeklinde olduğu varsayılabılır. Özel hayata, hafif olmayan orta derecede bir müdahale söz konusudur. Söz konusu sürenin belirlenmesinde kültür etkili olduğu gibi Türk kültürü açısından müdahalenin zamanı ve süresinin de en azından “orta” düzeyde addedileceğini söyleyebiliriz. Ezan olayına bakıldığında, somut olayda başvuru sabah ezanının sesinden yakınmakla birlikte¹⁴⁸, ezan günde beş vakit yıl boyunca devam eden bir uygulamadır. Ezan uygulamasının süresi ve sürekliliği dinî kültür tarafından belirlenmektedir. Çoğunluk kültürü bu süreyi olağan ve hafif olarak algılasa da çoğunluğun dışında kalanların özel hayatına yapılan müdahalenin şiddetinin “orta” düzeyde olduğunu söyleyebiliriz.

V. Bir diğer müdahale/koruma derecesini belirleme aracı “zararın ya da yararın vuku bulma ihtimalinin derecesi”-dir¹⁴⁹. Bu araç, açık ve mevcut tehlike kriterini de andırmaktadır. Buna göre, özellikle kamusal menfaat ile hakkın çatıştığı hâllerde, kamusal menfaatin göreceği zarar, ihtimale dayalı olarak tayin edilmekte; bu zararın vuku bulmaması için hak orantılı şekilde sınırlanmaktadır. Örneğin ifade hürriyeti ile milli güvenlik çatıştığında, özellikle halkı kin ve düşmanlığa tahrik vb. gibi suçlar söz konusu olduğunda, ülkedeki iç güvenliğin uğrayacağı zararın kesin bir şekilde vaki olup olmayacağı belirsizdir. Burada da vuku bulma ihtimalini “düşük ihtimal, öngörülebilir, yüksek ihtimal/kesin” şeklinde derecelendirebiliriz¹⁵⁰. Kolektif kültürün hâkim olduğu toplumlar-

148 Sadece sabah ezanından yakınıldığı varsayımında, güneş doğmadan erken vakitlerde okunması nedeniyle özel hayata olan etkisi önemsiz değildir.

149 Bu kriteri Alman Federal AYM’si, epistemik belirsizliğin belirlenmesi ve bu bağlamda denetimin seviyesini tespit etmede kullanmaktadır (BVerfGE 50, 290, § 131). Bkz. ayrıca Alexy, R. (2021). s. 171; Barak, A. (2012). s. 358.

150 Krş. Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 77. Yazarlara göre, Alexy’nin teorisinde, epistemik belirsizliği, Anayasa Mahkemesinin yapacağı

da veya ülkenin içinden geçtiği şartlara bağlı olarak kamusal menfaatin düşük ihtimalle uğrayacağı bir zarar yüksek ihtimal gibi algılanabilir.

Kutsal Cuma olayı açısından değerlendirdiğimizde, somut olaydaki davranışlar örneğin film izleme veya Rock müzik eşliğinde dans etme etkinliklerinin, Kutsal Cuma'da korunmak istenen sessizliğe “kesin” bir zarar vereceği söylenemez. Aksine “kesin bir şekilde” zarar vermeyeceği de söylenemez. Açıkçası burada, epistemik anlamda belirsizlik vardır. Bu nedenle Federal Alman AYM, istisnai halde somut şartlara göre idareye, etkinliğin sessizliğe zarar verici olup olmadığını değerlendirme imkânı sunan esnek bir düzenleme olmaması, aksine mutlak yasaklayıcı bir düzenleme olması nedeniyle iptal kararı vermiştir. Aşağıda epistemik güvenilirlik başlığı altında bu husus daha ayrıntılı tartışılmıştır. Sonuç olarak müdahalenin veya korumanın vuku bulma ihtimalinin derecesine, kültürün doğrudan etkisi tespit edilememiştir.

Ramazan Davulu olayı bağlamında bakıldığında ise Ramazan'da davul çalınmasının doğrudan bu geleneği korumaya ve karşısında özel hayatı sınırlandırmaya etkisi bulunmaktadır. Yani bir hakka yönelik getiri ile diğer hakkın uğrayacağı zarar “kesin” olarak görülebilir. Zararın vuku bulma derecesi açısından da olayın kendi özel şartları etkilidir, kültürel bir yön yoktur. Ezan olayında da ezanın özel hayata etkisinin gerçekleşme ihtimalinde yine bir kültürel etki tespit edilememiştir. Fakat ezan sesinin desibelinin iyice düşürülmesi veya hoparlör ile ezan uygulanmasından vazgeçilerek çıplak sese dönülmesinin (ki eskiden geleneksel uygulama bu şekilde imiş), çoğunluğun din hürriyetine vereceği zararın gerçekleşme ihtimali daha belirsizdir. Bunda da kanaatimizce kültürel bir yön bulunmamaktadır.

denetimin seviyesiyle birbirine bağımlı kılmak yerine “güvenilir ($c = 2^0$), “ortalama güvenilir” ($a = 2^{-1}$), ve “güvensiz/düşük güvenilir” ($u = 2^{-2}$) şeklinde bağımsız bir şekilde tasnif etmek daha doğrudur (Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 77).

VI. Çatışan haklara yönelik müdahale ve korumanın derecesini tespit etmekte etkili diğer bir araç da eklenen hak/ilke etkisidir¹⁵¹. Burada eklenen hak/ilke, tartım formülüne doğrudan dâhil edilecek değişken olarak mı yoksa dolaylı bir şekilde müdahalenin yoğunluğunu etkileyecek şekilde mi konumlanmalıdır sorusu önem arz etmektedir. Alexy, eğer üçüncü bir ilke çatışan hak veya ilkelerden birisi ile üst üste biniyorsa, o zaman onun tarafında dolaylı bir şekilde ağırlığa etki edebileceğini ama haklardan birisi ile üst üste binmiyorsa o zaman bağımsız bir ilke olarak tartım formülünde yer alabileceğini belirtmiştir¹⁵². Bu gibi durumlarda, eğer çatışmanın bir tarafında birbirinden bağımsız (heterojen) iki hak söz konusu ise, her iki hak da kümülatif bir şekilde hem somut ağırlık açısından hem de aşağıda görüleceği üzere soyut ağırlık açısından tartım formülünde yer alır.

Kimi zaman, maddi haklar/ilkeler (*substantive principles*) ile demokrasi gibi şekli haklar/ilkeler (*formal principles*) çatışma içerisinde olabileceği gibi bir usulî/şeklî ilke, çatışan maddi hakların bir tarafını destekleyen “eklenen bir ilke” olarak konumlanabilir¹⁵³. Örneğin, demokratik meşruluk, yasama organının karar verirken kullandığı takdir yetkisinin dayanağı olan bir usulî ilkedir. Bu durum çatışan haklardan birinin bulunduğu tarafın ağırlığını etkileyebilir, en azından takdirin o haktan tarafa kullanılmasına dayanak teşkil edebilir¹⁵⁴.

Keza AİHM’in ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı kapsamında oluşturduğu dengeleme kriterlerinden birisi olan “ifadenin/haberin güncel bir kamusal tartışmaya/kamu yara-

151 Smet, S. (2017). s. 165-169; Köküsarı, İ. (2020). s. 270, 280.

152 Alexy, R. (2021). s. 173; Borowski, M. (2021). s. 151-152.

153 a.g.e. s. 155.

154 Krş. Borowski, M. (2021). s. 138, 158; Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 97. Borowski’nin sınırlı denetim teorisinde, demokratik meşruiyet bağlamında yasama organının takdir yetkisini temsil eden bir şeklî ilkeyi, tartım formülünü genişleterek Pf sembolüyle entegre etmiş, böylece bir şeklî ilke, çatışan maddi hakların/ilkelerin yanında somut ağırlığa etkili bir değişken olarak yer almıştır (Borowski, M. (2021). s. 138, 155 vd.).

rına olan katkısı” da bu bağlamda değerlendirilebilir. Yani, kamu yararına olan katkı, aslında bir ilkenin çatışan hakların ağırlığına etki etmesidir.

Konumuza yani *Kutsal Cuma, Ramazan Davulu* ve *Ezan olaylarına* kültürün etkisi bağlamında yaklaştığımızda, Kutsal Cuma olayında, bir tarafın din hürriyeti söz konusu iken diğer taraf olan şikayetçilerin din hürriyeti ile toplanma hürriyeti söz konusudur. Bir çatışmada, müdahalenin konusunun birden fazla hak olması hâlinde, öncelikle bu hakların bütünüyle örtüşüp örtüşmediğine bakılmalıdır. Diğer bir deyişle, olaydaki müdahale aracı toplantıyı engelleyerek toplantı hürriyetine ve bu engellemenin sonucu olarak din hürriyetine müdahale ediyorsa, örtüşme nedeniyle iki bağımsız hak değil, ikisinden birisi “eklenen hak/ilke” olabilir. Bu durumda, ana hakka yapılan müdahalenin şiddeti eklenen hakkın soyut ağırlığı tarafından ağırlaştırılmış olur. Somut olayda, bir tarafta somut ağırlığın tespiti açısından iki bağımsız hakkın varlığı daha muhtemel görünmektedir. Kültürün etkisine bakıldığında, din hürriyetinin, toplantı hürriyetine yapılan müdahalenin ağırlaşmasına etki etmesinde veya iki bağımsız hak olarak görülmesinde doğrudan bir rolü bulunmamaktadır.

Ramazan Davulu olayı bağlamında bakıldığında, ortada eklenen bir hak veya ilke yok denilebilir. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ise somut olayda özel hayata saygı hakkı ile bütünüyle örtüştüğü için, eklenen bir etkisi de söz konusu değildir. Aynı şekilde Ezan olayında da ne eklenen hak/ilke ne de kültürün rolünden bahsedilebilecek bir durum vardır¹⁵⁵.

VII. Son olarak kimi hak çatışmalarında, tarafların geçmişte kendi sorumluluklarına uygun (özenli) davranıp davranmadığı ve yakındığı duruma kendi kusurunun katkısı, müdahalenin/korumanın şiddetini belirlemede etkili bir kriter

155 AYM her iki kararda da, başvurucunun ibadete zorlandığı noktasındaki iddiasını, negatif din hürriyeti kapsamında yetersiz görmüştür (Bkz. D.Ö. (4), § 36).

olarak nazara alınmaktadır¹⁵⁶. Örneğin, ifade hürriyeti veya basın hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı çatışmasında, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini iddia eden tarafın, “geçmişte kendi özel hayatına dair görüntüleri ve bilgileri ifşa etmiş olması”, özen yükümlülüğüne aykırı davranma veya geçmişteki davranışının olumsuz etkisi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ağırlığını düşürmüştür¹⁵⁷. Diğer yandan, basın mensupları, gerçekliği araştırma, iyi niyetli olma vb. etik yükümlülüklerine uygun davranmaz veya kamu görevlisi/işçi, ifade hürriyetini kullanırken sır saklama yükümlülüklerine uygun davranmazsa, ifade ve basın hürriyetine yapılan müdahalenin şiddeti azalmakta, bu haklara müdahale daha hafif algılanabilmektedir¹⁵⁸. Bazı çatışmalarda ise hak sahibinin geçmişteki kusurlu ve özensiz davranışı, kendi hakkına yapılan müdahalenin derecesini düşürebilmektedir. Örneğin mülkiyet hakkı ile ilgili bazı kararlarda, aracının müsadere edilmesinden yakanan başvurucunun mülkiyet hakkı ile ilgili talepleri, aracını noter harici/sözlü olarak devrettiği için kusurlu davrandığı vurgulanarak bu davranışın mülkiyet hakkının ihlalindeki olumsuz etkisi nazara alınmıştır¹⁵⁹.

156 AİHM’nin çeşitli kararlarında bunu görmek mümkündür: *Axel Springer AG/Germany*, § 92; *Pedersen and Baadsgaard/Denmark*, B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 78; *Couderc and Hachette Filipacchi Associés/France*, B. No: 40454/07, 10/11/2015, § 130; Köküsar, İ. (2020). s. 277, 303.

157 Bu durum, kanaatimizce hukuki argümantasyonda ve hukuk teorisinde kullanılan “venire contra factum proprium” (önceki davranışla çelişki yasağı) şeklindeki ilkenin bir görünümüdür (Bkz. Dajczak, W. (2019). “Venire contra factum proprium nemini licet – Changing Fortunes of the Maxim Demanding Constancy in Conduct”, *Forum Prawnicze*, s. 34 vd.; Akyol, Ş. (2006). “Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişkili Davranış Yasağı)”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 77 vd.).

158 Bkz. *Axel Springer AG/Germany*, § 93 vd.; *MGN Limited/the United Kingdom*, B. No: 39401/04, 18/1/2011, § 141; *Pedersen and Baadsgaard/Denmark*, § 78.

159 *Eyyüp Baran* [1.B.], B. No: 2014/8060, 29/9/2016, § 90 vd. Bkz. ayrıca Gemalmaz, H. B. (2018). *Mülkiyet Hakkı*, AYM El Kitapları Serisi 6, Ankara: AYM Yayını, s. 166 vd. Ayrıca bkz. malikin kendi hata veya davranışlarını dengelemede bir unsur olarak gören AİHM kararları için *Silickienel/Lithuania*, B. No: 20496/02, 10/4/2012, § 66; *Andonoski/The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, B. No: 16225/08, 17/9/2015, § 34.

Konumuz açısından genel olarak bir kimsenin bir hukuki ilişkiyi veya eylemi, bilerek yani farkında olarak yaptığı hâlde sonradan bundan yakınması durumunda “bilme ve farkındalık”, yakınılan durumun ağırlığını hafifletici bir unsur olmaktır¹⁶⁰. Örneğin ezan veya kilise sesinden yakınan birisinin, bu mahalleye bu durumu bilerek taşınmış olması, kamu menfaati veya başkalarının hakları ile kendisinin özel hayata saygı hakkının dengelenmesinde, müdahalenin şiddetini hafifletici bir etken olarak görülebilmektedir¹⁶¹.

Kutsal Cuma olayı açısından değerlendirdiğimizde, Federal Alman AYM tarafından aktarılan bilgilere göre yerel mahkeme, ilgili fiillerin toplantı hürriyetine kategorik olarak dâhil olup olmadığını değerlendirmesi sırasında, şikâyetçilerin etkinliğe çağrı yaparken “bir görüş bildirme amacıyla değil de eğlence ve dans amacıyla bir araya gelecekleri intibası verdiği” gerekçesiyle, toplantı hürriyetinin kapsamına girmediği yönünde kanaate varmıştır¹⁶². Fakat bunda kültürel bir etkinin olduğu söylenemez.

Ramazan Davulu olayı bağlamında bakıldığında, gerek Ramazan davulu çalanların ve yazılı izni çıkaran muhtarın gerekse başvurucunun kötü niyetini veya kusurunu gösteren geçmiş bir davranışı söz konusu değildir. Bunların kültürle ilişkisi de o nedenle değerlendirilemez. Ezan olayında, baş-

160 Kişinin önceki davranışı ile çelişmesi, önceki davranışına güvenildiği için hukuki olarak sonraki işlemlerini etkilediği gibi onun dürüstlüğü ve hakkını kötüye kullanmaması için de önemlidir (Bkz. önceki davranışla çelişmenin unsurları hakkında Akyol, Ş. (2007). *Medeni Hukukta Çelişki Yasası*, İstanbul: Vedat Kitabevi, s. 13 vd.).

161 Kilisenin çan sesinden rahatsız olan mahalle sakininin açtığı davada, Nürnberg Bölge Mahkemesi, Regensburg Mahkemesinin davanın reddi yönündeki kararının temyiz yoluyla bozulması talebini reddetmiştir. Regensburg Mahkemesinin ret gerekçelerinden birisi de davacının üç yıl önce *bu durumu bilerek* Kilisenin bulunduğu yere taşınması ve Kilisenin 125 yıldır orada bulunmasıdır (OLG Nürnberg v. 10/4/2024 - 4 U 2356/23, Karara Dair Basın Açıklaması, <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/oberlandesgerichte/nuernberg/presse/2024/15.php>, (Erişim Tarihi: 29/4/2025))

162 BVerfGE, 143, 161, § 13.

vurucu ezanından rahatsız olduğu caminin yakınına bu durumu bilerek taşınmış olsaydı, tek başına sonucu belirlemese de müdahaleyi hafifletici bir etken olabilirdi. Sonuç olarak her iki olayda da önceki davranışın değerlendirilmesi ve buna kültürün etkisi söz konusu değildir.

Görüldüğü gibi başka etkenlerin yanında kültürel normlar, belirli bir müdahalenin hafif mi yoksa ağır mı olarak görüleceğini şekillendirebilir¹⁶³. Örneğin dinî özgürlüğün kullanımına yönelik bir kısıtlama, seküler bir toplumda farklı, dindar bir toplumda farklı algılanabilmektedir¹⁶⁴. Yani müdahalenin şiddeti, bazı somut faktörlere dayalı olduğu kadar bağlama da dayalı bir faktördür. Bir toplum, belirli bir kısıtlamayı ne kadar ağır algılıyorsa müdahale o kadar şiddetli sayılır. Bu algı, kültürel normlar, tarihsel tecrübeler ve hâkim değerler tarafından şekillendirilebilir.

3. Hakkın Soyut Değerinin Tespitinde Kültür

Soyut ağırlık, somut olaydaki çatışma şartlardan bağımsız olarak diğer haklara kıyasen belirlenen bir ağırlıktır¹⁶⁵. Hakkın soyut ağırlığı yüksek ise aslında aynı zamanda o hakka yapılan müdahale de daha ciddi olarak algılanabilmektedir¹⁶⁶. Bu yönüyle soyut ağırlıkla somut ağırlık birbiri ile yakından bağlantılıdır. Kural olarak anayasal-normatif düzeyde eşit olan haklar, toplumsal açıdan eşit olmayabilir. Söz gelimi yaşam hakkı, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkından (genel eyleme özgürlüğü) daha yüksek bir soyut ağırlığa sahip olabilir. Çatışan hakların her ikisi de aynı derecede soyut ağırlığa sahip ise, tartım formülünde yer vermeye gerek bulunmamak-

163 Krş. Barak, A. (2012). s. 350, 361.

164 Federal Alman AYM'ye göre bir dini kuralın önemi ve takipçiler için bağlayıcılık düzeyi, müdahalenin ağırlığı ve çatışan hakların dengelenmesinde etkili olabilir (BVerfGE, 143, 161, § 108).

165 Klatt, M. ve Meister, M. (2012). s. 690.

166 Klatt, M. (2021). "Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41., No. 2., s. 339.

tadır¹⁶⁷. Eğer bir hakka farklı ağırlıkta soyut değer atfedilecekse bunun rasyonel olarak gerekçelendirilmesi¹⁶⁸ ve toplumsal (harici) unsurlarla desteklenmesi gerekecektir. Söz konusu temellendirmede en önemli araçlardan birisi ilgili toplumun temel değerleri ve “kültürü”dür¹⁶⁹. Örneğin Alman anayasal düzeni açısından en yüksek değerlerden biri olan “insan onurunun” soyut olarak diğer haklara göre yüksek bir ağırlığının bulunmasının sebebi, Nazi geçmişinde insan onurunun

167 Alexy, R. (2003). s. 440; Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, J. (Çev.), United Kingdom: Oxford University Press, (Postscript), s. 406; Alexy, R. (2021). s. 161. Burada değinilmesi gereken bir başka soru, ilke olarak görülen haklar arasında soyut ağırlık farklılıkları olabılırken, bir hak ile kamusal menfaat çatışmasında, hak Dworkin vb. yazarların iddia ettiği gibi *prima facie* yüksek bir soyut ağırlığa mı sahip olacak yoksa, zorunlu olarak haklar ve kamusal menfaatler (kamusal ahlak, genel sağlık, genel güvenlik vs.) aynı soyut ağırlıkta “ilkeler” olarak mı görülecektir. Kanaatimizce, daha yüksek bir kamusal menfaati korumak için hakları istisnai bir şekilde ve daha zor şartlarda sınırlandırmak için en azından hakların soyut ağırlığını, kamusal menfaatlerin soyut ağırlığından yüksek kabul etmek gerekir (Bkz. tartışmalar ve aksi görüşler için Klatt, M. (2014). “An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Reply to Luc B. Tremblay”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12., No. 4., s. 892 vd.). Gerçi, hakların devlete takaddüm ettiğini ve bireysel hakların devlete öncelikli olduğunu iddia eden liberal demokrasilerin ve anayasaların, kültürel çeşitliliğe ve çoğulculuğa yer açamayacağı noktasında eleştiriler olsa da, biz bunlara katılmıyoruz (Tremblay, L. B. (2014). s. 873-878). Çünkü devlete takaddüm etmek ile haklara kamusal menfaatler karşısında *prima facie* yüksek bir soyut değer atfetmek ayrı şeylerdir (Klatt, M. (2014). s. 896).

168 Klatt, M. (2021). s. 342.

169 Barak’a göre, hem somut (*marginal social importance*) hem de soyut ağırlık (*social importance*) toplumun kültürel, tarihi ve kendi karakteristik özellikleriyle oluşan algıdan etkilenir (Barak, A. (2012). s. 350, 361). Krş. Sieckmann, J. (2016). “Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing”, in Meßerschmidt ve K., Oliver-Lalana, A. D. (Eds.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Switzerland: Springer, s. 365-366; Beschle, D. L. (2004). “Kant’s Categorical Imperative: An Unspoken Factor in Constitutional Rights Balancing”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 31., s. 962-963; Pulido, C. B. (2006). “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Vol. 92., No. 2., s. 207. Gözler, haklar arasında “biyolojik, psikolojik, sosyolojik, etik vb.” açılardan önem sıralaması olabileceğini ve bunun toplumun ve bireylerin ona attığı önem ve değerle ilgili olduğunu, fakat haklı olarak bu sıralamanın anayasal olarak normatif bir hiyerarşi oluşturmadığını belirtmiştir (Gözler, K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 252).

ağır zarar gördüğü bir dönemden geçilmiş olmasıdır¹⁷⁰. Bu da toplumun tarihî tecrübelerinin, hakkın soyut ağırlığını tespit eden mevcut toplumsal kültüre yansımasıdır.

Hakların soyut ağırlıklarını da kolaylaştırıcı olması açısından, “yüksek”, “orta” ve “hafif” olmak üzere üç ağırlık derecesine ayırabiliriz. Somut bir çatışmadaki hakların hangisi olduğuna göre, soyut ağırlığını tespiti kolay veya zor olabilir. Örneğin yaşam hakkı ile mülkiyet hakkı çatışmasında, yaşam hakkının yüksek bir soyut ağırlığı olduğu mülkiyet hakkına göre daha kolay tespit edilebilir. Kısacası, her iki hak da aynı derecede örneğin yüksek veya orta bir ağırlığa sahip ise bunların sonuca etkisi olmayacaktır. Fakat biri yüksek diğeri orta veya biri hafif diğeri yüksek ise tartım formülünde haklardan biri lehine veya aleyhine ağırlığı etkileyecektir.

Bir hakkın belirli bir toplumdaki soyut ağırlığını çok çeşitli faktörler etkileyebilir. Tarihsel gelişmeler, ekonomik yapı, dinî yapı, iklim, kültür ve gelenekler vb. toplumsal değişkenler soyut ağırlığı belirlemedeki toplumsal algıyı ve tutumu oluşturmaktadır. Dahası anayasal düzenlemeler, hakkın evrensel doğası (ör. yaşam hakkı ve insan onuru vs.) ve öğreti gibi faktörler de soyut önemi belirlemede etkilidir¹⁷¹. Eğer belirli bir uygulama köklü ve yaygın bir kültürel gelenekse (örneğin Türkiye’de, Ramazan’da davul çalmaya göre ezan uygulamasının kültürel açıdan yeri daha köklü), bağlantılı

170 Barak, A. (2013). “Human Dignity: Constitutional Value and the Constitutional Right”, *Proceedings of British Academy*, 192, s. 369. Bkz. ayrıca Federal Alman AYM’nin kararında da insan onuru açısından bu tarihsel gerçekliğe atfı bulunmaktadır (BVerfGE 90, 241, § 40-43).

171 Krş. Barak, A. (2012). s. 350, 361. Bkz. insan onurunun soyut ağırlığı konusunda, Teifke N. (2018). “Balancing Human Dignity: Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Right”, in Grimm, D., Kemmerer, A. ve Möller, C. (Eds.), *Human Dignity in Context*, Germany: Nomos Publisher, s. 236 vd. Bir görüşe göre, insan onuru Alman hukuk sistemi içinde en yüksek soyut değere sahiptir, bütün hak çatışmalarında (kimisine göre mutlak haklar da çatışmaya girmez), yüksek bir soyut ağırlığı vardır. Ancak, insan onuru ile insan onurunun çatıştığı durumlarda, her ikisi de eşit ağırlıkta olduğu için, dengelemede ağırlığa etkili olmaz (Alexy, R. (2021). s. 209).

hakkın soyut ağırlığı da kültürel olarak daha yüksek olabilir. Farklı bir kültürel bağlamda, ezanın hoparlör ile okunmasına hiç izin verilmezken¹⁷² o kültürün bir parçası olan Kutsal Cuma'nın sessizliği daha yüksek bir soyut önemde olabilir.

Bazı toplumlar daha toplulukçu ve dayanışmacı özelliklere sahip olduğu için kolektif değerleri bireysel haklardan daha fazla önemser. Böyle durumlarda, bir hakkın sınırlandırılması, daha önemli bir toplumsal menfaati ifa ettiği sürece (örneğin, millî birliği korumak) önemli bir müdahale olarak görülmeyebilir. Aynı şekilde eğer bir hak uzun yıllar güçlü bir şekilde korunmuşsa, aniden sınırlandırılması da daha müdahaleci görünebilir. Ancak aynı hak, her zaman belirli sınırlamalara tabi olmuşsa, sınırlama daha hafif bulunabilir. Fakat tek başına kültürel yapının hakkın soyut değerini belirlemesi mümkün ve doğru değildir. Zira kültür bazı hallerde evrensel görülen hakların soyut değerini, keyfi olarak sınırlayacak derecede önemsizleştirebilir.

Bir hakkın soyut ağırlığını/değerini anayasa koyucu ve anayasal düzenlemeler farklı derecede belirleyebilir. Bu kapsamda, sınırlandırılmaz haklar veya bütün anayasal düzenin temel değeri olan insan onuru gibi haklar anayasal olarak daha önemli addedilebilir. Bu hem anayasal/normatif olarak üstün olduğunu hem de soyut değerinin yüksek olduğunu gösterir. Örneğin yaşam hakkının soyut ağırlığı mülkiyet hakkınınkinden yüksektir¹⁷³. Bu, hem evrensel hem de kültürel olarak belirlenmiş olabilir.

Hakkın genel olarak kendisinin soyut ağırlığı ile kapsamı içindeki bir görünümünün soyut ağırlığı değişebileceği gibi

172 Örneğin Almanya'da kural olarak izin verilmemekte, bazı yerlerde dava süreçleri sonrasında Cuma günü 15 dakikalık süre için, belirli ses sınırları dahilinde izin verilmiştir (Bkz. *VG Gelsenkirchen*, VG 8 K 2964/15, 1/2/2018; *OVG Münster*, 8 A 1161/18, 23.09.2020, https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemittelunge_n/01_archiv/2020/74_200923/, (Erişim Tarihi: 10/7/2025))

173 Klatt, M. (2011). s. 699.

bir dönemde toplumsal önem ve soyut ağırlık yüksek iken aradan uzun bir zaman geçip toplum değiştiğinde, hakkın veya bir görünümünün önemi ve soyut ağırlığı azalabilir. Örneğin, Kutsal Cuma gününe veya kutsal günlerin sessiz gün olarak korunmasına dair kanuni değişikliklerin gerekçelerinde toplumsal değişim açıkça ifade edilmiştir. Daha somut bir deyişle, Bayern Eyaleti Tatil Yasası'nda 2013 yılında yapılan değişiklik gerekçesinde açıkça "Sessiz Günlerin Hristiyan kültürel geleneklerin ve değerlerin korunması için önemli olduğu ve kültürel, tarihi ve dini temelleri hatırlama fırsatı vereceği" belirtilmiştir¹⁷⁴. Buna karşılık aynı tasarıda, yasanın değiştirilmesi esnasında Parlamentonun toplumdaki hayat tarzı değişiminin çatışan hakların dengelenmesinde dikkate alınması gerektiği vurgulanarak, sessizliğin başlama saatinde değişiklik yapma ihtiyacı ortaya konulmuştur¹⁷⁵. Aynı şekilde Baden Württemberg Tatil Yasası'nda 2015 yılında yapılan değişiklik tasarısının gerekçesinde, toplumsal değişime uygun olarak çok katı olan dans yasağı maddesinin daha da esnetileceği belirtilmiştir¹⁷⁶.

Kutsal Cuma kararındaki olayı soyut ağırlık bağlamında değerlendirecek öncelikle yasamanın ilgili haklara atfettiği soyut ağırlığı, bu soyut ağırlığın nasıl belirlendiği ve Hristiyan kültürünün bu ağırlığa etkisi önem arz eder. Kutsal Cuma günü, Hristiyanlıkta Hazreti İsa'nın çarmıha gerildiği gün olarak kabul edilir ve özellikle Almanya gibi Hristiyan geleneğine sahip ülkelerde derin kültürel ve dinî öneme sahiptir. Bu nedenle, bu günün "sessiz gün" olarak korunması, ülkenin kültürel ve dinî mirasının bir yansımasıdır. Olayda, Bayern Eyalet Parlamentosu, 1980 yılında Pazar ve Resmî Tatillerin Korunması Kanunu'nu çıkarmış ve bu Kanun'da Kut-

174 Bayerischer Landtag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/15696, 20/2/2013, s. 3.

175 Bayerischer Landtag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/15696, 20/2/2013, s. 3.

176 Entwurf, Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Sonntage und Feiertage, https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/IM/150714_Gesetzesentwurf-Feiertagsgesetz.pdf, s. 5, (Erişim Tarihi: 20/5/2025)

sal Cuma gününü resmi tatil ve sessiz gün olarak belirlemiştir. Hatta sessizliği, günün ciddiyetine aykırı olmayan kamusal etkinlikler hariç spor, müzik vs. dahil mutlak bir şekilde koruma altına almıştır¹⁷⁷. Diğer eyaletlerle de örneğin Baden Württemberg eyaletinin Pazar ve Tatil Günleri Kanunu'nda da Kutsal Cuma günü resmî tatil günü ve sessizlik açısından özel olarak korunan günlerden olarak belirlendiğini¹⁷⁸ görüyoruz. Özetle, bütün Alman toplumuna şamil bir şekilde, Kutsal Cuma resmî tatil ve sessizlik açısından özel olarak korunan bir gündür. Kutsal Cuma günü açısından, derneğin etkinliğine katılanların toplanma ve din hürriyetinin, bu günü kutlayanların din hürriyeti ile eşit soyut ağırlıkta olduğu söylene bile, kültürün etkisi dışlanamaz.

Kutsal Cuma olayında, Kutsal Cuma'yı kutlayanların din hürriyeti ile (hatta Federal Alman AYM'ye göre, kutlamayan ve farklı dünya görüşünde olanların da dinlenme hakkı) şikayetçilerin din hürriyeti ve toplanma hürriyeti bir soyut önem değerlendirilmesinden geçirilmiştir. Aslında Federal Alman AYM'nin belirttiği gibi, somut olaydaki şikayetçilerin haklarının dışında, diğer insanların çalışma hakkı, serbest teşebbüs hakkı ve mesleki özgürlükler, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı (genel eyleme özgürlüğü) ve sanat hakkı da Kanun'un düzenlemesi kapsamında resmî tatillerden etkilenmekte ve sınırlandırılmaktadır. Yani Parlamento söz konusu düzenlemeyi yaparken bu hakların soyut ağırlığını da tartmış olmaktadır. Kültürel olarak Kutsal Cuma günündeki sessizliğin daha yüksek derecede korunması, diğer günlere göre daha yüksek soyut önem atfedildiğini gösterebilir. Bunda Hristiyan kültürde bugüne verilen önemin etkisi inkâr edilemez. Ayrıca

177 Böylece Kanundaki diğer günlere kıyasen İsa Peygamberin çarmıha gerildiği günün yas günü olarak algılanması nedeniyle daha fazla sessizliği gerekli görmüş olabilir.

178 Fakat, Kanunun 12. maddesinin 1. ve 2. fıkrası ile yerel veya bölgesel polise, istisna ve muafiyet tanıma yetkisi verilmiştir (1/4/1995 Tarihli Baden Württemberg Pazar ve Tatil Günleri Yasası). Örnek olarak verilen bu durum muhtemelen başka eyaletlerde de söz konusudur.

çatışmanın bir tarafında birbirinin içinden çıkmayan ve ayrı değerleri koruyan bağımsız hakların varlığı (heterojen) hâlinde, onların hem somut hem de soyut ağırlık ağırlıklarının toplanarak diğer taraftaki hakla tartılması mümkündür¹⁷⁹. Bu olayda, din hürriyeti ile toplanma hürriyeti arasındaki ilişki, ifade ile basın hürriyeti arasındaki gibi değildir. Onlar kural olarak ayrı ve bağımsız haklardır. İkisi de farklı hak sahibinin farklı değerlerini korur, bu nedenle ayrı haklar olarak değerlendirilebilir.

Türkiye'deki *Ramazan Davulu* ve *Ezan* olayını soyut ağırlık açısından değerlendirirsek ortada din hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı çatışması söz konusudur. Bu hakların, özellikle Türk hukuku ve kültürü açısından, soyut ağırlığının birinin diğerinden yüksek olduğu söylenemez. Yani gerek anayasal düzenleme, gerek yargısal uygulama gerekse kültürel yapı açısından, her ne kadar büyük oranda dindar bir toplum olarak dine bağlılık yüksek görülse de din hürriyetinin özel hayat karşısında yüksek bir soyut ağırlığı bulunmamaktadır¹⁸⁰. Somut olaylar açısından, ister orta düzey isterse yüksek düzey bir soyut ağırlığı olsun, eşit olduğu için sonuca etkisi yoktur.

Sonuç olarak *Kutsal Cuma*, *Ramazan Davulu* ve *Ezan* olayını kültürün etkisi açısından bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, her üçünde de çoğunluğun takip ettiği kültürel bir uygulama, hakkın sınırlandırılmasına yol açmıştır. Federal Alman AYM, yapılan sınırlandırmayı orantısız bularak iptal etmiş iken Türk AYM her iki kararda da ihlal tespit etmemiştir. Alman AYM'nin kararındaki iptal, düzenlemenin çok katı ve mutlak olmasına odaklanmış, bunun dışında Mahkeme iptalin sebebi olarak kültür ile ilgili bir değerlendirme yap-

179 Alexy, R. (2021). s. 173; Borowski, M. (2021). s. 151-152.

180 Aslında bazen, özel hayata saygı hakkının bir görünümü, din hürriyetinden soyut olarak daha ağır görülebilir iken bazı hallerde din hürriyeti özel hayata saygı hakkının bir görünümünden soyut olarak daha ağır görülebilmektedir. Bu da hakların görünümünün de kültürel ve toplumsal olarak soyut ağırlığının değiştiğini göstermektedir.

mamıştır. Türk AYM, sabah ezanının ve Ramazan davulunun geleneksel, dinî ve kültürel köklerine vurgu yapmış, haklara yapılan müdahaleyi hafif bularak ihlal tespit etmemiştir. Türk AYM'nin her iki kararında da çatışan menfaatler arasında açık bir dengelemeye dahi başvurmaya gerek duymaması, çoğunluğun kültürüne fazla ağırlık verdiğine işaret etmektedir.

SONUÇ

Hukuk ve haklar bir toplumun ve onun anayasal kültürünün içerisinde gelişir ve değişir. Anayasalarda hakların isimleri çoğunlukla benzer veya aynıdır fakat kapsamı, koruma alanı ve çatışmaların çözümü, birçok unsura göre değişir. Hak uyuşmazlıklarının çözümünde de ekonomi, ülkenin koşulları, hukuk sistemi, dinî anlayışı, siyaseti gibi unsurların yanında kültürü, gelenekleri ve değerleri de etkilidir.

Ayrıca, belirli bir grubun ve toplumun üyesi olarak büyümüş olan ve ilgili toplumun eğitim kurumlarında eğitim almış kişi, yargıç veya yönetici olduğunda, bir ilkenin soyut önemini veya somut müdahalenin şiddetini belirlerken, ait olduğu kültür ve onun kimliğini taşıyarak yorum yapar ve karar verir. O nedenle, yine Türk kültüründeki bir hak çatışmasını, örneğin *Ramazan Davulu* veya *Ezan* olayını, farklı kültürde yetişmiş bir yargıç çözmeye çalıştığında, farklı bir ağırlık tayin edebilir. Yargıçlar özellikle dışsal gerekçelendirme içinde ahlaki değerlendirme ve temellendirme yapmak zorunda kalmaktadır. Zira insan onuru, adalet, yaşam, özgürlük gibi kavramlar başlı başına ahlaki değerler olduğu gibi insan hakları ve çatışan menfaatleri tartmanın içerisinde doğal olarak değersel bir yön vardır. Yargıç tarafından yapılan bu ahlaki değerlendirme/temellendirme, tamamıyla toplumdan ve bağlamdan yalıtılmış bir şekilde yapılamaz. Bu nedenle, bir toplumun kültürel değerleri, tarihî tecrübeleri ve o toplumdaki ahlaki anlayış, kaçınılmaz olarak yargıcın yorumuna ve haklara atfedeceği ağırlığa yansımaktadır.

Kültürü, “bir toplumun yaşam tarzının, inancının ve haya-

ta bakışının, mimari, eğitim, hukuk, yemek, giyim vb. alanlara yansımaları” olarak algıladığımızda, bir anlamda çoğunluğu merkeze almış oluyoruz. Bu kapsamda, içsel gerekçelendirme olarak adlandırılan tartım formülü içinde kültürün yer alamayacağı sonucuna üç adet yöntem denenerek varılmıştır. Birincisi, içsel gerekçelendirme olan tartım formülündeki bütün değişkenlere “K, kültür” etkisi formülde atanarak araştırılmıştır. Fakat bu yöntem, bütün değişkenleri belirleyici tek faktörün kültür olması mümkün olmayacağı için, kültürün rolünü tespit etmede yetersiz kalmıştır. Dahası, bu birinci yöntemdeki kültürün etkisinin de içsel gerekçelendirmeden ziyade dışsal gerekçelendirmeye ait olduğu sonucuna varılmıştır. İkinci yöntemde ise Borowski’nin sınırlı denetim adlı teorisiyle Alexy’nin tartım formülüne epistemik belirsizliğin varlığı halinde yaşamaya “demokratik meşruiyet” sebebiyle tanınan takdir yetkisini, Pf (formal principle) şeklindeki şekli bir ilkeyle dâhil etmeye çalışmasından ilham alınmıştır. Aca-ba, belirli bir kültüre duyarlı hak çatışmasında, yasama organı takdir yetkisini sadece kültürel sebeplerle belirli bir hak lehinde kullanırsa kültür Pf vasıtasıyla tartım formülüne dâhil olabilir mi sorusu etrafında analiz edilmiştir. Fakat nihayetinde bu yöntemde de kültürün şekli formülün bir unsuru olamayacağı, aslında dışsal bir gerekçelendirme unsuru olarak dolaylı bir şekilde yani yasamanın takdirinin tek sebebi olarak girdiği sonucuna varılmıştır. Üçüncü olarak bir tartım formülü olarak ifade edilmese de AİHM tarafından ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı çatışmalarında oluşturulmuş yapısal dengeleme olarak adlandırılan “dengeleme kriterlerinin” içine kültürün dâhil edilip edilmeyeceği sorgulanmıştır. Aslında AİHM tarafından oluşturulan ve kimi yazarlarca dengeleme süreci olarak veya içsel gerekçelendirme olarak görülen “ifadenin içeriği, kamu yararına katkısı, ifade sahibinin ve özel hayatı ihlal edilen kişinin kimliği ve ünlülük derecesi, basın etik kurallara uygun davranıp davranmadığı” gibi çeşitli kriterlerin içinde “ifadenin yapıldığı kültür” şeklinde bağımsız bir kriter yoktur.

İçsel gerekçelendirmeye dâhil edilemese de kültür, dışsal gerekçelendirme içerisinde dolaylı olarak yer bulmaktadır. Fakat kültürün etkisinin ne kadar olduğunu yüzdelik olarak ölçmek mümkün değildir. Etkisi olduğu kuşkusuz, belirli bir kültürel anlayışın ve hayata bakışın, belirli haklara soyut olarak daha fazla ağırlık verdiği veya haklara yapılan müdahalenin şiddetini göreceli de olsa artırdığı veya azalttığı Kutsal Cuma, Ramazan Davulu ve Ezan olaylarındaki somut hak çatışmalarının mlerinden de anlaşılabilmektedir. Yine de oransal olarak hesaplanabilir olmasa da kanaatimizce kültürel etki “hafif”, “orta” veya “yüksek” olarak tasnif edilebilir.

Son olarak AİHM’in takdir marjı veya başka vasıtalarla “kltrelliğe veya yerelliğe” alan aması yerinde bir uygulama olsa da takdir marjı yani devletlerin benzer çatışmalarda farklı sonuçlara varabilme imkânı sınırsız değildir. Takdir marjının varlığına veya genişliğine rağmen, AİHM gibi mahkemeler tarafından bir asgari standart denetimi (denetim gevşek veya marjinal denetim) söz konusu olmalıdır. Kimi kültürlerin bazı kamusal menfaatleri, yaşam hakkı gibi önemli haklar karşısında bile üstün görmesi, takdir marjının genişlemesine şüpheyile bakmaya sebep olmaktadır. Özellikle bireyin yaşamına, onuruna kendi iradesi dışında zarar veren kültürel uygulamalar, haklara adil olmayan bir müdahaleye yol açmaktadır. Bu nedenle gevşek de olsa bir denetime tabi tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKYOL, Şener (2006). “Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem İle Çelişkili Davranış Yasağı)”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- AKYOL, Şener (2007). *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, İstanbul: Vedat Kitabevi.
- ALEINIKOFF, Alexander (1987). “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, Vol. 96., No. 5., ss. 943-1005.
- ALEX, Robert (1989). *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Adler, Ruth ve McCormick, Neil (Çev.), Oxford: Clarendon Press.
- ALEX, Robert (2002). *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, Julien (Çev.), United Kingdom: Oxford University Press.
- ALEX, Robert (2003). “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Vol. 16., No. 4., ss. 433-449.
- ALEX, Robert (2021). *Law’s Ideal Dimension*, United Kingdom: Oxford University Press.
- ARNOLD, Rainer (2013). “Reflections on the Universality of Human Rights”, in Arnold, Rainer (Ed.), *The Universalism of Human Rights*, Switzerland: Springer.
- ARSLAN-ÖNCÜ, Gülay (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, içinde İnceoğlu, Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ankara: Şen Matbaa.
- AŞIK, Fadime (2019). Osmanlı İstanbul’unda Ramazan Kültürü ve Ramazan Sofraları, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- BARAK, Aharon (2012). *Proportionality: Constitutional Right and Their Limitations*, Kalır, Doron (Çev.), United Kingdom: Cambridge University Press.

- BARAK, Aharon (2013). "Human Dignity: Constitutional Value and the Constitutional Right", *Proceedings of British Academy*, 192, ss. 361-380.
- BENHABIB, Seyla (2007). "Another Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights", *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, Vol. 81., No. 2., ss. 7-32.
- BERRY, Stephanie E. (2019). Avoiding Scrutiny? The Margin of Appreciation and Religious Freedom, in Temperman, Jeroen, Gunn, T. Jeremy ve Evans, Malcolm (Eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years since Kokkinakis*, Brill&Nijhoff Publisher, ss. 198-209.
- BESCHLE, Donald L. (2004). "Kant's Categorical Imperative: An Unspoken Factor in Constitutional Rights Balancing", *Pepperdine Law Review*, Vol. 31., ss. 949-978.
- BESSON, Samantha (2016). "Subsidiarity in International Human Rights Law — What is Subsidiary about Human Rights?", *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 61., No. 1., ss. 69-107.
- BOMHOFF, Jacco (2008). "Balancing, the Global and the Local Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law", *UC Law SF International Law Review*, Vol. 31., No. 2., ss. 555-586.
- BOROWSKI, Martin (2013). "On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen", *German Law Review*, Vol. 14., No. 8., ss. 1409-1418.
- BOROWSKI, Martin (2021). "Limited Review in Balancing Constitutional Rights", in Sieckmann, Jan-R (Ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Switzerland: Springer, ss. 136-162.

- BOROWSKI, Martin (2021a). Axel Springer AG v. Germany, or: How to Perform Limited Review, in Elósegui, María, Miron, Alina ve Motoc, Iulia (Eds.), *The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Response* (ss. 215-228), Switzerland: Springer.
- BREMS, Eva (2003). "The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe" in Forsythe, David P. ve McMahon, Patrice C. (Eds.), *Human Rights and Diversity Area Studies Revisited*, University of Nebraska Press, ss. 81-110.
- BREMS, Eva (2001). *Human Rights: Universality and Diversity*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publisher.
- BREWER, Janet (2022). "The Impact of Intercultural Legal Discourse upon Anglo-American versus Navajo Criminal Legal Theory", *Language, Discourse & Society*, Vol. 10., No. 2., ss. 11-22.
- DAJCZAK, Wojciech (2019). "Venire contra factum proprium nemini licet – Changing Fortunes of the Maxim Demanding Constancy in Conduct", *Forum Prawnicze*, ss. 33-47.
- DIKOVSKA, Iryna (2024). "Personal Status of War-Related Migrants: What is Relevant to Determine the Applicable Law?", *Access to Justice in Eastern Europe*, Vol. 22., No 1., ss. 1-16.
- DOĞRU, Derya (2008). *Avrupa İnsan Hakları Yargılamasında Takdir Marjı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- DONNELLY, Jack (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice*, The USA: Cornell University Press.
- ERDOĞAN, Murat (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları.
- ERKAL, Özlem (2015). *Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Devletlerin Takdir Marjı*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

- ESEN, Egemen (2019). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini, İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- EVANS, Carolyn (2006). "The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7., No. 1., ss. 52-73.
- GEMALMAZ, H. Burak (2018). *Mülkiyet Hakkı*, AYM El Kitapları Serisi 6, Ankara: AYM Yayını.
- GEORGEON, François (2018). *İstanbul'da Ramazan: Osmanlı İmparatorluğundan Çağdaş Türkiye'ye*, Tümertekin, Alp (Çev.), İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınevi.
- GERARDS, Janneke (2017). Procedural Review by the ECtHR: A Typology, in Gerards, Jannek ve Brems, Eva (Eds.), *Procedural Review in European Fundamental Right Cases*, United Kingdom: Cambridge University Press, ss. 127-160.
- GERARDS, Janneke (2018). "Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 18., ss. 495-515.
- GERARDS, Janneke (2019). *General Principles of European Convention on Human Rights*, United Kingdom: Cambridge University Press.
- GÖZLER, Kemal (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- HAROLDSON, Brett J. (2015). "Saved by the Bells: A Look at Campanological Rights of U.S. Churches", *Rutgers Journal of Law & Religion*, Vol. 17., ss. 83-120.
- HART, H. L. A. (1963). *Law, Liberty and Morality*, USA: Stanford University Press.
- HAZAR, Zeynep (2021). *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, Ankara: Adalet Yayınevi.

- HOOVER, Joe (2016). *Reconstructing Human Rights*, United Kingdom: Oxford University Press.
- JOVANOVIĆ, Miodrag A. (2012). *Collective Rights: A Legal Theory*, United Kingdom: Cambridge University Press.
- KANADOĞLU, Korkut (1998). Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- KESKİN, Erdoğan (2020). "AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69., S. 3., ss. 1379-1414.
- KLATT, Matthias (2021). "Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41., No. 2., ss. 21-347.
- KLATT, Matthias (2011). "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 71., No. 4., ss. 691-718.
- KLATT, Matthias (2014). "An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Reply to Luc B. Tremblay", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12., No. 4., ss. 891-899.
- KLATT, Matthias ve MEISTER, Moritz (2012). "Proportionality—A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 3., ss. 687-70.
- KLATT, Matthias ve SCHMIDT, Johannes (2012). "Epistemic Discretion in Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 1., ss. 69-105.
- KÖKÜSARI, İsmail (2020). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi.

- LETSAS, George (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, United Kingdom: Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*, United Kingdom: Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil (1981). *H.L.A. Hart*, London: Edward Arnold.
- MILLER, Monica K., JAMI, Waleed A. ve ANDERSON, Lauren A. (2020). "When Culture and Law Collide: The Role of Cultural Differences in Court Decisions", *Charleston Law Review*, Vol. 14., ss. 339-371.
- MULLENDER, Richard (2003). "Human Rights: Universalism and Cultural Relativism", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 6., No. 3., ss. 70-103.
- NIMMER, Melville B. (1968). "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", *California Law Review*, Vol. 56., No. 4., ss. 935-967.
- NUSSBERGER, Angelika (2017). Procedural Review by the ECtHR: View from the Court, in Gerards, Janneke ve Brems, Eva (Eds.), *Procedural Review in European Fundamental Right Cases* (s. 161-176), United Kingdom: Cambridge University Press.
- PARRAS, Francisco Javier Mena (2015). "Democracy, Diversity and the Margin of Appreciation: A Theoretical Analysis from the Perspective of the International and Constitutional Functions of the European Court of Human Rights", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 29., ss. 1-18.
- POJMAN, Louis P. ve FIESER, James (2017). *Ethics Discovering Right and Wrong*, Cengage Learning Center Publication.
- PULIDO, Carlos Bernal (2006). "The Rationality of Balancing", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Vol. 92., No. 2., ss. 195-208.

- SARDO, Alessio (2021). Freedom of Expression, Sliding-Scales, and Fake News, in Elósegui, María, Miron, Alina ve Motoc, Iulia (Eds.), *The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Response* (ss. 265-288), Switzerland: Springer.
- SCHUTTER, Olivier De ve TULKENS, Françoise (2008). Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution, in Brems, Eva (Ed.), *Conflicts between Fundamental Rights* (ss. 169-216), Belgium: Intersentia.
- SIECKMANN, Jan (2016). Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing, in Meßerschmidt, Klaus ve Oliver-Lalana, A. Daniel (Eds.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court* (ss. 349-372), Switzerland: Springer.
- SMET, Stijn (2017). *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, Routledge.
- SÜNGÜ, Fatih (2021). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarında "Chilling Effect" Kavramı", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 39., ss. 105-134.
- SWEENEY, James A. (2007). "A Margin of Appreciation in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 34., Issue 1., ss. 27-52.
- SWEENEY, James A. (2005). "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54., ss. 459-474.
- TEIFKE, Nils (2018). Balancing Human Dignity: Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Right, in Grimm, Dieter, Kemmerer, Alexandra ve Möllers, Christoph (Eds.), *Human Dignity in Context* (ss. 225-238), Germany: Nomos Publisher.

- TREMBLAY, Luc B. (2014). "An Egalitarian Defense of Proportionality-based Balancing", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12., No. 4., ss. 864-890.
- TSAKYRAKIS, Stavros (2009). "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7., No. 3., ss. 468-493.
- TÜMAY, Murat (2008). "The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", *Ankara Law Review*, Vol. 5., No. 2., ss. 202-234.
- TYLOR, Edward B. (1871). *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art, and Custom*, Vol. 1., London: John Murray.
- VOORHOOF, Dirk (2017). Freedom of Expression versus Privacy and the Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism, in Smet, Stijin ve Brems, Eva (Eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony* (ss. 148-170), Oxford University Press.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1992). *The Judicial Application of Law*, Switzerland: Springer Science & Business Media.
- XU, Xiaobing and WILSON, George (2006). "On Conflicts of Rights", *Pierce Law Review*, Vol. 5., No. 1., pp. 31-57.
- YAZDIHA, Hajar (2017). "The Relationality of Law and Culture: Dominant Approaches and New Directions for Cultural Sociologists", *Sociology Compass*, Vol. 11., No. 12., ss. 1-12.
- YILMAZ-COŞKUN, Sibel (2023). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi.