

TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ VE TÜRKİYE ANAYASA MAHKEMESİ AÇISINDAN ANLAMI

(MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE AND ITS SIGNIFICANCE FOR THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT)

Tolga Şirin*

ÖZET

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarındaki takdir marjı doktrininin Türkiye Anayasa Mahkemesi tarafından da kullanılmaya başlandığı gözlemlenmektedir. Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın Sözleşme'ye taraf devletlerin takdir marjı içinde gördüğü konularda aynı takdir marjını yasama organına bırakma eğilimindedir.

Bu makalede söz konusu doktrinin ECHR içtihatlarındaki gelişimi ve onu ortaya çıkaran nedenler üzerinde durulmuş ve bu doktrinin Anayasa Mahkemesi'nin anılan şekilde kullanımına uygun olup olmadığı sorgulanmıştır. Makalede ulaşılan sonuç şudur: İHAM, bu marjı taraf devletlere bırakmaktadır. Yargı yetkisi ise, tıpkı yasama ve yürütme gibi bu marjdan yararlanabilir. Bu nedenle söz konusu doktrinin anayasa şikâyeti yargılamalarında aynen kullanılması mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Takdir marjı doktrini, Türkiye Anayasa Mahkemesi, egemenlik, yargısal aktivizm

ABSTRACT

The Constitutional Court of Turkey has started to use the margin of appreciation doctrine, which is part of the European Court of Human Rights jurisprudence. The Court tends to adopt the same margin of appreciation as the European Court grants to the legislatures of contracting states.

In this article the development of the doctrine in ECHR jurisprudence is discussed and the reasons for it are emphasized. It is questioned whether it is appropriate for the Constitutional Court to use the doctrine. The conclusion is that the ECHR recognizes the margin of appreciation as a doctrine applicable not only to legislative bodies, but

* Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilimdalı

also to other authorities of the contracting states. The judiciary can use the doctrine in the same way as the legislature and executive. Therefore, it is not possible to use the aforementioned doctrine verbatim for the proceeding of constitution complaint.

Keywords: Margin of appreciation doctrine, Constitutional Court of Turkey, sovereignty, judicial activism

GİRİŞ

Uluslararası insan hakları hukuku içtihatlarına görece kapalı olan¹ Türkiye Anayasa Mahkemesi (AYM), özellikle 2000’li yıllardan itibaren İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarına daha çok yer vermeye başlamıştır². AYM’nin 23.09.2012 tarihinden itibaren “Anayasa’daki temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki haklar³” bakımından anayasa şikâyeti incelemesi yapıyor olmasının, bu yöndeki eğilime ivme kazandıracığı, şimdiden kestirilebilir. Ancak bu eğilime rağmen, AYM’nin söz konusu kararları doğru biçimde kullandığı söylenemez⁴. Genel olarak yüksek yargının, özel olarak ise AYM’nin son zamanlardaki içtihatlarına bakıldığında İHAM kararlarının, bu kararların özünün farklılaştırılması suretiyle ve AYM’nin sı-

¹ Bkz. Kemal Başlar, Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Ankara: Şen Matbaa, 2008, s.21.

² Sibel İnceoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, **Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler**, Ece Göztepe/Aykut Çelebi (haz.), İstanbul: Metis Yay., 2012, s. 337.

³ Bu metnin Resmi Gazete’de yayımlanan adı *İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi*’dir. Bkz. 19.03.1954 tarihli 8690 sayılı Resmi Gazete. Anayasa’ya resmi adının değil, gündelik dildeki kullanımının yazılmış olması sorunludur. Zira resmi olarak Türkiye’nin onayladığı “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” isminde bir sözleşme yoktur. Türkiye, İnsan Temel Haklar ve Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin sözleşmeyi onaylamıştır. Bkz. Tolga Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulamasıyla Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013, s. 415.

⁴ Bu yanlış kullanım örnekleri hakkında bkz. Mehmet-Semih Gemalmaz, “Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı”, **Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa – Verfassung als Freiheitsordnung: Festschrift für Fazıl Sağlam zum 65. Geburtstag (65. Yaş Armağanı)**, Osman Can/ A. Ülkü Azrak/ Yavuz Sabuncu/ Otto Depenheuer/Michael Sachs (haz.), Ankara: İmaj Yay., 2006, ss. 117-183.

nırlandırıcı yaklaşımının gerekçesi olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir⁵.

Söz konusu eğilime ilişkin tekil kararlar, özel bir değerlendirme konusu olabilir. Ne var ki bu çalışmada, İHAM tarafından geliştirilmiş ve uygulanmakta olan⁶ ve tekil kararlara göre daha kapsayıcı bir doktrin niteliğine sahip “takdir marjı doktrinin”, AYM tarafından algılanma biçimi üzerinde durulacaktır.

Bu çerçevede çalışma, iki bölümden oluşacaktır. Birinci bölümde bu doktrinin İHAM içtihatlarındaki gelişimi, yeri ve öğreti tartışmaları üzerinde durulacak, ikinci bölümde ise bu doktrinin AYM tarafından algılanma biçiminin tutarlılığı sorgulanacaktır.

Fakat bundan önce konuyla ilgili terminolojik yeknesaklık sorununa kısaca değinmek gerekiyor:

İHAM içtihatlarında kendisine yer bulan *margin of appreciation/marge d'appréciation* kavramı, Türkçe öğretilerde “takdir alanı⁷”, “takdir marjı⁸”, “takdir payı⁹”, “takdir yetkisi¹⁰”, “takdir hakkı¹¹” gibi kelimelerle ifade edilmektedir. Bu kullanımlardan “takdir yetkisi” ile “takdir hakkı”, terminolojik ve teknik açıdan sorunludur.

⁵ Bkz. Kerem Altıparmak, “*Fazıl Say’ın Tweetleri ve Doğru Sandığımız Yedi Yanlış*”, **Bianet**, 19.04.2013. <http://tinyurl.com/qxrp3no>

⁶ Diğer uluslararası organlar bu doktrini dolaylı olarak kullansalar da Strazburg organları kadar açık biçimde uygulamamaktadırlar. Örnekler için bkz. Eyal Benvenisti, “*Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*”, **International Law and Politics**, Vol. 31, 1999, s. 844-845, 5 ve 6’ncı dipnotlarda atf yapılanlar.

⁷ Örn. bkz. Sibel İnceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Ankara: Council of Europe Yayını, 2013.

⁸ Haydar-Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yay., 2009. Gülay Arslan-Öncü, **Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul: Beta, 2011.

⁹ Örn. bkz. Berke Özenç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü: Başörtüsü, Zorunlu Din Dersleri, Diyanet İşleri Başkanlığı*, İstanbul: Kitap Yayınevi, s. 71 vd.

¹⁰ Örn. bkz. Arda Atakan, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, ss. 29-36.

¹¹ Murat Tümay, “*The ‘Margin of Appreciation Doctrine’ Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights*”, **Ankara Law Review**, Vol. 5, No. 2, 2008, s. 201. Çalışma İngilizce olmasına rağmen yazar çalışmanın Türkçe özetinde *margin of appreciation* terimini “*takdir hakkı*” olarak tercüme etmiştir. Yine Avrupa Birliği insan hakları el kitapları tarafından hazırlanan cep kitaplarının Türkçe tercümelerinde de takdir hakkı kelimesine rastlanmaktadır. Bkz. <http://tinyurl.com/l2ka6w5>

Takdir hakkı kelimesinin sorunlu olmasının birinci nedeni, bu kelimenin İngilizce'deki *right of appreciation* terimine denk düşmesidir¹². Bu kullanım, Strazburg içtihatlarındaki *margin of appreciation* teriminin karşılığı sayılamaz. Öte yandan takdiri kullanacak olanın, taraf devletler veya kamu gücü olduğu dikkate alınmak zorundadır. Klasik liberal öğretilerdeki hâkim görüşe göre devlet ve kamu gücü, prensip itibarıyla hak taşıyıcısı değil, yetki sahibidir. Sivil toplum ve kamu gücü arasındaki ayrıma yönelik bilinçli bir karşıt pozisyon alınmadıkça¹³ kamu gücünün “hakkından” değil, “yetkisinden” bahsedilmektedir.

Buna karşılık, *takdir yetkisi* kelimesi de sorunludur. Bu kullanımın sorunlu olmasının birinci nedeni, kelimeyle *margin of appreciation* “doktrini” anlatılmak istenmesine rağmen bunun, *power of appreciation* terimine karşılık gelen bir kullanım olmasıdır. İkinci olarak takdir yetkisi, takdir marjı doktrininin içinde, dolayısıyla ona göre daha dar anlam taşıyan bir unsurdur. Yetki konusu, takdiri kullanacak olacak makama ilişkin bir meseleyken; takdir marjı, bir doktrin olarak bu yetkinin nerede ve hangi sebeplerle kullanılabileceğine ilişkin, kendine özgü özellikler taşıma ve düzenli bir görüş oluşturma iddiasındaki ilkeler bütünüdür¹⁴.

Sonuç olarak söz konusu doktrini ifade etmeye uygun kelimeler, takdir yetkisi veya takdir hakkı değil, takdir payı, takdir marjı veya takdir alanıdır¹⁵. *Margin* kelimesini etimolojik olarak tam karşılan kelime *marj*

¹² Bu sorunlu kullanıma istisnai de olsa İngilizce literatürde de karşılaşılmaktadır. Örn. İHAM bakımından olmasa da idarenin “takdir hakkı” bağlamındaki kullanım için bkz. Marius Andreeescu, “Principle of Proportionality, Criterion of Legitimacy in the Public Law”, *Lex ET Scientia, Juridical Series*, Vol. 1, 2011, ss. 113-120.

¹³ Bu ayrıma pozitivist temelli bir eleştiri için bkz. Friedrich E. Schnapp, “Zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa/ Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I**, Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier/Peter Badura vd. (ed.); Heidelberg: C.F. Müller, 2006, s. 1239 vd. Söz konusu tartışma hakkında ayrıca bkz. Şirin, ss. 239 vd.

¹⁴ Bu yanıyla takdir marjı, bir ‘ilke’ olmaktan çok ‘doktrin’ olarak ifade edilmektedir. Bkz. Steven Greer, **The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 222.

¹⁵ Almanca öğretilerde takdir alanı (*einschätzungsspielraum*) kavramı kullanılmaktadır. Alfred W. B. Simpson, **Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention**, New York: Oxford University Press, 2004, s. 1003. Ancak Almanca öğretilerde birçok yazarın doktrinin anlamına karşılık olarak “karar verme alanı” (*Beurteilungsspielraum*) kavramını kullandığı da gözlemlenmektedir. Örn. bkz. Birgit Iris Fischborn, **Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK?**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s.160.; Christoph Grabenwarter, **Europäische Menschenrechtskonvention**, Helbing Lichtenhahn/Manz: C.H. Beck, 2009, s. 118.

olduğu ve bu kelime TDK tarafından da kabul edildiği için, bu çalışmada marj kelimesinin kullanılması tercih edilecektir¹⁶.

BÖLÜM I

I. İHAM İÇTİHA TLARINDA TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

Takdir marjı, bir doktrin olarak ifade edilmesine rağmen, bunun genel teorisi ortaya konabilmiş değildir¹⁷. Takdir marjı doktrini, öğretideki yaygın tanımıyla, Sözleşme'nin ulusal düzeyde ihlal edilmesi veya Sözleşmedeki hakların Sözleşme'de öngörülenden daha geniş bir şekilde sınırlandırılmasından önce Strazburg organlarının, ulusal yasama, yürütme, idare ve yargı organlarına bıraktığı bir değerlendirme sahası doktrini olarak ifade edilir¹⁸. Başka bir ifadeyle takdir marjı, Mahkeme'nin Sözleşmeyi yorumlarken başvurduğu ve taraf devletlere, Sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmeleri için tanıdığı belirli bir değerlendirme keyfiyeti doktrinini ifade eder¹⁹. Bu bakımdan söz konusu marj, bazı yazarlarca Sözleşme organlarının ulusal makamlara bıraktığı “nefes alma alanı”, “hareket alanı”, “manevra alanı” veya “Mahkeme'nin kendisini sınırlama alanı” olarak ifade edilmektedir²⁰.

Takdir marjı doktrini, tarihsel arka planını Fransa hukuku uygulamasında bulmaktadır. Doktrin, ilk kez Fransa Danıştay'ının (*Conseil D'Etat*) içtihatlarında, idarenin belli bir takdir marjı içinde değerlendirme yapma yetkisi sahibi olduğu yönünde bir tespitle tezahür etmiş-

¹⁶ Şüphesiz pay ve alan kelimeleri de tercih edilebilir.

¹⁷ John G. Merrills, **The Development of International Law by the European Court of Human Rights**, New York: Manchester University Press, 1993, s. 151.; Eva Brems, “*The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*”, **Heidelberg Journal of International Law**, Vol. 56, 1996, s. 241.s. 151. John Wadham/Helen Mountfield QC/ Elizabeth Prochaska/ Christopher Brown, **Balckstone's Guide to the Human Rights Act 1998**, New York: Oxford University Press, s. 35. Eyal Benvenisti, “*Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*”, **New York University Journal of International Law**, Vol. 31, 1999, s. 844.

¹⁸ Howard Charles Yourow, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s.13; Brems, a.g.m., s. 240.; Steven Greer, **The Margin of Appreciation Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000, s.5.; Jeffrey A. Brauch, “*The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*”, **Columbia Journal of European Law**, Vol. 11, 2005, s.115.

¹⁹ Brauch, a.g.m., s115.

²⁰ Yourow, a.g.m., s. 118 ve Brauch, a.g.m, s. 116 ve orada atf yapılan yazarlar.

tir²¹. Uzun yıllar 1789 Yurttaş Hakları Bildirgesindeki düzenlemelerin, sübjektif temel hak tanımaktan ziyade program hükümler öngörecek Şekilde kavrandığı ve yasanın genel iradenin bir yansıması olarak kabul edildiği Fransa’da, anayasal hak ve özgürlükler, idarenin yasaları anayasaya uygun olarak uygulayıp uygulamadığı yönündeki Danıştay denetimiyle korunmuŐtur²². Danıştay bu denetimini yaparken, yasanın genel hatlarını düzenlediği, ancak spesifik bakımdan idarenin değerlendirmesine bıraktığı alanlardaki faaliyetlerin anayasaya uygun olup olmadığını denetlemiŐtir²³.

Takdir marjı kavramına katkı sunan diğer bir pratik de Almanya uygulamasıdır. Zira konuyla ilgili en kapsamlı monografilerden birinin yazarı olan Y. Arai-Takahashi’ye göre, idarenin takdir yetkisine ilişkin ilgili en sofistike ve karmaŐık teorileri Almanya uygulamasında retilmiŐtir²⁴. Ancak A. Rupp-Swienty’nin haklı olarak kaydettiği üzere idare hukukundaki takdir marjı ile İHAM’ın kullandığı takdir marjı kavramları, belli kesiŐme alanları ortaklaŐsa da, birbirlerinden oldukça farklı nitelik taŐıtmaktadır²⁵. Benzer farklılık, yasama organının “yasamanın genelliği” ilkesi çerçevesindeki takdir yetkisi açısından da geçerlidir.

²¹ Fransa Danıştay, ilk kez takdir yetkisinden (*pouvoir discrtionnaire*) bahsetmiŐtir. Bkz. Ulrich Hoffmann-Rmy, **Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschrnkung nach den Art. 8-11 Abs. 2 der Europischen Gerichtshofs**, Berlin: Duncker & Humblot, 1976, s. 72. Klaus W. Weidmann, **Der Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf dem Weg zu einem Europäischen Verfassungsgerichtshof**, Frankfurt, 1985, s. 262.; Howard Charles Yourow, “*The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol. 3:111, 1987, s. 118. Ronald-St. John Macdonald, “*The Margin of Appreciation*”, **The European System for the Protection of Human Rights**, Ronald-St. John Macdonald/ Franz Matscher/ Herbert Petzold (ed.), The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, s. 1993, s. 82. Franz Matscher, “*Methods of Interpretation of the Convention*”, **The European System for the Protection of Human Rights**, s. 76. Yourow, a.g.e., s.14; Brems, a.g.m., s. 240-241.; Richard Clayton/Hugh Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Vol.1, New York: Oxford University Press, 2000, s. 273. Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2002, s. 3.; Wadham/Mountfield/Prochaska/Brown, s. 35.

²² Weidmann, a.g.e., s. 262.

²³ A.g.e.

²⁴ Arai-Takahashi, a.g.e., s. 3.

²⁵ Sebepler için bkz. Rupp-Swienty, s. 244.; Brems, s. 241.

A. Takdir Marjı Doktrinin Tarihsel Olarak İHAM İçtihatlarında Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Her ne kadar Sözleşme'nin 1'inci ve 19'uncu maddelerinin pozitif bir dayanak olarak kullanılabilmesi düşünülse de²⁶, takdir marjı doktrininin, İHAS ve ek protokollerinde²⁷ ya da Sözleşme'nin hazırlık belgelerinde (*travaux préparatoires*) herhangi bir açık dayanağı bulunmamaktadır²⁸. Öğretide bu doktrinin ilk kez 1949 yılında Avrupa Hareketi'nin teklifinde ortaya atıldığı²⁹ ve resmi olarak ise ilk defa 1956 yılındaki *Yunanistan v. Birleşik Krallık*³⁰ vakasında ortaya çıktığı ifade edilmektedir³¹. Bu vakanın konusu, Kıbrıs Türkleri ile Kıbrıs Rumları arasındaki yoğun çatışmaya Birleşik Krallık makamlarının müdahalesiyle ve bu bağlamda Sözleşme'nin 15'inci maddesiyle ilgilidir. Bilindiği gibi Sözleşme'nin 15'inci maddesine göre “*Her Sözleşmeci Taraf, savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek şartıyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.*”

Komisyon bu vakada ve sonrasında benzer bağlamlar taşıyan *Lawless v. İrlanda*³² ile dört üye devletin açtığı *Yunanistan’daki Albaylar Cuntası*³³ vakalarında takdir marjı doktrininin ‘istisna rejime’ daya-

²⁶ Ignacio de la Rasilla del Moral, “*The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*”, **German Law Journal**, Vol. 7, No.6, 2006, s. 614.

²⁷ Sözleşme'nin 1 no'lu ek Protokolü'nün 1'inci maddesinin 2'inci fıkrasındaki “...*gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez*” ifadesinin taraf devletler için takdir marjı yarattığını söyleyen yazarların bulunmaktadır. Örn. bkz. Heinz-Eberhardt Kitz, **Die Notstandsklausel des Art. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention**, Berlin: Duncker & Humblot, 1982, s. 21. Fakat bu sav, yeterli dayanaktan yoksundur.

²⁸ Yourow, s. 14; Greer, s. 222.

²⁹ Simpson, ss. 676-677. İlk kez resmi olarak kullanıma yönelik alt oturum için bkz. a.g.e., s. 1003 vd. Greer, s. 222.

³⁰ *Yunanistan v. Brileşik Krallık*, Yearbook, Vol. 2, s. 174 vd.

³¹ Cora S. Feingold, “*The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights*”, **Notre Dame Law Review**, Vol. 53, 1977-1978, s. 91.; Yourow, a.g.m., s. 112; Annette Rupp-Swienty, **Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte**, München: VVF, 1999, s. 28.; Clayton/ Tomlinson, a.g.e., s. 275.

³² *Lawless v. İrlanda*, 332/57, 01.07.1961. Bu çalışmada yapılan atıflar “<http://hudoc.echr.coe.int>” adresinde görülebilir. Artık bu sitede Türkçe kararlara da yer verilmektedir. Bunun dışında Prof. Dr. Osman Doğru'nun editörlüğünü yaptığı <http://ihami.anadolu.edu.tr> adresinden de yararlanılmıştır.

³³ Bu vakada 21 Nisan 1967'te 15'inci maddenin uygulanamayacağı tespit edilmiştir.

nan temellerini ortaya konmuştur. Bu vakalarda, Sözleşme'nin 15'inci maddesi anlamında, ulusun varlığını tehlikeye atan genel bir nedenin bulunup bulunmadığını ve alınan önlenmelerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olup olmadığını inceleyen Komisyon, açıkça ifade etmese de taraf devletlerin takdir marjını tartışmıştır³⁴.

Anılan kararları özetleyen iki önemli tespit bulunmaktadır. Bunlardan biri o dönemin Komisyon başkanı Sir Humphrey Waldock'un şu tespitidir:

“[Komisyon] Madde 15 kapsamında istisnai yetkilerin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun, bir devlet için, özellikle devletlerin kamu fikirleri etkisine karşı hassas olduğu bir demokraside, çok zor olan takdir ve zamanlama problemleri içerdiğini kabul etmektedir. Komisyon aynı zamanda devletin, durumu tekrar düzeltmek istiyorsa, temel hakların geçici olarak kısıtlanmasının içerdiği olumsuzlukları halk için olduğundan daha kötü sonuçlara ve belki de temel hak ve özgürlüklerin zarar görmesinden daha büyük zararlara karşı dengelemesi gerektiğini de kabul etmektedir. Altta yatan fikir [Madde 15 bağlamında takdir marjı] Madde 15'in daha çok, ele aldığı özel konu bağlamında okunması gerektiğidir. Bu, devletin, savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden başka bir olağanüstü durum zamanında, hukuku ve düzeni koruma sorumluluğudur. Takdir marjı kavramı, bir devletin bu sorumlulukları yerine getirmesinin, temelde bileşik faktörleri takdir etmesiyle ve kamu çıkarıyla ilgili çatışan konuların dengelenmesiyle ilgili hassas bir sorun olması ve Komisyon'un veya Mahkeme'nin devletin takdirinin en az madde 15 ile verilen yetkilerin sınırları içinde olduğu konusunda tatmin olmasından sonra, kamunun kendisinin, etkili yönetimdeki ve düzenin korunmasındaki çıkarının devletin uygulamasının yasallığı lehine bir kararı haklı çıkarması ve gerektirmesidir³⁵.”

Bu içtihatlardan özellikle *Lawless* kararındaki Komisyon üyesi Susterhehn'in karşı oy yazısı da, öğretilerde takdir marjı doktrininin gelişimi açısından oldukça özetleyici ve önemli kabul edilmektedir³⁶:

“Ulusun varlığına yönelik tehdidin olup olmadığı hususundaki değerlendirilmede, karar verme hakkı bona fides sınırları içinde sorumlu Hükümettedir. Bu kararın değerlendirmesinde Komisyon, kendisini sorumlu Hükümetin yerine ikame edemez ve bir tür yüksek hükümet görevi

³⁴ Örneğin Mahkeme *Lawless* kararında, İrlanda hükümetinin farklı faktörlerin kombinasyonundan hareketle, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir halin olduğu sonucuna ulaştığını kaydetmiştir. *Lawless v. İrlanda*, par. 28.

³⁵ Akt. Feingold, a.g.m., ss. 92-93; Yourow, a.g.e., s. 17, dipnot 17.; Brauch, a.g.m., ss. 117-118.

³⁶ Feingold a.g.m., s. 94.

üstlenemez. Komisyon bunun yerine, sorumlu hükümetin değerlendirme yaparken açıkça makul olmayan veya keyfi bir tutumla hareket edip etmediğini incelemelidir³⁷.”

İlk kez istisna rejime karar verme temelinde nüveleri ortaya atılan³⁸ takdir marjı doktrini, yine açıkça zikredilmese de 60'lı yılların sonundaki bazı kararlarda³⁹, başka Sözleşme maddeleri açısından da gündeme gelmiştir. Ancak takdir marjının açıkça ortaya konulduğu ilk vaka *De Wilde, Ooms ve Versyp v. Hollanda* davası olmuştur⁴⁰. Bu davada Mahkeme, “yetkili Belçika makamlarının mevcut davada, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin 2'inci fıkrasında taraf devletlere bırakılan takdir yetkisini aşmadığını, çünkü kişileri serserilik nedeniyle sınır dışı eden yetkilerin, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için sınırlandırma getirmenin gerekli olduğuna inanmaları için yeterli sebeplerinin olduğunu” ifade etmiştir⁴¹.

Bu içtihadattan sonra Mahkeme, doktrini 2000'li yıllara kadar sırasıyla 8 ve 11'inci maddeler, daha sonra bunların 14'üncü maddeyle beraber ele alınması, ve nihayet 5 ve 6'ıncı maddeler ile mülkiyet hakkı maddesine uyarlanması suretiyle⁴² yüzlerce farklı davada kullanmıştır⁴³. Bu davalarda kullanılan tespit şu şekildedir:

“Kamu otoriteleri, ülkelerindeki yaşamsal güçlerle yakın ve sürekli ilişki içinde olduklarından dolayı, amaçlarına ulaşmak için “cezanın” veya “sınırlamanın” gerekliliği” hakkında karar almak konusunda, prensip olarak uluslararası yargıçlardan çok daha iyi bir pozisyondadırlar⁴⁴.”

Mahkeme, 2008 yılında verdiği bir kararda ise doktrinin temel öğelerini özetlemiştir:

³⁷ Yearbook, Vol. 12, s. 108.

³⁸ Bu konudaki içtihatların değerlendirilmesine ilişkin bkz. Oren Gross/ Fionnuala Ni Aolain, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 23, 2001, ss. 625-649.

³⁹ Kararlar için bkz. Feingold, a.g.m., ss. 94 vd.

⁴⁰ Brems, a.g.e., s. 243.

⁴¹ *De Wilde, Ooms ve Versyp v. Hollanda*, 2832/66 2835/66 2899/66, 18.06.1971, par. 93.

⁴² Bu gelişim çizgisi için bkz. Rupp-Swienty, a.g.e., s. 39.

⁴³ Bu açıdan anılan doktrinin kullanımının, Strazburg organlarının yerleşik içtihadı olduğu söylenebilir. Benvenisti, a.g.m., s. 843. 1990'lı yılların sonuna gelindiğinde Strazburg organının bu kavramı 700'den fazla kararında kullandığı kaydedilmektedir. Greer, s. 223 ve atf yapılan raporlar.

⁴⁴ Wadham/Mountfield/Prochaska/Brown, s. 36 ve oradaki atıflar.

“Yetkili ulusal makamlara bir takdir marjı bırakılmak zorundadır... Takdir marjının kapsamı, Sözleşmedeki hakların niteliği, bireyler için önemi, müdahalenin niteliği, müdahale ile ulaşılmak istenen amaç da dâhil olmak üzere birçok faktöre dayanır ve çeşitlenir. Söz konusu hakkın, kişinin yakın ve kilit haklardan etkili biçimde yararlanması için çok önemli olması halinde marj daha dar bir eğilim gösterir... Kişinin varlığı veya kimliğinin özellikle önemli bir alanının tehlike altında olması durumunda, Devlete bırakılan marj, sınırlanacaktır... Buna karşılık, söz konusu menfaatin görece önemi hakkında veya bunun en iyi nasıl korunacağına ilişkin Avrupa Konseyine üye devletler arasında konsensüsün olmadığı durumlarda marj genişleyecektir⁴⁵.”

Görüldüğü gibi doktrinin temel öğeleri prensip olarak, ulusal makamların sorunlara karşı tedbir almak konusunda birincil rolü ve ortak Avrupa konsensüsüne dayanmaktadır. Ancak aşağıda üzerinde durulacağı gibi bu öğeler her zaman belirleyici olmayabilir. Zira “takdir marjının kapsamı, koşullara, görülen davaya ve davanın arka planına göre farklılaşmaktadır⁴⁶.” Bu yanıyla doktrinin çözümlenmesi için olay temelli bir değerlendirme kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu durum ise kavramın soyut bir şekilde analiz edilmesini oldukça zorlaştırmaktadır⁴⁷. Bu zorluğu dikkate alarak, takdir marjının İHAM içtihatlarındaki yerine ilişkin, bir makalenin sınırlarını zorlamak pahasına, ampirik verilerden hareketle tüketici olmayan bir panorama sunmak yerinde olacaktır⁴⁸. Bu filtrelenmiş paranoma, söz konusu doktrinin ne kadar kaotik olduğunu da ortaya koyacaktır.

1. Takdir Marjı Doktrinin Sözleşme Maddelerindeki Görünümü

Daha önce takdir marjı doktrinin açık bir pozitif dayanağının olmadığı ifade edilmişti. Dolayısıyla daha en baştan Mahkeme'nin -teknik

⁴⁵ A.g.e.

⁴⁶ *Rasmussen v. Danimarka*, 8777/79, 28.11.1984, par. 40.

⁴⁷ Macdonald, a.g.m., s. 85.

⁴⁸ Takdir marjı kavramının çözümlenmesine ilişkin dört önemli monografi bulunmaktadır. Yourow'un çalışması konuyu kronolojik olarak, Arai-Takahashi'nin çalışması ise madde bazlı olarak ele almaktadır. George Lestas, **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2007, s. 80. Bunların dışında Almanca literatürde Rupp-Swient'nin çalışmasında ise konu, bu ikisinin sentezini yaparak çözümlenmektedir. Son dönemdeki önemli çalışmalardan A. Legg'in çalışması ise uluslararası hukuk perspektifinden bir çözümlenmedir. Andrew Legg, **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**, New York: Oxford University Press, 2012.

nedenler bir tarafa bırakılırsa- bu doktrini Sözleşmedeki ve Protokollerindeki bütün temel hak ve özgürlük hükümleri için kullanamaması için bir neden olmadığı kaydedilmelidir⁴⁹. Yine peşinen kaydedilmelidir ki taraf devletlere takdir marjı tanınmış olması, devletlerin keyfi ve orantısız müdahalelerini denetimden muaf hale getirmez. Bununla beraber Mahkeme içtihatları tarandığında bu hükmün her hak için uygulanmadığı gözlemlenmektedir. Yourow'a göre bunun sebebi Sözleşme'deki haklar arasındaki hiyerarşidir. Yazar belli hakların diğerlerine göre daha mutlak olduğunu ifade etmekte ve buna göre çözümlenmelerini çekirdek haklar (md.2-4), usuli haklar (md.5-6) ve kişisel haklar (8-11) şeklinde yapmaktadır⁵⁰. Haklar arasındaki hiyerarşi görüşüne karşı mesafeli olmakla birlikte, bu tasniften yararlanarak ancak ona bazı eklemeler yaparak değerlendirme yapabiliriz. Fakat İHAM'ın da kendi içinde tutarlı bir uygulaması bulunmadığı için bu değerlendirmenin tüketici olmadığını bir kez daha hatırlatalım⁵¹. Öte yandan İHAS sisteminde Sözleşme hükümlerini iç hukuklarına birebir aktarma yükümlülüğü olmayan Taraf devletlerin Sözleşmesel yükümlülükleri yerine getirirken kullanacakları araçlar ve tedbirleri seçme konusunda takdir yetkisine sahip olduklarını da kaydedelim.

(a) Çekirdek Haklar (Yaşam Hakkı, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı)

Takdir marjı doktrinin çekirdek haklar kategorisi içinde kural olarak yeri yoktur⁵². Gerçi taraf devletlerin ötenazi veya intihara yardım, cenine yaşam hakkı tanınması konularında geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁵³. Ancak yaşamın başlangıcı ve sonlandırılması gibi istisnai haller ile özellikle sosyal sağlık politikaları⁵⁴ haricinde, yaşam hakkına ilişkin takdir marjı doktrini kullanım alanı bulmaz.

⁴⁹ Clayton/Tomlinson, a.g.e., s. 276.

⁵⁰ Yazar, hakların niteliğini güneş sistemi benzer bir şematikle tasvir etmektedir. Bkz. Yourow, a.g.e., s. 190.

⁵¹ S. Greer, net bir çözümlenme bir tarafa, tanım yapmanın dahi çok zor olduğunu ifade etmektedir. Greer, **The Margin of Appreciation...**, s. 5 ve 7.

⁵² A.g.e., 6. Çekirdek hak söylemi, bizim 1982 Anayasası'nın 15'inci maddesinden aşına olduğu bir terimdir. Bilindiği gibi bu maddenin ikinci fıkrasında sayılan belli haklara olağanüstü hallerde dahi dokunulamamaktadır.

⁵³ Yaşamın başlangıç anı her ülkenin geniş bir takdir marjından yararlandığı alanlardandır. *Evans v. the United Kingdom*, 6339/05, 10.04.2007, par. 54.

⁵⁴ Örn. bkz. başvuruçunun ağır hastalığının tedavisi için sadece %70 yardım alması ancak %30'luk devlet yardımından yoksunluğunun konu edildiği *Nitecki v. Polonya*, 65653/01, 21.03.2002.

Konu işkence yasağı olduğunda, taraf devletlere takdir yetkisi tanıdığı tek bir örnek dahi görülmemektedir⁵⁵. Doktrinin bu haklarda görünür olmamasının sebebi 2'inci maddede yer alan “mutlak gereklilik” kavramının⁵⁶ mevcudiyeti ve 3'üncü maddenin her hangi bir istisna öngörmemiş olmasıdır. 4'üncü madde açısından ise takdir marjı doktrini bir tarafa, maddede geçen kavramların özerk değerlendirmesine yönelik bile yeterli içtihat yoktur⁵⁷.

(b) Usuli Haklar (Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Etkili Başvuru Hakkı)

Takdir marjının, Sözleşme'nin 5'inci maddesinde düzenlenen “özgürlük ve güvenlik hakkı” bakımından karşılığı özellikle, maddenin özgürlük hakkının istisnalarının sayıldığı 1'inci fıkrası temelinde, spesifik durumda olan kişilere ilişkin gündeme gelmiştir⁵⁸. Örneğin İHAM'a göre (bunlarla sınırlı olmamak üzere) taraf devletlerin askerlere yönelik - gördükleri hizmetin doğası gereği- farklı bir disiplin hukuku ve mahkûmiyet sistemi getirilmesinde⁵⁹ ve bir kişinin akıl hastası olduğu gerekçeyle tutulmasının gerekliliği konularında takdir marjı taraf devletlerdedir⁶⁰.

Aynı fıkrasının (c) bendinde geçen “makul gerekçe” ve 4'üncü fıkradaki “kısa süre” ifadeleri ise, her ne kadar takdir marjı doktriniyle bağlantılı sayılabilir de, anılan kavramlar da bu bağlamda tartışılmamıştır⁶¹. Öte yandan maddenin 3'üncü fıkrasında geçen kişilerin yargıç önüne çıkartılması ve icabında salıverilmesinin niteleyeni olan “derhal”

⁵⁵ Brems, s. 264.; Rupp-Swienty, bunun 2 (mutlaka gereklilik) ve 3'üncü maddenin yazılış biçimindeki mutlaklıktan kaynaklandığını ifade etmektedir. Rupp-Swienty, s. 145.

⁵⁶ *McCann ve diğerleri Birleşik Krallık*, 18984/9, 04.12.1995, par. 148-149.

⁵⁷ Brems, a.g.m., s. 255. Ayrıca bkz. J. Callewaert, “*Is there a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?*”, **Human Rights Law Journal**, Vol. 19, 1998, s. 6-9 vd.

⁵⁸ Brems, a.g.m., s. 270. Ülkede ücretsiz sağlık hizmeti sunulmamasının kötü muamele olduğu iddiasının kabul edilmemesi, takdir marjı bakımından bir istisna sayılabilir. Bkz. *Pancenکو v. Litvanya*, 40772/98, 28.10.1999.

⁵⁹ *Engel ve diğerleri v. Hollanda*, 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, 08.06.1976, par. 59.

⁶⁰ Hasta kategorileri ve alkolik, uyuşturucu bağımlısı, serseri kavramlarının anlamı konusunda ise taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi vardır.

⁶¹ Rupp-Swienty, a.g.e., s. 52.

ifadesine ilişkin olarak ise taraf devletlerin takdir marjının bulunmadığı ifade edilmiştir⁶².

Maddenin 5'inci fıkrasındaki makul süre açısından ise bu süreye etki eden sanığın ve adli makamların davranışları, soruşturmalarının karmaşıklığı gibi nedenleri belirleme konusunda da taraf devletlerin takdir marjı geniştir. Benzer genişlik, belli bir orantılılık taşımak şartıyla madde bünyesindeki tazminat için de geçerlidir⁶³.

Sözleşme'de oldukça önem arz eden diğer bir usuli hak ise 6'ıncı maddedeki adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkı, taraf devletler aleyhine yapılan başvurularda en çok konu edilen ve bu bakımdan en zengin içtihatların bulunduğu haklardan biri olmasına rağmen, takdir marjı doktrini açısından oldukça sınırlı bir anlam taşımaktadır⁶⁴. Takdir marjı doktrininin adil yargılanma hakkı bakımından anlamı, özellikle taraf devletlerin 6/I ve III-b ve c fıkralarında öngörülen güvenceleri sağlayacak araçları seçmek konusunda geniş bir takdir yetkisinin olmasıdır⁶⁵. Ayrıca mahkemeye başvurma hakkı mutlak sayılmadığı için konuyla ilgili düzenlemede de taraf devletlerin takdir yetkisinin bulunduğu söylenebilir⁶⁶. Yargılamanın yürütülmesinde kabuledilebilirlik ve delil değerlendirmelerinde ulusal makamların hatırı sayılır bir takdir marjından yararlandığı da unutulmamalıdır.

Son olarak etkili başvuru hakkının düzenlendiği 13'üncü madde bakımından da etkili başvuru yollarının belirlenmesi konusunda taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁶⁷. Sözleşme'nin 7'inci maddesi açısından ise suçlara karşı verilecek cezaların ağırlığı konusunda taraf devletlerin geniş bir takdir marjı vardır⁶⁸.

⁶² Brogan, a.g.m., s. 58.

⁶³ David Harris/Michael O'Boyle/ Colin Warbrick/ Ed Bates, **Law of the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford Uni. Press, 2009, s. 197.

⁶⁴ Greer, The Margin of Appreciation..., s. 6.

⁶⁵ Mahkeme şüphesiz bu araçların etkililiğini denetler.

⁶⁶ Bunun Anayasa'nın 13'üncü maddesine denk düşen meşru amaç, hakkın özü, orantılılık gibi koşullara uyması gerekir *Ashingdane v. Birleşik Krallık*, 8225/78, 28.05.1985, par. 57.

⁶⁷ Koşulları için bkz. *Aksoy v. Türkiye*, 21984/93, 18.12.1993, par. 95.İ *Kudla v. Polonya*, 26.10.2000, 30210/96, par. 154.

⁶⁸ Cezaların orantılılığıyla ilgili sorunlar 7'inci madde değil, 2'nci veya 3'üncü madde bakımından incelenir.

(c) Kişisel Haklar

Takdir marjı doktrininin en çok ve açıkça uygulama alanı bulduğu haklar, 8-11'inci maddeler arasındaki haklardır⁶⁹. Bu maddelerdeki takdir marjı, ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı göstermek adına ileri sürülen gerekçelerin “uygun ve yeterli” olup olmadığına ya da başka bir deyişle, müdahalenin “acil bir toplumsal ihtiyaca” denk düşüp düşmediğine ve kullanılan araçların güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığına karar vermek bakımından önem taşımaktadır. Özellikle orantılılık ilkesi temelinde değerlendirmesini öne çıkaran Mahkeme, bu amaçlar doğrultusunda ulusal makamlara bir “takdir marjı” bırakmaktadır. Her dava için özgün değerlendirmeler yapılabilecek olsa da, genel olarak bu maddelerdeki sınırlama nedenlerinden bazılarında marjın daha geniş olduğu söylenebilir⁷⁰.

Sözleşme'nin 8'inci maddesi özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenlemiştir. Bu maddedeki “saygı” ifadesi tanımlanmış olmadığı için devletler, madde kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirirken kullanacakları araçları ve tedbirleri seçme konusunda takdir yetkisine sahiptirler. Bunun doğal bir sonucu olarak, Sözleşme organlarının taraf devletlere pozitif yükümlülük getirmeleri durumunda bu pozitif yükümlülüğün nasıl yerine getirileceğini belirlemek, geniş bir şekilde taraf devletlerin takdir marjı içinde kalmaktadır.

Takdir marjının anılan maddeler bağlamındaki en önemli uygulama alanı “genel ahlakın” korunması konusundadır⁷¹. Mahkeme'nin ilk dönem içtihatlarından olan, çocuklara yönelik bir kitabın müstehcenlik taşımasından dolayı toplatılması konusunun tartışıldığı *Handyside v. Birleşik Krallık* kararında “Avrupa’da **tek tip bir ahlak anlayışının olmadığı**” ve “**ahlak kavramının zamandan zamana ve mekândan mekâna farklılık gösterebileceğini**” kaydeden Mahkeme, genel ahlakın korunması için getirilecek cezalar, sınırlamalar ve alınacak tedbirlerin gerekliliği konusunda “**ulusal makamların uluslararası yargıçlara göre çok daha iyi bir pozisyonda olduğunu**” vurgulamıştır⁷². Bununla beraber aşağıda üzerinde durulacak olan ortak Avrupa konsensüsün olduğu noktalarda bu ahlak anlayışında farklılığa gidilmektedir. Örneğin

⁶⁹ Lestas, a.g.e., s. 85.; Greer, **The Margin of Appreciation...**, s. 9..

⁷⁰ Mesela ahlakın korunması için bırakılan marj, yargı organlarının korunmasına göre daha geniştir. *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, par. 59.

⁷¹ Lestas’a göre takdir marjı doktrininin ortaya çıkarıcı sebeplerden biri ulusal makamların sorunlara yakınlığıyken diğer önemli sebep Sözleşme'nin ve içtihatların bireysel özgürlükler ile kolektif amaçlar arasında kesin bir ahlak teorisi getirmemiş olmasıdır. Lestas, a.g.e., s. 84. Yapısal örnekler için bkz. a.g.e., ss. 92-98.

⁷² *Müller ve diğerleri v. İsviçre*, 10757/84, 24.05.1988, par. 35.

Strazburg organları, ahlaki bir mesele olarak görülse de homoseksüel ilişkileri cezalandıran yasaları takdir marjı içinde görmemişlerdir.

Sınırlama nedenleri arasında da fark bulunmaktadır. Örneğin ahla-
kın korunması için taraf devletlere tanınan takdir payı, yargısal otoritele-
rin korunması için geçerli olmayabilir⁷³. Konuyu uzatmamak adına
panoramayı sunarsak, Strazburg içtihatlarına bakıldığında taraf devletle-
rin, transseksüellerin hukuki durumlarının kabul edilmesi⁷⁴, soyadı hakkı
konusunda cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması⁷⁵ konularında takdir
marjının olmadığı görülmektedir. Bunun yanında özel yaşamın dâhili
öğeleri⁷⁶, konut dokunulmazlığı⁷⁷, kişisel verilerin korunması⁷⁸, avukat
ve müvekkili arasındaki yazışmaların mahremiyeti⁷⁹ ve eşcinsellerin
evlat edinmeleriyle⁸⁰ ilgili konularda da ulusal makamların takdir marjı-
nın oldukça dar sayıldığı gözlemlenmektedir. Takdir marjının sınırlarını,
hakkın niteliğini dikkate alarak farklılaştıran Strazburg organlarına göre,
kişinin varlığına ve kimliğine yönelik haklar söz konusu olduğunda tak-
dir marjı olabildiğine daralmaktadır. Mesela cinsellik, özel yaşamın en
dâhili unsurlarından biridir ve bu tarz öğelere yönelik müdahalelerde
özellikle ciddi gerekçelerin bulunması gerekir⁸¹. Böyle hallerde müda-
hale için çok önemli haklı gerekçelerin mevcut olması gerekmektedir.

Sado-mazoşist ilişkiler de dâhil olmak üzere mağdurun rızasının
bulunduğu hallerde fiziksel cezanın belirlenmesi⁸², terörle mücadele
kapsamında gizli denetlemeye dair sistemin ve şartlarının belirlenmesi⁸³,
transseksüellerin doğum belgelerindeki biyolojik cinsiyetlerine ilişkin
bilginin yeni cinsiyetlerine göre düzeltilmesi⁸⁴, kürtaja ne zamana kadar
izin verileceği⁸⁵, isim ve soyisim değişiklikleri⁸⁶, zorunlu cezaevi kıya-

⁷³ *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, par. 59

⁷⁴ *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık*, 28957/95, 11.07.2002, par.90-91.

⁷⁵ *Ünal Tekeli v. Türkiye*, 29865/96, 16.11.2013, par. 58.

⁷⁶ *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, a.g.k., par. 52.

⁷⁷ *Gillow v. Birleşik Krallık*, 9063/80, 24.11.1986 par. 76.

⁷⁸ *Z. v. Finlandiya*, 22009/93, 25.02.1997, par. 99.

⁷⁹ *Campbell v. Birleşik Krallık*, 13590/88, 25.03.1992, par. 53.

⁸⁰ *Fretté v. France*, 36515/97, 26.02.2002, par. 42 vd.

⁸¹ *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, par. 59-60.

⁸² *Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık*, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 20.01.1997.

⁸³ *Klass ve diğerleri v. Almanya*, 5029/71, 06.09.1978, par. 49.

⁸⁴ *Rees v. Birleşik Krallık*, 9532/81, 17.10.1986, par. 33

⁸⁵ *R. H. v. Norveç*, 17004/90), 19.05.1992.

⁸⁶ *Salonen v. Finland*, 27868/95, 02.07.1997.

feti uygulamaları⁸⁷, köy halkının tehcirinin zorunlu olduğu hallerde tehcirin usulü⁸⁸, çocukların bakımı ve korunmasına ilişkin usuller⁸⁹, enest ilişkinin cezalandırılması⁹⁰ ve hapisane kurallarının belirlenmesi konularında ise taraf devletlerin takdir marjlarının geniş olduğu görülmektedir⁹¹.

Kişisel haklar kategorisindeki bir diğer hak olan “düşünce, din ve vicdan özgürlüğü” bünyesinde yer alan inanç özgürlüğü sınırsız olarak düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak taraf devletlerin konuyla ilgili (zımnı sınırlamalar hariç) takdir marjı bulunmadığı söylenebilir. Fakat din ve inancı ‘açıklama’ özgürlüğünün bir takım sınırları bulunmaktadır. Dolayısıyla bu noktada, takdir marjı doktrini devreye girmektedir. İHAM’ın bu konuya ilişkin ilkesel eğilimi, Avrupa’da dinin anlamına yönelik tek tip bir yaklaşım olmadığı yönündedir⁹². Bu ilkesel eğilimin yanında Strazburg içtihatlarına bakıldığında taraf devletlere, “inanana, iradeleri dışında baskı yapan”, ve “cinsiyet eşitliğine aykırı” dini pratikler, “genel olarak dinsel kurallara dayalı çocuk evlilikleri⁹³ ve dini nedenlerle askerlik hizmetinden muafiyet (vicdani ret)⁹⁴ konusunda takdir marjı tanınmadığı görülmektedir. Yine taraf devletlerin takdir marjının “kişisel özerklik alanı dâhilinde dini vecibelerin yerine getirilmesine müdahale” ve “ibadet yerlerine izin verilmesi⁹⁵” konularında oldukça dar olduğu gözlemlenmektedir.

Taraf devletler, genel olarak laiklik ilkesinin korunmasına yönelik alınacak önlemler konusunda geniş bir takdir marjından yararlanmakta-

⁸⁷ Thomas McFeeley ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 8317/78, 15.05.1980.

⁸⁸ Noack ve diğerleri v. Almanya, 46346/99, 25.05.2000.

⁸⁹ *Marckx v. Belgium*, 6833/74, 13.06..1979, par. 36

⁹⁰ *Stubing v. Almanya*, 43547/08, 12.04.2012, par. 60.

⁹¹ Suni döllenme belirsiz olmakla birlikte G. Arslan, bu konularda ortak Avrupa Konsensüsünün bulunmuyor olmasının geniş bir takdir marjı sonucu doğuracağı kanaatinde. Arslan-Öncü, a.g.e., 68 ve 382 vd.

⁹² *Otto Preminger Institut v. Avusturya*, 11/1993/406/485, 20.09.1994, par. 50. Konuyla ilgili olarak bkz.

Hülya Dinçer, “*Bir Suç Olarak dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve Dini Hislere Tanınan Koruma*”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yay, C.2, 2011, ss. 1101-1127.

⁹³ *Khan v. Birleşik Krallık*, 11579/85 07.07.1986.

⁹⁴ *Bayatyan v. Ermenistan*, 23459/03, 07.07.2011, par. 121-123. Ayrıca bkz. Serkan Köybaşı, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Bayatyan Ermenistan’a Karşı Kararı ve Kararın Türkiye’deki Vicdani Ret Hakkına Etkisi”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, S. 103-104, 2013.

⁹⁵ *Manoussakis ve diğerleri v. Yunanistan*, 26.09.1996, par. 44.

dırlar⁹⁶. Bunun dışında belli bir grubu dini cemaat olarak tanıyıp tanımamak konusunda⁹⁷, dinlerin reklamlarının ve finansmanının sınırlandırılması⁹⁸, dini kurumların finanse edilme biçimi⁹⁹, “dinsel topluluklarla ilişki kurma biçimi¹⁰⁰”, “öğrencilerin İslami başörtüsü takması¹⁰¹”, “dini semboller ile işyeri sağlığı arasındaki dengenin kurulması” ve “kişinin işyerinde, dinini sembollerle açığa vurması ile işverenin menfaatlerinin dengelenme biçimi¹⁰²”, “uygunsuz nitelikteki mühtediliğin (proselitizm) yaptırma tabi tutulması¹⁰³” ve “devletin, resmi bir din kurumu kurması” konularında ulusal makamların geniş bir takdir marjı bulunmaktadır¹⁰⁴.

Sözleşme'nin, 10'uncu maddesi, ifade özgürlüğünü düzenlemektedir. Strazburg, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde, her halükarda söylemin amacı, ifadenin içeriği, ifadenin bağlamını dikkate alır. Bir ifade, Sözleşme'nin 17'inci maddesi anlamında kötüye kullanım, özellikle de ırkçı propaganda veya açıkça sabit olan tarihsel olguları çarpıtma amacı taşıyorsa (ki bunlar nefret söylemi olarak görülmektedir) ifade özgürlüğü kapsamının dışında sayılırlar¹⁰⁵.

Ifadenin içeriğine ve ifade edildiği bağlama göre de takdir marjı farklılaşmaktadır. Mesela konu, ahlaki veya dini alanda kişisel mahrem inançları rencide edebilecek hususlardaki ifade özgürlüğüyle ilgiliyse, ulusal makamların daha geniş bir takdir payına sahip oldukları kabul edilmektedir. Zira konuyla ilgili Avrupa'da ortak bir çerçeve yoktur. Bu bakımdan dine karşı hakaretin suç sayılıp sayılmaması konusunda –tartışmalı da olsa- taraf devletlerin takdir marjı geniştir.

Özne olarak “politikacılar¹⁰⁶” veya “basın¹⁰⁷” tarafından kullanılan, mekânsal olarak ise “terörle mücadele edilen alanlarda¹⁰⁸” kullanılan ifadelerle yönelik takdir marjı dardır. Buna karşılık kamu görevlilerinin ifadelerine yönelik takdir marjı ise geniştir.

⁹⁶ *Kalaç v. Türkiye*, 61/1996/680/870, 23.06.1997, par. 28

⁹⁷ *Kimlya ve diğerleri v. Rusya*, 76836/01 32782/03, 01.10.2009, par. 79.

⁹⁸ *Murphy v. İrlanda*, 4179/98, 03.12.2003, par. 81.

⁹⁹ *Alujer Fernandez ve Caballero Garcia v. İspanya*, 53072/99, 14.06.2001,

¹⁰⁰ *Cha'are Shalom ve Tsedek v. Fransa*, 27417/95, 27.06.2000, par. 84

¹⁰¹ *Leyla Şahin v. Türkiye*, 44774/98, 10.11.2005, par. 110.

¹⁰² *Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 15.01.2013, par. 73-88, 94-99.

¹⁰³ *Kokkinakis v. Yunanistan*, 14307/88, 25.05.1993 par. 47.

¹⁰⁴ Bu çıkarım ve tartışmalar için bkz. Özenç, a.g.e., ss. 128 vd.

¹⁰⁵ Örn. Bkz. *Norwood v. Birleşik Krallık*, 23131/03 16.11.2004.

¹⁰⁶ Örn. bkz. *Erbakan v. Türkiye*, 59405/00, 06.07.2006, par. 55 ve 64.

¹⁰⁷ *Jersild v. Danimarka*, 15890/89, 23.09.1994, par. 31.

¹⁰⁸ *Süreç v. Türkiye*, 26682/95, 08.07.1999, para. 63.

Öte yandan ifadenin yöneldiği özne de takdir marjının kapsamını farklılaştırmaktadır. İfade özgürlüğü hakkındaki taraf devletlerin takdir marjı, politikacılara karşı geniş¹⁰⁹, kamu görevlilerine karşı görece daha dar¹¹⁰, olağan gerçek kişilere karşı ise çok daha dardır. Yargı organlarına yönelik ifadelerde ise ikili bir ayırım yapılmaktadır. İfadenin kamuoyunda süregelen bir tartışmaya katkı sunması durumunda takdir marjı darken¹¹¹ kişisel, yıkıcı veya yersiz nitelik taşınması durumunda daha geniştir¹¹².

Niteliğe ilişkin bir ayırım da, söylemin siyasal ve ticari olmasına göre farklılaşmaktadır. Siyasal ifadelerde takdir marjı daha darken, satsal¹¹³ ve ticari ifadelerde (commercial speech) marj genişlemektedir¹¹⁴. Ayrıca kategorik olarak ahlakın korunması amacı bakımından, prensip itibariyle geniş bir takdir marjının bulunduğu söylenebilir.

11'inci maddeye gelince, bu maddede kapsamındaki haklardan biri toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüdür. Bu özgürlük kapsamında, tıpkı diğerlerinde olduğu gibi ulusal makamların kamu düzenini vb. meşru amaçları sağlamak için belli bir takdir marjından yararlanması söz konusu olmaktadır. Prensip itibariyle hakkın kullanımın izin veya bildirim şartına bağlanması konularında da taraf devletlerin takdir marjları bulunmaktadır¹¹⁵. Yine diğer haklarda olduğu gibi pozitif yükümlülüklerin gündeme geldiği konularda, bunların gerekliliğine ilişkin takdir marjı genişlemektedir. Muhtemel tacizlerin gerçekleştirilebileceği düşüncesiyle önlem alınmasının gerekebileceği veya kısa zamanda güvenlik önlemlerine başvurulmasının icabettiği diğer durumlarda, müdahaleye karar verilmesinde devletlere geniş bir takdir marjı bırakılmıştır¹¹⁶. Fakat bu genişlik (özellikle aynı anda paralel gösteri yapılacağı hallerde) “gösteri yürüyüşünü yasaklamak” derecesine nadiren ulaşır¹¹⁷. Toplantılara yöne-

¹⁰⁹ *Lingens v. Avusturya*, 9815/82, 08.07.1986, para. 42.

¹¹⁰ *Pedersen ve Baadsgaard v. Danimarka*, 49017/99, 17.12.2004, para. 80.

¹¹¹ *Erbakan v. Türkiye*, a.g.k., par. 55.

¹¹² *Pedersen ve Baadsgaard v. Danimarka*, 49017/99, 17.12.2004, par. 76.

¹¹³ *Karataş v. Türkiye*, 23168/94, 08.07.1999, par. 49

¹¹⁴ G. Dinç, İHAM'ın ticari söylemlerdeki değerlendirmelerinin Avrupa kapitalizminin uzun süreli beklentileri doğrultusunda yaptığını ileri sürmektedir. Bkz. Güney Dinç, **Sorularla İnsan Hakları Sözleşmesi**, Ankara: TBB Yay., 2005, s. 501.

¹¹⁵ *Andersson v. İsveç*, 12781/87, 13.12.1998

¹¹⁶ *Plattform Ärzte für das Leben v. Avusturya*, 10126/82, 21.06.1988, par.34-39.

¹¹⁷ *Alaxeyev v. Rusya*, 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, 21.10.2010, par. 84-85. 90'lı yıllardan önceki içtihatlarda yasaklama eğilimine tanınan marj daha geniştir. Örn. bkz. *Rassemblement Jurassien v. İsviçre*, 8191/78, 10.10.1979. *Christians against Racism and Fascism v. Birleşik Krallık*, 8440/78, 19.07.1980.

lik müdahalelerde fikirlerin çoğunluğa ters gelmesi ve kargaşa çıkartma ihtimaline dayalı takdir marjı oldukça dardır¹¹⁸. Ne var ki özellikle kasıtlı olarak belli faaliyetlerin aksamasına yönelik hak kullanımlarına müdahalede takdir marjı oldukça genişlemektedir¹¹⁹. Bir müdahalenin gerekliliği konusunda taraf devletler belli bir takdir marjından yararlanırsalar da, menfaatler arası adil bir denge kurmak durumundadırlar¹²⁰.

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde resmi makamların esas yükümlülüğü durumun gerektirdiği pratik koruma tedbirleri almaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil bir yöntem yükümlülüğüdür ve Mahkeme sadece “makul ve uygun tedbirleri” talep etmektedir.

11’inci maddenin diğer bir ögesi de örgütlenme özgürlüğüdür. Bu özgürlük açısından özellikle siyasi partilerin kapatılması çok önemli durumlarda söz konusu olabileceği için, takdir marjı dardır. Laiklik ilkesiyle bağlantılandırılacak hallerde marj genişlemektedir¹²¹. Yine “toplu görüşmelere katılacak sendika sayısında kısıtlamalar¹²², veya “kapalı işyeri (sendika) sözleşmesini hukuken tanımak¹²³” konularında ise takdir marjı genişlemektedir.

Evlenme hakkının düzenlendiği 12’inci madde açısından cinsiyet değişikliği geçiren kişinin karşı cinsle evlenmesi¹²⁴, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocukların evlenmesi¹²⁵ konusunda taraf devletlerin takdir marjı yoktur. Fakat cinsiyet değişikliği ameliyatı sonrasında yeni kimlik edinilmesi için mevcut evliliğin sonlandırılması¹²⁶, eşcinsel evlilikleri tanımak¹²⁷, evlenme usullerini belirlemek konularında taraf devletlerin geniş bir takdir marjı bulunmaktadır¹²⁸.

¹¹⁸ *United Macedonian Organization Ilinden ve Ivanov v Bulgaristan*, 44079/98, 20.11.2005, par. 115.

¹¹⁹ *Drieman ve diğerleri v. Norveç*, 33678/96.

¹²⁰ *Öllinger v. Avusturya*, 76900/01, 29.06.2006, par. 50.

¹²¹ *Refah Partisi ve diğerleri v. Türkiye*, 1340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13.02.2003, par. 100.

¹²² *İsveç Makinistler Sendikası v. İsveç*, 5614/72, 06.02.1976, par. 39

¹²³ *Sorensen ve Rasmussen v. Danimarka*, 52562/99, 52620/99, 11.01.2006, par. 58. Bu, Avrupa Sosyal şartına aykırıdır. Legg, a.g.e., s. 121.

¹²⁴ *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık*, a.g.k.

¹²⁵ *Khan v. Birleşik Krallık*, a.g.k.

¹²⁶ *Parry v. Birleşik Krallık*, 42971/05, 28.11.2006, par. 49.

¹²⁷ *Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 30141/04, 24.06.2010, par. 61-63.

¹²⁸ *Arai-Takahashi*, a.g.e.

Serbest seçim hakkı açısından taraf devletlerin bu hakkın pozitif ve negatif kullanım biçimlerini (yani seçim sistemini) belirlemek konusunda takdir marjları geniştir¹²⁹.

Tüm bu hakların yanında mülkiyet hakkının ise taraf devletlere bırakılan takdir marjının genişliği konusunda en önde gelen haklardan olduğu görülmektedir. Öyle ki maddede geçen kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının sınırlandırmasına yönelik özel bir sebeptir. Bu gibi davalarda neyin kamu yararı olduğu sorusu yanıt beklemektedir. İHAM içtihatlarına bakıldığında Sözleşme organlarının, mülkiyete yönelik müdahale için neyin kamu yararına olduğunu tespit edilmesi konusunda ulusal makamlara oldukça geniş bir takdir yetkisi tanıdığı görülmektedir. Öyle ki İHAM'ın şimdiye kadar hiçbir kararında taraf devletlerin kamu yararı tespitini Sözleşmeye aykırı görmemesini gözlemleyen H.B. Gemalmaz, taraf devletlerin kamu yararını belirlemede mutlak yetkili olduğunu dahi ileri sürmektedir¹³⁰. Ulusal makamların ulusal düzeyde olmasa da sosyal siyasalar, çevre korunması ve şehir planlaması, toplumun ahlakının korunması ve suçla mücadele, vergi, benzer katkılar ve kamu görevi niteliğindeki zorunlu çalışmalar, diplomatik nezaket, kamu güvenliği ile ulusal savunma, ticari ve ekonomik hayatın korunması başlıklarıyla kategorize edilebilecek meşru amaçların belirlenmesinde de geniş bir takdir marjından yararlandıkları görülmektedir¹³¹.

Bu örneklerden hareketle bir sonuca ulaşmak çok kolay değildir. Birçok yazarın ifade ettiği üzere bu doktrinin içeriğini ve takdir marjının nerede geniş, nerede dar olduğunu tespit etmek kolay değildir. Ancak genel bir sonuca ulaşılmak istendiğirse marjın;

(1) söz konusu hakkın niteliği,

(2) kişi için önemi,

(3) ilgili faaliyetlerin niteliğine göre değişkenlik gösterdiğini söylemek gerekir¹³². Bu bakımdan önem arttıkça, marj daralmaktadır¹³³. Buna karşılık şu konularda ise takdir marjı genişlemektedir:

¹²⁹ Denetim kriterleri için *Mathieu-Mohin Clerfayt v. Belçika*, 9267/81, 16.09.1996, par. 52 vd.

¹³⁰ H. Burak Gemalmaz, a.g.e., s. 481. Bu ampirik bir çıkarım olmakla beraber, Mahkeme'nin her halükarda keyfi bir kamu yararı gerekçesini denetleyeceği açıktır. Zira Mahkeme "neyin kamu yararına olduğu yönündeki kararlara, bunlar açıkça makul bir temeli olan bir karar olmadıkça, saygı gösterecektir." *James ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 8793/79, 21.02.1986, par. 46.

¹³¹ Kategorileştirme ve içtihatlar için bkz. Burak Gemalmaz, a.g.e., ss. 481-519.

¹³² Mulcahy, a.g.e, s. 85.

¹³³ Brems, a.g.m, s. 264.

- (1) mülkiyet hakkına yönelik, sosyal veya ekonomik siyasanın gereği olan
- (2) genel ahlakla ilgili olan,
- (3) özel yaşamın yakın tezahürleriyle ilgili olan,
- (4) ulusal güvenliğin ve suçun önlenmesiyle ilgili olan,
- (5) ortak Avrupa Konsensüsünün olmadığı
- (6) Mahkeme'nin taraf devletler pozitif yükümlülük getirdiği
- (7) egemenlik yetkilerinin söz konusu olduğu müdahaleleridir¹³⁴.

B. İHAM'ın Takdir Marjı Doktrininin Ortaya Çıkış Nedenleri

İHAM'ın takdir marjı doktrininin ortaya çıkışının nedenleri altı başlıkta toplanabilir.

1. Taraf Devletlerin Egemenlik Yetkisine Saygı Göstermek

Bilindiği gibi İHAS uluslararası bir sözleşmedir. Uluslararası hukuk, geleneksel olarak devletlerarasındaki ilişkileri düzenler. Dolayısıyla geleneksel uluslararası hukuka göre kişilerin değil, devletlerin yetki ve ödevlerinden bahsedilebilir. Kişiler, devletlerin tasarruflarına tabidir ve bunlara uymak durumundadır. Öyle ki eski uluslararası hukuk kaynakları takip edildiğinde, uluslararası hukukun tek öznesi “devletler” olarak düzenlenmişken, bireylerden bu hukukun nesnesi olarak söz edildiği görülecektir. Devletin sınırları içindeki kişilerin davranışları, uluslararası hak ve ödevlerin konusu olmaktan çok, belli bir toprak parçası üzerindeki tasarruflar konusunda üstün ve sürekli bir güç kullanma tekeli olarak ifade edilen egemenlik kavramı altında incelenir¹³⁵. Ancak 2'inci Dünya Savaşında yaşanan kıyım, bu kavramlarda farklılaşma yaratmıştır. Tüm hukuk dallarında olduğu gibi uluslararası hukukta da insan onurunu temel alan bir paradigma değişikliği oluşmuş ve bireyler de başta insan onuru temelinde uluslararası hukukun öznesi haline gelmişlerdir¹³⁶. Bu süreç, bireylerin devletlere karşı insan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla uluslararası organlara başvuru yapabilmeleriyle gerçekleşmiştir. Söz konusu usulün en etkili gerçekleştiği sistem ise İHAS sistemidir. Bu gelişim süreciyle beraber İnsan Hakları Komisyonu/Mahkemesi, tüm

¹³⁴ Mulcahy, a.g.e, s. 86.

¹³⁵ Rupp-Swienty, a.g.e., s. 201 ve orada atıf yapılanlar.

¹³⁶ Kay Hailbronner, “*Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte*”, **Völkerrecht**, Wolfgang Graf Virzthum, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2010, ss. 158-163.

egemen devletlerin üzerinde adeta bir anayasa mahkemesi haline gelmiştir¹³⁷.

“İnsan hakları çağı” olarak ifade edilen bu yeni dönemde insan haklarının evrenselliği, en azından Avrupa’da bölgesel düzeyde, taraf devletlerin egemenlik yetkilerinin klasik anlamındaki mutlak niteliğini çevrelemiş ve daraltmıştır¹³⁸. Yani günümüzde bir devlet, egemenlik alanı içinde tam bağımsız şekilde istediği her şeyi, dilediği şekilde yapamaz hale gelmiştir¹³⁹. Buna karşın bu süreç, egemenlik yetkisinin tamamen ortadan kalkması veya topyekûn devri anlamına da gelmemektedir. Unutulmamalıdır ki konuyla ilgili önemli metinlerden sayılabilecek olan BM Antlaşmasının 2’nci ve 56’ıncı maddelerinde devletlerin dostça ilişkiler çerçevesinde devletlerin “egemen eşitliğini” ve “işbirliği yükümlülüğünü” ortaya koymakta ve her halükarda devletlerarası hukukun sükûnetinin, devletlerin kendi iç işlerine karışmamasını teminat altına almaktadır. Bu yanıyla ulusal politikaların uluslararasılaşması ve devletlerin egemenlik alanlarını ulus-ötesi güçlere açma süreci devam ediyor olsa da, devletlerin münhasıran yetkili oldukları konularda, onları diğer devletlerin müdahalesinden koruyan özel etki alanı “*domaine reserve*” uygulaması varlığını korumaktadır¹⁴⁰.

İşte öğretilerde yaygın olarak kabul edildiği üzere takdir marjı doktrini, klasik egemenlik ilkesinin, kendisinin egemen devletlerdeki “*bir tür 4’üncü yargı organı olmadığını*” ısrarla ifade eden Strazburg organları içtihatlarındaki sızma alanlarından birisidir¹⁴¹.

2. Demokrasi İlkesi Gereği Kendini Sınırlamak (*International Self-Restraint*)

Avrupa sistemi içinde egemenlik fikrinin tezahürü, bunun ulusa/halka dayanmasıdır. Ulusa/halka dayanan egemenlik ilkesi ise demokrasi ilkesiyle anlamını bulur. İHAS’ın başlangıç kısmında da ifade edildiği üzere “*dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan temel*

¹³⁷ Strazburg organlarının anayasa mahkemeleşmesi hakkında bkz. Regine Gerards, **Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung**, Frankfurt am Main vd: Peter Lang, 2007.

¹³⁸ Füsün Arsava, “Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, 2011, ss. 103-104.

¹³⁹ Uluslararası insan hakları hukuku yanında, insancıl müdahale ve küreselleşme de önemli diğer faktörlerdir. Bkz. İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul: Legal Yay., 2013, ss.94-97.

¹⁴⁰ Harris/O’ Boyle/ Warbrick/Bates, a.g.e., s.1.; Arsava, a.g.m., s. 103.

¹⁴¹ Arai-Takahashi, a.g.e., ss. 236-240.

özgürlükler... en iyi... etkili bir siyasal demokrasiyle korunabilir.” Demokrasi, İHAM içtihatlarında çoğulcu demokratik toplum düzeni ilkesiyle kavransa da başlangıç kısmındaki vurgu ulus/halk/duruma göre parlamenter egemenlik ilkesine gönderme yapmaktadır¹⁴².

İnsan hakları hukukunda bu bağlamda süregelen tartışmalarından biri de halkın seçtiği ve siyasal sorumluluk sahibi olan kişilerin tasarruflarının, (artık karikatürize hale gelmiş olmakla birlikte) bir grup yargıç tarafından denetlenmesi ve iptal edilmesinin anti-demokratik niteliğine ilişkindir. Söz konusu tartışmaya temel olan tez, doğrudan halk tarafından seçilmeyen yargıçların, doğrudan meşruluğa sahip olan parlamentolar karşısında kendisini sınırlandırmak zorunda olmasına dayanmaktadır. Bugün bu tartışma, makul bir aşamaya taşınmış olsa da, özellikle anayasa yargısı ve meşruiyet gerilimi temelinde süregelmektedir¹⁴³. Özellikle ABD’de yargı organlarının insan hakları temelinde anayasallık denetimi, demokrasi ilkesinin korunması adına, kabaca yüksek siyasal sorunlarda karar merciinin siyasiler olması gerektiğine dayanan “politik sorun doktrini” (*political question doctrine*) ile çözülmeye çalışılmıştır¹⁴⁴. Bu doktrinin temelinde, klasik erkler ayrılığı ilkesi ve belli bir moral haklarla ilgili olmayan konularda karar merciinin yasama organı olması gerektiği yatmaktadır¹⁴⁵. İHAM denetimin de bir tür düşey erkler ayrılığına tabi olduğunu savunan görüş¹⁴⁶ de dikkate alındığında bu sav, hatırı sayılır bir anlam taşımaktadır.

3. Sözleşme Sisteminin Devamını Sağlamak

Takdir marjı doktrininin ortaya çıkışı nedenlerinden birinin de Sözleşme sistemine dâhil olan devletlerin bağımsızlıklarının kaydedilmesi ve bu sistemden ayrılma istencine karşı bir tür supap işlevi görmesi olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁷. Anılan görüşe göre sistem, bu doktrin sayesinde kendi varlığını korumakta ve taraf devletlerin bireysel başvuru

¹⁴² Rupp-Swienty, a.g.e., s. 214.

¹⁴³ Konuyla ilgili tartışmalar daha çok ABD merkezlidir. Kıta Avrupasında ise özellikle H.Kelsen ve C. Schmitt arasındaki anayasanın bekçisinin kim olması gerektiğine ilişkin polemik tartışılmıştır. Güncel bir çalışma için bkz. Ece Göztepe, “Anayasa Yargısının Meşruluğu”, **Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler**, Ece Göztepe/Aykut Çelebi (der.) İstanbul: Metis Yayınları, 2012, ss. 387-418.

¹⁴⁴ Türkçe literatürde bkz. Fatih Öztürk, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anyasal Yargı Denetimi Gerekli mi?, İstanbul: Beta, 2012.

¹⁴⁵ Özellikle bkz. *Baker v. Carr* (169 U.S.186 (1962) <http://tinyurl.com/Intbmf7>

¹⁴⁶ Anne Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München: C.H.Beck, 2003, s.220.

¹⁴⁷ Rupp-Swienty, s. 207 vd.

usulünü kabul etmesini, Sözleşme sisteminde kalmasını veya yeni devletlerin Sözleşme'ye taraf olmasını sağlamaktadır¹⁴⁸.

Bugün Avrupa Konseyi'ne ve doğal olarak Sözleşme sistemine üye olmanın getirdiği siyasal prestij ve iktisadi gereklilikler dikkate alındığında, taraf devletlerin Sözleşme sisteminden çıkmayı göze almasının kolay olmayacağı düşünülebilir. Ne var ki Yunanistan'da albaylar cuntası döneminde Yunanistan hükümetinin olağanüstü hal ilanına rağmen, Komisyon'un ortada 15'inci madde şartlarının bulunmadığı tespiti karşısında Sözleşme sisteminden çekildiği göz ardı edilemez¹⁴⁹. Benzer biçimde Türkiye'nin de zaman zaman Sözleşme organlarının "iç meselelere" çok fazla karıştığından yakındığını biliyoruz¹⁵⁰. Ayrıca, Türkiye ve Yunanistan gibi devletler bir tarafa, Konsey içinde daha etkin görünen ülkelerin de benzer tehditlerinin mevcudiyeti yadsınamaz¹⁵¹. Örneğin yakın zaman önce Birleşik Krallık hükümetinin, İHAM'ın kendi aleyhine verdiği bir karar üzerine, bu karardan çok kısa süre sonra yapılacak olan ve Mahkeme'nin geleceğinin tartışıldığı Brighton konferansında Mahkeme'nin yetkilerinin sınırlandırılması yönündeki söylemleri/tehditleri de özellikle kaydedilmelidir¹⁵². Bu yanıyla takdir marjı doktrininin yatıştırıcı bir işlev görmek üzere üretildiği savının dikkate değer bir karşılığı vardır.

4. Sözleşme Hükümlerinin Gelişimini Sağlamak

Takdir marjı doktrini üzerine en önemli makalelerden birini yazmış olan eski İHAM yargıcı Macdonald'a göre takdir marjı doktrini, insan haklarının korunması konusunda tek tip bir standart yaratmaya çalışan Avrupa sisteminin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için verimli bir araçtır. Zira yazara göre bunun, Sözleşmecî devletlerin yüzyıllara dayanan farklı hukuk sistemleri ve kurumlarının bir çırpıda farklılaştırılmasından ziyade, belli bir zamana yayılacak bir süreçle gerçekleş-

¹⁴⁸ 11 no'lu Protokol gereği bireysel başvuru usulünün kabul edilmesi Sözleşme sistemi için artık bir zorunluluktur.

¹⁴⁹ Değerlendirme için bkz. İbrahim Özden Kaboğlu/ Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, "The Reception Process in Greece and Turkey", **A Europe of Rights**, Helen Keller/Alec Stone-Sweet, Oxford/NY: Oxford University Press, 2008, s. 486 vd.

¹⁵⁰ Bu, özellikle Türkiye'nin Kıbrıs ve Kürt sorunlarıyla bağlantılı olarak gündeme gelmiştir. Yine bkz. a.g.e.

¹⁵¹ İnsan hakları hukukunda, sistem dışına çıkma pratiklerine ilişkin Avrupa sistemi dışından da örnekler vardır. Mesela Venezüella yakın zaman önce Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimini öngören sistemden siyasal nedenlerle ayrılma sürecine girmiştir. Bkz. <http://tinyurl.com/pwzjsas>

¹⁵² "David Cameron calls for reform of European court of human rights", **The Guardian**, 25.01.2012.

tirilebilmesi mümkündür. Yani Mahkeme, bu doktrini kullanarak, bir yandan taraf devletlerin farklı pratik ve tecrübelerini kendi bünyesinde toplamakta ve bunlardan beslenmekte, öte yandan sistem bütününde süregelen kamuoyu tartışmaları ve gelişen şartlara göre bu yapılara, asgari insan hakları standardının gerisinde kalmamak şartıyla etki edebilmektedir. Bu durum, Mahkeme'nin meşruiyetinin de aşırı biçimde yipranmasına engel olmaktadır¹⁵³.

Bu gerçeğin farkında olan Strazburg organlarına göre de “*ulusal takdir marjı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir*¹⁵⁴.” Zira Sözleşme'nin 56'ncı maddesine göre de “*Sözleşme'nin hükümleri sözü geçen ülkelerde yerel gereklilikler dikkate alınarak uygulanır.*”

Ayrıca Mahkeme'nin işlevinin sadece insan haklarını korumak biçiminde sübjektif bir nitelik taşımadığı, Sözleşme hukukunu geliştirmek gibi objektif de bir işlev taşıdığı dikkate alındığında bu gelişimin karşılıklı bir uyumla yapılması gerektiği açıktır¹⁵⁵.

5. Subsidiarite (Talilik) İlkesi ve Ulusal Organların Sorunlara Yakınlığı

İHAS'ın 35'inci maddesine göre “*Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.*” Bu hüküm, öğretide Almanya hukukundan mühlhem *subsidiarite* ilkesinin bir görünümü olarak kabul edilmektedir¹⁵⁶.

Subsidiarite ilkesinin kökleri Katolik Kilisesi'nin toplumsal konulara ilişkin Quiragesimo Anno bildirgesine dayandığı kabul edilmektedir¹⁵⁷. Bu metindeki şu açıklamalar, ilkeyi özetler:

¹⁵³ Macdonald, a.g.m., ss. 123-124.

¹⁵⁴ *Handyside v. Birleşik Krallık*, par.49.

¹⁵⁵ Bireysel başvuru usulünün gördüğü bu ikili işlev Almanya öğretisinden mühlhemdir. Bkz. Şirin, a.g.e. s. 32 vd.

¹⁵⁶ Arai-Takahashi, ss. 239-240. İHAM'a göre taraf devletlerin, kendi eylemleri nedeniyle kendi hukuk sistemleri vasıtasıyla durumu düzeltme imkanına sahip kılınmadan uluslararası bir organ önünde hesap vermelerini önlemek[tir] (...) Bu kural, yakın ilişkili olduğu Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan varsayıma dayanır; buna göre Sözleşme hükümlerinin ulusal hukukta içselleştirilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, ihlal iddialarına karşı ulusal sistemde etkili bir hukuk yolunun bulunması gerekir. Bu ilkenin önemli bir yönü de, Sözleşme ile kurulan koruma mekanizmasının insan haklarını korumada ulusal sisteme göre ikincil (subsidiary) nitelikte olmasıdır.”, *Handyside v. Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, par. 48.

¹⁵⁷ Herbert Posser, *Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, ss. 45 vd.

“Tarihin açık olarak ortaya koyduğu gibi, yeni koşullarda eskiden daha küçük topluluklar tarafından yerine getirilen ödevler, şimdi artık sadece daha büyük topluluklar tarafından yerine getirilmektedir; bununla birlikte şu en üstün sosyal felsefe ilkesi her zaman için değiştirilmeden ve saptırılmadan uygulanmalıdır: Bireyin kendi girişimi ve kendi gücüyle yapabilecekleri ondan anılarak topluluk işlevleri arasına alınmayacağı gibi, daha küçük ve alt düzeydeki toplumsal yapıların yerine getirebilecekleri işler için daha büyük ve üst düzeydeki toplulukların müdahale etmesi de hakkaniyete aykırıdır. Böyle bir müdahale toplum düzeyine zarar verir. Her toplumsal eylem, kavramsal olarak ve doğası gereği ikincildir; toplumsal bünyenin üyelerini desteklemeli, kesinlikle onların yerine geçilmemelidir. Devlet alt düzeyde görülebilecek işleri daha küçük topluluklara bırakmalıdır. Böylece devletin kendisi de önderlik, düzenleme, denetim gibi yönleriyle sadece kendi yetki alanına giren işlere müdahale için daha özgür ve daha etkili müdahaleye hazır olacaktır. Devlet gücünü elinde bulunduranlar şundan emin olmalıydılar ki değişik toplumsal düzeylerdeki çoğulcu yapı, subsidiarite ilkesinin sıkı bir uygulanmasıyla ne kadar iyi gözetilirse toplumsal otorite ve üretkenlik de o kadar güçlü olur; devletin de işleri daha iyi gider¹⁵⁸.”

Bu ilke, liberal öğretilerde de karşılık bulmuştur. Yargısal bakımından ise subsidiarite ilkesi, yerelin kendi sorunlarını öncelikle kendi çözümleri ve merkezi kudretin geri çekilmesi (*negatif subsidiarite*) ve ancak yerelin bunu gerçekleştirememesi durumunda uyuşmazlık çözümüne davet etmesini (*pozitif subsidiarite*) ifade eder¹⁵⁹.

Birçok yazara göre subsidiarite ilkesi, (bununla sınırlı olmamak üzere) İHAM içtihatlarında takdir marjı doktrini temelinde karşılık bulmaktadır¹⁶⁰. Zira Mahkeme’ye göre de “Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle (*vital forces*) doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle **daha iyi bir pozisyondadırlar**¹⁶¹.”

¹⁵⁸ Bilal Canatan, “Bir AB Hukuku İlkesinin Fikir Kaynakları: Totaliterizme Karşı Subsidiarity”, **Liberal Düşünce**, C. 10, S.38-39, 2005, s. 142.

¹⁵⁹ Subsidiarite, dayanışmayı da zorunlu kılar. Almanya’da bu durum “dayanışmasız subsidiarite olmaz” (*keine Subsidiarität ohne Solidarität*) şeklinde ifade edilir.

¹⁶⁰ Bkz. Dean Spielmann, “Allowing the Rights Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, **CELS Working Paper Series**, Cambridge: Center for European Legal Studies, 2012.

¹⁶¹ *Handyside v. Birleşik Krallık*, par. 48.

Sözleşme sistemi bu yaklaşımla insan haklarını korumakla yükümlü olan taraf devletlerin yasama, yürütme ve yargı erklerinin bu hakları öncelikli olarak güvence altına alınmasına imkân bırakmaktadır. Bu durum aynı zamanda, hak koruması bakımından etkililik, ucuzluk ve sürat sağlama imkânı yaratmaktadır¹⁶². Öte yandan ortak bir Avrupa konsensüsünün bulunmadığı başlıklarda yerel otoriterlerin konuyu yakından takip edebilmeleri, sorunun sağlıklı çözümüne de kapı aralayabileceklerdir.

6. Ortak Avrupa Konsensüsü ve Kültürel Görecelik Sorunu

Avrupalı ve kuzey Amerikalı yazarların, yetmişli yıllardan itibaren insan hakları teorisine yönelik geliştirdikleri '*kültürel görecelik*' eleştirisi de konuyla ilgili dikkate değer bir temeldir. İnsan haklarının, 'olması gereken' itibariyle farklı düşünce akımlarının sentezi olduğu ve (bu kültürel çoğulculuk temelinde) evrensel olduğu fikrine kuşkuyla yaklaşan bu yazarlara göre değerler, yere ve zamana göre 'görecelik' taşımaktadır. Söz konusu yazarlardan bazılarının (radikal rölativistler) göre bazı insan hakları, bazı zaman ve yerlerde ortadan kalkabilmektedir. Bu iki yaklaşım arasında kalan diğer bazı yazarlara (zayıf rölativistlere) göre ise normlar evrensel geçerliliğe sahip olmakla birlikte, kültürel göreceliğe göre anlam farklılaşması yaşayabilirler¹⁶³.

İşte kimi yazarlara göre takdir marjı doktrini, bu tartışmanın bir ürünü olarak zayıf kültürel rölativizmin Strazburg içtihatlarındaki bir tezahürüdür¹⁶⁴. Zira Strazburg organları, tüm taraf devletler için geçerli olan "evrensel" ancak çok kapsamlı normlara uygunluk denetimi yapmakla birlikte, bazı değerlerin "*mekandan mekana ve zamandan zamana farklılık gösterdiğini*"¹⁶⁵ kabul etmektedir¹⁶⁶.

Mahkeme bu yaklaşımını uygularken, bir yandan Sözleşme'nin hükümleri sözü geçen ülkelerde yerel gereklilikler dikkate alınarak uygulanacağı yönündeki 56'ncı maddeyi, diğer yandan konuyla ilgili ortak bir Avrupa konsensüsü olup olmadığını da değerlendirmektedir. Prensipten itibaren ortak Avrupa konsensüsünün oluştuğu yerlerde taraf devletlerin takdir marjı darken, böyle bir konsensüsün olmadığı yerlerde ise marj genişleyebilmektedir¹⁶⁷.

¹⁶² Rupp-Swienty, a.g.e., s. 231.

¹⁶³ Jack Donnelly, **Teoride ve Pratikte İnsan Hakları**, Mustafa Erdoğan/Levent Korkut (çev.), Ankara:Yetkin Yay., 1995, s.2, 34-36.

¹⁶⁴ Rupp-Swienty, a.g.e., ss. 209-241. Brems, a.g.m., s. 308 ve oradaki atıflar.

¹⁶⁵ Örn. bkz. Müller ve diğerleri v. İsviçre, par. 35.

¹⁶⁶ Benvenisti, a.g.m., s. 843.

¹⁶⁷ Brems, a.g.m., s. 276. Avrupa konsensüsü standardı ilk kez *Sunday Times* vakasında ortaya çıkmıştır. Yourow, a.g.e., s. 113. Avrupa konsensüsü kavramı zaman içinde

Ancak İHAM'ın ortak Avrupa konsensüsü olmamasına rağmen, bazı durumlarda müdahale biçimlerini takdir marjı dışında bırakabildiği de göz ardı edilemez. Örneğin *Hirst v. Birleşik Krallık* vakasında Strazburg organı, ortak bir Avrupa konsensüsü olmamasına rağmen, mahkûmların oy hakkına yönelik kategorik sınırlandırmaları Sözleşme'ye aykırı bulmuş ve bir Sözleşmesel hak üzerinde hakkı genel, otomatik ve ayırım gözetmeyen hayati önemdeki bir sınırlamanın, takdir marjı uygulamasının dışında görülmek zorunda olduğunu, konuyla ilgili takdir marjı geniş olsa da bunun hak kapsamındaki her durum için geçerli olmadığını ifade etmiştir¹⁶⁸.

III. TÜRKİYE ANAYASA MAHKEMESİ ve TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

Takdir marjı doktrini, Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) içtihatlarında kendisine yer bulmaya başlamıştır. Bu kararlar, tüm içtihat içinde sayıca azdır. Fakat, Türkiye'de anayasa şikayeti incelemelerinin İHAS kapsamındaki haklar için tanınmış olması ve bu değişikliklerle beraber AYM'nin İHAM'ın bir tür ulusal prototipi olarak görülmesi ve AYM'nin 2000'li yıllarla beraber İHAM kararlarına içtihatlarına yer vermesi, AYM'nin bu doktrin ile bağlantılı değerlendirmelerde bulunmasını gerektirecektir¹⁶⁹.

Bu nedenle takdir marjı doktrininin AYM tarafından uygulanabilir olup olmadığı sorusu üzerinde durmak ve AYM'nin takdir marjı doktrinini kavrama biçimini analiz etmek yerinde olacaktır.

Aslında takdir marjı doktrini, bu marja doğrudan atıf yapılmasa da, AYM'nin öteden beri kullandığı “*yasamanın genelliği*” ve “*yasa koyucunun takdir hakkı*” kavramlarında belli ölçüde karşılık bulmaktadır. Bu kavramlar, genel olarak siyasal anayasa hükümleriyle ilgili denetimlerde kullanılmakla birlikte, kimi zaman sosyal anayasa, yani insan haklarına ilişkin denetimlerde de kullanılmaktadır. Hatta böyle bir kavramlaştırma gidilirse bile, söz konusu marj alanı içinde zımnen bu konuda değerlendirmelere gidildiği vakidir. Mesela İHAM'ın taraf devletlere takdir marjı bıraktığı konulardan olan seçim barajı konusunda AYM'nin

değişkenlik gösterebilir. Örneğin vicdani ret hakkına ilişkin geçmişte bir konsensüs yokken şimdi vardır. Gelişim süreci için bkz.

¹⁶⁸ *Hirst v. Birleşik Krallık* (2), 74025/01, 30.03.2004 par. 81.

¹⁶⁹ Örneğin İHAS metninin 13'üncü madde hariç olmak ulusal hukuka aktarıldığı ve özgün anayasal yapısına uygun olarak anayasa şikayetinin yürürlük kazandığı 1998 tarihli İnsan Hakları Yasasıyla beraber Birleşik Krallık'ta da bu konu tartışma konusu haline gelmiştir. Bkz. Leigh-Ann Mulcahy, **Human Rights and Civil Practice**, London: Sweet & Maxwell, 2001, s. 87 vd.; Wadham/ Mountfield / Prochaska/ Brown, ss. 97 vd.; Clayton/Tomlinson, s. 277 vd.

yaklaşımı bu bağlamda bir ipucu sunmaktadır. AYM, %10 barajının anayasaya aykırılığını incelediği bir vakada yasa koyucunun takdirini dikkate almış ve kendi özgün değerlendirmesini etkili biçimde gerçekleştirmemiştir.

AYM içtihatlarında özellikle son dönemde artan bir şekilde “yasanın genelliği ilkesine” atıf yapılıyor olması, özgün bir çalışmayı gerekli kılar. Ancak bu çalışma, AYM’nin, İHAM içtihatlarını veya daha özel olarak takdir marjını kullanarak sonuca ulaşmasıyla sınırlı olduğu için şimdilik bu konu üzerinde durulmayacaktır.

AYM’nin kararlarına bakıldığında, İHAM’ın takdir marjı doktrinin dikkate alındığı (şimdilik) iki davanın olduğu görülmektedir. 2011 yılında bir hafta arayla verilen bu davaların ortak yanı, her ikisinin de soyadı hakkıyla ilgili olmasıdır.

Birinci davanın konusu Türk Medeni Kanunu’nun 27’inci ve 187’inci maddeleri gereğince, evlenen kadınların, evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanamamalarıdır. Ailenin toplumun temeli olarak ifade edildiği Anayasa’nın 41’inci maddesini dikkate alarak ve söz konusu kuralın “soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı” gibi bir amaç taşıdığı ve “durum ve konumlarındaki” özelliklerin farklı muameleyi haklaştıırabileceği kanaatinde olan AYM, bu yaklaşımdan hareketle iptal istemini reddederken, İHAM’ın takdir marjı doktrinine başvurmuştur. AYM’ye göre;

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde yer alan “özel hayatın ve aile hayatının korunması” ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; **ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.***

Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilecek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır¹⁷⁰."

AYM'nin bu karardan bir hafta sonra verdiği bir diğer soyadı kararı ise Süryani bir yurttaşın, soyadını Süryanice olarak değiştirmek istemesi, ancak 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun "Rütbe ve memuriyet, aşiret ve **yabancı ırk ve millet isimleriyle** umumi edepelere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz." (v.b.a.) şeklindeki 3'üncü maddesinin buna engel olmasıdır. Yine durumlarındaki özellikler gereğince değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebileceği kanaatinde olan AYM, bu kararda da İHAM'ın takdir marjı doktrinine gönderme yapmıştır:

Soyadının, bir kimsenin kimliğini belirleme işlevi yanında ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme ya da kişinin hangi kökene, topluluğa veya ulusa ait olduğunu belirleme işlevi de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasakoyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması, ulusal birliğin sağlanması, dil ve dil kimliğinin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. Kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca soyadı kullanımına yapılan bu müdahalede, Anayasaya uygun olmak koşuluyla yasakoyucunun takdir hakkının bulunduğu açıktır.

Yasakoyucu kural ile birleştirici, bütünleştirici, çoğunluğun içinde azınlığın hak ve hürriyetlerinde ayrımcılık yapılmasını engelleyen, ulusal aidiyet ilkesi içinde anayasal birliktelik altında aynı topraklarda ve ortak atmosferde yaşayan vatandaşlar yönünden ulus kimliği ve dili altında toplanan bir dil kimliği anlayışı getirmiştir.

Ulus bütünlüğünün algılanabilmesi ve aynı iklimde yaşayan insanların tasa ve kıvanç ortaklığı, koruma, kollama, yardımlaşma duygularının devamlılığı ve birbirlerine karşı yabancılaşmalarının önlenmesi nedeniyle yasakoyucunun bu alana müdahale yetkisi, kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini içermekte ve takdir yetkisi içinde kalmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz olarak kaydedilmesi, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağ-

¹⁷⁰ AYM Kararı, E. 2009/85, K. 2011/49, T. 10.03.2011.

lantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca soyadı değiştirme imkanına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğu belirtilmiştir¹⁷¹.”

Görüldüğü gibi AYM, insan haklarıyla yakından ilişkili bu davalarda sonuca ulaşırken İHAM'ın takdir marjı doktrinini önemli bir dayanak olarak kullanmıştır. Ancak bu kullanım sorunludur.

Bu davalardaki sorunlardan **birincisi** (çok önemli olmasa da) terminolojiktir. AYM, takdir marjı doktrinini bir ögesi olan takdiri, bir hak olarak ifade etmektedir. AYM'nin kamu gücünün hak sahibi olmayacağı yönündeki bir kararı¹⁷² karşısında, bu terminolojik tercih tutarsızdır. Kendi iç tutarlılığı adına Mahkeme'nin kamu gücünün kullanacağı bir “yetkiden” bahsetmesi gerekmektedir.

Bunun dışında dikkat çelici **ikinci** sorun, AYM'nin bizzat İHAM içtihatlarını yanlış kavramış olmasıdır. Bu, özellikle birinci davada net bir şekilde görülmektedir. İHAM, soyadları konusunda taraf devletlere takdir marjı bıraksa da, kadınların evlenmeden önceki soyadlarını kullanmaları konusunda taraf devletlere takdir yetkisi tanımamaktadır. Öte yandan AYM, ikinci vakada ise Türkiye'ye bırakılan takdir marjının, sosyal ihtiyaç baskısı, orantılılık ve çatışan menfaatlerin dengelenmesi ve kişinin azınlık durumu bakımından da değerlendirilmesi gerektiğini atlamıştır¹⁷³.

Üçüncü ve bu makalede tartışılmak istenen temel sorun ise AYM'nin “*taraf devletlere bırakılan takdir yetkisini*” sadece “*yasa koyucunun takdir yetkisi*” olarak algılanmasıdır.

Değindiği üzere takdir marjı doktrini, taraf devletlere belli bir alanda takdir yetkisi bırakılmasını içermektedir. Konuyla ilgili mesele, bu yetkinin kim tarafından ve nasıl kullanılacağı ile ilgilidir. Yani bırakılan takdir yetkisi, yasama erki tarafından mı kullanılacaktır. Yoksa yürütme ve yargı erki de bu yetkiyi kullanma hakkına sahip midir? Daha spesifikleştirsek İHAM'ın taraf devletlerin takdir yetkisine bıraktığı konularda, AYM konuyu tamamen yasama organının keyfiyetine mi bırakacaktır, yoksa hem anayasaya uygunluk denetimi yetkisine hem de İHAM tarafından tanınan takdir yetkisine dayanarak bu marja ortak olabilecek midir?

¹⁷¹ AYM Kararı E. 2009/47, K. 2011/51, T. 17.03.2011.

¹⁷² AYM Kararı E. 2011/59, K. 2012/34, 01.03.2012.

¹⁷³ Sürekli azınlık durumda olanlara yönelik ayrımcılık konusunda takdir marjı oldukça dardır. Bkz. Benvenisti, a.g.m., s. 850 vd.

Bu sorulara yanıt ararken, Strazburg kararlarında takdir marjını ortaya çıkaran nedenleri hatırlamak gerekir. Hatırlanacağı üzere bu doktrini ortaya çıkaran nedenler (uluslararası/ulusüstü organlar ile ulusal makamlar arasındaki) egemenlik ilişkisiyle ilgiliydi. Bu gerekçe, AYM ve yasama organı arasındaki ilişki için geçerli sayılamaz. Zira Anayasa'nın 6'ncı maddesine göre egemenlik, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Yasama organı egemenliği kullanan yetkili organlardan biri (AY, md. 7) olmasına rağmen, yargı erki de bu yetkiyi kullananlardan biridir. (AY, md. 9) Anayasal açıdan yürütmenin bir yetki mi yoksa görev mi olduğu konusu tartışmalı olsa bile, yargının bir yetki olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla takdir yetkisi, egemenliği kullanan yasama erki kadar, yargı erki için de geçerlidir. Zira AYM, İHAM'dan farklı olarak ulusal bir makamdır. Dolayısıyla İHAM gibi **ortak Avrupa konsensüsünü** gözetmek durumunda değildir. **Kültürel görecelik** Avrupa'nın farklı ülkelerindeki zaman ve mekana göre değişen değerlerle ilintilidir. Oysa AYM'nin yaptığı denetim ulusal niteliktedir. Dolayısıyla bu nitelik ve nicelikte bir görecelikten bahsedilemez. Nitekim AYM'nin uygunluk denetimi yaptığı metin, yani anayasa ülkedeki insanların ortak uzlaşma metni olarak addedilmektedir. Bu bakımdan AYM, her halükarda İHAM organlarına göre insan haklarıyla ilgili sorunlara daha yakındır. Gerçi AYM, görev bölüşümü bakımından olağan idari ve yargı yollarının uzman makamlarına göre ikincil niteliktedir. Ancak bu ikincilik özellikle AYM'nin yasama organıyla olan ilişkisinde söz konusu olmamaktadır. Spesifik olarak anayasallık denetimi yapmakla yetkili olan AYM, hem yargı erki içindeki uzman mahkemelerin, hem şartları varsa yürütme erki kapsamındaki faaliyetlerin, hem de yasama organının işlemlerinin anayasallığını denetler. İş bölümü gereği, konusuna göre denetim önceliği bu organlarda olsa da, bu faaliyetlerden çıkan nihai sonuç anayasaya aykırıysa, takdir yetkisinden bahsedilemez. AYM, bir temel hak ihlali söz konusu olduğunda ne yasama ve yürütme organının ne de diğer yargı organlarının takdiri değerlendirmelerine gönderme yapamaz. Her halükarda spesifik anayasallık denetimi yapmalıdır.

İfade edildiği üzere takdir marjı doktrininin ortaya çıkmasının nedenlerinden ve aynı zamanda gördüğü işlevlerden biri Sözleşme hükümlerinin gelişimini sağlamaktır. Ulusal makamlar ile Avrupa denetiminin el ele gitmesi bunu sağlamaktadır. İHAM'ın bu yöndeki göndermeleri, genelde taraf devletlerinin takdir marjının olduğu konularda dahi Strazburg denetiminin göz ardı edilemeyeceği yönündedir. Yani bu gönderme, İHAM'ın kendisini geri çekmesi için değil, tam tersine taraf devletlerin takdir yetkisi olsa dahi kendisinin özgün bir değerlendirme yapacağını anlatmak için kullanılmaktadır. Ulusal düzeyde bu tarz bir iş birliği, AYM ile yasama organı arasında olmaktan çok AYM ile diğer uzman mahkemeleri arasında olabilir. Zira şu anda TBMM'nin, 1924

Anayasası döneminde olduğu gibi yasama yorumu yapması mümkün olmadığı için AYM'nin, statik normların yorumlanması ve gelişmesi için besleneceği organlar uzman mahkemelerdir. Anayasa'nın 138'inci maddesi gereğince her mahkeme, kararlarını (...) anayasaya göre de karar verir. Anayasayı somut olayda gözetir ve yorumlar. AYM, otantik olarak bu yorumlardan beslenebilir. Fakat bu durumlarda dahi spesifik anayasallık denetimi bakımından son söz AYM'dedir.

Diğer yandan Sözleşme'nin 53'üncü maddesi gereğince İHAS'taki güvenceler asgari bir eşik sağlar ve Sözleşmeciler devletlerin Sözleşme güvencesinden daha ileri güvenceler getirebilmeleri mümkündür. Sözleşme'yi "yaşayan bir belge" olarak gören İHAM, Sözleşme güvencelerini, dinamik bir şekilde, günün şartlarına göre uyarlar ve geliştirirken, ulusal makamların bu tarz ileri güvencelerini ve hak ve özgürlükler lehine çıkarımlarını dikkate alır. Dolayısıyla insan haklarının gelişiminden bahsedilecekse AYM'nin takdir marjı doktrinini insan hak ve özgürlüklerinin daraltılması lehine değil, genişletilmesi amacıyla değerlendirmesi gerekir. Yani İHAM'ın grift sebeplerle ulusal makamlara takdir yetkisi bıraktığı konularda, daha baştan sınırlayıcı bir tutum içinde olunmamalı; tam tersine ulusal bir makam olarak AYM'nin, uluslararası bir makam olan İHAS'ın ilerletemediği konularda da geliştirici bir yaklaşım geliştirmesi gerekir.

Takdir marjı doktrini ortaya çıkaran bir diğer neden ise taraf devletlerin Strazburg organlarına karşı tepkilerini dizginlemek ve "**Sözleşme sisteminin devamını sağlamaktır.**" Bu gerekçe de AYM ve yasama erki arasındaki ilişkide kullanılamaz. Gerçi ulusal düzeyde yasama erki ve AYM arasında da bazı gerilimlerin ortaya çıkması ve bu gerilimin sonucunda AYM'nin yetkilerinin kısılması riski mevcuttur¹⁷⁴. Ancak İHAM'ın takdir marjı doktrinine yöneltilen eleştirilerde de ifade edildiği üzere, insan hakları yargılaması yapan organların insan haklarını korumak dışında ödevleri olamaz ve münhasıran siyasal kaygılar, içtihadî faaliyeti etkileyemez veya etkilememelidir¹⁷⁵.

Son olarak takdir marjı doktrininin nedenlerinden birinin de demokrasi ilkesi gereği yargı organlarının kendini sınırlama (self-restraint) tutumu olduğu söylenmişti. Diğer nedenlerden farklı olarak, AYM'nin, hem yasamanın genelliği ilkesine hem de İHAM içtihatlarından yararlanırken takdir marjı doktrinine yaptığı başvuruda bu motivasyonun ön

¹⁷⁴ Eski meclis başkanı Bülent Arınç Anayasa Mahkemesi'nin kaldırılabileceğini ifade etmiştir. Bkz. 01.05.2005 tarihli **Radikal Gazetesi**. Öğretide de sorumsuz Cumhurbaşkanlığı'nın AYM'ye üye ataması yapmaması suretiyle AYM'yi çalışamaz hale getirmesi önerilmiştir. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000, ss. 745-746. Diğer örnekler için bkz. Şirin, ss. 89 vd.

¹⁷⁵ Rupp-Swienty, ss. 264-266.

planda olduğu düşünülebilir. Bu, AYM'nin yasalara ilişkin anayasaya uygunluk denetimi yaptığı iptal ve itiraz davalarında belli ölçüde anlaşılır. Çünkü yasama organının demokratik meşruiyeti oldukça kuvvetlidir. Anayasa'ya göre egemenlik kayıtsız şartsız milletindir ve milletin ilk elden seçilmiş temsilcileri parlamenterlerdir. Ne var ki özellikle 2'inci Dünya Savaşı'ndan bu yana gelişen insan hakları hukukuna göre egemenlik, kayıtsız şartsız milletin olmakla birlikte milletin sahip olduğu egemenlik, kayıtsız ve şartsız olmaktan çıkmıştır. Egemenlik kullanımı insan hakları lehine kayıtlanmıştır¹⁷⁶. Parlatmentonun mutlak üstünlüğü, yapısal olarak insan hakları denetimi ve anayasa yargısıyla çelişir. Bir hukuk sisteminde böyle bir denetimin kabul edilmiş olması da daha baştan böyle bir mutlakliyetin kabul edilmediğinin kabulüdür.

Ayrıca meşruiyetin tek kaynağının seçim olmadığı da unutulmalıdır. İnsan hak ve özgürlüklerinin korunması için yetkilendirilmiş bir makam, bu görevini etkili biçimde yerine getirdiği takdirde, meşruiyetini işlevsel olarak da sağlayabilir¹⁷⁷.

Örneğin diğer devletlerden farklı olarak kodifiye edilmiş bir anayasa ve bu bakımdan merkezileşmiş klasik kıta Avrupası anayasa yargısına sahip olmayan Birleşik Krallık'ta dahi 1998 yılında çıkartılan İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act) ve 2007 tarihli anayasal reform yasasıyla beraber "bir kadını erkek, bir erkeği kadın yapmak dışında her şeye muktedir" Birleşik Krallık parlatmentosunun egemenliği de insan hakları lehine görece daralmıştır. Gerçi açıkça anayasa yargısına yer vermeyen Birleşik Krallık'ta seçilmiş olanın meşruiyetine dayalı olarak parlatmentonun üstünlüğü prensibinin hala yeterince katı olduğu söylenebilir. Özellikle Britanya'nın kültürü ve şartlarına ilişkin konularda parlatmentonun rolü ön planda tutulsa da, bireyin hakları ile toplumun menfaatleri arasındaki çatışmalarda ve orantılılık konularında, yargı organlarının işlevi göz ardı edilemez haldedir. Bu bakımdan örneğin İnsan Hakları Yasası'nın ilk uygulandığı dönemdeki *Kabilene v. Başsavcı* vakasında, Lordlar kamerasından Lord Hope'un şu tespiti dikkat çekicidir:

"Takdir marjı doktrini, uluslararası mahkemenin, devlet idaresi üzerindeki denetim yargı yetkisinin bütünleyici bir parçasıdır. Mahkeme, bir takdir marjının her bir ulusal sisteme bırakarak, Sözleşme'nin yaşayan bir sistem olduğunu kabul etmiştir.

¹⁷⁶ Kaboğlu, a.g.e., s. 94.

¹⁷⁷ Konuyla ilgili bkz. Wojciech Sadurski, "Legitimacy and Reasons of Constiuitonal Review after Communism", Constiuitonal Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constiuitonal Courts in Post-Communist Europe in A Comparative Perspective, Wojciech Sadurski (ed.), Francisco Laporta/Aleksander Paczenik/Frederick Schauer (men. eds.), The Hague: Kluwer International Law, 2002, s.166 vd.

Bütün devletler tarafından tek tipte uygulamanın gerekli olmadığı ve hükümleri yerel ihtiyaç ve koşullara uygun olarak uygulanmasını kabul edilmiştir.

Bu teknik, kendi ülkeleri içinde ortaya çıkan konularda Sözleşme'yi dikkate alırlarken ulusal mahkemeler için uygulanmaz. Ancak Sözleşme, ulusal mahkemelerin elinde, sadece bir kurallar dizisi olmaktan ziyade, temel ilkelerin bir ifadesi olarak görülmelidir. Bu ilkelerin uygulanmasında mahkemenin karar vermek zorunda kalacağı sorunlar, yarışan menfaatler arasında denge ve orantılılık konularındaki sorunları içermektedir¹⁷⁸.

İngiltere Temyiz Mahkemesi de birçok vakada, ulusal bağlamda takdirin orantılı ve haklılaştırılabilir olup olmadığına karar verme görevinin İngiliz mahkemelerinde olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁹.

Britanya gibi klasik anayasa yargısının bulunmadığı, halk/millet egemenliğinden ziyade parlamento egemenliğinin bulunduğu spesifik bir örnekte dahi bu durum böyleyken, Kıta Avrupası anayasa yargısının tercih edildiği bir ülkede, parlamenter egemenlikten kaynaklanan tereddütlerden daha rahat uzak durulabilir.

Zira genel olarak açıkça anayasa yargısına yer vermeyen ülkelere nazaran anayasa yargısının bulunduğu ülkelerde yargı veya daha spesifik bir ifadeyle AYM'ler egemenlik kullanımını paylaşırlar. Bunlar arasında da bu paylaşım, AYM'lere yasama organının işlemlerini iptal etme yetkisinin tanınmadığı ülkelere nazaran, AYM'lere iptal yetkisinin (yani negatif yasama yetkisinin) tanındığı devletlerde daha belirgin biçimde ortaya çıkar. Türkiye'de bu kategorideki ülkelerden biridir.

Yine yetkileri, egemenlik prensibi gereği ulusal yargı organları yerine kendini ikame etmemesi temelinde şekillendirilen İHAM'ın, yargı kararlarını iptal yetkisi olmamasına rağmen, kararlarında (özellikle pilot davalar yoluyla) yasama organına çağrı yapma yönelimine girdiği de göz ardı edilemez¹⁸⁰.

Son olarak genel olarak öğretilde, özgürlükler lehine yargısal aktivist biçim tutum içinde olan İHAM'ın takdir marjı doktrinde kullanıyor

¹⁷⁸ Calyton/Tomlinson, s. 277.; Wadham/Mountfield/Prochaska/Brown, s.100. Aksi yönde içtihatlar ve tartışmalar için bkz. a.g.e., ss. 101-102; Mulcahy, a.g.e., ss. 87-91.

¹⁷⁹ A.g.e., s.100.

¹⁸⁰ Kerem Altıparmak, "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik", **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?**, Kerem Altıparmak (ed.), Ankara: Ankara Barosu Yay., 2009. ss. 60-107.; Şirin, ss. 642 vd.

olmasının, bu doktrinin belirsizliğine¹⁸¹ ve pragmatik niteliğine dayanılarak eleştirildiği¹⁸² ve ayrıca insan hakları yargılaması yapan bir makamın görevi gereği kendi meşruiyetini kurabileceği yönündeki görüşler de gözden uzak tutulamaz¹⁸³. Bu bakımdan, tartışmalı olan bir doktrinin, ulusal düzeyde hak ve özgürlükleri sınırlandırılması için kullanılmaması gerekir.

Bu, yasama dışında, yargı organları için de geçerlidir. AYM, iptal ve itiraz davası yoluyla önüne gelen vakalarda, yasama organının, takdir yetkisini anayasaya uygun şekilde kullanıp kullanmadığını denetleyebileceği gibi, aynı denetimi yürütmenin ama özellikle de anayasa şikâyetlerinde uzman mahkemelerin takdirleri bakımından da yapmalıdır.

SONUÇ

Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin bundan sonraki süreçte iş yükünün büyük bir kısmını anayasa şikâyeti oluşturacaktır. AYM Yasası, yasama organının işlemlerine karşı anayasa şikâyeti yolunu kapatmıştır. Bu anayasaya aykırı kısıtlama ortadan kaldırılmadıkça¹⁸⁴, doğrudan yasalara karşı anayasa şikâyeti yapılamayacak görünmektedir. Fakat bu durum dahi, AYM'nin, takdir marjı doktrinin unsuru olan takdir yetkisini geniş anlamda yasama organına bırakan yaklaşımını, sorun olmaktan çıkartmaz. Anılan sorun, iptal ve itiraz davaları bakımından geçerliliğini koruduğu gibi, AYM'nin önüne anayasa şikâyeti yoluyla gelen, farklı biçimde yorum yapılmasının mümkün olmadığı yasa hükümlerine dayanılarak verilen yargı kararları bakımından da geçerli olacaktır. Örneğin AYM, mevcut yaklaşımını sürdürdükçe, soyadı değişikliğinin Türkçü yasağı, (geçmişteki haliyle) vicdani ret hakkı, belli LGBT hakları, kürtaj hakkı, toplantı ve gösterilerde izin/bildirim yükümlülüğü vb. konularda yasama organının açık iradesine (yani farklı yorumlanması mümkün olmayan mevzuata) dayanan yargı kararları karşısında kendini sınırlayacaktır. Bu sınırlamada ise büyük ihtimalle Strazburg'un takdir marjı doktrinine dayanılacaktır.

Ancak açıklandığı üzere Strazburg organlarının takdir marjı doktrinine başvurduğu sebepler, ulusal bir organ olarak AYM açısından birebir kullanılamaz. Egemenlik sınırları içinde anayasal yetkilerle donatılmış bir organ olan AYM, takdir marjı doktrininin sorunlu yorumuna karşı pozisyon alarak, başta bu doktrinin önemli bir unsuru sayılan oran-

¹⁸¹ Bu belirsizliğin hukukun egemenliği (*rule of law*) ilkesini dahi tehdit ettiği ileri sürülmektedir. Brauch, a.g.m.

¹⁸² Eleştiriler için bkz de la Rasilla del Moral, a.g.m., ss. 619-623.

¹⁸³ Sadurski, a.g.e.

¹⁸⁴ Kaldırılmasına yönelik öneriler için Şirin, ss. 286-289.

tılılık ilkesi olmak üzere 13'üncü maddedeki kriterleri etkili biçimde kullanabilmeli; Strazburg'un yukarıda anlatılan özgün tereddütlerinden kendini arındırarak, özgüvenle hak ve özgürlüklerin lehine bir değerlendirmeye gitmelidir. Zira İHAS'ın 53'üncü maddesinin de işaret ettiği üzere, İHAS asgari bir güvencedir, devletler bunlardan daha özgürlükçü bir sisteme yönelebilirler.

AYM'nin böyle özgürlükçü bir aktivizme/yönelime girmesinin, kendi meşruiyetini arttıracığından şüphe duyulmamalıdır.

KAYNAKÇA

Altıparmak, Kerem, “*Fazıl Say'ın Tweetleri ve Doğru Sandığınız Yedi Yanlış*”, Bianet, 19.04.2013.

Altıparmak, Kerem, “*Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik*”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?, Kerem Altıparmak (ed.), Ankara: Ankara Barosu Yay., 2009.

Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2002,

Andreescu, Marius, “*Principle of Proportionality, Criterion of Legitimacy in the Public Law*”, Lex ET Scientia, Juridical Series, Vol. 1, 2011.

Arsava, Füsun “*Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, 2011.

Arslan-Öncü, Gülay, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta, 2011.

Atakan, Arda, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 3-4.

Başlar, Kemal, *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, Ankara: Şen Matbaa, 2008.

Benvenisti, Eyal, “*Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*”, New York University Journal of International Law, Vol. 31, 1999.

Brems, Eva, “*The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*”, Heidelberg Journal of International Law, Vol. 56, 1996.

Callewaert, J., “*Is there a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?*”, Human Rights Law Journal, Vol. 19, 1998.

Canatan, Bilal, “Bir AB Hukuku İlkesinin Fikir Kaynakları: Totaliterizme Karşı Subsidiarity”, Liberal Düşünce, C. 10, S.38-39, 2005.

Clayton, Richard / Tomlinson, Hugh, The Law of Human Rights, Vol.1, New York: Oxford University Press, 2000.

De la Rasilla del Moral, Ignacio, “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine”, German Law Journal, Vol. 7, No.6, 2006.

Dinç, Güney, Sorularla İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara: TBB Yay., 2005.

Dinçer, Hülya, “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve Dini Hislere Tanınan Koruma”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yay, C.2, 2011.

Feingold, Cora S., “The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights”, Notre Dame Law Review, Vol. 53, 1977-1978.

Fischborn, Birgit Iris, Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK?, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

Gemalmaz, Haydar-Burak, Mülkiyet Hakkı, İstanbul: Beta Yay., 2009.

Gemalmaz, Mehmet-Semih, “Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı”, Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa – Verfassung als Freiheitsordnung: Festschrift für Fazıl Sağlam zum 65. Geburtstag (65. Yaş Armağanı), Osman Can/ A. Ülkü Azrak/ Yavuz Sabuncu/ Otto Depenheuer/Michael Sachs (haz.), Ankara: İmaj Yay., 2006.

Gerards, Regine, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, Frankfurt am Main vd: Peter Lang, 2007.

Göztepe, Ece, “Anayasa Yargısının Meşruluğu”, Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, Ece Göztepe/Aykut Celebi (der.) İstanbul: Metis Yayınları, 2012.

Grabenwarter, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, Helbing Lichtenhahn/Manz: C.H. Beck, 2009.

Greer, Steven, The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Greer, Steven, The Margin of Appreciation Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.

Gross, Oren / Ni Aolain, Fionnuala, “*From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*”, Human Rights Quarterly, Vol. 23, 2001.

Hailbronner, Kay, “*Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte*”, Völkerrecht, Wolfgang Graf Virzthum, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2010.

Harris, David / O’Boyle, Michael / Warbrick, Colin / Bates, Ed, Law of the European Convention on Human Rights, New York: Oxford Uni. Press, 2009.

Hoffmann-Rémy, Ulrich, Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8-11 Abs. 2 der Europäischen Gerichtshofs, Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

İnceoğlu, Sibel (ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ankara: Council of Europe Yayını, 2013.

İnceoğlu, Sibel, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa*”, Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, Ece Göztepe/Aykut Çelebi (haz.), İstanbul: Metis Yay., 2012.

Jeffrey A. Brauch, “*The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*”, Columbia Journal of European Law, Vol. 11, 2005.

Kaboğlu, İbrahim-Özden / Koutnatzis, Stylianos-Ioannis G., “*The Reception Process in Greece and Turkey*”, A Europe of Rights, Keller, Helen / Stone-Sweet, Alec (ed.), Oxford/NY: Oxford University Press, 2008.

Kaboğlu, İbrahim-Özden, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul: Legal Yay., 2012.

Kitz, Heinz-Eberhardt, Die Notstandsklausel des Art. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

Köybaşı, Serkan, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Bayatyan Ermenistan’a Karşı Kararı ve Kararın Türkiye’deki Vicdani Ret Hakkına Etkisi”, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 103-104, 2013.

Legg, Andrew, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality, New York: Oxford University Press, 2012.

Lestas, George, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, New York: Oxford University Press, 2007.

Macdonald, Ronald-St. John, “*The Margin of Appreciation*”, The European System for the Protection of Human Rights, Ronald-St. John

Macdonald/ Franz Matscher/ Herbert Petzold (ed.), The Hague/Boston/ London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Matscher, Franz, “*Methods of Interpretation of the Convention*”, The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993.

Merrills, John G., The Development of International Law by the European Court of Human Rights, New York: Manchester University Press, 1993.

Mulcahy, Leigh-Ann, Human Rights and Civil Practice, London: Sweet & Maxwell, 2001.

Özenç, Berke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü: Başörtüsü, Zorunlu Din Dersleri, Diyanet İşleri Başkanlığı, İstanbul: Kitap Yayınevi, 2005.

Öztürk, Fatih, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anyasal Yargı Denetimi Gerekli mi?, İstanbul: Beta, 2012.

Peters, Anne, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München: C.H.Beck, 2003.

Posser, Herbert, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, Berlin: Duncker& Humblot, 1993.

Rupp-Swienty, Annette, Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, München: VVF, 1999.

Sadurski, Wojciech, “*Legitimacy and Reasons of Constitutional Review after Communism*”, Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in A Comparative Perspective, Wojciech Sadurski (ed.), Francisco Laporta/Aleksander Paczenik/Frederick Schauer (men. eds.), The Hague: Kluwer International Law, 2002.

Schnapp, Friedrich E., “*Zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts*”, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa/ Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier/Peter Badura vd. (ed.); Heidelberg: C.F. Müller, 2006.

Simpson, W. B., Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention, New York: Oxford University Press, 2004.

Spielmann, Dean, “*Allowing the Rights Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*”, CELS Working Paper Series, Cambridge: Center for European Legal Studies, 2012.

Şirin, Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulamasıyla Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013.

Tümay, Murat, “*The ‘Margin of Appreciation Doctrine’ Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights*”, Ankara Law Review, Vol. 5, No. 2, 2008.

Wadham, John / Mountfield, Helen/ Prochaska, Elizabeth / Brown, Christopher, Balckstone’s Guide to the Human Rights Act 1998, New York: Oxford University Press, 2009.

Weidmann, Klaus W., Der Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof, Frankfurt, 1985.

Yourow, Howard Charles, “*The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*”, Connecticut Journal of International Law, Vol. 3:111, 1987.

Yourow, Howard Charles, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996.