

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARINDA ADİL
DENGİ KAVRAMI

DOKTORA TEZİ

Ahmet Münci ÖZMEN
1800004586

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Programı: Kamu Hukuku Doktora

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

ARALIK 2023

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARINDA ADİL
DENGİ KAVRAMI

DOKTORA TEZİ

Ahmet Münci ÖZMEN
1800004586

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Program: Kamu Hukuku Doktora

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bahri ÖZTÜRK (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Feridun YENİSEY (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Murat ÖNOK (Koç Üniversitesi)

Doç. Dr. Mustafa Aytaç ÖZELÇİ (İstanbul Kültür Üniversitesi)

ARALIK 2023

İÇİNDEKİLER

Sayfa

KISALTMALAR	xiv
ÖZET.....	xv
ABSTRACT	xvii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ KESİM	2
I. BÖLÜM: DENGİ SÖZCÜĞÜNÜN ANLAMLARI, DENGİ VE DENGİLEME KAVRAMLARI	
1. Denge sözcüğünün anlamları:	
2. Denge noktası:	4
3. Denge kavramı ve terazi simgesi:	
4. Dengeleme ile denkleştirme kavramlarının farkı.....	5
II. BÖLÜM: DENGİ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ	7
III. BÖLÜM: ÇIKAR KAVRAMI, BU KAVRAMIN HAKLAR VE HUKUK KURALLARI İLE İLİŞKİSİ VE GENEL ÇIKAR / YARAR VE KAMU ÇIKARI / YARARI KAVRAMLARI	8
1. Çıkar kavramı:	
2. Çıkar kavramının haklar ve kurallarla ilişkisi.....	11
3. Çıkarların, insan hakları ile ilişkisi	13
4. AİHM'nin, çıkar ve hak ilişkisine bakışı	15
5. Genel çıkar veya yarar (<i>general interest</i>) ile kamu çıkarı veya yararı (<i>public interest</i>) kavramları	17

**IV. BÖLÜM: ÇATIŞAN ÇIKARLARIN VE HAKLARIN DENGELENMESİ
(Dengeleme Uygulaması- *BALANCİNG EXERCİSE*), Denge Noktasının
Bulunması ve Konunun, Hukuk ve Siyaset Felsefesiyle İlişkisi**
..... 19

1. Çatışma ve dengeleme:
2. Denge noktasının bulunması ve bunun için kullanılan ağırlıkların
değişkenliği 20
3. Denge noktasının bulunması için kullanılan ağırlıkların, hukuk ve siyaset
felsefesiyle ilişkisi 22
- 3.1. Özgürlükçü-bireyci öğreti:
- 3.2. Yararcı (faydacı) öğreti 23

**V. BÖLÜM: ÇIKARLARIN, HAKLARIN VE HUKUK KURALLARININ YARIŞMASI,
ÇATIŞMASI VE ÇÖZÜM İÇİN GÖZETİLECEK KURALLAR, İLKELER** 25

1. Çıkarların, hakların ve hukuk kurallarının yarışması:
2. Aynı olaya uygulanabilecek birden çok hukuk kuralının bulunması 26
3. Temel hakların birbirleriyle çatışması ve bu çatışmanın çözümüne ilişkin
görüşler 27
4. Temel hakların birbiriyle çatışmasının çözümüne felsefi yaklaşım 28
5. Temel hakların kamu yararı ile çatışması ve bu çatışmanın çözümüne
felsefi yaklaşım 30
6. Kamu yararlarının birbiriyle çatışması ve bu çatışmanın çözümüne kısa
bakış 36
7. Bölümle ilgili son notlar 37

**VI. BÖLÜM: YARGI ORGANININ, HAKLARIN VE ÇIKARLARIN
UYUMLAŞTIRMASINDAKİ ROLÜ, ORANTILILIK KAVRAMI, Dengeleme
Uygulaması (*BALANCİNG EXERCİSE*) ve Dengeleme Modelleri** 38

1. Yargı organının, hakların ve çıkarların uyumlaştırılmasındaki rolü:

1.1.	Orantılılık / ölçülülük kavramı:	
1.2.	Toplum sözleşmesini benimseyen bakış açısından orantılılık	39
1.3.	Orantılılık kavramının BM İnsan Hakları Bildirgesindeki temeli	40
1.4.	Orantılılık kavramının tarihsel gelişimi:	
1.5.	Orantılılık (geniş anlamda orantılılık) kavramının içerdiği sıralı basamaklar ve dengeleme / dengeleme uygulaması (dar anlamda orantılılık) basamağı:	42
2.	Anayasa yargısı / temel haklar yargısı alanında dengeleme (dengeleme uygulaması, dar anlamda orantılılık)	43
2.1.	İlk uygulama:	
2.2.	Anayasa yargısı / temel haklar yargısı alanında dengeleme uygulamasına yönelişe, hukuk ve siyaset felsefesi açısından bakış:	44
3.	Dengeleme uygulamasının (dar anlamda orantılılığın), yargıçların buluşu olması	52
4.	Yargı organının dengeleme uygulamasının bazı özellikleri	53
5.	Yargı organının dengeleme uygulamasına yandaş ve karşı olan görüşler:	55
6.	Yargı organının dengeleme uygulamalarına göre dengeleme modelleri:	56
6.1.	Hiçbir çıkara / değere ve temel hakka öncelik / üstünlük tanımaksızın dengeleme uygulaması yapılan model:	
6.2.	Temel haklara ağırlık vererek dengeleme uygulaması yapılan model	60
6.3.	Üstün çıkarları / değerleri ve mutlak hakları dengeleme uygulamasının kapsamı dışında tutan dengeleme modeli	61

İKİNCİ KESİM

VII. BÖLÜM: ADİL DENGİ (FAIR BALANCE) KAVRAMI İÇİN GÖZETİLECEK İLKELER VE KAVRAMIN İÇERİĞİNDE BULUNAN ÖGELER, KAVRAMIN TANIMI,

TERMİNOLOJİ SORUNU, HAKKANIYET KAVRAMIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Kavram:
2. Adil denge için gözetilecek ilkeler 63
 - 2.1. Çeşitli ilkeler:
 - 2.2. Adil denge için gözetilecek, hakkın özüne dokunulmaması ilkesi 64
 - 2.2.1. AİHM'nin, hakkın özüne dokunulmaması ilkesiyle ilgili bazı kararları 66
 - 2.2.2. Hakkın özü kavramı ve devletin, hak ve özgürlüklerle ilgili yükümlülüklerini azaltma hakkı (*right of derogation*) ile uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu bağımlı ülkelerdeki “yerel gerekler” 68
 - 2.2.3. Hakkın özü kavramı ve AİHM'nin ikincilliği ilkesi:..... 69
 - 2.3. Adil denge için gözetilecek, mutlak hakların sınırlandırılmayacağı ilkesi: 70
 - 2.4. Adil denge için gözetilecek, demokratik toplum açısından gerekli olma ilkesi:
3. Adil denge kavramının içeriğinde bulunan ögeler 72
4. Adil denge kavramının tanımı 73
5. Adil denge kavramı ile ilgili terminoloji sorunu:
6. Adil denge kavramının, hakkaniyet kavramıyla karşılaştırılması 76

ÜÇÜNCÜ KESİM 81

VIII. BÖLÜM: AİHM'NİN, ADİL DENGE İLKESİNE YÖNELİK Dengeleme UYGULAMASI İÇİN GEREKLİ YORUMLAMA YETKİSİ

1. AİHM'nin AİHS md. 32/1 uyarınca yargısal yetkisinin (*jurisdiction*) kapsamı:
2. AİHM'nin, AİHS'yi yorumlarken gözettiği ilkeler 82
3. AİHM'nin, yorum yaparken başvurduğu kaynaklar..... 84

IX. BÖLÜM: AİHM'NİN YETKİ ALANINA GİREN, ÇIKARLARIN VE HAKLARIN

YARIŞMASI, ÇATIŞMASI, ÇEŞİTLİ ÇÖZÜM YOLLARI, ÇÖZÜM YOLLARINDAN Dengeleme Uygulaması ve AİHM'nin ikincilliği İlkesi 85

1. AİHM'nin, yarışma veya çatışma kavramlarından hangisini kullandığı:
2. AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlükler arasında normatif açıdan önem sırasının bulunup bulunmadığı ve çatışma / yarışma durumunda çözüm yollarının gösterilip gösterilmediği: 86
3. AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlükler için *lex posterior* ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı.....88
4. AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlükler için *lex specialis* ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı 89
5. AİHM'nin, çıkarların / hakların çatışmasını dengeleme uygulamasıyla çözmesi 90
6. AİHM'nin ikincilliği ilkesi (*subsidiarity principle*) ve ulusal yetkililerin değerlendirmelerine ve vardıkları sonuçlara saygı gösterip uyması (*deference*): 91
7. AİHM'nin ikincilliği ilkesiyle ilgili kararlardan bazı örnekler.....97
8. AİHM'nin ikincilliği ilkesi ile ilgili son not.....102

X. BÖLÜM: AİHM'nin Adil Denge İlkesine Yönelik Dengeleme Uygulaması, Bu Uygulamada İzlenen ve Ulusal Yetkililerin Dengeleme Uygulamasında İzlemeleri Beklenen Sıra Düzeni

1. AİHM'nin dengeleme uygulamasının kapsamı:
2. AİHM'nin dengeleme uygulamasının dayanağı.....104
3. AİHM'nin dengeleme uygulamasının çeşitli boyutları ve “daha az kısıtlayıcı araç / tedbir” testi:
4. AİHM kararlarından, “daha az kısıtlayıcı araç / tedbir testi” ile ilgili bazı örnekler 106
5. AİHM'nin, dengeleme uygulamasına yönelmesinde, ikincil konumunda bulunmasının rolü.....108

6.	AİHM'nin dengeleme uygulamasında insan haysiyetinin yeri	110
7.	AİHM'nin dengeleme uygulamasını gerçekleştirirken izlediği ve ulusal yetkililerin yaptığı dengelemeyi denetlerken izlenmesini beklediği sıra düzeni (uygulama sırası)	111
7.1.	Kavram:	
7.2.	AİHM'nin izlediği sıra düzeni hakkında çeşitli görüşler:	
8.	AİHM'nin genellikle benimsediği sıra düzeni ve görüşümüz	117
9.	Geniş anlamda orantılılığın (orantılılık testinin) son aşaması olan dar anlamda orantılılığın belirlendiği yani, dengelemenin yapıldığı aşamanın işlevleri:	
XI. BÖLÜM:	AİHM'NİN, ADİL DENGİ İLKESİNE YÖNELİK Dengeleme Uygulamasının, ÇATIŞMA İLE İLGİLİ OLMAYAN BAZI UYGULAMALARDAN AYRIŞTIRILMASI	118
XII. BÖLÜM:	AİHM'NİN ADİL DENGİNE YÖNELİK Dengeleme Uygulamasında Dayandığı FELSEFİ TEMEL	120
XIII. BÖLÜM:	AİHM AÇISINDAN, ADİL DENGİ İLKESİ İLE ORANTILILIK, HAKKIN ÖZÜ, DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ, DEVLETİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMLARI VE DEMOKRATİK TOPLUM AÇISINDAN GEREKLİ OLMA KOŞULU ARASINDAKİ İLİŞKİ	122
1.	AİHM açısından, adil denge ilkesi ile orantılılık, hakkın özü, devletin pozitif yükümlülüğü, devletin takdir yetkisi kavramları ve demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu arasındaki ilişkinin önemi:	
1.1.	Adil denge ile orantılılık kavramı arasındaki ilişki	123
1.2.	Adil denge ile hakkın özü kavramı arasındaki ilişki	125
1.3.	Adil denge ile devletin pozitif yükümlülüğü kavramı arasındaki ilişki:	126
1.4.	Adil denge ile devletin takdir yetkisi kavramı arasındaki ilişki:	

.....	128
1.5. Adil denge ile demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu arasındaki ilişki:	133
DÖRDÜNCÜ KESİM	135
XIV. BÖLÜM: AİHM’NİN ADİL DENGE İLKESİNE YÖNELİK Dengeleme UYGULAMALARINDAN ÖRNEKLER	
1. AİHM’nin, AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin veya çıkarların kamu yararıyla / çıkarıyla çatışması durumunda dengeleme uygulaması	136
1.1. AİHS md. 2 (Yaşam hakkı):	
1.2. AİHS md. 3 (İşkence yasağı):	
1.2.1. Ölüm cezasının infazı için sıra beklenmesi (<i>death row</i>):	
1.2.2. Ulusal güvenlik gerekçesiyle sınır dışı edilecek kişinin, gönderileceği ülkede işkence ve kötü muamele görme tehlikesinin bulunması	137
1.2.3. Ölümcül hastalığı olan kişilerin sınır dışı edilmesi	139
1.3. AİHS md. 4 (Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı)	141
1.4. AİHS md. 5 (Özgürlük ve güvenlik hakkı):	
1.4.1. Özgürlükten yoksun bırakmanın (yakalama ve tutma) yasallığı (hukuka uygunluğu) (<i>lawfulness</i>):	
1.4.2. Gözaltı süresinin uzunluğu	142
1.5. AİHS md. 6 (Adil yargılanma hakkı)	144
1.5.1. Duruşma öncesinde, avukata erişim güvencesinin eksikliği ve bu eksikliğin ceza yargılamasının bütününe etkileyip etkilemediği:	
1.5.2. Duruşma öncesinde, kendi seçtiği avukatın yardımından yararlanma güvencesinin eksikliği ve bu eksikliğin ceza yargılamasının bütününe etkileyip etkilemediği:	146

1.5.3. Silahların eşitliği ilkesi	147
1.5.3.1. Tanıkların, duruşmada, sanık veya sanık avukatı tarafından sorgulanabilmesi (AİHS md. 6/3(d)).....	148
1.5.3.2. Çürütülemeyen yasal karine (<i>irrebuttable presumption</i>)	149
1.5.3.3. Bazı ifadelerin / belgelerin sanığın hazır olmadığı oturumda dinlenmesi / sunulması	150
1.5.4. Yetkisiz kişinin elde ettiği kanıtın mahkumiyet için kullanılması.....	153
1.5.5. Beraatten sonra yeniden yargılama (<i>review, reopening, re-examination</i>).....	154
1.5.6. Halka açık şirketlerin denetim raporlarının kamuya açıklanması ve kişisel ve ticari itibarın sarsılması	155
1.6. AİHS md. 8 (Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı)	156
1.6.1. Özel hayata saygı hakkı	157
1.6.1.1. Kişi hakkında yürütülen güvenlik soruşturması sonucu elde edilen bilginin ilgili kişiden gizlenmesi:	
1.6.1.2. Eşcinsel yaşantı ve özel hayata saygı hakkı	158
1.6.1.3. Cinsel kimlik hakkı.....	160
1.6.1.4. Sağlıkla ilgili kişisel bilgilerin gizliliği:	163
1.6.1.5. Akıl sağlığı yerinde olmayan kişinin hak ehliyetinin kaldırılması.....	165
1.6.1.6. Mahkumun, yapay döllenme (<i>artificial insemination</i>) yoluyla çocuk sahibi olma hakkı.....	166
1.6.2. Aile hayatına saygı hakkı	167
1.6.2.1. Önceki evlilikten olan çocuğun, sonraki evlilik birliği içinde doğması nedeniyle, biyolojik babasının nüfus kaydına geçirilmemesi:	
1.6.2.2. Ana-babanın çocukla ilişkisi ve çocuğun üstün yararı ilkesi	168
1.6.3. Yabancınn özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkı.....	171
1.6.4. Konuta saygı hakkı	174

1.6.4.1. Sahip olunan tek konutun, izinsiz inşaat nedeniyle yıkılması:	
1.6.4.2. Konutta arama ve belgelere / eşyalara el koyma.	177
1.6.5. Haberleşmeye saygı hakkı	178
1.6.5.1. Haberleşmenin gizli izlenmesi / denetimi:	
1.6.5.2. Mahkumun mahrem yazışmasına saygı hakkı	179
1.6.6. Sağlıklı çevre hakkı	180
1.7. AİHS md. 9 (Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü).....	183
1.7.1. Demokratik ve çoğulcu toplumda din özgürlüğü:	
1.8. AİHS md. 10 (İfade özgürlüğü)	185
1.8.1. İfade özgürlüğü ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bağlamındaki kamu çıkarının çatışması:	
1.8.2. Devlet memurunun (demokratik) anayasal düzene sadakat yükümlülüğü ve ifade özgürlüğü:	186
1.8.3. İfade özgürlüğü ile devletin, AİHS md. 10'da yer alan, başkalarının şöhret veya haklarının korunması bağlamında, her türlü ırkçılık ve ayrımcılıkla mücadele edilmesine ilişkin çıkarının çatışması.....	188
1.8.4. İfade özgürlüğü ile devletin AİHS md. 8'de yer alan, başkalarının haklarının korunması bağlamında, soykırım inkarının suç olarak düzenlenmesine ilişkin çıkarının çatışması	190
1.9. AİHS md. 11 (Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü)	192
1.9.1. Çalışanın, belirli bir sendikaya üye olmaya zorlanması:	
1.9.2. Toplu pazarlık ve grev devam ederken çıkarılan yasa ile, zorunlu tahkimin devreye sokulması ve grevin durdurulması	193
1.10. AİHS md. 13 (İç hukukta etkin çözüm yolu hakkı).....	196
1.11. Ek 1 No.lu Prototokol md. 1 (Mülkiyet hakkı ya da, Ek 1 No.lu Protokol md. 1'de belirtildiği üzere, "Mülkün / Mal varlığının / Mülkiyetin korunması"):	

.....	198
1.11.1. Devletin haksız kazanç sağlaması:	
1.11.2. İyi niyetle edinilen kullanım hakkının, yetkililer tarafından yanlışlık yapıldığı gerekçesiyle geri alınması	199
1.11.3. Ülkeye kaçak olarak sokulan malların sahibine geri verilmemesi.....	201
1.11.4. Mülkiyet hakkına bedelsiz / tazminatsız olarak son verilmesi.....	202
1.11.5. Kamulaştırmalarda, taşınmazın piyasa değerinin altında bedel / tazminat ödenmesi.....	206
1.11.6. Kamulaştırmasız el atma yoluyla, elektrik dağıtım şirketi lehine oluşturulan irtifak hakkı nedeniyle, taşınmazın düşen değeri için ödenecek tazminatın yüzde 2 oranıyla sınırlı tutulması	209
1.11.7. Acele kamulaştırmada enflasyonu karşılayacak gecikme faizi ödenmemesi:	210
1.11.8. Mülkiyet hakkı yitirilen taşınmazın değerinin tazmin edileceğinin devlet tarafından yükümlenmiş olmasına karşın, taşınmazın değerinin çok altında tazminat ödenmesi ve fark tutarının ödenmesinden kaçınılması	211
1.11.9. Kamulaştırılmasına izin verilen ancak kamulaştırılmayan taşınmaz üzerinde inşaat yapılmasının yasaklanması	214
1.11.10. Kamulaştırma kararı alınan ve tapu kaydına şerh konulan fakat kamulaştırılmayan taşınmaz için tazminat ödenmemesi.....	215
1.11.11. Kamu alacaklarını tahsil etmek amacıyla uygulanan ihtiyati tedbirin gereğinden uzun sürmesi ve mülkiyet hakkını korumaya yönelik usuli güvencelerin yokluğu	216
1.11.12. Devletin, tapu sicilinin düzgün tutulmasıyla ilgili sorumluluğu, taşınmaz satın alanın tapu siciline güvenmesi ve kayıtlardaki yanlışlık nedeniyle uğradığı zarar:	217
1.11.13. Sahip olunan tek konutun, izinsiz inşaat nedeniyle yıkılması.....	218

1.11.14. Yasanın, sosyal yardım ve emeklilik koşullarını değiştirmesi.....	219
1.11.15. Yasanın, sosyal adaleti sağlamak amacıyla, sözleşme ile belirlenen kira tutarlarında indirim yapılmasını öngörmesi	221
1.11.16. Çevrenin korunmasına yönelik olarak, devletle yapılan satış sözleşmesiyle tanınan inşaat izni hükümlerine uyulmaması	224
1.11.17. Kıyıların korunması ve mülkiyet hakkı.....	225
1.11.18. şirket karından, kar paylaşım vergisi ve ek emekliliğe katkı payı zammı ödenmesi.....	228
1.12. AİHS md. 14 (AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanımının sağlanmasıyla ayrımcılık yapılmasının yasak olması [işlemede eşitlik] – kısaca, ayrımcılık yasağı)	229
2. AİHM’nin, AİHS’deki hak ve özgürlüklerin veya çıkarların birbiriyle çatışması durumunda dengeleme uygulaması	238
2.1. AİHS md. 2 (Yaşam hakkı)	239
2.2. AİHS md. 3 (İşkence yasağı).....	240
2.3. AİHS md. 6 (Adil yargılanma hakkı):	
2.4. AİHS md. 8 (Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı)	241
2.4.1. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı:	
2.4.1.1. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile dini cemaatin / kilisenin AİHS md. 9’dan kaynaklanan özerklik hakkının çatışması:	
2.4.1.2. Çocuğun, biyolojik ana-babasının belirlenmesi ve kimliğinin, biyolojik ana-babası belirtilerek oluşturulması	244
2.4.1.3. Ana veya babanın cinsiyet değiştirmesi durumunda çocuğun doğum kaydı ve üstün yararı	247
2.4.1.4. Ana-babanın çocukla ilişkisi ve çocuğun üstün yararı	249
2.4.1.5. Geçmişini öğrenme hakkı	255

2.5. AİHS md. 10 (İfade özgürlüğü).....	256
2.5.1. İfade özgürlüğünün, özel hayata saygı hakkı ile çatışması:	
2.5.2. İfade özgürlüğünün, mülkiyet hakkı ile çatışması.....	257
2.5.3. İfade özgürlüğünün, tüketicilerin ve şirketlerinin çıkarlarıyla çatışması	258
2.6. AİHS md. 11 (Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü)	259
2.6.1. Mezarlıkta toplanacak bir gruba karşıt olan başka bir grubun toplanmasının, mezarlık ziyaretine gelenleri huzursuz edeceği gerekçesiyle yasaklanması:	
2.6.2. İlgili derneğe üye olmama özgürlüğü ile dernek üyelerinin haklarının çatışması	260
2.7. Ek 1 No.lu Protokol md. 1 (Mülkiyet hakkı ya da, Ek 1 No.lu Protokol md. 1’de belirtildiği üzere, “Mülkün / Mal varlığının / Mülkiyetin korunması”):	262
2.7.1. Kiracının oturma hakkı ve konutun ihtiyaç nedeniyle tahliyesi:	
2.7.2. Arazi üzerindeki mülkiyet hakkının, başkalarının avlanma hakkı ile sınırlanması.....	264
3. AİHM’nin, kamu yararlarının / çıkarların bir yandan, birbiriyle, diğer yandan, AİHS’de güvence altına alınan hak veya özgürlükle çatışması durumunda dengeleme uygulaması	265
3.1. AİHS md. 6 (Adil yargılanma hakkı)	266
3.1.1. Yargının güvenilirliğine, saygınlığına ve etkinliğine ilişkin kamu çıkarı ile sosyal ve ekonomi politikalarıyla ilgili kamu çıkarının çatışması:	
3.2. AİHS md. 8 (Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı)	267
3.3. AİHS md. 10 (İfade özgürlüğü):	
3.3.1. Toplumun, bilgi / haber alma özgürlüğüne ilişkin kamu çıkarı ile, yargının güvenilirliğinin ve saygınlığının sürdürülmesine ilişkin kamu çıkarının çatışması:	
3.3.2. İfade özgürlüğüne ilişkin kamu çıkarı ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile ilgili kamu çıkarının çatışması.....	269

XV. BÖLÜM: AİHM KARARLARININ YERİNE GETİRİLMELERİ / İCRA EDİLMELERİ (EXECUTION) AŞAMASINDA ADİL DENGE İLKESİNİN YERİ	
.....	272

XVI. BÖLÜM: SONUÇ	273

1. Genel değerlendirme:

2. AİHS'nin çeşitli maddeleri çerçevesinde değerlendirme	274

3. Sonuçlar	276

KAYNAKÇA:	279

Kitaplar:

Makaleler	282

Belgeler	286

Söyleşi:	287

Sözlükler, Ansiklopediler:

AİHM kararları	288

AİHK kararları ve raporları	297

Anayasa Mahkemesi Kararı	298

Uluslararası Adalet Divanı danışma görüşü:

TABLolar

KISALTMALAR (ABBREVIATIONS)

AB: Avrupa Birliği

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHK: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme)

AYM: Anayasa Mahkemesi

BK: Borçlar Kanunu

Bkz.: Bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

Dec.: Decision (Admissibility decision)

ECHR: European Convention on Human Rights (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)

ECHR / ECtHR: European Court of Human Rights

GC: Grand Chamber of the ECtHR

HUDOC: Human Rights Documentation of ECHR (Search Engine) (Arama Motoru)

ICJ: International Court of Justice (Uluslararası Adalet Divanı)

Karş.: Karşılaştırınız

MK: Medeni Kanun

Örn.: Örneğin

Prg.: Paragraf

Rep. / Rap.: Report / Rapport

TCK: Türk Ceza Kanunu

Vd.: Ve diğerleri

Üniversite: İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitü: Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Programı: Kamu Hukuku Doktora Programı
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Tez Türü ve Tarihi: Doktora Tezi – Aralık 2023

ÖZET

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARINDA ADİL DENGE KAVRAMI

Adil denge, AİHM'in 23.7.1968 tarihli Belçika'daki eğitim dillerine ilişkin kararından bu yana, çok sık başvurulmuş bir kavram veya ilkedir. Konu, AİHS ve Ek Protokoller tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle, kamu çıkarlarının / yararlarının veya bu hak ve özgürlüklerin kendi aralarında çatışmalarıyla ilgilidir. Buna, üçüncü olarak, kamu çıkarlarının, bir yandan birbirleriyle çatışırken, diğer yandan, AİHS ve Ek Protokollerle güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle çatışmalarını da ekleyebiliriz. Adil denge ilkesi, bu çatışma ortamında devreye girer ve çatışan öğeleri ayakta tutacak bir dengeyi sağlayarak çatışmayı durdurur. Bu süreçte, denge sağlanana kadar, çatışan öğelerin, terazide farklı ağırlıklarla tartılması söz konusudur ancak, kural olarak, hakkın özü çiğnenmez ve genel olarak, mutlak hakların ağırlığı azaltılmaz.

Oldukça eski bir geçmişe sahip olan adil denge ilkesine, AİHM dışında, bizim Anayasa Mahkememiz dahil, temel haklarla ilgili yargılama yapan çeşitli yargı organları da başvurmuştur. Tezimizde, ilkenin boyutlarının ortaya konabilmesi için, tarihsel gelişimine ve felsefi temellerine yer verilmeye çalışılmıştır. İlkenin kökeninde yatan orantılılık / ölçülülük kavramı ve terminoloji üzerinde durulmuştur. Adil denge ilkesinin tanımı yapılmış ve bu ilkeyle ilgili olabilecek dengeleme modelleri sunulmuştur. Ayrıca, adil denge ilkesine göre dengeleme yapılana kadar izlenmesi gereken dikey basamaklar / aşamalar gösterilmiştir. AİHM'nin ikincilliği (*subsidiarity*) ilkesi uyarınca, adil denge ilkesine uyulmasının, öncelikle ulusal yetkililerden beklendiği ve AİHM standartlarına uyulması koşuluyla, ulusal yetkililerin değerlendirme ve kararlarına saygı gösterilip uyulacağı (*deference*) konusuna da değinilmiştir.

AİHM kararları ise, yukarıda sözünü ettiğimiz üç çatışma görünümüne uygun olarak bölümlenmiş ve bu bölümlenme içinde, çeşitli dava konularına göre incelenmiştir.

Tezin sonunda, AİHM'nin istisnaen de olsa, mutlak hakları bile içine alacak kadar geniş bir yelpazede dengeleme yaptığı; devletlerin önemli ekonomik çıkarlarını gözettiği ve adil denge ilkesine yönelik dengeleme sürecinde, belirli tanım ve kurallara göre değil, olaya / davaya özgü (*ad hoc*) dengeleme yaptığı sonucuna varılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Denge, Dengeleme, Adil Denge, Hakkın Özü, Mutlak Hak, İkincilik İlkesi



University: İstanbul Kültür University

Institute: Institute of Graduate Studies

Department: Public Law

Programme: Public Law PhD

Supervisor: Prof. Dr. Durmuş Tezcan

Degree Awarded and Date: PhD Thesis – December 2023

ABSTRACT

THE CONCEPT OF FAIR BALANCE IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Since the Judgment of 23.7.1968 on the Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium", European Court of Human Rights (ECtHR) used to apply the principle of fair balance as a tool to settle the conflict between the fundamental rights and freedoms safeguarded by the European Convention of Human Rights (ECHR) with the public / general interests or, with the other protected fundamental rights and freedoms. We can add a third one to these two sorts of conflicts which is the conflict of various public interests with each other and also, with the fundamental rights and freedoms encompassed by the ECHR. In the process of striking a fair balance between the conflicting elements, they are weighed against each other with applying different weights on each side. As a rule, the essence / core of the right at stake cannot be infringed and, in general, the weight / value of the absolute rights cannot be decreased.

The principle of fair balance which has a good long history, is applied by the courts adjudicating on the disputes relating to the fundamental rights and freedoms, including the Turkish Constitutional Court. In this thesis, in order to illustrate the dimensions of the principle of fair balance, the historical developments and philosophical foundations have been put forward. The concept of proportionality which is embedded in the origin of the principle of fair balance and the related terminology have been adduced. Models for balancing the weights of the conflicting elements, definition of the principle of fair balance and the steps in vertical order leading to the end phase which is the striking of a fair balance, have been presented. In accordance with the principle of subsidiarity

in respect of the role of the ECtHR, the fact that it is primarily expected from the national authorities to observe the principle of fair balance and that deference to the conclusions and decisions of the national authorities may take place only under the condition that the standards set by the ECtHR are followed, have also been mentioned.

As regards the ECtHR's Judgments, they are classified in conformity with the three sorts of conflicts as stated above and, analysed under various subject matters of the cases.

In the end, it has been reached the conclusion that the ECtHR carries out the balancing process in a broad spectrum, ranging- even though exceptionally - to the absolute rights; that public interests in connection with substantial economic interests of the respondent states are favoured and, that it does not follow certain definitions and rules but, adjudicates on *ad hoc* basis while striking a fair balance between the conflicting elements.

Key Words: Balancing, Fair Balance, Essence / Core of the Right, Absolute Right, Principle of Subsidiarity, Deference

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARINDA ADİL DENGE KAVRAMI

GİRİŞ

Konu, AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin veya koruduğu çıkarların, yine AİHS'ye dayalı veya AİHS'ye dayalı olmasa da, AİHS açısından meşru sayılabilecek hak / özgürlük ve çıkarlarla (kamusal çıkarlar dahil) çatışması durumunda, ilgili devletin, belirtilen hak ve özgürlüklere müdahalesinin yani, onları sınırlamasının veya çatışan hak / özgürlük ve çıkarlar arasında tercihte bulunmasının dengeli olup olmadığı ile ilgilidir. Dengeli olup olmama sonucunu veren ise, dengeleme uygulaması / eylemi / sürecidir. Bu bakımdan, dengeleme uygulamasının, adil denge ilkesine yönelik olması önem taşır. Adil denge ilkesine yönelik dengeleme uygulaması, devletin hak ve özgürlüklere müdahalesinin, söz konusu ilkenin getirdiği ölçütler uyarınca, ayarlanması / düzeltilmesi yöntemidir.

Konu, bu yönüyle, AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin çatışma durumunda sınırlanmalarının, AİHM tarafından denetlenmesi anlamına da gelmektedir. Amaç, söz konusu çatışmayı, çatışan öğeleri birbiriyle dengeleyerek yani, birini diğerine ezdirmeden çözümlenektir. Bu çözüme ancak, yapılacak dengelemenin adil olmasıyla ulaşılabilir.

Konuyu geliştirmeden önce, denge ve dengeleme kavramlarının açıklığa kavuşturulmasında, bu kavramların tarihi ve felsefi temellerinin ortaya konmasında ve konuyla bağlantılı oldukları için, felsefi boyutlarıyla çıkar ve çatışma kavramları üzerinde durulmasında yarar görülmüştür. Bu nedenle, tezimizin Birinci Kesiminde, belirtilen kavramlar işlenmeye çalışılmıştır. Ayrıca, bu Kesimde, günümüzün dengeleme kavramına kaynak olan orantılılık / ölçülülük kavramının içeriğine, boyutlarına ve dengeleme uygulaması için düşünülebilecek modellere yer verilmiştir. İkinci Kesim, adil denge kavramına / ilkesine ayrılmıştır. Bu Kesimde, adil denge kavramı için gözetilecek ilkeler, kavramın içerdiği öğeler ve bu öğeler çerçevesinde, kavramın olabilecek tanımı sunulmuş, terminoloji üzerinde durulmuş ve adil denge kavramının hakkaniyet kavramıyla karşılaştırması yapılmıştır. Bundan sonra, AİHM'nin yetki alanına giren, hak / özgürlük ve çıkarların çatışmalarının ele alındığı Üçüncü Kesime geçilmiş ve önce, AİHM'nin, adil denge ilkesine yönelik dengeleme uygulaması

için gereken yorumlama yetkisi ve AİHM'nin ikincilliği ilkesi ile ilgili açıklamalar yapılmıştır. Yine bu Kesimde, adil bir denge sağlamak için, yöntem olarak izlenmesi gereken basamaklı sıra düzeni gösterilmiş; adil denge ilkesiyle, orantılılık, hakkın özü, devletin pozitif yükümlülüğü, devletin takdir yetkisi ve demokratik toplum açısından gerekli olma kavramları arasındaki ilişki incelenmiştir. Dördüncü Kesimde, AİHM kararlarından örneklerle, AİHM'nin adil denge ilkesine yönelik dengelemeyi nasıl yaptığı irdelenmiştir. Bu Kesimin sonunda, AİHM'nin, yetki alanına giren hak ve çıkar çatışmalarını adil denge ilkesi uyarınca dengelemesi ile, AİHM kararlarının yerine getirilmesi aşamasında adil denge ilkesinin gündeme gelmesi arasındaki fark sunulmaya çalışılmıştır. Bu Kesimin son Bölümünde ise, AİHM'nin, önceki Kesimde sunulan karar örnekleri için yapılan irdellemelere dayanarak çıkarılan sonuçlar ortaya konmuştur.

BİRİNCİ KESİM

I. BÖLÜM: DENGİ SÖZCÜĞÜNÜN ANLAMLARI, DENGİ VE DENGİLEME KAVRAMLARI

1. Dengi sözcüğünün anlamları:

1.1. Dengi sözcüğü, Türk Dil Kurumunun “Güncel Türkçe Sözlük” adlı kaynağında, “devrilmeden durma hali, muvazene, balans” olarak tanımlanmaktadır. Aynı kaynaktan, dengi sözcüğünün, psikoloji, siyaset bilimi, ekonomi bilimi ve fizik alanlarında da kullanıldığı yazılıdır. Sözcüğün, fizik alanında tanımı, “birbirini ortadan kaldıran güçlerin sonucu olan durma hali” olarak kaydedilmiştir ¹. Orhan Hançerlioğlu'nun Felsefe Ansiklopedisinde ise, dengi, “çelişen karşıt güçlerin birbirlerine egemen olamamalarından doğan görelî ve geçici durum” olarak belirtilmiştir ². Hançerlioğlu'nun bu tanımı, görelilik ve geçicilik öğelerini içermekte, ancak, karşıt güçlerin eşitliğinden / denkliliğinden söz etmemektedir. Bu bağlamda, dengeyi, karşıt güçlerin “durma hali” veya “birbirlerine egemen olamama durumu” olarak kabul edersek, dengedeki karşıt güçlerin birbiriyle – geçici de olsa - “durgun” bir ilişki içinde olmalarını anlarız. Bu anlamda, söz konusu iki gücün birbirine eşit / denk olmaları gerekmez. Daha iyi anlamak için, iki kefeli terazinin bir kefesinin biraz yukarıda, diğer kefesinin biraz

¹ “Dengi”, *Güncel Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu (<https://sozluk.gov.tr/>).

² “Dengi”, Orhan Hançerlioğlu, *Felsefe Ansiklopedisi, Kavramlar ve Akımlar* (Remzi Kitabevi, 1978), C.1.

aşağıda- devrilmeden veya dibe vurmadan- hareketsiz durduğu görüntüyü gözümüzün önüne getirebiliriz.

Bu tanıma uygun dengeleme eylemi (veya dengeleme uygulaması – *balancing exercise* ³) de, karşıt güçlerin, birbirlerine egemen olmadan durmalarını sağlamak olarak açıklanabilir.

1.2. Dil Derneğinin “Türkçe Sözlük” adlı kaynağında denge sözcüğü için verilen ilk tanım, “birbirine karşıt iki kuvvetin eşitliğiyle elde edilen yerleşik konum”dur ⁴. Denge sözcüğünün Osmanlıca eşanlamlısı olan “muvazene” sözcüğü de benzer biçimde, “ağırlıkça birbirine denk olma”, “karşılıklı iki şeyin denkliği, uygunluğu” olarak tanımlanmıştır ⁵. Denge sözcüğünün, Latince “*aequilibrium*” (*aequi+libra*; eşit+terazi), İngilizce “*balance*”, “*equilibrium*”, Fransızca “*balance*”, “*équilibre*” ve Almanca “*das Gleichgewicht*” karşılıkları da eşitlik / denklik ögesini içermektedir ⁶. Bu bağlamda, denge’yi, karşıt güçlerin “eşit / denk olması durumu” olarak tanımlayabiliriz. Daha iyi anlamak için, iki kefli terazinin her iki kefesinin aynı hizada (yatay düz çizgide, düzeyde) olduğu görüntüyü gözümüzün önüne getirebiliriz.

Bu tanıma uygun dengeleme eylemi (veya dengeleme uygulaması) ⁷ de, karşıt güçlerden birinin diğerine ağır basmayacağı veya diğeri aleyhinde etki yaratmayacağı biçimde eşitleştirilmeleri anlaşılır ⁸.

1.3. Yukarıda, denge sözcüğünün, iki farklı tanımı sunulmuştur. İlkinde, denge’nin “devrilmeden durma hali” veya karşıt güçlerin “birbirlerine egemen olamama durumu”;

³ Burada, “dengeleme uygulaması” teriminin tercih edilmesinin nedeni, İngilizce kaynaklarda yaygın olarak kullanılan “*balancing exercise*” terimiyle uyumlu olmak içindir. Konu ile ilgili ilk kaynağın yazarı olan Zeynep Hazar da, “*balancing exercise*” teriminin karşılığı olarak, “dengeleme uygulaması” terimini kullanmıştır (Zeynep Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması* (Ankara, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Kasım 2021), 21, 176).

⁴ “Denge”, *Türkçe Sözlük*, Dil Derneği (Ankara, Eflal Matbaacılık, Geliştirilmiş Dördüncü Baskı, 2018).

⁵ “Muvazene”, Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat* (Ankara, Aydın Kitabevi Yay., 29. Baskı, 2012).

⁶ “Balance”, “Equilibrium”, *Collins English Dictionary* (Millennium Edition, Harper Collins Publishers, 1999); “Balance”, “Équilibre”, *Larousse Compact French-English, English-French Dictionary*, (Larousse, 1993); “das Gleichgewicht”, *Langenscheidts Taschenwörterbuch, Englisch-Deutsch, Deutsch-Englisch* (Berlin, München, Wien, Zürich, New York, Langenscheidt, Erweiterte Neuasgabe, 1983).

⁷ Latince “*aequilibrare*”; İngilizce “*to equilibrate*”, “*to balance*”; terazinin keflerini aynı hizaya getirmek, dengelemek (*Collins English Dictionary*); Fransızca “*contrebalancer*” (*Larousse Compact French-English, English-French Dictionary*); Almanca “*ins Gleichgewicht bringen*” (*Langenscheidts Taschenwörterbuch, Englisch-Deutsch, Deutsch-Englisch*).

⁸ “Balance”, *The Merriam-Webster Pocket Dictionary of Synonyms* (New York, G. & C. Merriam Co., 1972).

ikincisinde ise, karşıt güçlerin “eşit / denk olma durumu” öne çıkmıştır. Ancak, her iki tanımın ortak ögesi, karşıt güçlerin- ister farklı, ister aynı düzeyde olsun – birbirlerini alt etmeden varlıklarını sürdürmeleridir. Belirtelim ki, dengeleme işlemleri de bu ortak öge uyarınca gerçekleşmektedir.

2. Denge noktası:

Dengeleme uygulamasının gerçekleşmesi yani, dengenin sağlanması için denge noktasının bulunması gerekir. Denge noktasının bulunması ise, ilk denge tanımına uygun dengeleme uygulamasında, ikinci denge tanımına uygun eşitleştirme biçimindeki dengeleme uygulamasına göre daha zordur ⁹.

3. Denge kavramı ve terazi simgesi:

Romalıların adaleti simgeleyen Adalet Tanrıçası Iustitia'nın (*Justitia*) elinde tuttuğu iki kefeli terazi (*Libra*) gözümüzün önüne getirdiğimizde, her iki kefenin de- boş olarak - aynı hizada durduğunu anımsarız. Bu görüntüyle anlatılmak istenen, adaletin, karşıt güçlerin veya ağırlıkların tartılarak dengelenmesiyle sağlanacak olmasıdır ¹⁰. Arapça, “adalet” (hakka uygun olma) ve “itidal” (ne az ne çok / ölçülü / orta / dengeli olma) sözcüklerinin aynı kökten (“adl”; doğruluk) türemiş olmaları da ¹¹, adaletin, dengeleme işleviyle bütünleştiğini doğrulamakta ve terazinin, adaletin simgesi olmasını anlamlandırmaktadır. İki kefeli terazi simgesinin, antik çağdan itibaren, adaletin, doğa bilimlerinde olduğu gibi, ölçülebilir / tartılabilir nitelikte ve şaşmaz doğrulukla (*precision*) sonuç ürettiği biçiminde ideolojik bir mesaj verdiği de ileri sürülmüştür ¹².

İki kefeli terazinin boş kefelerine karşıt güçler / ağırlıklar konduğunda dengeleme, yukarıdaki denge tanımlarına göre, 1) ya kefeleri farklı seviyelerde durdurma veya 2) aynı hizaya getirerek eşitleme biçiminde gerçekleşir. 1)'de denge noktası kefelerden

⁹ Denge noktası, İngilizceye, ilk “denge” tanımına göre, “*point of balance*”; ikinci “denge” tanımına göre, “*point of equilibrium*” olarak çevrilebilir. Denge noktasını gösteren “ibre”; “needle” veya “pointer” (“ibre”, *Redhouse Yeni Türkçe-İngilizce Sözlük* (İstanbul, Redhouse Yayınevi, On Üçüncü Basım, Ekim 1992).

¹⁰ Mustafa Erdoğan, *Hukuk ve Adalet* (Ankara, Hukuk Yayınları, 2017) 185-186; A. Can Tuncay, *Adalet Peşinde (Quest for Justice)* (İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2018) 49-50.

¹¹ “Adl”, “Adalet”, “İtidal”, Devellioğlu.

¹² Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An assault on human rights?”, *International Journal of Constitutional Law – I.Con*, Volume 7, Issue 3, July 2009: 469 (<https://doi.org/10.1093/icon/mop011>) (erişim: 22.12.2021).

birine eğimlidir; terazinin ibresi, biraz eğik olarak o noktada durur. 2)'de ise, denge noktası her iki kefeye eşit mesafededir; terazinin ibresi, dik durur.

Dengeleme biçimlerinden ilkinin veya ikincisinin her durumda “adil” olduğunu söylemek olanaklı değildir; duruma göre, bazen ilki, bazen ikincisi daha “adil” olabilir. Örneğin, AİHM Büyük Dairesi, 11.7.2002 tarihli Christine Goodwin / Birleşik Krallık kararında, davadaki olgular nedeniyle, adil dengenin sağlanması için, terazinin başvuru lehine eğilmesi gerektiğini belirtmiştir¹³. Gözlemlerimize göre, AİHM kararlarında görülen adil denge uygulaması, verdiğimiz örnekte olduğu gibi, daha çok birinci denge tanımına uygun düşmektedir.

4. Dengeleme ile denkleştirme kavramlarının farkı:

Eşitleştirme biçiminde dengeleme ile denkleştirme kavramları, eşitleştirme ögesi içermeleri nedeniyle benzeşseler de farklı kavramlar oldukları ve farklı alanlarda kullanıldıkları kaydedilmelidir. Denkleştirme kavramı, Aile Hukuku ve Miras Hukukunda, parasal değeri olan varlıkların paylaşımında hak sahipleri arasında eşitlik sağlama veya eşitliği koruma amacıyla başvuru “ekleme-çıkarma işlemi” anlamına gelmektedir; ayrıca, yasada yer alan teknik bir terimdir¹⁴. Denkleştirme, özel hukuk alanında, kişiler arası paylaşımlarda uygulanan bir işlem; dengeleme ise, ileride

¹³ Christine Goodwin v. The United Kingdom (no. 28957/95) [GC], 11.7.2002, prg. 93; Başak Çali, “Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)”, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* [MPEiPro], September 2018, prg 34. (<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3426.013.3426/law-mpeipro-e3426?rskey=of8wYc&result=4&prd=OPIL>) (erişim 29.4.2021).

¹⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara, Turhan Kitabevi, 2015), 391-392, 424-430; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 6. Bası, 2015), 467-471.

sunacağımız gibi, temel haklar (*fundamental rights*) / insan hakları (*human rights*)^{15, 16} alanında uygulanan bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır. Denkleştirmenin, aynı zamanda kişiler arasında “düzeltici” bir işlev görmesi nedeniyle “düzeltici / denkleştirici adalet” anlayışıyla bağlantılı olduğu söylenebilir. Dengelemenin de, karşıt güçlerden birinin diğerine ağır basmaması veya diğeri aleyhinde etki yaratmaması için, güç, ağırlık, olanak, yarar, çıkar, hak gibi etmenlerin dağılımını düzenleyici işlevi nedeniyle “dağıtıcı adalet” anlayışıyla ilişkili olduğu ileri sürülebilir¹⁷. Ancak, denkleştirme ve dengeleme kavramlarının, Aristoteles’ten (M.Ö. 384-322) günümüze gelen “düzeltici / denkleştirici” ve “dağıtıcı” adalet anlayışlarıyla ilişkisi kurulurken, söz konusu

¹⁵ Mümtaz Soysal, insan hakları ve temel haklar terimlerinin birbirinin karşılığı olarak kullanıldığı kaydetmiştir (Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş* (Ankara, A.Ü.S.B.F. Yay. No. 271, Sevinç Matbaası, Genişletilerek İkinci Yayınlanış, 1969), 237). Münci Kapani, insan haklarının, olması gereken ideal haklar listesi anlamına geldiğini, doktrinde ve konuşma dilinde ise, Alman hukukundan gelen temel haklar (*die Grundrechte*) teriminin karşılığı olarak kullanıldığını belirtmiştir (Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara, A.Ü.H.F. Yay. No. 453, Atatürk’ün 100. Doğum Yılına Armağan, Yenilenmiş Altıncı Baskı, 1981), 14). A. Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük de, insan hakları ve temel haklar terimlerinin eşanlamlı olarak kullanıldıklarını kaydetmişlerdir (A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi* (Ankara, Turhan Kitabevi Basım-Yayın Tic. Ltd. Şti, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Bası, 2002), 3). Kemal Gözler’e göre, temel haklar, anayasada yer alan haklardır. Ancak, insan haklarının anayasada düzenlenmiş olması, bu haklara, insan hakları denmesini yanlış kılmaz (Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Temmuz 2017), 96, 98, 102). Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Rifat Murat Önok ise, dar anlamda insan haklarının, olmazsa olmaz nitelikteki temel haklar kavramıyla örtüştüğünü belirtmişlerdir (Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (Ankara, Seçkin/Hukuk, Güncellenmiş Sekizinci Baskı, Eylül 2019), 27). Utkan Araslı da, insan hakları ve temel hak ve özgürlük kavramları arasında fark bulunmadığını kaydetmiştir (Utkan Araslı, *Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Açısından Anayasal Temel İlke ve Kavramlar* (Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 276, Ocak 2015), 214).

Biz de bu görüşlere dayanarak, temel haklar ile insan hakları kavramlarını ayırım gözetmeden kullanacağız. Burada yeri gelmişken, 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde temel haklar teriminin, insan hakları bağlamında kullanıldığını da belirtelim (“Fundamental rights”, Julian Webb, ed., *The Penguin Dictionary of Law* (Penguin Books, 2009), 227).

¹⁶ Henry Shue’ye göre, temel haklar, yaşamın yıkıcı ve yaygın tehditlerinden olan, güvenliği ve geçim olanaklarını yitirme tehditlerine karşı kalkan işlevi görür. Temel hakların amacı, insanları savunmasız biçimde başkalarının merhametine terkedilmekten korumaktır. Bu açıdan, temel haklar, “güvenlik hakları” ve “varlığını sürdürme hakları” olarak iki grupta toplanır (Henry Shue, “Temel Hakların Evrenselliği”, Yayına Hazırlayan, İoanna Kuçuradi, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri 9-13 Haziran 1980*, Ankara, Hacettepe Üniversitesi, Türkiye ve Ortadoğu Araştırmaları Enstitüsü, 1982, 29, 38-39). Shue’nin, temel hakların kalkan işlevi gördüğüne ilişkin görüşü, Ronald Dworkin’in hakların, kısıtlayıcı siyasal yönelimlere karşı ileri sürüldüklerinde, özgürlükleri ve çıkarları sınırlamayı engelleyen (bloke eden) bir işlev (*reason blocking*) gördüğü kuramıyla (bkz. aşağıda III. Bölümün 2.4. ve V. Bölümün 5.1. no.lu paragrafları) karşılaştırılabilir.

¹⁷ Her iki adalet anlayışı da günümüze Aristoteles’ten (M.Ö. 384-322) gelmektedir. Aristoteles, bedel ödeten, önceki duruma getiren, onaran, gideren / telafi eden anlamlarını karşılayan “düzeltici adalet” (*retributive, restorative, rectificatory, corrective, compensatory justice*) ile toplumda nimet ve külfetlerin dağıtımını anlatan “dağıtıcı adalet” (*distributive justice*) terimlerini kullanmıştır. Aquino’lu Saint Thomas (yaklaşık 1225-1274) ise, “düzeltici adalet” anlayışının değiş-tokuş dengesine dayandığı düşüncesiyle, “denkleştirici adalet” (*commutative justice*) terimini benimsemiş, bundan sonra da bu terim, Aristoteles’in kullandığı “düzeltici adalet” terimi yerine tercih edilmiştir (Anıl Çeçen, *Adalet Kavramı, Adalet Kavramının Görelliliği Üzerine Bir Deneme* (Ankara, Astana Yayınları A.Ş., Genişletilmiş 5. Baskı, 2020), 47-51; Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi* (İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1983), 63-66; Vecdi Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam, Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması* (İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988), 187-191; Erdoğan 92-101 ve 169-170; Tuncay 51-55; “Justice, distributive”, “Justice, retributive” Simon Blackburn, *Oxford Dictionary of Philosophy* (Oxford University Press, Second Ed., 2005), 195; “Distributive justice”, “Restorative justice”, Webb 163, 435).

kavramların “eşitleştirme” işlevlerinin, Aristoteles’in benimsediği, “eşitler arası eşitlik” ilkesine uygun toplumsal katmanlar / sınıflar arası hak eşitsizliğine dayalı toplum şemasına ^{18, 19} göre değil, günümüzün anlayışına uygun, bütün insanların hak eşitliğine sahip olduğu toplum şemasına göre yorumlanmasının doğru olacağı düşünülmektedir ²⁰.

II. BÖLÜM: DENGİ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Equilibrium anlamında denge kavramının kökleri, antik uygarlıklara ve Hinduizm, Taoizm ve Konfüçyus dinleri gibi eski dinlere kadar uzanır. Antik uygarlıklarda, toplumda düzenin, adaletin ve refahın, doğada da geçerli olan kozmik nitelikteki denge ile sağlandığına inanılırdı ²¹. Antik Yunan filozoflarından Anaximander (M.Ö. 610 ?-547/6 ?), adalet kavramını, bozulan dengeye gösterilen tepki ve bu tepki sonucunda denge durumuna geri dönülmesi olarak yorumlamış; Heraclitus (M.Ö. 540?-480?) da adaleti, diyalektik ilişki içindeki karşıtların, durağan etmen olan “logos” ²² sayesinde kurulan dengesi olarak tanımlamıştı ²³. 17. yüzyıl Avrupasında Hristiyan mezhep çatışmalarına son veren Westphalia Andlaşması (1648) ile Avrupa’da “güçler dengesi”nin kurulması ve bu yüzyılda yaşanan “bilim devrimi”nin önemli bilimcileri olan Descartes (1596-1650), Newton (1642-1727) ve Leibniz’in (1646-1716) evreni bir denge düzeni olarak tanımlamaları, denge kavramına güç kazandırmış, ekonomi ile siyaset felsefesi alanlarını da etkisi altına almıştır. 18. yüzyıl “aydınlanma çağı” düşünürlerinden Montesquieu (1689-1755) bu etkiyle, Birleşik Krallık’taki (İngiltere) yönetim biçimini de örnek alarak, güçlerin (erklerin) birbirinden ayrı fakat dengede olmaları gerektiğini savunmuştur ²⁴. 1787 ABD anayasası bu bakış açısıyla

¹⁸ Alaeddin Şenel, *İnsanlık Tarihi Boyunca İnsan Hakları Demokrasi İlişkisi* (İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yay. 6, 1996), 81-83; Çetin Yetkin, *Adalet Hiç Var Olmadı, Adalet Kavramı Üzerine Kötümser Bir Deneme* (Ankara, Kilit Yayınları, 2015), 51.

¹⁹ Romalı düşünür Cicero (M.Ö. 106-43), “hakkı olana hakkının verilmesi, adaletin son noktasıdır” (*suum cuique tribuere ea demum summa iustitia est*) sözlerinin bir anlamı da, eşit haklara sahip olmayanların eşit hak isteminde bulunamayacak olmalarıdır (John Gray, *Lawyer’s Latin, A Vade Mecum* (London, Robert Hale Limited, New Edition, 2006), 80).

²⁰ Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri* (İstanbul On İki Levha Yayıncılık A.Ş., Ekim 2017), 47.

²¹ Ioannis Sarmas, *The Fair Balance - Justice as an equilibrium setting exercise* (Athens, Thessaloniki, Sakkoulas Publications, Nomos, 2014), 12-13.

²² Heraclitus’a göre “logos”, dünyada düzeni ve akılcılığı sağlayan doğa yasasıdır; bkz., “Logos”, Blackburn, 215.

²³ Sarmas 197-198.

²⁴ Sarmas 83-84.

hazırlanmıştır ²⁵. Denge kavramı, daha sonra, sosyal ve siyasal alanda eşitsizliklerin hafifletilmesinde, çatışan çıkarların yatıştırılıp uzlaştırılmasında ve kadın hakları alanında rol oynamıştır ²⁶.

III. BÖLÜM: ÇIKAR KAVRAMI, BU KAVRAMIN HAKLAR VE HUKUK KURALLARI İLE İLİŞKİSİ VE GENEL ÇIKAR / YARAR VE KAMU ÇIKARI / YARARI KAVRAMLARI

1. Çıkar kavramı:

1.1. Çıkar (menfaat) (*interest*) kavramı ²⁷, çıkar kuramcıları (*interest theorists*) ve yarar kuramcıları (*utilitarianists*) tarafından işlenmiştir ²⁸. Bu kuramcılara göre, birçok tutumun, davranışın ve görünümün altında yatan şey çıkardır ^{29, 30}. Bu bağlamda, çıkarın karşıtı, zarar veren tutum ve davranış ve kötü sonuç yaratan etkidir ³¹. Dolayısıyla, çıkar kavramı, yararı ve yararlı olanı içerir.

Carlos Santiago Nino, liberal felsefe açısından, bireylerin yaşam planlarının (*life plans*) seçiminde ve gerçekleştirilmesinde kişisel özerkliğin (*personal autonomy*); kişisel özerkliğin korunmasında ve gelişmesinde ise, çıkarların rol oynadığını belirtmektedir. Nino'ya göre, kişisel çıkarlar doğrultusunda eylem / işlem özgürlüğünün sınırı, 1789 Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesinin 4. ve 5. maddelerinde belirtildiği gibi, başkalarına zarar vermemektir. Ancak, bireylerin yaşam planları, bu planları gerçekleştirmek için kullanılan veya kullanılmak istenen araçlar ve kaynaklar nedeniyle başkalarının yaşam planlarına zarar verebilir ve yaşam planları arasında çatışma oluşur ³².

²⁵ Sarmas 88.

²⁶ Sarmas 93-94.

²⁷ “Çıkar” (*interest*) sözcüğü, “yarar” (fayda) sözcüğü ile eşanlamlı olarak da kullanılmaktadır (“Çıkar”, “Yarar”, *Türkçe Sözlük*; “Faide”, “Menfaat”, Devellioğlu; “Yarar”, Hançerlioğlu, C. 7; “Interest” [= *benefit, advantage*], *Collins English Dictionary*.

²⁸ Yararcı öğretisi ile ilgili açıklamalar için bkz., aşağıda IV. 4.1. no.lu paragraf.

²⁹ Rudolf von Jhering'e göre, çıkar, hazzı kavuşmak veya elemenden kurtulmaktır; insanı harekete geçiren gerçek güç çıkardır. Başkası için veya toplum için kişisel çıkardan vazgeçmek, fedakarlık etmek, bencillikten (*egoist*) uzak yani, özgeci (*altruist*) bir davranış olsa da, bu davranışın temelinde yine çıkar yatmaktadır (Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (Ankara, Siyasal Kitabevi, 15. Baskı, 2020), 263-264).

³⁰ “Çıkar”, Hançerlioğlu, C. 1. Burada, Hançerlioğlu, Marksçılığın da, toplumsal yaşamda olup bitenlerin, belli çıkarların görünümünü yansıttığı görüşünde olduğunu belirtir.

³¹ “Interests”, Blackburn 189.

³² Carlos Santiago Nino, *The Ethics of Human Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1994), 143-145, 189-190.

1.2. Çıkar kavramının, kişisel ve toplumsal (genel) olmak üzere en az iki boyutu vardır. Kişisel boyutta çıkarlar, haklarla ilişkilendirilebilir (örn., kişi özgürlüğünün temel hak olarak tanınması – özgürlük hakkı). Bu durumda, hakların, belirli kişisel çıkarları temsil ettiğinden söz edilebilir (örn., özgürlük hakkının, kişinin özgürlük çıkarını temsil etmesi). Bu boyutta, haklarla ilişkilendirilmeyen yalın kişisel çıkarlar da olabilir. Çıkar kavramının kişisel boyutu, haklar, temel haklar / insan hakları ile ilgilidir. Toplumsal (genel) boyuttaki çıkarlar ise, kamu hukukunun çeşitli dalları ile ilgilidir.

Geniş açıdan bakıldığında, kişisel ve toplumsal (genel) boyuttaki çıkarlar, ilkeleri de kapsar. Örneğin, toplumsal (genel) çıkarla ilgili olan, savcının, suçu gereği gibi ve yasa uyarınca soruşturması, ceza yargılaması hukukunda bir ilkedir ³³. Suçsuzun korunması ³⁴ ve hukuk güvenliği (*legal certainty*) ilkelerine uyulması da böyledir ³⁵. Bütün bunlar, aynı zamanda, kişisel çıkarlarla da ilgilidir. Örnekleri çoğaltabiliriz: İlke veya bağışıklık (*immunity*) olarak da nitelendirilen, susma ve kendini suçlamaktan kaçınma haklarına saygı gösterilmesi ³⁶, kişisel çıkarla ilgili olduğu kadar, doğru yargısal sonuca varılması açısından toplumun da çıkarıdır ³⁷. Özetle, bazı ilkelerin korunmasında ve yerine getirilmesinde, kişisel ve toplumsal (genel) çıkarların birbiriyle örtüştüğü söylenebilir (bkz., izleyen paragraf).

1.3. Alf Ross'a (1899-1979) göre, çıkarlar ihtiyaçlara dayanır, birbiriyle örtüşebilir (örtüşen çıkarlar - *coinciding interests* ^{38, 39}), birbirine bağlı olabilir (*connected*

³³ Jaakko Jonkka, "A Model for the Weighing of Interests in the Prosecutor's Legal Discretion", *Scandinavian Studies in Law*, 1999-2012: 244 (<https://scandinavianlaw.se/pdf/51-11.pdf>) (erişim: 28.1.2022).

³⁴ Jonkka 245-246.

³⁵ Örneğin, Mizzi v. Malta (no. 26111/02), 12.1.2006, prg. 88, 112, 114. AİHM yargıcı Albuquerque de, AİHM Büyük Dairesinin 1.12.2020 tarihli Gudmundur Andri Astradsson / İzlanda kararındaki kısmi karşı oy yazısında, hukuk güvenliği ilkesini, genel çıkar / kamu yararı olarak ele almıştır (Gudmundur Andri Astradsson v. Iceland (no. 26374/18) [GC], 1.12.2020, s. 121-122, prg., 8).

³⁶ Susma ve kendini suçlamaktan kaçınma haklarının AİHS'de yazılı olmadıkları ancak, adil yargılanma hakkı ile ilgili, AİHS md. 6 kapsamında görüldüğü kaydedilmelidir.

³⁷ R. A. Lawson and H. G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights* (Ars Aequi Libri, Maklu, Nomos, Schulthess, 1997), 507 [n.10].

³⁸ Rudolf von Jhering'e göre, bireyin çıkarı ile toplumun çıkarı, bazı durumlarda (öğrencinin öğrenmeye zorlanması örneğinde görüldüğü gibi) dayanışma içindedir (Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 271).

³⁹ T. Alexander Aleinikoff, bireylerin çıkarlarının her zaman devletin / kamunun çıkarlarıyla çatışma içinde olmadığını, örn., hükümetin, bireysel haklara nedensiz müdahalelerini engellemekte toplumun / kamunun çıkarıyla bireylerin çıkarlarının; benzer biçimde, cezaevi güvenliğinin sağlanmasında, devletin / kamunun çıkarlarıyla cezaevindeki bireylerin çıkarlarının örtüştüğünü belirtir (T. Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 5, April 1987: 981 (<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7068&context=yli>) (erişim: 27.12.2021).

interests) veya birbiriyle ortaklaşabilir (*common interests, community interests*). Birbirine bağlı çıkarlar, birbiriyle karşılıklı uyum içinde olmadıkları (*mutual disharmony of interests*) ölçüde birbiriyle çatışabilirler. Bu durum, birbirine bağlı çıkarların dayandığı ihtiyaçların niteliklerinin aynı değerlendirme ölçüsüyle değerlendirilememesinden veya karşılaştırılamamasından (*incommensurability of needs*) kaynaklanıyor olabilir. Çatışan çıkarlar ise, toplumsal (genel) çıkarın (*social / general interest*) bileşenleri olarak, bir toplumsal (genel) düzende (*social / general order*) birleşirler (örn., bir mülk üzerinde çatışan çıkarların, mülkiyet – toplumsal düzeninde birleşmesi). Ross'a göre, toplumsal (genel) çıkarın, devlet tarafından, örneğin, yasa ile güvence altına alınan biçimi, “kamu çıkarı / yararı” (*public interest*) olarak adlandırılır ^{40, 41}.

1.4. Toplumsal sistemi, iş (Alm., *Arbeit*) ve karşılıklı etkileşim (Alm., *Interaktion*) olgularına dayandıran Alman düşünürü Jürgen Habermas (1929-) ^{42, 43}, toplumsal farklılaşmanın (*social differentiation*), bir yandan toplumdaki görevlerin, rollerin ve çıkarların (*interest positions*) çeşitlenip çoğalmasına yol açarken, diğer yandan da, kişisel başarı için, kişisel çıkarların peşinde koşmayı (*self-interested pursuit*) gerektirdiğini belirtmektedir. Habermas'a göre, kişisel çıkarlar doğrultusunda eylem (*self-interested action*), her zaman kurallar düzeni (*normative order*) ile ya kaynaşır (*fuse with*) veya sınırlandırılır ⁴⁴. Habermas, her çıkarın toplum önünde açıkça (*publicly*) savunulamayacağını (*indefensible interests*) da vurgulamıştır ^{45, 46}. Birçok toplumbilimcinin, kişisel çıkarların (*self-interests*) çeşitliliğinde, bireylerin toplumsal kimlik duygularının (*sense of social identity*) rol oynadığını ileri sürdükleri de kaydedilmelidir ⁴⁷.

⁴⁰ Alf Ross, *On law and Justice* (London, Stevens & Sons Limited, 1958), 293-296, 358-364.

⁴¹ Görüşümüze göre, toplumsal / genel çıkar, her zaman yasa ile güvence altına alınmadığı gibi, kapsamının belirlenmesi de çoğu zaman yetkililerin değerlendirmelerine bırakılmaktadır.

⁴² Taner Timur, *Habermas'ı Okumak* (İstanbul, Yordam Kitap, Üçüncü Basım, Aralık 2017), 113, 115.

⁴³ Habermas'ın çözümlemelerinin Avrupa ve özellikle Almanya odaklı olduğu konusunda bkz., Timur, 203, 210-211, 255, 271.

⁴⁴ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms, Contributions of a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans., William Rehg (Cambridge, Polity Press, Reprinted 1998), 25.

⁴⁵ Habermas 340.

⁴⁶ Habermas'ın çıkar çatışması bağlamında eleştirisi için bkz., Timur 212-213, 261.

⁴⁷ “Interests”, Gordon Marshall (Ed.), *Oxford Dictionary of Sociology* (Oxford University Press, Second Ed., 1998), 322.

2. Çıkar kavramının haklar ve kurallarla ilişkisi:

2.1. Ernest Hirsch (Ernst E. Hirsch) (1902-1985), Rudolf von Jhering'e (1818-1892) gönderme yaparak, hukuk kurallarının çıkar çatışmalarından doğduğunu ve çıkar çatışmalarının, her ülkenin içinde bulunduğu yaşam koşullarına bağlı bulunduğunu belirtir ^{48, 49}. Çetin Yetkin, eşitsizlikçi toplumlarda çıkar çatışmalarının kaçınılmaz olduğunu savunur ⁵⁰.

“Çıkarlar hukukçuluğu”na öncülük eden Philipp von Heck'e (1858-1943) ⁵¹ göre, hukuk kuralı (*norm*), çatışan çıkarların bileşkesidir (*vector*) ⁵².

Çıkar kuramını benimseyen Kemal Gözler, hakların özünün ve içeriğinin çıkarlardan oluştuğunu ve hakların varlığının çıkarlara bağlı olduğunu belirtir ve hak kavramını, kişinin, hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan çıkarı olarak tanımlar ^{53, 54, 55}. Jonas Christoffersen de, hakların, temsil ettikleri çıkarların önemine göre korundukları görüşündedir ⁵⁶.

2.2. Adnan Güriz, sosyolojik hukuk akımının (sosyolojik hukukçuluk - *sociological jurisprudence* ⁵⁷) önemli temsilcilerinden olan Roscoe Pound'un (1870-1964) ⁵⁸,

⁴⁸ Ernest Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri* (Güncel Dile Uyarlayan, Selçuk Baran Veziroğlu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Üçüncü Tıpkı Basım, 2001), 274, 287.

⁴⁹ Rudolf von Jhering'in çıkarlar ve hukuk ilişkisi ile ilgili görüşleri için bkz., Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 122-124, 263-267, 270-274; Yetkin 166, 169-172, 175-176.

⁵⁰ Yetkin 27.

⁵¹ Bkz., dip-not 267-268.

⁵² Remus Titiriga, “The ‘Jurisprudence of Interests’ (Interessenjurisprudenz) from Germany: History, Accomplishments, Evaluation”, *International Journal of Law, Language and Discourse*, 2013, 3(1): 67 (https://www.researchgate.net/publication/256012997_The_Jurisprudence_of_Interests%27_Interessenjurisprudenz_from_Germany_History_Accomplishments_Evaluation) (erişim: 27.12.2021).

⁵³ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Genişletilmiş 15. Baskı, Ağustos 2018), 427-428.

⁵⁴ Nino da, hakların içeriğini çıkarların oluşturduğunu belirtir (Nino 147).

⁵⁵ Rudolf von Jhering de, her çıkarın hukuk tarafından korunmadığını, sadece, hukuk tarafından korunan çıkarların hak yarattığı görüşündedir; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara, Siyasal Kitabevi, Tıpkı Basım, 18. Baskı, 2017), 50.

⁵⁶ Jonas Christoffersen, “Straight Human Rights Talk – Why Proportionality does (not) Matter”, *Scandinavian Studies in Law 1999-2015*: 43) (<https://scandinavianlaw.se/pdf/55-1.pdf>) (erişim 27.12.2021).

⁵⁷ Aleinikoff 955, 957, 959.

⁵⁸ Güriz, *Hukuk Başlangıcı* 265.

kişisel, kamusal ve toplumsal anlamda çıkar kavramının, tatmin edilmeyi bekleyen istekleri ve ihtiyaçları içermesi nedeniyle, pozitif hukuktaki hak kavramından daha geniş olduğunu savunduğunu belirtmiştir ⁵⁹.

2.3. Ömer Naci Soykan, çıkarların hak olarak görülmesinin ve günlük yaşamda çıkarların ve hakların birbirinin yerine kullanılmasının yanlış olduğu görüşündedir. Soykan'a göre hak, sadece, yaşama ve özgürlük hakkı olarak ele alınabilir ⁶⁰. Soykan, bir kimsenin çıkarının, başka birinin çıkarına karşıt / aykırı olabileceğini fakat, bir kimsenin, başkası aleyhinde bir hakka yani, yaşama ve özgürlük hakkına sahip olamayacağını belirterek, hak ve çıkar kavramlarının farklı olduğunu savunur ⁶¹. Konuya etik değerler açısından bakan İoanna Kuçuradi de, çıkar-hak bağlantısına karşı çıkmakta ve haklar arasında çatışma oluşmasının nedenini, hakların – birbirleriyle çatışmaları kaçınılmaz olan - çıkarlara dayandırılmasında görmektedir ⁶². T. Alexander Aleinikoff da, hukukun, çıkarların çatışma alanı olarak görülmesinin, hukuki tercihlerin, çatışan çıkarların gücüne göre belirlenmesine yol açtığından yakınmış ve eleştirmiştir ⁶³.

2.4. Özgürlükçü-bireyci (*liberal-individualist* ⁶⁴) John Rawls (1921-2002), hakların, çıkarları değil, özgürlükleri koruduğunu; yine, özgürlükçü-bireyci Ronald Dworkin (1931-2013) de, çıkar kuramından ayrılarak, hakların, iskambil oyunlarında elde tutulan koz (*trump card*) gibi, kısıtlayıcı siyasal yönelimlere karşı ileri sürüldüklerinde, özgürlükleri ve çıkarları sınırlamayı engelleyen (bloke eden) bir işlev (*reason blocking*)

⁵⁹ Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 265-266.

⁶⁰ Bu görüş, Henry Shue'nin görüşüyle karşılaştırılabilir; bkz., dip-not 16.

⁶¹ Ömer Naci Soykan, "İnsan Hakları: Kavramsal Bir Çözümleme", *Bilig, Yaz 2013*, sayı 66, s. 229-246: 234, 237 (<http://bilig.yesevi.edu.tr/yonetim/icerik/makaleler/2403-published.pdf>) (erişim 24.11.2021).

⁶² İoanna Kuçuradi, *Ahlak, Etik ve Etikler* (Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, Şen Matbaa, İkinci baskı, 2020), 113-114, 116; İoanna Kuçuradi, Figen Atalay ile söyleşi (*Cumhuriyet* Gazetesi, 12.2.2021) (<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/ioanna-kucuradi-ile-hayat-uzerine-1-salginin-etkileri-ozgurluk-haklar-mutluluk-1813145>).

⁶³ Aleinikoff 1004.

⁶⁴ Özgürlüklerle birlikte serbest piyasa ekonomisini de üstün tutan John Rawls, Ronald Dworkin ve Michael Sandel gibi düşünürler, toplumcu olmadıkları için, "özgürlükçü-bireyci" olarak tanımlanan gruba dahil edilmektedirler; bkz., Robert Benewick and Philip Green, eds., *The Routledge Dictionary of Twentieth-Century Political Thinkers* (London, New York, Second edition, 1998), 208, 272; "Dworkin, Roland", "Liberalism", "Rawls, John", Blackburn, 107, 209, 308; "Erkincilik-Liberalism", Bedia Akarsu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü* (Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 1975), 66; "Erkincilik - Serbestçilik - Liberalism", Hançerlioğlu, C. 2.

gördüğünü savunmaktadır ^{65, 66, 67, 68}. Hak, mutlak nitelikte olmasa bile, topluluğun hedeflerine (*collective goals*) yönelik girişimlere / uygulamalara karşı bireyin çıkarlarını koruyan sınırdır, bireyin elindeki en değerli kozdur. Hakkın çizdiği bu sınır, bir yandan da, demokratik toplumlarda çoğunlukçu (*majoritarian*) karar alma süreçlerinin önünde koruyucu bir engel oluşturur ⁶⁹. Dworkin'e göre, bireyin dokunulmazlığı ilkesi (*the principle of the inviolability of the person*) gereği, toplumun refahı ve çıkarları (kamu yararı, kamu güvenliği vb) için, bireyin çıkarlarına dokunulamaz yani, toplumun refahı ve çıkarı, bireyin çıkarlarından daha değerli olmadığı için üstün tutulamaz. Kaldı ki, bireylerin çıkarları gözetildiğinde, "ortak iyi" (*common good*) de sağlanmış olacaktır zira, toplum zaten, bu bireylerden oluşmaktadır ⁷⁰.

Dworkin'in çizgisini sürdüren George Letsas'a göre, hakların, özgürlüklerin ve çıkarların sınırlandırılmasını engelleyen (*reason blocking*) bir işlev gördüğü kuramı açısından önemli olan, bireysel özgürlüklerin ve çıkarların sınırlandırılmasından ziyade, sınırlama nedenlerinin sakıncalı olup olmamalarıdır ⁷¹.

3. Çıkarların, insan hakları ile ilişkisi:

Letsas, çıkarların etkinliğini ve kapsamını en üst düzeye çıkarmaya (*maximize*) yönelik çıkar kuramı içinde yer alan, insanın yaşamsal önemdeki çıkarlarının (*vital interests*) korunma ayrıcalığına (dokunulmazlığa ⁷²) sahip olduğu kuramı (korunma ayrıcalığı kuramı - *immunities theory*) uyarınca, her insanın evrensel olarak paylaştığı, insanın yaşamı, özerkliği, güvenliği ve ifade özgürlüğü gibi yaşamsal önemde çıkarlarının

⁶⁵ Letsas'a göre, John Rawls ve Ronald Dworkin, özgürlükçü eşitlikçidir (*liberal egalitarian*); George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, Reprinted 2010), 105.

⁶⁶ Letsas viii, 12-13, 101-102, 104, 109; Nino 162.

⁶⁷ Dworkin'e göre, insanlar, özgürlük hakkına değil, özgürlüklerini yitirmeme hakkına sahiptir (Letsas 114).

⁶⁸ Erdoğan 56.

⁶⁹ Nino 31-32, 163.

⁷⁰ Nino 162.

⁷¹ Letsas 102.

⁷² "Immunity" sözcüğünün, "bağışıklık" ve "dokunulmazlık" sözcükleriyle de tanımlandığını ancak burada, "korunma ayrıcalığı" anlamında kullanıldığını ve bu korunma ayrıcalığının hiçbir zaman "mutlaklık" düzeyinde olmadığını yani, korunma ayrıcalığına sahip olan çıkarların "mutlaklık" niteliği taşımadığını belirtelim ve "mutlak" olmayan çıkarların veya hakların, önemli ölçüde korunmalarına rağmen sınırlandırılabilirliklerini hatırlatalım (bkz., dip-not 158).

bulunduğunu; bu çıkarların insan haklarının kaynağını oluşturduğunu ve diğer çıkarlar karşısında korunma ayrıcalığından yararlandığını belirtmektedir. Letsas, AİHS kapsamındaki hak ve özgürlüklerin, kamu çıkarları / yararları (*public interests, collective goals*) karşısında, temel nitelikteki bazı bireysel çıkarları (*fundamental interests*) korumalarının, korunma ayrıcalığı kuramının uzantısı olduğunu ileri sürmektedir. Öte yandan Letsas, çıkar kuramına (korunma ayrıcalığı kuramı dahil) dayanıldığında, hak ve özgürlüklerin, ilişkin oldukları çıkarlara hizmet etmediği için veya ilişkin oldukları çıkarların, başka çıkarlara (bireysel veya kamusal) hizmet etmek için sınırlandırılmasının (sınırlanması anlamında dengelenmesinin; *balancing*) gerekli olduğu gerekçeleriyle kısıtlanabileceğini kaydetmektedir. Ancak, Letsas, insan haklarının, belirli çıkarlara hizmet etmekle veya bu çıkarların geliştirilmesiyle değil, devletin zorlayıcı gücünün (*coersion*) nasıl kullanacağını gösteren ahlaki ilkelerle ilgili olduğu görüşündedir ^{73, 74}. Bu nedenle, temel çıkarlar her zaman, anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri gibi metinlere yansıtılmamış; aynı şekilde, söz konusu metinlerde yer alan insan hakları da her zaman temel çıkarlara hizmet etmeğe yönelmemiştir ⁷⁵. Bu görüşü doğrultusunda Letsas, AİHM Büyük Dairesinin 8.7.2003 tarihli Hatton / Birleşik Krallık davasında ihlal kararı vermemekle birlikte, gerekçesinde, Heathrow Havaalanındaki gece trafiğinin, yakında oturanların gece uykusu ile ilgili çıkarlarını sarstığına ve gece uykusu ile ilgili çıkarın, başkalarının gece seyahat etmesine ve uçakların gece trafiğinin ekonomiye olumlu katkıda bulunmasına ilişkin kamu çıkarıyla / yararıyla “yarıştığı” (*compete*) görüşüne yer vermesini ⁷⁶ eleştirmektedir. Letsas’a göre, iyi bir gece uykusu önemli bir çıkar olabilir. Bunun yanında, iyi beslenmek, temiz hava solumak, sağlık hizmeti almak, iyi bir iş sahibi olmak, iyi bir gelir elde etmek, çocukları iyi okullarda okutmak gibi çok sayıda ve çoğu refahla (*welfare*) ilgili başka çıkarlar da vardır fakat, bunların hiçbirisi değilse de, pek azı AİHS’deki hak ve özgürlüklerin güvencesi altındadır. Nasıl, bazı durumlarda “bedavacılık” (*freeriding*) (örn., biletsiz yolculuk) bir hukuk ihlali olduğu halde, insan hakları ihlali değilse, birçok önemli çıkar da insan haklarının kapsamına girmez.

⁷³ Letsas 12-13, 101-103, 105, 125.

⁷⁴ Letsas ile Kuçuradi ve Aleinikoff arasında bakış açısı benzerliği gözlemlenmektedir; bkz., bu Bölümde 2.3. no.lu paragraf.

⁷⁵ Letsas 103.

⁷⁶ Hatton and others v. The United Kingdom (no. 36022/97) [GC], 8.7.2003.

Letsas, her önemli çıkarın, bir insan hakkı ile birleştirilmeye çalışılmasının, insan hakları enflasyonuna ve insan haklarının ahlaki temele dayanan gücünü yitirmesine yol açacağını ileri sürmektedir ⁷⁷.

Letsas'ın bu görüşünün, AİHM'nin, AİHS'yi "yaşayan belge" (*living instrument*) olarak ele alıp, AİHS'nin güvencesi altındaki hak ve özgürlüklerin kapsamını genişleten yorumlarıyla, içtihatlarını geliştirmesine uygun düşmediği düşünülmektedir. Örneğin, AİHM, 23.4.2002 tarihli Larioshina / Rusya kabul edilemezlik kararında, tamamen yetersiz tutardaki yaşlılık aylığı ve sosyal yardımın, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele sayılabileceğini ⁷⁸; 18.6.2009 tarihli Budina / Rusya kabul edilemezlik kararında da, tamamen devlet desteğine bağımlı olan bireyin ciddi ölçüde yoksunluk ve muhtaçlık içinde olmasının yetkililerce umursamazlıkla karşılanması, insan haysiyetine aykırı, aşağılayıcı bir muamele olarak nitelendirilebileceğini ⁷⁹ belirtmiştir. Her iki dava, başvuru sahiplerinin içinde bulundukları koşullar kanıtlanmadığı için kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanmıştır ancak, kararlar, AİHM'nin refahla ilgili bir çıkar olan, yaşlılık aylığı ve sosyal yardım konularını, AİHS'nin işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili 3. maddesinin kapsamına sokarak, insan hakları olarak düzenlenmemiş bazı önemli çıkarları, mevcut insan hakları ile nasıl korumaya çalıştığını gösteren iki örnektir.

4. AİHM'nin, çıkar ve hak ilişkisine bakışı:

AİHM'nin bu ilişkiyle ilgilenmediğini, buna karşılık, çıkar ve hak ayrımı yapmaksızın, çıkarların ve hakların kendi aralarında yarışmasıyla / çatışmasıyla ilgilendiğini belirtelim. AİHM'nin çıkar ve hak ayrımı yapmamasından ve kararlarında bazen "çıkara", bazen "hak" kavramını, bazen de her iki kavramı birlikte kullanmasından, kuramsal olmaktan çok, pragmatik bir yaklaşım içinde olduğu sonucu çıkarılabilir. AİHM'nin bu pragmatik yaklaşımı, bazen, AİHS'de güvence altına alınan bir hakkın korunmasındaki çıkar olarak; bazen de, AİHS'de güvence altına alınan bir hakla yarışan / çatışan, AİHS'de yazılı olmayan ancak, insan hakları açısından korunması gereken bir çıkarın veya çıkarların gözetildiği çözümlerde ortaya çıkmaktadır. Kaydedelim ki, burada sözü

⁷⁷ Letsas 15, 126-129.

⁷⁸ Larioshina v. Russia (no. 56869/00) [Dec.], 23.4.2002.

⁷⁹ Budina v. Russia (no. 45603/05) [Dec.], 18.6.2009.

edilen çözümler, “denge”, “dengeleme” veya “denge noktasının bulunması” kavramlarıyla ilgilidir. AİHM, dengeleme uygulamasıyla, sadece, AİHS’de güvence altına alınan hakların yarışması / çatışması durumunda değil, bu haklarla, AİHS’de yazılı olmayan ancak, insan hakları açısından korunması gereken çıkarların yarışması / çatışması durumunda da, çözümler üretmektedir. Buna örnek olarak, AİHM’nin kürtajla ilgili iki kararı verilebilir: 5.9.2002 tarihli Boso / İtalya kabul edilemezlik kararında ⁸⁰ ve Büyük Dairenin 8.7.2004 tarihli Vo / Fransa kararında ⁸¹, ceninin -varsa- yaşam hakkı, kadının hak ve çıkarlarıyla karşılaştırılmış ve dengeleme uygulaması sonucunda, ceninin yaşam hakkının, kadının hak ve çıkarlarıyla sınırlandırabileceği çözüme varılmıştır ⁸². Görüldüğü üzere burada, kadının çıkarları, haklarından ayrı ve Roscoe Pound’un savunduğu gibi, daha geniş kapsamlıdır ⁸³. AİHM Büyük Dairesinin, 29.4.1999 tarihli Chassagnou ve diğerleri / Fransa kararında ⁸⁴ ise, sadece, çatışan çıkarlardan söz etmiştir ⁸⁵. AİHM’nin, AİHS’de güvence altına alınan bir hakkın korunmasını “çıkar” olarak belirtmesine de, 9.10.2003 tarihli Slivenko / Letonya (Büyük Daire) kararı ⁸⁶ örnek olarak gösterilebilir: AİHM bu kararında, AİHS’de güvence altına alınan hakkın korunmasını, kişi açısından bir “çıkar” olarak belirtmiştir ⁸⁷.

⁸⁰ Boso v. Italy (no. 50490/99) [Dec.], 5.9.2002, The Law, prg. 1.

⁸¹ Vo v. France [GC] (no. 53924/00), 8.7.2004, prg. 80.

⁸² Alastair Mowbray, “A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, Vol. 10, Issue 2, June 2010: 8-9. (file:///C:/Users/10/Downloads/A_Study_of_the_Principle_of_Fair_Balance_in_the_Jurisprudence_of_the_Europe an_Court_of_Human_Rights.pdf) (erişim: 27.2.2022).

⁸³ Bkz., dip-not 59.

⁸⁴ Chassagnou and others v. France (no. 25088/94, 28331/95 and 28443/95) [GC], 29.4.1999, prg. 117.

⁸⁵ Mowbray 23-24.

⁸⁶ Slivenko v. Latvia (no. 48321/99) [GC], 9.10.2003, prg. 113.

⁸⁷ Mowbray 6-7.

5. Genel çıkar veya yarar (*general interest*) ile kamu çıkarı veya yararı (*public interest*) kavramları:

5.1. Bu kavramların eşanlamlı olmadıklarını⁸⁸ ancak, uygulamada ayırım yapılmadan kullanıldıklarını⁸⁹ belirtelim. AİHM de, 21.2.1986 tarihli James vd. / Birleşik Krallık kararında, AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokolün mülkiyet hakkı ile ilgili 1. maddesinde yer alan genel çıkar ve kamu çıkarı kavramları arasında fark bulunmakla birlikte, bu farkın, ilgili başvuruda önemli bir rol oynamadığını vurgulamıştır⁹⁰.

Genel çıkar / yarar veya kamu çıkarı / yararı kavramları, AİHS'nin çeşitli maddelerinde (AİHS; 4/3(c), 5/1(a)-(f), 6/1, 7/2, 8/2, 9/2, 10/2, 11/2, 15/1 ile Ek 1 No.lu Protokol; 1 ve 3), toplumun hayat ve refahı, mahkumiyet kararının yerine getirilmesi, suç işleyenin yargılanması, bulaşıcı hastalıkların yayılmasının engellenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeninin, kamu güvenliğinin, genel sağlığın, genel ahlakın, ulusal güvenliğin, adaletin esenliğinin (selametinin) (*interest of justice*), ülke bütünlüğünün korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi, yargının saygınlığının güvenilirliğinin ve tarafsızlığının sürdürülmesi, olağanüstü hallerde devletin AİHS'deki haklarla ilgili yükümlülüklerini azaltma hakkını (*right of derogation*)⁹¹ yürürlüğe

⁸⁸ *Blacks Law Dictionary*'de "kamu çıkarı / yararı" (*public interest*) kavramının, "genel çıkar / yarar" (*general interest*) kavramıyla eşanlamlı olmadığı; kamu yararının, toplumun bütün bireyleriyle ilgili olmasına karşılık, genel yararın, toplumun büyük çoğunluğunu oluşturan bireylerle ilgili olduğu belirtilmiştir ("General interest", *Black's Law Dictionary* (West Publishing Co., Sixth Edition, 1990), 684).

⁸⁹ Bu kavramların Türk hukukunda yerleşik bir tanımının bulunmadığı; aynı anlama gelebilecek, "genel kamu yararı", "çağdaş kamu yararı", "devletin yararı", "idarenin yararı", "mali yarar", "mahalli yarar" gibi kavramların da kullanılmakta olduğu kaydedilmiştir (Selin Ovalıoğlu, "Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı", (*Memleket Siyaset Yönetim*, sayı 26), 125-126). (<http://www.msydergi.com/uploads/dergi/217.pdf>) (erişim 19.4.2021).

⁹⁰ James and others v. The United Kingdom (no. 8793/79), 21.2.1986, prg. 43; ayrıca bkz., H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (İstanbul, Beta Basım, Yayım, Dağıtım A.Ş., Nisan 2017), 476-477).

⁹¹ "Derogation" sözcüğünün, hak ve özgürlükleri "askıya alma" olarak çevrilmesi yaygın bir uygulamadır. Nitekim, Gölcüklü, Gözübüyük ve Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok da "askıya alma" terimini kullanmışlardır (Gölcüklü, Gözübüyük 405; Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 780). Ancak, AİHS md. 15 kapsamında sınırlandırılacak hak ve özgürlüklerin tamamen sınırlandırılmayacakları göz önünde bulundurulduğunda, çevirinin, "devletin, haklarla ilgili yükümlülüklerini azaltması" olarak yapılmasının daha uygun olduğu düşünülmektedir.

AİHS md. 15 kapsamında sınırlandırılacak hak ve özgürlüklerin tamamen sınırlandırılmayacaklarına örnek olarak, AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkıyla ilgili 5. maddesi gösterilebilir: Bu maddenin, AİHS md. 15'in uygulanmasıyla sınırlandırıldığı olağanüstü hal durumlarında, kişilerin özgürlüklerinden keyfi olarak ve yargı denetimi olmaksızın yoksun bırakılmaları biçiminde sınırlandırılması, hukuk devleti ilkesine ve AİHS md. 15'te öngörülen "durumun kesinlikle gerektirdiği" (*strictly required by the exigencies of the situation*) ölçüde olmak koşuluna aykırıdır (Aksoy v. Turkey (no. 21987/93), 18.12.1996, prg., 76, 83-84; Nuray Şen v. Turkey (no. 41478/98), 17.6.2003, prg., 22-23, 25-26, 28-29).

Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihinde yayımlanan, 667-676 sayılı OHAL KHK'ları hakkındaki görüşünde, adil yargılanma hakkının, AİHS md. 15 kapsamında sınırlandırılması olanaklı olsa da, Türkiye'nin, Anayasasının 15/2 hükmünde yer alan kurallar nedeniyle, adil yargılanma hakkının temel ilkelerini sınırlandırmayacağını ve insan hakları ihlallerine karşı iç hukuk yollarına başvurulmasını engelleyemeyeceğini kaydetmiştir (*Opinion on*

koyması, halkın, yasama organı seçimlerinde görüşlerini özgürce ortaya koyabilmelerinin sağlanması gibi bazı kavram ve düzenlemelerle karşılık bulmuştur. Bu gibi genel çıkar / yarar veya kamu çıkarı / yararı kavramlarının konumuzla ilgisi, kişisel çıkarlarla ve temel haklarla / insan haklarıyla çatışmaları bakımındandır.

5.2. Çalışmamızda, genel çıkar / yarar veya kamu çıkarı / yararı kavramlarının, AİHM kararlarında kullanılan karşılıklarına ve terimlere sadık kalınacak ancak, bunun dışında - söz konusu kavramların, uygulamada ayırım yapılmadan kullanıldıkları dikkate alınarak - genel kavram olarak, daha çok, “kamu yararı” terimi kullanılacaktır. Son olarak, kamu yararının, çoğunluğun (*majority*) çıkarı / yararı ile eşanlamı olmadığı⁹² ve bu kavramların, birbirinin yerine kullanılmalarının yanlış olduğunun altını çizelim⁹³.

Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016, adopted by the Venice Commission, Opinion No. 865/2016, 9-10 December 2016, prg., 161;
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)037-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)037-e) (erişim: 22.3.2022) (Venedik Komisyonu’nun söz konusu görüşünün Türkçe çevirisi Türkiye Barolar Birliği tarafından sağlanmıştır;
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)037-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)037-tur) (erişim: 22.3.2022).

AİHM, OHAL döneminde idari kararla görevine son verilen başvurunun tazminat davasının incelenmeden reddedilmesiyle ilgili, 15.12.2020 tarihli Pişkin / Türkiye kararında, hukuk devletinin temel ilkelerinin, OHAL’de bile geçerli kalması gerektiğini vurgulamıştır (Pişkin v. Turkey (no. 33399/18), 15.12.2020, prg. 153 (HUDOC’ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır)).

Bu bağlamda, son olarak, AİHS md. 15’in, diğer uluslararası yükümlülüklerle aykırı olmamak koşulunu anmakta yarar vardır. Örneğin, Türkiye, 1966 tarihli Kişisel (Medeni) ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’ne (*International Covenant on Civil and Political Rights*) taraf olduğu için, bu Sözleşmenin 4/2 hükmünde belirtilen hakları sınırlandıramaz.

⁹² “Kamu” (*public*) sözcüğü, “hep”, “bütün”, “herkes” olarak tanımlanır (“kamu”, *Türkçe Sözlük*) (“amme”, “umum”, Devellioğlu), bu nedenle, bütünsel bir anlam taşır. Bu tanıma göre, ülkedeki toplumun bütünü “kamu” sözcüğü ile ifade edilebileceği gibi, bir kentteki kentlilerin veya belirli bir kategorideki öğrenci topluluğunun bütünü de, “kamu” sözcüğü ile ifade edilebilir. Bu bağlamda, bir kentte ulaşım hizmeti sağlayan kuruluş veya yükseköğrenim öğrencilerine eğitim hizmeti veren yükseköğretim kuruluşları, kamu hizmeti sunan kuruluşlardır (Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I, Genel Konular* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 326, 1970/72), 19). Münci Kapani de, “kamu” sözcüğünü, “herkes” sözcüğü ile eşanlamı olarak kullanmıştır (Kapani 14).

⁹³ Tsakyrakis, çoğunluğun hatta, büyük çoğunluğun çıkarının / yararının, her zaman, kamu çıkarı / yararı ile bir tutulamayacağını; kamu çıkarının / yararının belirlenebilmesi için, başka etmenlerin yanında, birey-toplum ilişkisini biçimlendiren hakların önemini dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir (Tsakyrakis 481-482).

IV. BÖLÜM: ÇATIŞAN ÇIKARLARIN VE HAKLARIN DENGELENMESİ (DENGEME UYGULAMASI - *BALANCING EXERCİSE*), DENGİ NOKTASININ BULUNMASI VE KONUNUN, HUKUK VE SİYASET FELSEFESİYLE İLİŞKİSİ

1. Çatışma ve dengeleme:

1.1. Denge kavramını, bir tanıma göre, karşıt güçlerin, birbirlerine egemen olmadan durmaları; diğer tanıma göre, karşıt güçlerin eşit / denk olması durumu olarak açıklamıştık (bkz. yukarıda I.Bölümün, 1.1. ve 1.2. no.lu paragrafları). Çatışan çıkarların ve hakların dengelenmesinden ve denge noktasının bulunmasından söz ederken de, çatışan çıkarları ve hakları, zihnimizde, karşıt güçler veya ağırlıklar olarak canlandırdığımızı söylemeliyiz. Bu bağlamda, dengeleme ve denge noktasının bulunması, “çatışma” kavramından ayrı düşünülemez⁹⁴. Burada iki hususun altını çizmek isteriz: 1) “Çatışma” yoksa, dengeleme yapılmasına ve denge noktasının bulunmasına gerek olmadığı tartışmasızdır; 2) “çatışma” varsa, dengelemenin her durumda yapılması tartışmalıdır (örn., üstün çıkarların, mutlak hakların dengelenmesi tartışmalıdır).

1.2. Akılcılık (*rationalism*) sayesinde, toplumsal barışı sağlamak ve sürdürmek için, çatışan çıkarlar arasında denge kurulmasının önemi kavranmış ve çatışan çıkarların, kabul edilebilir düzeyde tatmin edilmeleri ölçüsünde adalete yaklaşılabilceği anlaşılmıştır⁹⁵,⁹⁶. Çatışan çıkarların, kabul edilebilir düzeyde tatmin edilmeleri, söz konusu çıkarların en iyi biçimde gözetilmiş olmalarına bağlıdır. Ioannis Sarmas’a göre, demokrasinin özü, kararların çoğunlukla alınmasında veya temsilin doğrudan veya dolaylı nitelikte olmasında değil, bütün çıkarlara adil davranılmasında yatmaktadır⁹⁷. Ancak, konunun bir de algı (*perception*) yönü vardır ki, ideolojiler, dini inançlar, mitler ve ahlaki değerler, algıları etkilemektedir. Bu bağlamda kimi zaman, ayrımcılıklar, keyfi

⁹⁴ Tsakyrakis’e göre, dengeleme, her şeyin kendi karşıtıyla sürekli çatışma içinde olduğu varsayımına dayalı Hegel’ci düşünceden etkilenmiş, pratik bir sonuca varma yöntemidir (Tsakyrakis 469).

⁹⁵ Sarmas 201, 208.

⁹⁶ Hans Kelsen (1881-1973), çıkarların çatışması durumunda, ya bir çıkarın üstün tutulmasıyla veya çatışan çıkarların dengelenmesiyle çözümlenebileceğini savunmuştur (Uygun 111). Kanımızca, Kelsen’in bu görüşü, kamu yararını / çıkarını da içeren, bütün çıkarlarla ilgilidir.

⁹⁷ Sarmas 236, 280-281.

ve zorba yönetim uygulamaları, çıkarların en iyi biçimde gözetildiği dengeler olarak algılanabilmektedir ⁹⁸.

Toplumda çatışan çıkarların özgürlükçü anlayışa uygun ve otoriter nitelikte olmayan yöntemlerle çözümlenmesi, adaletin üç temel kavramının (eşitlik, yararlılık ve rıza) uygulanmasıyla gerçekleşir ⁹⁹. Habermas, insanlar arasındaki çıkar çatışmalarının - aralarındaki görüş ayrılıklarına rağmen, akılcılık temelinde - adaletin üç temel kavramından biri olan rızaya (*consent*) dayalı karşılıklı ödünlerle (*mutual concessions*) çözümlenebildiği ve her çözümde oluşan adil denge ile toplum sözleşmesinin yenilendiği görüşündedir ¹⁰⁰.

2. Denge noktasının bulunması ve bunun için kullanılan ağırlıkların değişkenliği:

2.1. Belirtelim ki, kurulan her denge, Anaximander'in görüşünün aksine, her zaman, bozulan önceki denge durumuna geri dönülmesi (*restitution*) olarak anlaşılmamalıdır. Gerçekte, kurulan her denge, yeni bir dengedir ve toplumların yeni denge noktaları bulma arayışları devam etmektedir ^{101, 102}.

Her toplumun ortak bilincinde yatan öğelerin yarattığı ortak rıza (*consensus*), denge noktalarının belirlenmesinde önemli rol oynar ¹⁰³. Dolayısıyla, denge noktalarını bulmada kullanılan ağırlıklar toplumdan topluma değişir. Buna göre, toplumun refahına (*welfare* ¹⁰⁴) öncelik verdiği belirtilen Batı Avrupa toplumlarında kullanılan ağırlık refahtan yana; buna karşılık, bireysel özgürlüklere öncelik verdiği belirtilen ABD toplumunda kullanılan ağırlık özgürlüklerden yana olmaktadır ¹⁰⁵.

⁹⁸ Sarmas 251.

⁹⁹ Sarmas 209-211.

¹⁰⁰ Sarmas 225.

¹⁰¹ Sarmas 103, 282-283.

¹⁰² Hançerlioğlu da, denge'yi görelî ve geçici bir durum olarak tanımlamıştır (bkz., dip-not 2)

¹⁰³ Sarmas 233.

¹⁰⁴ Bkz., dip-not 176.

¹⁰⁵ Letsas 6.

2.2. Aleinikoff, denge noktasının bulunmasında kullanılan ağırlıkların değişkenliğini, anayasa yargısı açısından incelediği ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) kararlarında gözlemlemiş ve somut olarak ortaya koymuştur. Aleinikoff, bu durumu, anayasal hakların değişken değerlendirme ölçeğine göre korunması (*sliding scale protection*) olarak tanımlamış ve ilkeselliğe uygun bulmayarak eleştirmiştir. Aleinikoff, eleştirisini, ABD Yüksek Mahkemesinin, denge noktasını bulmak için kullandığı ağırlıkların, dönemsel siyasi ortama göre belirlenmiş olmasına dayandırmıştır: Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi 1944'te "zorlayıcı toplumsal gereklilik" (*pressing social necessity*) bahanesiyle, ırk ve milliyet ayrımcılığını anayasaya aykırı bulmamış; 1950-1960 yıllarının siyasi ortamında da, "yıkıcı" oldukları iddia edilen grupların anayasal haklarını anayasal koruma alanının dışına çıkarmıştır ¹⁰⁶. Kuşkusuz, yargı organının, insanın dokunulmazlığı (*inviolability of the person*) veya haysiyeti (*dignity of the person*) ^{107, 108} gibi ahlaki ilkeleri göz ardı edip, her şeye, Amerikan pragmatizminin araççılık (*instrumentalism*) ¹⁰⁹ penceresinden bakarak, denge noktasını bulmak için kullanacağı ağırlıkları sadece, dönemsel olarak yoğunlaşan toplumsal veya siyasi etmenlere (çıkarlara) göre belirlemesi, Aleinikoff'un deyimiyle, "tüyler ürpertici" sonuçlara götürebilir. Aleinikoff buna örnek olarak, ABD Yüksek Mahkemesinin bir davada, şüphelinin kaçması durumunda polisin öldürücü biçimde ateş etmesinin, yasanın uygulanması açısından yararlı olacağının yetkililer tarafından kanıtlanmasını aradığını göstermiştir ¹¹⁰.

¹⁰⁶ Aleinikoff 964, 967.

¹⁰⁷ "Haysiyet" ve "özsaygı" sözcükleri eşanlamlıdır. Özsaygı, sırf insan olmak nedeniyle, saygıya değer olmak anlamına gelmektedir ve evrensel niteliktedir. Immanuel Kant'ın (1724-1804), insanın araç değil amaç olduğunu öneren ahlak ilkesinden kaynaklanmaktadır ("İnsanlık Özsaygısı İlkesi", Hançerlioğlu, C. 3; "Dignity", Blackburn 100). "Dignity" sözcüğünün günlük kullanımdaki anlamı da, saygıya değer olma niteliği olarak tanımlanmaktadır ("Dignity", *Collins English Dictionary*).

¹⁰⁸ Bkz., dip-not 152.

¹⁰⁹ Her şeyin (yasa, kuram, kavram, bilgi vs), başarının aracı olduğunu savunan öğretisi. Buna göre, başarıya yarayan şey iyi, yaramayan şey kötüdür. "Araççılık", Akarsu 20. "Aleccilik", Hançerlioğlu. C. 1. "Instrumentalism", Blackburn 187.

¹¹⁰ Aleinikoff 990-991.

3. Denge noktasının bulunması için kullanılan ağırlıkların, hukuk ve siyaset felsefesiyle ilişkisi:

Denge noktasının bulunmasında kullanılan ağırlıkların belirlenmesi, çıkarlara biçilen değerle / yüklenen önemle ilişkilidir ¹¹¹ ve bu ilişki, konuyu hukuk ve siyaset felsefesi alanlarına götürür. Bu nedenle, konuyla ilgili iki ana öğretiye kısaca göz atmakta yarar vardır:

3.1. Özgürlükçü-bireyci öğreti:

3.1.1. Özgürlükçü-bireyci Rawls ve Dworkin'e ¹¹² göre, bireyler, kendileriyle ilgili planlarını özgürce yaparlar ¹¹³, dolayısıyla, toplumdaki konumları kendi planlarının ürünüdür. Bu nedenle, karşılaştıkları toplumsal veya ekonomik olumsuzlukların, toplum veya başkaları tarafından telafi / tazmin edilmeleri gerekmez ¹¹⁴. Dworkin, toplumun refahının ve çıkarlarının, bireyin çıkarlarından daha değerli olmadığını ve üstün tutulamayacağını, bunun temelinde, bireyin dokunulmazlığı ilkesinin (*the principle of the inviolability of the person*) yattığını savunmuştur ^{115 116}.

¹¹¹ Jonas Christoffersen'in, hakların, temsil ettikleri çıkarların önemine göre korunduklarına ilişkin görüşünü hatırlatalım; bkz. dip-not 56.

¹¹² Bkz., dip-not 64.

¹¹³ Burada, Rawls ve Dworkin, irade (istenç) / seçme özgürlüğünü (kısaca "irade özgürlüğü") (*free will*) kastetmektedirler. İrade özgürlüğü, seçenekler arasında seçim yapabilme özgürlüğü anlamına gelen "elindelik" sözcüğü ile örtüşmektedir ("Elindelik", Hançerlioğlu, C. 2).

Özgürlüğü, olgun, gelişmiş ve üretici insan kişiliğinin bir parçası olarak gören Erich Fromm (1900-1980), bu yapıdaki "bağımsız insan"ın iyi-kötü ayrımında, iyi olanı seçebileceğini; amaca uygun olana yönelebileceğini; karar verirken, olanakları ve doğabilecek sonuçları değerlendirebileceğini ve baskısı altında olduğu tutkuların ve dürtülerin farkına varabileceğini belirtmiştir (Erich Fromm, *Sevgi ve Şiddetin Kaynağı*, İngilizce'den çeviren, Yurdanur Salman, Nalan İçten, (İstanbul, Payel Yayınları, 1. Basım, 1979), 139-144). Fromm'un, "bağımsız insan"ı, yeterli donanıma sahip insan olarak tanımladığını belirtelim (Erich Fromm, *Çağımızın Özgürlük Sorunları*, çeviren Bozkurt Güvenç (Ankara, Bayraktar Yayınevi, ikinci baskı, Haziran 1982), 55, 88). Fromm'un "bağımsız insan" kavramı ile Immanuel Kant'ın, başka amaca veya başka bir şeyi elde etmeye yönelik (örn., tacirin müşterilerine iyi davranarak, kendini iyi tanıtmaya gibi) olmaksızın ve dış etkenlerden etkilenmeksizin, yalnızca kendinden iyi (evrensel iyi) olanı yapmayı gerekli kılan "koşulsuz / kesin buyruk" (*categorical imperative* - örn., 'hiçbir koşulda yalan söyleme', 'hiç kimseyi aldatma', 'insanı araç olarak kullanma' gibi buyruklar) uyarınca davranabilen "özerk insan" kavramının benzeştiği söylenebilir (Nigel Warburton, *Felsefenin Kısa Tarihi*, çeviren, Güçlü Ateşoğlu (İstanbul, Alfa Basım, Yayım, Dağıtım San. ve Tic. Ltd Şti, 2011), 175-183) (Gareth Southwell, *Words of Wisdom, Philosophy's Most Important Quotations and Their Meanings*, (London, Quercus Publishing Ltd, paperback ed., 2015), 129). Ayrıca bkz., dip-not 152.

Hukukta, sorumluluk kavramının irade özgürlüğüne dayandığı kabul edilmektedir (Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 100-102). Sarmas'a göre, irade özgürlüğüne dayalı sorumluluğun reddedilmesi durumunda, insanların birbirine karşı ödevlerinin bulunduğu da savunulamaz (Sarmas 272).

¹¹⁴ Nino 144.

¹¹⁵ Nino 162.

¹¹⁶ Ayrıca bkz., yukarıda III. Bölümün, 2.4. no.lu paragrafı.

3.1.2. Dworkin'ci bakış açısını benimseyen Letsas, Batı Avrupa toplumlarındaki ortak rızanın refahtan yana olması nedeniyle, bu toplumlardaki yargı organlarının, hukuk yaratarak, sosyal ve ekonomik hakları geliştirdiklerini ve devlete pozitif yükümlülükler yüklediklerini belirtmiş; bu durumun ve Batı Avrupa yargı organlarının etkisi altında kaldığını ileri sürdüğü AİHM'yi eleştirmiştir ¹¹⁷. Kaydedelim ki, Dworkin'e göre, yazılı hukuk kuralları ve yazılı olmayan hukuk ilkeleri uyarınca karar vermek durumunda olan yargıcın hukuk yaratması, güçler ayrılığına ve hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır ¹¹⁸.

3.2. Yararcı (faydacı) öğreti:

3.2.1. Aydınlanma döneminin (18. yy) bir ürünü olan yararcı (faydacı) öğreti (*utilitarianism, utilitarism*) açısından, insanı mutlu eden eylemler yararlıdır, dolayısıyla, iyidir, doğrudur; insana acı ve keder veren, dert getiren eylemler yararlı değildir, dolayısıyla, kötüdür, yanlıştır. Yararcı öğretinin kurucusu Jeremy Bentham'a (1748-1832) göre, hukuk kuralları, en çok sayıda insana sağlanacak yarara yani, kamu yararına yönelik olmalıdır ¹¹⁹. Bu öğreti, "olabildiğince çok sayıda insanın, olabildiğince çok mutluluğu" olarak özetlenebilir ¹²⁰; sonuca (*consequential*) ya da amaca (*teleological*) yöneliktir; sonucun / amacın nicelik (miktar) olarak yararlı olması önemlidir ¹²¹. Nino şu örneği vermektedir: 3 kişilik bir toplulukta, 1 kişinin 10 birim, diğer 2 kişinin ise, 3'er birim yarar elde etmesi (toplam 16 birim yarar), bu toplulukta 3 kişinin eşit olarak 5'er birim yarar sağlamasından (toplam 15 birim yarar) daha iyidir çünkü, 16 birim yarar, 15 birim yarardan çoktur ¹²².

3.2.2. Toplumsal yararcı Rudolf von Jhering ise, kişisel çıkarla kamu yararının çatışması durumunda, hukuk düzeninin bu çatışmayı kamu yararına ağırlık vererek dengelemesi gerektiği görüşündedir ¹²³.

¹¹⁷ Letsas 6-7.

¹¹⁸ Uygun 79-81.

¹¹⁹ Uygun 117-118, 120-121.

¹²⁰ "Yararcılık", Akarsu 184; Olabildiğince çok insanın, olabildiğince çok mutlu olması olarak formüle edilen toplumun mutluluğu öğretisi "mutçuluk" (*eudaimonism*) da yararcılığa varır; "mutçuluk", Akarsu 122; "Eudaimonia", Blackburn 122.

¹²¹ "Utilitarianism", Blackburn 377; Letsas 100.

¹²² Nino 150.

¹²³ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 272-273.

3.2.3. Yararcı öğretinin, önyargı ve batıl inançlara dayalı baskıcı eğilimlere karşı güçlü argümanlar sağlaması, en çok sayıda insanın mutluluğuna yönelen ¹²⁴ “hizmetkar devlet” (*the state at the service of the people*) anlayışını yaratması ve insanların ölçülebilen maddi mutluluğunu veya refahını amaç edinen günümüzün “refah devleti”ne (*welfare state*) yol açması gibi olumlu katkılarına ¹²⁵ karşın, insanın özerkliğine, toplumdan ayrı ve bağımsız bir varlık olduğuna ilişkin ahlaki ilkeleri bir kenara bırakması, buna bağlı olarak, bireysel çıkarları önemsememesi hatta, bireyin kendisinin, kamu yararı için feda edilebileceğini kabul etmesi, önemli ölçüde eleştirilen yönleridir. Yararcı öğreti, refahın bireylere nasıl dağıldığı ile ilgilenmez; bazı bireylerin refah düzeylerinin artışıyla, toplumdaki - sayılarla ölçülebilen - toplam refah değeri yükseliyorsa, bunun, diğerlerinin yoksullaşması pahasına gerçekleşmesinde sakınca görmez; nicelik olarak en yararlı sonuç / amaç için, insanın araç olarak kullanılmasında beis yoktur ¹²⁶.

Başta Rawls olmak üzere, adalet kavramına ahlaki ödevler öğretisi (*deontology*) açısından bakan düşünürlerin keskin eleştirileri, günümüzde, yararcı öğretinin etkisini azaltmıştır ^{127, 128, 129, 130}. Georg Jellinek (1851-1911), yararcı öğretinin en önemli sorununun, devleti sınırlama düşüncesinden uzak olmasından kaynaklandığını savunmuştur ¹³¹. Uygun da, yararcı öğretinin, mutlak iktidar kavramıyla iç içe olduğuna; azınlıkların eşitlik ve özgürlük istemlerini kamu yararı açısından onaylamadığına; azınlıklar karşısında çoğunluğun haklarına ağırlık verdiğine; sonuç olarak, insan hakları için güvence oluşturmadığına dikkat çekmiştir ¹³².

¹²⁴ Buradaki, en çok sayıda insanın mutluluğuna yönelme anlatımı ile özgürlükçü-bireyci Dworkin’in, yukarıda (III. Bölümün 2.4. no.lu paragrafında dip-not 70’in bulunduğu yer) belirtilen, kamu yararının bireyin çıkarına / iyiliğine indirgenmesi ile ilgili görüşü, birbirinden farklı anlamlar içermekte ve birbirinden farklı yönleri işaret etmektedirler.

¹²⁵ Uygun 118’de dip-not 2; Randall Lesaffer, *European Legal History, A Cultural and Political Perspective*, trans., Jan Arriens (Cambridge University Press, 2009) 485-486.

¹²⁶ Karş., dip-not 107 ve 152.

¹²⁷ Nino 121, 150-151, 155.

¹²⁸ Bkz, Jeremey Waldron’un, “reason blocking” kuramıyla ilgili görüşü (bu Bölümün, 5.1. no.lu paragrafı).

¹²⁹ “Utilitarianism”, Webb 523.

¹³⁰ Kant’ın ahlak öğretilerine göre, insan araçsallaştırılmaz; bkz., dip-not 107 ve 152.

¹³¹ Birden Güngören Bulgan, *Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., Birinci Baskı, Aralık 2017), 125.

¹³² Uygun 121, 126-127, 129-130.

V. BÖLÜM: ÇIKARLARIN, HAKLARIN VE HUKUK KURALLARININ YARIŞMASI, ÇATIŞMASI VE ÇÖZÜM İÇİN GÖZETİLECEK KURALLAR, İLKELER

1. Çıkarların, hakların ve hukuk kurallarının yarışması:

1.1. Bir kişinin, bir olayla ilgili olarak, aynı anda birden çok hakka sahip olması durumunda, bu hakların aynı yöne doğru birbiriyle yarıştığından (*concur – telahuk etmek*) söz edilebilir. Buna, temel haklardan örnek göstermek gerekirse, mitingde konuşan kişinin, aynı anda hem ifade özgürlüğünü, hem toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını kullanması gösterilebilir ¹³³.

1.2. Özel hukukta hakların yarışması, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu, her biri değişik hukuki nedenden kaynaklanan birden çok talep hakkının, alacağın sağlanması ortak amacı için birbiriyle yarışması olarak anlaşılmaktadır. Örneğin, malik, aynı zamanda kiraya veren ise, malın iadesi için, hem mülkiyet hakkına dayanarak istihkak (eski MK md. 618; yeni MK md. 683); hem kira ilişkisine dayanarak kiralanan malın geri verilmesi (eski BK md. 266; yeni BK md. 334) talebinde bulunabilir ^{134, 135}. Ahmet M. Kılıçoğlu, yeni BK md. 60'a gönderme yaparak, sorumluluk nedenlerinin çokluğu halinde, söz konusu nedenlerin yarışmasından söz etmekte ve örnek olarak, şoför çalıştırarak araç işleten kimsenin, şoförün neden olduğu zarardan, araç işleten ve adam çalıştıran sıfatlarından dolayı, sorumluluk nedenlerinin yarıştığını belirtmektedir. Kılıçoğlu, sorumluluk nedenlerinin yarışmasının, hakların yarışmasını gündeme getirdiğini, bu bağlamda, sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan hakların (talep haklarının) yarışmasının olanaklı olduğunu vurgulamaktadır. Haklar (talep hakları) yarışında, zaman aşımı, kanıt yükü gibi etmenler bakımından, söz konusu hakların sahibinin en çok yararına olan seçilir yani, haklar yarışını en avantajlı olan hak (talep hakkı) kazanır ¹³⁶. Yarışan talep haklarından

¹³³ Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 249.

¹³⁴ Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, çev. Cevat Edege (Ankara, Olgaç Matbaası, Yargıtay Yayını No. 15, 1983, Cilt 1-2), 39-41.

¹³⁵ "Hakların (Taleplerin) Yarışması", *Türk Hukuk Lügatı – Türkçe-Türkçe*, Ankara, Türk Hukuk Kurumu, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2021 Baskısı, C. I, 2021, 460.

¹³⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre)* (Ankara, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 19. Bası, 2015), 460-461, 463-464.

biri tam olarak yerine getirildiğinde ise, diğeri, daha geniş kapsamlı olmamak koşuluyla sona erer (düşer) ¹³⁷.

2. Aynı olaya uygulanabilecek birden çok hukuk kuralının bulunması:

Bu durumda, hukuk kurallarının yarışmasından mı yoksa, çatışmasından mı söz edilebilir? Belirtelim ki, ortak amaç için yarışan haklardan en avantajlı olanın seçilmesinden farklı olarak, aynı olaya uygulanabilecek hukuk kuralları arasında seçim yapılması olanaklı değildir. Burada, olaya uygulanacak hukuk kuralının, bazı ilkelere göre belirlenmesi söz konusudur. Bu belirlemeyi gerektiren duruma, “hukuk kurallarının çatışması” (İng., *conflict of legal rules*; Fr., *conflit de normes*, Alm., *Rechtsnormenkollision*) denmektedir ¹³⁸. Gözler de, bu bağlamda, hukuk kurallarının çatışması deyimini kullanmıştır. Hukuk kurallarının, 1) normlar iyerarşisi içinde veya 2) aynı düzeydeki normlar arasında veya 3) genel norm / özel norm ilişkisi içinde çatışmaları olasıdır ve bu çatışma, aynı sırayla, 1) üst normun (*lex superior*) veya 2) zaman bakımından sonra yürürlüğe giren normun (*lex posterior*) veya 3) özel normun (*lex specialis*) uygulanmasına ilişkin ilkelere göre çözümlenir. Ender rastlanan bir durum olan, hukuk kurallarının aynı yasa içinde çatışması (Lat., *antinomia*, Alm., *Antinomie*, İng., *antinomy* ¹³⁹) (gerçek çatışma) durumunda ise, mantıktaki çelişmezlik ilkesi uyarınca, çatışan kuralların birbirini yok ettiği varsayılır ve oluşan kural boşluğu, özel hukuk alanında, yargıcın hukuk yaratması yöntemine başvurulur. Kamu hukuku alanında ise, böyle bir olanak yoktur. Ceza hukuku alanında, çatışan kurallardan sanık lehine uygulanabilecek olan varsa, o kuralın seçilip uygulanması ceza hukukuna özgü ilkesel bir durumdur ve yargıcın hukuk yaratmasıyla ilgili değildir ^{140, 141}.

¹³⁷ Tuhr 40; “Hakların (Taleplerin) Yarışması”, *Türk Hukuk Lügatı – Türkçe-Türkçe*, C. I, 460.

¹³⁸ “Hakların Telahuku (Objektif hukukta)”, *Türk Hukuk Lügatı*, Ankara, Türk Hukuk Kurumu, Başbakanlık Basımevi, 3. Baskı, 1991, 114.

¹³⁹ “Çatışkı”, Hançerlioğlu, C. 1.

¹⁴⁰ Gözler, *Hukuka Giriş* 369-386.

¹⁴¹ Bkz., dip-not 118.

3. Temel hakların birbirleriyle çatışması ve bu çatışmanın çözümüne ilişkin görüşler:

Temel hakların birbiriyle çatışmasından, kişilerin birbirinden farklı ve birbiriyle karşıtlaşan (zıtlaşan) temel haklarının - birbirlerini alt etmek için - çarpışması anlaşılmaktadır (Fr., *conflit / collision des droits fondamentaux*, İng., *conflict of fundamental rights*, Alm., *Grundrechtskollision*). Bu çatışma, biri dışında, diğer temel hakkın / hakların sınırlandırılması ile çözülür¹⁴². Gözler, temel hakların çatışması, yukarıda belirtildiği gibi, hukuk kurallarının çatışmasını çözümlemek için uygulanan üç ilkeye (*lex superior*, *lex posterior* ve *lex specialis*) göre çözülebiliyor ise, “görünüşte çatışma”; bu üç ilkeye göre çözümlenemiyorsa, “gerçek çatışma” olarak nitelendirmektedir.

Gözler’e göre, gerçek çatışma, 1) “pratik uyum” (Alm., *Praktische Konkordanz*; Fr., *balance des droits*; İng., *balancing of rights*) ilkesine göre, 2) “sıfat-ı arızada aslanan ademdir” yani, insanın doğuştan gelen (asli) niteliğinin, sonradan olma (arızı) niteliğine üstün tutulması ilkesi uyarınca ve 3) önceki iki yoldan çözümlenemezse, yasama organının çatışan temel haklardan birini tercih etmekte takdir yetkisine sahip olduğunu kabul ederek çözümlenebilir¹⁴³:

İlk çözüm yolu olan, Alman doktrininden gelen “pratik uyum” ilkesi, “hakların dengelenmesi” olarak da adlandırılabilir. Bu ilkeye göre, temel haklardan biri sınırlandırılıp diğeriyle dengelenerek, her iki temel hakkın varlık ve etkilerini “optimal düzeyde” sürdürmesi sağlanır. Gözler’e göre, bu ilke sadece yasa koyucuya yol gösteren bir ilkedir; dolayısıyla, yasa koyucunun, bu ilkeyi göz önünde bulundurarak yaptığı yasal düzenlemeler, takdire bağlı ve “yerindelik” kavramıyla ilgili olduğundan, Anayasa Mahkemesi tarafından, “pratik uyum” ya da diğer adıyla “hakların dengelenmesi” ilkesine aykırı görülerek iptal edilemez¹⁴⁴. Gözler, temel hakların gerçek çatışmasının, “pratik uyum” / “hakların dengelenmesi” ilkesine göre çözümlenmesini, çok umut vaat eden bir çözüm yolu olarak görmemektedir¹⁴⁵. Fazıl Sağlam ise, temel hakların çatışması sorununun “pratik uyum” ilkesi uyarınca

¹⁴² Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 250-251.

¹⁴³ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 251-263.

¹⁴⁴ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 258-259.

¹⁴⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 260-261.

çözömlenebileceğini savunmuştur ^{146, 147}. Gözler'in önerdiği ikinci çözüm yolu olan, "sıfat-ı arızada aslolan ademdir" yani, insanın doğuştan gelen (asli) niteliğinin, sonradan olma (arızı) niteliğine üstün tutulması ilkesi uyarınca, insanın doğuştan gelen niteliği olarak sayılan bir temel hak (örn., sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı) karşısında, sonradan olma bir temel hak (örn., sigara içme özgürlüğü) sınırlandırılır ¹⁴⁸. Üçüncü çözüm yolu ise, yasama organının çatışan temel haklardan birini tercih etmekte takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmektir. Bu yol, diğer iki yolun işlevsel olmadığı durumlar için geçerlidir. Bu yolda, yasama organı, çatışan temel haklardan birini seçer ve bu seçim de, yine takdir yetkisi ve yerindeliikle ilgili olduğu için yargı denetiminin kapsamı dışındadır ¹⁴⁹.

4. Temel hakların birbiriyle çatışmasının çözümüne felsefi yaklaşım:

4.1 Carlos Santiago Nino, liberal öğreti açısından temel hakların ya da insan haklarının temelinde 4 ilkenin yattığını vurgular. Bunlar, 1) insanın özerkliği (*personal autonomy*), 2) birinci ilkenin tamamlayıcısı olarak, insanın zevklerinin değerli olması ve insanın dert ve kederden uzak tutulması (*hedonism*), 3) insanın dokunulmazlığı (*inviolability of the person*) ve 4) insan haysiyetidir (*dignity of the person*) ¹⁵⁰. Söz konusu 4 ilke, temel hakların / insan haklarının çatışmalarının çözümünde yani, sınırlandırılmasında gözetilmelidir. Nino'ya göre, 1. ve 2. ilkelerle yani, insanın özerkliği ve insanın zevklerinin değerli olması ile insanın dert ve kederden uzak tutulması ilkeleriyle, 3. ilke yani, insanın dokunulmazlığı ilkesi karşılaştığında, insanın dokunulmazlığı ilkesi üstün tutulur. Benzer biçimde, 3. ilkeyle yani, insanın

¹⁴⁶ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara, A.Ü.S.B.F. Yay., 506; S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yay., 4, 1982), 187.

¹⁴⁷ Bkz. aşağıda, VI. Bölümün 2.2.11. no.lu paragrafı.

¹⁴⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 261-262.

¹⁴⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 262-263. Bu konuda, AİHM'nin, ulusal yetkililerin değerlendirmelerine "koşullu" uyma yaklaşımı (*deferential approach*) için bkz., aşağıda, IX. Bölümün 6.1. no.lu paragrafındaki açıklamalar).

¹⁵⁰ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok da, insan haklarının, insan onurunu korumayı ve insanın maddi ve manevi gelişimini amaçladığını belirtirler (Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 29).

dokunulmazlığı ilkesiyle, 4. ilke yani, insan haysiyeti karşılaştığında, insan haysiyeti üstün gelir ^{151, 152}.

İnsanın dokunulmazlığını ve haysiyetini üstün tutan yaklaşımın yansımalarını bazı AİHM kararlarında görmekteyiz. Örneğin, AİHM Büyük Dairesi, polis tarafından tokatlanma şikayetiyle ilgili 28.9.2015 tarihli Bouyid / Belçika kararında, AİHS’de yazılı olmasa da insan haysiyetinin, insanın özgürlüğü ile birlikte AİHS’nin özünde yer aldığını belirtmiştir ¹⁵³.

Nino’ya göre, temel hakların / insan haklarının çatışması 3 yöntemle çözümlenebilir: 1) Çatışan haklardan önemli olana öncelik tanınması; 2) çatışan hakların rıza (*consent*) ile uyumlaştırılması; 3) çatışan haklardan biri diğerine göre daha az önemli olduğu için daha önemli olana feda edilecekse, daha az önemli olan hakkın sahibinin kaybını / zararını tazmin etme (*compensating*) yoluna gidilmesi ¹⁵⁴. Alastair Mowbray de, tazmin etme yönteminin, dengeleme uygulamasının temel öğelerinden olduğunu kaydetmiştir ¹⁵⁵.

4.2. Rawls, “hakkaniyet olarak adalet” kuramında, temel nitelikte gördüğü özgürlükler veya bu özgürlükleri koruyan haklar arasında bir önem / öncelik sıralaması öngörmemiştir; bu nedenle, temel hakların ya da, Rawls’ın deyimiyle, temel özgürlüklerin birbiriyle çatışmaları durumunda, çatışmanın nasıl çözümleneceği belirsiz kalmıştır. Rawls, H. L. A. Hart’ın (Herbert Lionel Adolphus Hart) (1907-1992) eleştirisi üzerine, kuramını gözden geçirerek, çatışma durumunda çözümün, daha önemli özgürlüğe öncelik / üstünlük tanıyarak, çatıştığı diğer özgürlükle / özgürlüklerle uyum sağlanması

¹⁵¹ Nino 129, 186-187.

¹⁵² İnsanın özerkliği ve insan haysiyeti kavramlarının, Immanuel Kant’ın, ahlak öğretisinin temel kavramlarından olan “kesin / koşulsuz / mutlak buyruk” (*categorical imperative*) kavramını oluşturan ilkelere dayanmaktadır. İnsanın özerkliği, bu ilkelerden; insan haysiyeti ise, insanın araç olarak kullanılamayacağı ilkesinden (araçsallaştırma yasağından) kaynaklanmaktadır (Uygun 18-22); (“Categorical / Hypothetical Imperative”, Blackburn 54-55); (Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi* (İstanbul, Remzi Kitabevi, Otuz Birinci Basım, Ekim 2018), 362-363).

Hazar, AİHM Büyük Dairesinin 1.6.2010 tarihli Gäfgen / Almanya kararında, rehin alınan bir çocuğun hayatının kurtarılması amacıyla da olsa, şüpheliye insanlık dışı muamele yapılmasını ihlal olarak değerlendirmesinin, Kant’ın, insanın araçsallaştırılamayacağına ilişkin ahlak ilkesinden kaynaklandığını belirtmiştir (Hazar 266).

¹⁵³ Bouyid v. Belgium (no. 23380/09) [GC], 28.9.2015, prg. 89.

¹⁵⁴ Nino 189-192.

¹⁵⁵ Mowbray 5-6.

olduğunu belirtmiştir. Rawls'ın bu görüşü, “Temel hakların birbiriyle çatışmasının çözümüne felsefi yaklaşım” başlığı altında önem taşımaktadır. Ancak, bu görüşü daha ayrıntılı olarak, hemen aşağıda, “Temel hakların kamu yararı ile çatışması ve bu çatışmanın çözümüne felsefi yaklaşım” başlığı altında incelenmesinin daha yerinde olacağını düşündüğümüz, “hakkaniyet olarak adalet” kuramından ayırmadan ele almış bulunmaktayız.

5. Temel hakların kamu yararı ile çatışması ve bu çatışmanın çözümüne felsefi yaklaşım:

5.1. Dworkin'in, hakların, kısıtlayıcı siyasal yönelimlere karşı ileri sürdüklerinde özgürlükleri ve çıkarları sınırlamayı engelleyen (*reason blocking*) bir işlev gördüğü kuramı benimsenirse, hakların ve özgürlüklerin kamu yararı nedeniyle bile sınırlandırılmasının, insanın dokunulmazlığı açısından kabul edilemez olduğu sonucuna varılabilir. Ancak, Dworkin'in kuramı, her durumda bu sonuca varılmasını öngörmemektedir. Dworkin'in *reason blocking* kuramının ana hatlarıyla ortaya konması gerekirse, şunlar söylenebilir: Kuram, bazı insanların yaşam planlarının düşük nitelikte veya ahlak dışı olduğu; bazı insanların çoğunluk tarafından hor görüldüğü; bazı düşüncelerin şok edici ve kırıncı bulunduğu; bazı kimselerin / grupların, belirli bir yaşam biçimine zorlanmaları gerektiği veya bazılarının yaşamlarının, başkalarının yaşamlarından daha az değerli olduğu gibi gerekçelerle (ya da siyasi saiklerle / güdülerle) insanların özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını, bu gibi gerekçelerin sakıncalı olmaları (ya da caiz olmamaları) (*impermissible considerations*) nedeniyle reddeder ve bu özgürlükleri koruyan hakları, “mutlak haklar” (*absolute rights*) olarak tanımlar; buna bağlı olarak da, mutlak hakların, dengelenemeyeceklerini yani, sınırlandırılmayacaklarını öngörür ^{156, 157}. Buna karşılık, her ne kadar, toplum bireylerden oluştuğu için, kamu yararı, bireyin çıkarına / iyiliğine (*wellbeing* ¹⁵⁸)

¹⁵⁶ Letsas 13, 117.

¹⁵⁷ Doktrinde, “mutlak haklar”ın sınırlandırılmayacağı, dolayısıyla, dengelenemeyeceği kabul edilmektedir (örn., Çalı; bkz., dip-not 584). Hazar da, mutlak hakların dengeleme ile sınırlandırılmayacağını ve teraziye vurulursa, daima ağır basacağını belirtmiştir (Hazar 81, 145, 148, 264, 266, 273). Mutlak haklar, çıkar kuramı içinde yer alan, korunma ayrıcalığına sahip haklar kuramının öngördüğü gibi, önemli ölçüde değil, mutlak olarak korunurlar (bkz., dip-not 72). AİHM de, “mutlak haklar”ın dengelenemeyeceği yönünde kararlar vermiştir (bkz., dip-not 509 ve 531). AİHM'nin az da olsa, ters yönde kararları da bulunmaktadır (bkz., dip-not 594-596 ve XVI. Bölümün 2.5. no.lu paragrafı).

¹⁵⁸ “Wellbeing”, iyi durumda olma, mutluluk ve refah (*welfare*) sözcüklerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır (“Wellbeing”, “Welfare”, *Collins English Dictionary*).

indirgenebilir (*reducible*) olsa ve bireyin çıkarı / iyiliği, kamunun yararına feda edilemese de ^{159, 160}, mutlak olmayan hakların sınırlandırılabilmesi olanaklıdır. Nitekim, Letsas'ın aktardığı Jeremy Waldron'un görüşüne göre, *reason blocking* kuramı, kamunun iyiliğine karşı her durumda bireyin temel çıkarının korunmasını değil, sadece, yararcı (*utilitarian*) siyasi yönelimlerin, ahlaki değerlerden / ilkelerden yoksun hesaplarına dayalı (*corrupted calculations* ¹⁶¹) sınırlama gerekçelerinin (saiklerinin / güdülerinin) engellemesini ister ¹⁶² (bkz., IV. 3.2. no.lu paragrafta yararcı öğreti ile ilgili açıklamalar).

5.2. Dworkin'in izinden giden Letsas'a ¹⁶³ göre, temel hakların / insan haklarının, toplumda kargaşalık veya şiddete yol açacak açık ve mevcut (*clear and present*) bir tehlikenin varlığı durumunda, yetkililere takdir yetkisi (*margin of appreciation*) tanınarak sınırlandırılmaları olanaklıdır. Letsas, bu görüşünün, kültürel görecelilik (*cultural relativism*) temeline dayanmadığını; bu nedenle, yetkililere tanınacak takdir yetkisinin, toplumların kültürel özelliklerine göre değişkenlik göstermemesi gerektiğini belirtmektedir ¹⁶⁴.

5.3. Rawls, yararcı öğretinin (bkz., IV. Bölümün, 3.2. no.lu paragrafı), kamu yararı için temel hakların çiğnenmesine ve azınlıkların ezilmesine açık olan iki sakıncalı yönünü dikkate alarak, "hakkaniyet olarak adalet" (*justice as fairness* ¹⁶⁵) ¹⁶⁶ kuramını geliştirmiştir. Uygun ve Tuncay, Rawls'ın bu kuramı ile yararcı öğretinin üstünlüğünü

¹⁵⁹ Nino 162; Letsas 104; Denise Meyerson, "Why courts should not balance rights against the public interest", *Melbourne University Law Review*, 2007, Vol 31(3): 884 (https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0006/1707801/31_3_6.pdf) (erişim: 27.12.2021).

¹⁶⁰ Bkz., dip-not 124.

¹⁶¹ "Corrupted calculations" deymi, Gustav Radbruch'un (1878-1949) Nazi dönemi yasalarının, eşitlik gibi hukukun temel ilkelerine aykırı veya adaleti amaç edinmeyen yasaların geçersiz sayılmasına yol açan "*Lex corrupta*" formülünü çağrıştırmaktadır. "*Lex corrupta*" kavramı hakkında geniş bilgi için bkz., Hayrettin Ökçesiz, "İnsan Hakları Işığında Hukuk Oluşturmanın Metodolojisinde *Lex Corrupta* Sorunu", *Elli Yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları*, Yayına hazırlayanlar: İoanna Kuçuradi ve Bülent Peker (Ankara, Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları ve Felsefesi Uygulama Merkezi, UNESCO İnsan Hakları için Felsefe Kürsüsü, 2004), 327-335.

¹⁶² Letsas 113.

¹⁶³ Letsas viii.

¹⁶⁴ Letsas 14, 118, 125.

¹⁶⁵ "*Fairness*" sözcüğü, sıfat olan "*fair*" sözcüğünün isim halidir ("*fair*", *Collins English Dictionary* 552). "*Fair*" sözcüğü için ayrıca, bkz., aşağıda, VII. Bölümün 5.1. no.lu paragrafı.

¹⁶⁶ Uygun, Tuncay ve Yetkin, Rawls'ın "*justice as fairness*" deyimini, "hakkaniyet olarak adalet" biçiminde çevirmişlerdir (Uygun 132; Tuncay 127; Yetkin 209).

yitirdiğini belirtmişlerdir ¹⁶⁷. Rawls'a göre adaletin iki ilkesi vardır: 1) Herkesin, temel özgürlüklere en geniş biçimde ve eşit olarak sahip olması (özgürlük ilkesi), 2) toplumsal ve ekonomik eşitsizliklerin, olanaklardan en az yararlanabilenler (*least advantaged*) dahil, herkesin en çok yararına olacak biçimde düzenlenmesi ve makam ve mevkilerin, fırsat eşitliği koşulları altında herkese açık olması (fırsat eşitliği ilkesi). Toplumsal eşitsizlikleri doğuran farklılaşmanın haklı görülebilmesi (*justifiable*) ise, söz konusu farklılıkların / eşitsizliklerin, toplumun her kesimini, özellikle de, olanaklardan en az yararlanabilenleri – adaletin iki ilkesini gözetmek koşuluyla - daha iyi duruma getirmeye (*improve everyone's situation*) hizmet edecek olmalarına bağlıdır (fark ilkesi - *difference principle* ¹⁶⁸). Adaletin iki ilkesinden ilki yani, özgürlük ilkesi diğer ilkeye göre önceliklidir ve sadece özgürlük için sınırlandırılabilir. Toplumsal gelişmenin ilk evrelerinde (başlangıç durumunda - *original position* ¹⁶⁹) insanların, akılcı yaklaşımla bu iki ilke üzerinde uzlaştıkları (toplum sözleşmesi) varsayılmaktadır ¹⁷⁰. Rawls, bazı özgürlüklerin, insanın özerkliği ile ilgili olması nedeniyle, temel nitelikte ve öncelikli olduklarını belirtmiş ve bu temel özgürlüklerin bir listesini vermiştir. Bu listede yer alan özgürlükler, 1) siyasi seçimlerde oy kullanma özgürlüğü, 2) kamu görevlerine gelebilme özgürlüğü, 3) düşünce ve vicdan özgürlüğü, 4) ifade özgürlüğü, 5) toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, 6) mülk edinme özgürlüğü, 7) kişi özgürlüğü (psikolojik baskıdan ve vücut bütünlüğü anlamında, her türlü fiziki saldırıdan bağışık olma) ve 8) kişinin özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılmama özgürlüğünden (bağışıklığından) ibarettir ¹⁷¹.

Rawls'ın kuramında, temel nitelikte gördüğü özgürlükler veya bu özgürlükleri koruyan haklar arasında bir önem / öncelik sıralaması bulunmaması nedeniyle, birbiriyle çatışmaları durumunda, çatışmanın nasıl çözümleneceğinin belli olmaması, H. L. A. Hart (Herbert Lionel Adolphus Hart) tarafından eleştirilmiştir. Hart'a göre, çatışmanın

¹⁶⁷ John Rawls, *A Theory of Justice, Revised Edition* (Oxford University Press, 1999), xi; Uygun 131-132; Tuncay 127.

¹⁶⁸ Rawls, fark ilkesinin, maksimize etme ilkesi olduğunu belirtmiştir (Rawls 68).

¹⁶⁹ Rawls, toplumsal gelişmenin ilk evresinde (başlangıç durumunda), insanların, her türlü eşitsizlikleri sanki bir perde arkasymış gibi bilmezden gelerek (bilmezlik perdesi; *veil of ignorance*) geliştirebildikleri akılcı yaklaşımla, adalet ilkeleri üzerinde uzlaşabildikleri düşüncesindedir (Uygun 132-133; Erdoğan 134-136; "veil of ignorance", Blackburn 380).

¹⁷⁰ Rawls 52-54, 68, 130-132, 220, 266; Letsas 105-108; Uygun 134-138; Erdoğan 136-139.

¹⁷¹ Rawls 53; Letsas 105-106; Erdoğan 138.

çözümü ancak, özgürlüklerin değerlerini belirleyen bir ölçüt bulunması durumunda olanaklıdır. Bu eleştiri üzerine Rawls, kuramını gözden geçirmiş ve şu açıklamayı yapmıştır: İnsanlar, iki ahlaki yetiye (*two moral powers*) sahiptir. Bunlar; 1) adalet duygusu {*sense of justice*} ve 2) neyin iyi olduğunu {*conception of the good*} belirleyebilme yetisidir. Temel nitelikteki haklar ve özgürlükler ve bunların öncelikli olmaları, bütün yurttaşlara, sahip oldukları iki ahlaki yetiyi uygun biçimde geliştirebilmeleri ve bilinçli ve tam olarak uygulayabilmeleri için gerekli toplumsal koşulları eşit olarak sağlamayı güvence altına almaya yöneliktir. Rawls, açıklamasını, belirtilen iki ahlaki yeteneğin, iki temel durumla (*two fundamental cases*) ilişkili olduğunu belirterek tamamlamıştır. Söz konusu iki temel durum, 1) adalet duygusuyla ilişkili olan, adalet ilkelerinin topluma uygulanması durumu ve 2) neyin iyi olduğunu belirleyebilme yetisiyle ilişkili olan, yurttaşların pratik akılla (*practical reason* ¹⁷²) iyi olanı bulması durumudur. Özgürlüğün önemini, iki ahlaki yetiye ne kadar çok hizmet ettiği ve iki temel durumla ilişkisinin ne kadar kapsamlı olduğu belirler. Örneğin, iftira veya hakaret türü ifadeler, iki ahlaki yetiye hizmet etmediği ve iki temel durumla ilişkilendirilemediği için korunmaz. Öyle ise, çatışmada çözüme giden yol, daha önemli özgürlüğe öncelik / üstünlük tanıyarak, çatışan özgürlüklerle uyum sağlamaktan geçmektedir ¹⁷³.

5.4. Rawls'ın, yukarıda belirtilen “hakkaniyet olarak adalet” kuramının, yararcı öğretinin üstünlüğünü yitirmesine neden olduğu kabul edilse de, yararcı öğretinin temel haklarla / insan haklarıyla kamu yararının çatışmasının çözümüne etkilerinin günümüzde de sürdüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Belirtelim ki, yararcı öğretinin kamu yararını üstün tutması, insan hakları açısından her zaman olumsuz sonuçlar yaratmaz. Olumsuz sonuçlar, kamu yararı kavramının, daha çok, bireysel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunacak kadar sınırlandırılmasına ¹⁷⁴ neden olacak biçimde kullanılmasından kaynaklanmaktadır.

¹⁷² Pratik akıl, genel anlamda, sonuçta ne yapılması gerektiğine yönelik akıl yürütme olarak tanımlanabilir (“practical reason”, Blackburn 286). Ancak, buradaki bağlamın, Kant’çı ahlak öğretisi ile ilişkili olduğu düşünülürse, ahlaken doğru / iyi olana yönelik ahlaki eylemi belirleyen akıl yürütme olarak tanımlanması daha uygun düşebilir (“kılıklı us”, Akarsu 109) (Kant’ın “pratik akıl” kavramıyla ilgili bkz., Uygun 18, 22-23)

¹⁷³ Rawls xii-xiii; Letsas 108-109.

¹⁷⁴ Hakkın özüne dokunulması konusunda bkz., aşağıda VII. Bölümün 2.2. no.lu paragrafı.

5.5. Bazı AİHM kararlarında, yararçı öğretinin kamu yararını üstün tutan özelliğinin, sosyal adaleti (*social justice*)^{175, 176} sağlamaya yönelik düzenlemelerde öne çıktığı gözlemlenmektedir. AİHM Büyük Dairesi, kamulaştırma ile ilgili 25.10.2012 tarihli Vistins ve Perepjolkins / Letonya kararında, 1) ekonomik reform uygulamalarında veya 2) sosyal adaleti geliştirmeye yönelik olarak alınan önlemlerde veya 3) siyasi veya ekonomik rejim değişikliği gibi istisnai durumlarda, kamulaştırma bedelinin, piyasa değerinin altında belirlenmesinin uygun görülebileceğini ancak, ödemenin, bundan çok daha düşük tutarda yapılmasının uygun görülebilmesi için, bunun, meşru amaç (kamulaştırma amacı) açısından neden gerekli olduğunun gösterilmesi koşuluna bağlı bulunduğunu belirtmiştir¹⁷⁷. AİHM'nin ilkesel nitelikteki bu kararında, istisnai durumlara özgü ve belirli koşullara bağlı olsa da, kamu yararının, sosyal adaletin sağlanması veya genişletilmesi bağlamında mülkiyet hakkına üstün tutulduğu görülmektedir.

Sosyal adaletin sağlanmasıyla ilgili kamu yararı gibi, toprak reformu yapılmasındaki, tarım alanlarının verimliliğinin sürdürülmesindeki ve ormanların, doğal alanların, kıyıların korunmasındaki kamu yararlarının üstün tutulması¹⁷⁸ da, sonuçta herkesin veya büyük çoğunluğun hak ve özgürlüklerinin yararına olacağından, insan hakları açısından sakıncalı olarak nitelendirilmeyebilir. Bu örneklerle, 2020 yılından itibaren etkili olan pandemi nedeniyle, halk sağlığını korumaya yönelik önlemler ve uygulamalarla ilgili kamu yararı da eklenebilir.

¹⁷⁵ Sosyal adalet kavramı, öz olarak, bireylerin asgari refah düzeyine kavuşması ve refahın topluma yayılması kavramları ile anımlandırılmakta; sosyal devlet de, sosyal adaleti gerçekleştirmeye çalışan devlet olarak tanımlanmaktadır. Tuncay, 17.10.1972 tarihli ve E. 1972/16, K. 1972/49 sayılı Anayasa Mahkemesi kararına gönderme yaparak, sosyal adaleti, toplumdaki mağduriyetlerin giderilmesi, güçsüzlerin korunması ve böylelikle, toplumsal dengenin sağlanması olarak sunmaktadır (Tuncay 131) (Sururi Aktaş, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi* (Ankara, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ekim 2018), 225). Sosyal adaletçi olduğu kabul edilen Rawls'ın ikinci adalet ilkesi de, sosyal adalet kavramını anlatmaktadır (bkz., bu Bölümde 5.3. no.lu paragraf).

¹⁷⁶ Sosyal adalet kavramının refah (*welfare*) kavramıyla yakın ilişkisi nedeniyle, refah kavramını tanımlamak gerekir. "Refah" sözcüğü, bolluk, rahatlık içinde yaşama ve gönenç olarak tanımlanmaktadır ("Refah", *Türkçe Sözlük*). Bu tanımdan, refah kavramının, sadece, gelir düzeyiyle, geçim koşullarıyla, sosyal güvenlik olanaklarıyla ve benzerleriyle ilgili ve sınırlı olduğu sonucuna varılabilir ancak, refah sözcüğünün İngilizce karşılığı olan *welfare* sözcüğü daha geniş kapsamlı olup, mutluluk anlamında da kullanılmaktadır (bkz., dip-not 158). Letsas da, refah kavramını geniş anlamda kullanmış, güzel yemek yemenin, temiz hava solumanın, koşullara uygun gelir elde etmenin, gece iyi uyumanın, refah kapsamda olduğunu belirtmiştir (Letsas 15).

¹⁷⁷ Vistins and Perepjolkins v. Latvia (no. 71243/01) [GC] (Merits), 25.10.2012, prg. 112-113, 129.

¹⁷⁸ Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* 490-491.

5.6. Pandemi döneminde Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin 7.4.2020 ve 15.9.2020 tarihli bilgi notları (*Information Documents*)¹⁷⁹ ile Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin 21.4.2020 tarihli yorum açıklaması (*Statement of Interpretation*)¹⁸⁰ ise, AİHS'nin yaşam hakkıyla ilgili 2. maddesi kapsamında ve devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında, halk sağlığıyla ilgili kamu yararının üstün tutulmasının öngörüldüğü izlenimi vermektedir¹⁸¹. Nitekim, pandemi nedeniyle duruşmaların 3 aya kadar ertelenmesinden ve buna bağlı olarak tutukluluk süresinin uzadığından yakınan başvuruçunun başvurusu (Fenech / Malta), AİHM tarafından, kamu çıkarı / yararı için gerçek bir gereklilik (zorunluluk) varsa, masumiyet karinesine rağmen tutukluluk süresinin uzayabileceği ve pandemi tedbirlerinin, başvuruca dahil, halk sağlığını korumaya yönelik olduğu belirtilerek, kabul edilemez bulunmuştur¹⁸². Ancak, hemen kaydedelim ki, AİHM, İsviçre'de işçi haklarını ve demokratik özgürlükleri savunan bir derneğin (*Communauté Genevoise D'action Syndicale*) pandemi tedbirleri kapsamında getirilen toplantı yasağı ve konulan cezalar nedeniyle, 1 Mayıs 2020 toplantısını yapamamış olmasını, AİHS md. 11'de güvence altına alınan toplantı özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirmiştir. AİHM, bu sonuca, toplantı özgürlüğünün demokratik toplumlar için önemini göz önünde bulundurarak, daha az kısıtlayıcı tedbirlerle amaca ulaşılabileceği düşünülmeden, hakkın kullanımını tamamen yasaklama ve yasağa aykırı davrananlara hapis cezası verilmesi gibi en katı tedbirlere başvurulmasının, halk sağlığını koruma amacıyla toplanma özgürlüğünün sınırlandırılması arasında orantısızlık bulunduğu ve bu sınırlamanın demokratik toplum açısından gerekli olmadığı gerekçesiyle varmıştır¹⁸³. Görüldüğü üzere, bu başvuruda AİHM,

¹⁷⁹ *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states*, SG/Inf(2020) 11, 7.4.2020. (<https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>) (erişim 18.4.2021).

A Council of Europe contribution to support member states in addressing healthcare issues in the context of the present public health crisis and beyond, SG/Inf(2020) 24, 15.9.2020. (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809f953a) (erişim 18.4.2021).

¹⁸⁰ *Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic*, European Committee of Social Rights, 21.4.2020. (<https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640>) (erişim 18.4.2021).

¹⁸¹ İnsan haklarına öncelik verilmesi çağrıları yeni değildir. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komisyonu 1998 yılında, ticaret, finans ve yatırım alanlarının, insan hakları yükümlülüklerinden muaf olmadıklarına ilişkin bir bildiri yayımlamıştır (*Statement on Globalization – May 1998*) yayımlamıştır (Malcolm D. Evans, ed., *International Law* (Oxford University Press, Second edition, 2006) 179).

¹⁸² Fenech v. Malta (no. 19090/20) [Dec.], 23.3.2021, prg., 70, 74, 88, 96-97.

¹⁸³ *Communauté Genevoise D'action Syndicale (CGAS) c. Suisse* (no. 21881/20), 15.3.2022 (Fransızca), prg. 77, 84-87, 91-92 (Büyük Daire kararı beklemektedir; 19.4.2023).

toplama özgürlüğüne, demokratik toplumdaki önemi nedeniyle öncelik tanımıştır. Ancak, AİHM'nin, burada sunduğumuz, pandemi ile ilgili iki kararına bakarak, kararların ne yönde gelişeceğine ilişkin bir öngöründe bulunulması doğru olmaz.

6. Kamu yararlarının birbiriyle çatışması ve bu çatışmanın çözümüne kısa bakış:

6.1. Kamu yararlarının birbiriyle çatışması durumunda sorun, çatışan kamu yararlarından birinin, diğerine üstün olduğunun kabulü ile çözümlenebilmektedir. Türk idare hukukunda kamu yararları arasında kendisine “üstünlük” (ya da “mutlaklık”) niteliği yöneltilen kamu yararı için “üstün kamu yararı” terimi kullanılmaktadır ^{184, 185}. İdari yargı kararlarından bazı örnekler vermek gerekirse, 1) özel hastane inşaatıyla sağlanacak sağlık hizmetine ilişkin kamu yararı, imar planının korunmasına ilişkin kamu yararına; 2) demiryolu hizmetlerine ilişkin kamu yararı, imar planı düzenlemesine ilişkin kamu yararına; 3) biyolojik çeşitliliğin korunmasına ilişkin kamu yararı, HES Projesiyle elde edilecek enerjiye ilişkin kamu yararına; 4) çevrenin korunmasına ilişkin kamu yararı, genel ekonomi ile ilgili kamu yararına üstün tutulmuştur ^{186, 187}. Bu kavramın, “acele kamulaştırma” işlemlerinde görüldüğü gibi, bazı idari işlemlerde temel haklarla kamu yararı arasında “denge” kurulmasını önlemek için de kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bu gibi durumlarda, idari yargı, ilgili kamu yararına yöneltilen “üstünlük” niteliği hakkında idareden ikna edici açıklama beklemektedir ¹⁸⁸.

¹⁸⁴ “Üstün kamu yararı, iki kamu yararının birbiriyle yarıştığı ya da çatıştığı durumlarda, daha geniş kamu yararı ya da uzun vadeli kamu yararı anlamına gelen ve henüz belirli bir tanıma sahip olmayan bir kavramdır”; Hasan Yaylı, Aysema Pelin Şaşmaz, “Üstün Kamu Yararı Bağlamında Türkiye’de HES Politikalarına İlişkin Bir Değerlendirme”: 6, 14. (<http://www.yyusbedergisi.com/dergi/ustun-kamu-yarari-baglaminda-turkiyede-hes-politikalarina-iliskin-bir-degerlendirme20180101045454.pdf>) (erişim 19.4.2021); Ali Hamza Şahin, *Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı Kavramı* (Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 2022), 113. Bursa 2. İdare Mahkemesine göre, üstün kamu yararı, “kamu sağlığı ve milli güvenlik gibi toplumsal menfaatler ile çevre ve doğal kaynakların sağladığı yaşamsal faydaların bir bütünü olup, her türlü ekonomik gaye ve kazançtan daha öncelikli olan en üst toplumsal yararı ifade etmektedir” (Şahin 114). Şahin ise, kavramı, “birden çok kamu yararları içerisinde daha çok ihtiyaç duyulan ve daha çok yarar içeren kamu yararı” olarak tanımlamaktadır (Şahin 115).

¹⁸⁵ Ovalıoğlu 132.

¹⁸⁶ Yaylı, Şaşmaz 9-10, 14, 16.

¹⁸⁷ Ovalıoğlu 133-141. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, üstün kamu yararı kavramının, özellikle imar planlarının yargısal denetiminde kullanıldığına işaret etmişlerdir (Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 17. Baskı, 2023), 467). Üstün kamu yararına ilişkin Danıştay kararları konusunda geniş bilgi için bkz., Şahin 139-307.

¹⁸⁸ Yaylı, Şaşmaz 8.

Üstün kamu yararının, yararlı öğretinin insanın araç olarak kullanılmasında beis görmeyen ve insan haysiyetini önemsemeyen sakıncalı yönlerinden uzak durarak, ahlaki ödevler ve değerler açısından belirlenmesinin olanaklı olduğu düşünülmektedir. Üstün kamu yararı bu açıdan belirlendiğinde, örneğin, insanın sağlıklı yaşam hakkını sağlamaya yönelik kamu yararının, çatıştığı diğer kamu yararına / yararlarına üstün tutulması doğal olacaktır.

6.2. Pandemi nedeniyle, halk sağlığını korumaya yönelik önlemler ve uygulamalarla ilgili kamu yararının, genel bütçe açığının büyütülmemesi gibi ekonomiyle ilgili bazı kamu yararlarıyla çatışması ¹⁸⁹ söz konusu olabilmektedir.

AİHM'nin, kamu yararlarının birbiriyle ve bireysel hak ve özgürlüklerle çatıştığı bir davada, çatışan kamu yararlarından birine üstünlük tanıyarak, çatışan diğer kamu yararıyla, bireysel hak ve özgürlüğün nasıl dengeleneceği, aşağıda XIV. Bölümün 3. paragrafında işlenmeye çalışılmıştır.

7. Bölümle ilgili son notlar:

Buraya kadar anlatılanlar liberal öğretinin açısından, ulusal yasama ve yargı organlarının, temel hakların / insan haklarının birbiriyle veya kamu yararlarıyla veya kamu yararlarının kendi aralarında çatışmaları durumunda göz önünde bulunduracağı “sınırlandırıcı” ilkelerle ilgilidir. Örneğin, yasama organı, bu ilkeleri gözeterek, çatışan temel haklarla kamu yararını dengelerken, sınırlandıracağı temel hakların sahiplerine tazminat gibi, telafi edici (olumsuz etkiyi giderici), dengeleyici ek hak(lar) verilmesini öngörebilir. Yargı organı ise, yargıcın hukuk yaratması olanaklı durumlar ¹⁹⁰ hariç, yasama organı gibi yeni hak ya da yeni kural koyamaz fakat, yasama organının dengeleyici tazminat öngörüp öngörmediğine veya dengeleyici ek hak koyup koymadığına bakar ve bunlar yapılmamışsa, temel hakkın / insan hakkının ihlal edildiğine karar verebilir ¹⁹¹.

¹⁸⁹ Burada da kamu yararlarının “yarışması” yerine “çatışması” teriminin daha uygun olacağı düşünülmektedir zira, her ne kadar belirtilen kamu yararları, toplumun iyiliği ortak amacına yönelik olsalar da, birbirleriyle karşılaştıklarında, birbirlerini alt etme eğilimindedirler.

¹⁹⁰ Bkz., yukarıda, V. Bölümün 2. no.lu paragrafı.

¹⁹¹ Burada, ulusal yargı organının, AİHM'nin, ulusal yetkililerin değerlendirmelerine sadece, AİHM kararlarında belirlenen standartlara uygun olmaları koşuluyla saygı gösterip uyacağını (*deference*) göz önünde bulundurarak yargılama yapmasından söz edilmektedir. AİHM'nin, ulusal yetkililerin değerlendirmelerine saygı gösterip uyma yaklaşımı (*deferential approach*) ile ilgili açıklamalar, aşağıda IX. 6.1. no.lu paragrafta yer almaktadır.

VI. BÖLÜM: YARGI ORGANININ, HAKLARIN VE ÇIKARLARIN UYUMLAŞTIRMASINDAKİ ROLÜ, ORANTILILIK KAVRAMI, Dengeleme UYGULAMASI (*BALANCING EXERCİSE*) VE Dengeleme MODELLERİ

1. Yargı organının, hakların ve çıkarların uyumlaştırılmasındaki rolü:

1.1. Orantılılık / ölçülülük kavramı:

1.1.1. Başlangıç noktası, hukuk devleti kavramıyla birlikte gelişen ve temel hakların aşırı sınırlandırmasını önleme düşüncesinden kaynaklanan orantılılık (*proportionality*) kavramıdır. Hakka / özgürlüğe / çıkara müdahale (sınırlama) ne kadar uygun ve gerekli olursa olsun, 1) müdahale, aşırı (ölçüsüz, gereğinden fazla) nitelikte ise ¹⁹² veya 2) bu müdahale sonucunda bir tarafa “aşırı (ölçüsüz, fahiş) külfet” (*excessive burden*) yükleniyorsa ¹⁹³ orantısızlık var demektir. 1)’deki orantısızlık, amaç-araç orantınlılığı ile; 2)’deki orantısızlık ise, adil denge ile ilgilidir (bkz., aşağıda X. Bölümün 9. no.lu paragrafı).

1.1.2. Orantılılık terimi, İngilizce “*proportionality*”, Fransızca “*proportionnalité*”, Almanca “*Verhältnismäßigkeit*” (Almanca alfabe kullanmaksızın “*Verhaeltnismaessigkeit*”) terimlerinin karşılığıdır ^{194, 195}. Türk hukuk doktrinde ise, genellikle “ölçülülük” terimi kullanılmaktadır ^{196, 197}. Kavramı, Alman hukukundan Türk hukukuna kazandıran Fazıl Sağlam, “*Verhältnismäßigkeit*” teriminin karşılığı olarak ölçülülük terimini benimsemiş ve Alman Anayasa Mahkemesinin (Alman AYM) kullandığı gibi, geniş anlamda ve üst kavram olarak kullanmış; alt kavramları da, “elverişlilik” (*Geeignetheit*), “zorunluluk” (*Erforderlichkeit*) ve “dar anlamda ölçülülük

¹⁹² “Proportionality”, Webb 402; “Proportionality”, Mick Woodley ed., *Osborn’s Concise Law Dictionary*, (London, Sweet & Maxwell Ltd, Tenth edition, 2005), 320.

¹⁹³ Fan Jiseng, “Rethinking the Method and Function of Proportionality Test in the European Court of Human Rights”, *China Society for Human Rights Studies – CSHRS*, August 12, 2016: 2-3 (http://www.chinahumanrights.org/html/2016/MAGAZINES_0812/5284.html) (erişim: 22.12.2021).

¹⁹⁴ Yabancı dildeki terimler için bkz., Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 236.

¹⁹⁵ “Proportional”; Orantılı, *Redhouse Yeni Türkçe-İngilizce Sözlük*; “Verhältnismäßig”; Mütenasip, Karl Steuerwald, *Türkisch-Deutsches Wörterbuch*, Wiesbaden, Otto Harrassowitz, 1972.

¹⁹⁶ Konu ile ilgili en yeni kaynaklardan birinin yazarı olan Aybike Yılmaz da, “orantılılık” terimi yerine, “ölçülülük” terimini kullanmıştır (Aybike Yılmaz, *İnsan Haklarında Faydacı Teori: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ölçülülük Testi* (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları Dizisi No. 2, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Aralık 2022), 94-108).

¹⁹⁷ “Ölçülülük” kavramı, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı anayasa değişikliği yasası ile Anayasanın 13. maddesine ilke olarak eklenmiştir (Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 775; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 368).

veya oranlılık / orantılılık” (*Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne*) olarak belirtmiştir ¹⁹⁸. Bir yanda, Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, diğer yanda Gözler de, Sağlam’la aynı terminolojiyi benimsemişlerdir ¹⁹⁹. İngilizce kaynaklar da, üst kavramı ve alt kavramları, Almanca terimleri tam olarak karşılayacak biçimde, aynı sırayla, “*proportionality*” (orantılılık), “*suitability*” (elverişlilik), “*necessity*” (gereklilik / zorunluluk) ve nihayet, “*proportionality in the strict / narrow sense*” (dar anlamda orantılılık) terimleriyle kullanmışlardır ²⁰⁰.

Anayasa Mahkemesi’nin (AYM), sonuncu alt kavram olan “dar anlamda orantılılık” kavramı için, “adaletli ve kabul edilebilir bir denge”, “makul bir denge”, “hakkaniyetli bir denge”, “amaçla araç arasındaki makul ölçü”, “akla uygun bir denge” gibi değişik terimler kullandığı belirtilmiştir ²⁰¹.

1.1.3. Biz, alt kavramlardan olan, sonuncu kavrama “dar anlamda orantılılık” deniliyorsa, üst kavramın da “geniş anlamda orantılılık” (kısaca, “orantılılık”) olarak anılmasının, kaynaklardaki kullanıma daha uygun düşeceğini düşündüğümüzden, üst kavram olarak “ölçülülük” terimi yerine, “geniş anlamda orantılılık “ veya sadece “orantılılık” terimini benimsemekteyiz. Ancak, bunun sadece bir sözcük tercihi olduğunu, “ölçülülük” terimiyle arasında herhangi bir anlam farkı içermediğini de kaydetmeliyiz.

Alt kavram olan “dar anlamda orantılılık”la ilgili açıklamalarımız, aşağıda, VI. Bölümün 1.1.2. ve 1.5.1. no.lu paragraflarıyla, X. Bölümün 9. No.lu paragrafında yer almaktadır.

1.2. Toplum sözleşmesini benimseyen bakış açısından orantılılık:

Sarmas’a göre, toplum sözleşmesiyle oluşturduğu varsayılan toplum düzeninde, bireyler eşit haklara / özgürlüklere / çıkarlara sahiptir. Toplumu oluşturan bireylerin bir bölümüne, orantısız / aşırı külfet (veya fedakarlık) yüklendiğinde, toplum sözleşmesiyle oluşturduğu varsayılan toplum düzeninin temelinde yatan bireyler arası eşitlik bozulmuş olur ²⁰². Eşitliğin korunması için, çatışan çıkarların uyumlaştırılmasında, bazı

¹⁹⁸ Sağlam 113.

¹⁹⁹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 650, 795-796; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 237-239, 370-373, 428.

²⁰⁰ Bkz., bu Bölümün 1.5.1. no.lu paragrafı.

²⁰¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 373.

²⁰² Sarmas 172.

bireylere ²⁰³ külfet yüklerken veya yaptırım uygularken, 1) meşru bir amacın varlığı, 2) bu amacı sağlamaya uygun / elverişli olan aracın (külfet, yaptırım) seçimi ve 3) söz konusu amaç ve araç arasında bir orantının bulunması gerekir. Seçilen aracın yani, bireye yüklenecek külfetin veya uygulanacak yaptırımın, meşru amaçla orantılı olup olmadığının belirlenmesinin sübjektif değerlendirmelerden tamamen uzak olarak gerçekleştirilebilmesi ise, zor bir iştir. Nitekim, AİHM de, yüklenen külfetin veya uygulanan yaptırımın meşru amaçla orantılı olup olmadığına, genellikle, az farklı çoğunluklarla karar verebilmektedir ²⁰⁴.

Sarmas'ın bu açıklamalarının, bu Bölünün, 1.1.1. no.lu paragrafında yaptığımız ayrıma dayalı iki tür orantısızlığı birlikte içermekte olduğuna dikkat çekmek isteriz.

1.3. Orantılılık kavramının BM İnsan Hakları Bildirgesindeki temeli:

Burada, siyasi ve ahlaki değerler bakımından yol gösterici nitelikte olan 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin ²⁰⁵ 29. maddesinin 2. fıkrasını hatırlamakta yarar vardır. Fıkraya göre, haklar ve özgürlükler, yasada belirlenmiş olarak ve sadece başkalarının hak ve özgürlüklerini tanımayı güvence altına alma ve onlara saygı gösterme amacıyla ve demokratik bir toplumda ahlak, kamu düzeni ve genel refahı sağlamanın haklı gerekleri (*just requirements*) için sınırlanabilir. Christoffersen, hak ve özgürlükleri sınırlamaya sınır getiren bu fıkranın, çağdaş insan hakları hukukunda orantılılık ilkesi için önemli bir dayanak oluşturduğunu belirtmiştir ²⁰⁶.

1.4. Orantılılık kavramının tarihsel gelişimi:

1.4.1. Orantılılık kavramının uygulamadaki ilk izine, idare hukuku alanında, kamu güvenliğini sağlamak için kesinlikle gerekli (*strictly necessary*) olandan fazla kişisel özgürlükleri kısıtlayan idari ceza veya polis tedbiri uygulanmasını yasaklayan 1794

²⁰³ Burada “birey” sözcüğü kullanılmakla birlikte, yerine göre, “birey topluluğu” ve mülkiyet hakkı bağlamında, “tüzel kişi” de kapsama dahildir.

²⁰⁴ Sarmas 135.

²⁰⁵ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 35, 45.

²⁰⁶ Christoffersen, “Straight Hum. Rights Talk -”, 14.

tarihli Prusya yasasında rastlanmaktadır ^{207, 208}. 1882’de Prusya İdare Mahkemesi, *Kreuzberg* davasında, polislerin, kamu düzenini sağlamak için gerekli gördükleri idari tedbirleri alma yetkilerinin yasaya dayandığına ilişkin savunmalarına karşı, alınacak tedbirlerin, güdülen amaç için gerekli olandan fazla / sınırlandırıcı olamayacağına ve yetkililerin, kamu güvenliğini sağlamak için uygulayacakları tedbirleri, kendi “güzellik anlayışlarına” (*aesthetic judgment*) dayandıramayacaklarına karar vermiştir. Böylece, “gereklilik” ile “orantılılık” arasında bir bağ kurulmuş olmaktadır ^{209, 210}. Bu bağ, yetkililerin, keyfi yorumlarına dayanarak, “gerekli” olduğunu ileri sürdükleri idari tedbirlerin, “gerekli” ölçüyü aşan (aşırı / ölçüsüz / gereğinden fazla) yani, orantısız nitelikte olmalarına – yargı organı aracılığı ile - engel olunmak istenmesiyle ilgilidir. Dikkat edilecek olursa, burada, gereklilik, karşımıza iki bacaklı olarak çıkmaktadır: 1) Kamu düzenini sağlamak için idari tedbir alınmasının gerekliliği ve 2) alınacak tedbirin gerekli ölçüde olması. Bu iki bacaklı gereklilik, hemen aşağıda, 1.5.1. no.lu paragrafta belirtilen 3 basamaklı orantılılık (geniş anlamda orantılılık) testinin 2. basamağındaki “zorunluluk” anlamında kullanılmaktadır ^{211, 212}.

1.4.2. Orantılılık kavramı, *Kreuzberg* kararından sonra, 1882-1914 yılları arasında Prusya İdare Mahkemesinde işlenmiş ve 20. yüzyılın ikinci yarısında, özgürlükçü demokrasilerde, anayasa yargılamalarının merkezinde yer alan evrensel bir ölçüt düzeyine yükselmiş; AB hukukunda, AB Temel Haklar Şartı’nın 52/1 hükmü ²¹³

²⁰⁷ Di Gino Scaccia, “Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-Law of European Courts”, *Federalismi.it*, 20 Febbraio 2019, N. 4/2019: 2 (<https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/Proportionality-and-the-Balancing-of-Rights-in-the-Case-law-of-European-Courts.pdf>) (erişim: 22.12.2021).

²⁰⁸ Christoffersen, uluslararası hukukta orantılılık kavramının, devletin sorumluluğu bağlamında geliştiğini ve uluslararası hukukun doğduğu 17. yüzyıla kadar geri götürülebileceğini fakat, uluslararası hukukta kavramla ilgili ilk uygulamaların 19. yüzyılda görülmeye başladığını bildirmiştir (Christoffersen, “Straight Hum. Rights Talk -”, 13)

²⁰⁹ Jiseng 2; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 236.

²¹⁰ Burada sözü edilen orantılılık, geniş anlamdaki orantılılıktır. Bkz., aşağıda X. Bölümün 7.2.2.; 7.2.3. ve 9. no.lu paragrafları.

²¹¹ Bu konuda ayrıca bkz., aşağıda X. Bölümün 7.2.2.; 7.2.3. ve 9. no.lu paragraflarındaki sıra düzeni ile ilgili açıklamalar.

²¹² *Sindicatul “Pastorul Cel Bun” v. Romania* (no. 2330/09) [GC], 9.7.2013, prg. 159; *Fernandez Martinez v. Spain* (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014, prg. 131.

²¹³ AB Temel Haklar Şartı’nın (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) “Hakların ve ilkelerin kapsamı ve yorumlanması” başlığı altındaki 52. maddesinin 1. fıkrası: “Bu Şart’ta tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasının herhangi bir sınırlaması, yasada belirtilmeli ve bu hak ve özgürlüklerin **özüne saygı** göstermelidir. Sınırlamalar, sadece gerekli ve Birliğin kabul ettiği genel çıkarların amaçlarını yerine getirmeye gerçekten yönelik veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için ise, **orantılılık ilkesine** tabi olarak gerçekleştirilebilir.” (Çeviri ve vurgular tarafımızdan yapılmıştır).

uyarınca genel ilke olarak kabul edildiğinden, AB Adalet Divanı (ABAD) tarafından zorunlu olarak; AİHM tarafından ise, kendiliğinden, genel ilke haline getirilmiştir ^{214, 215, 216, 217}.

1.5. Orantılılık (geniş anlamda orantılılık) kavramının içerdiği sıralı basamaklar ve dengeleme / dengeleme uygulaması (dar anlamda orantılılık) basamağı:

1.5.1. Alman hukukundan gelen orantılılık ilkesi (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* ²¹⁸ veya Alman alfabesini kullanmaksızın *Verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz*) “test” (sınama, yoklama) olarak uygulandığında, a) bazı yazarlara göre sıralı 3 basamaktan (1- elverişlilik / uygunluk [*suitability*], 2- zorunluluk / gereklilik [*necessity*], 3- amaç-araç orantılılığı ve dengeli olmayı içeren, dar anlamda orantılılık [*proportionality in the strict / narrow sense*]) ^{219, 220, 221}, b) bazı yazarlara göre ise, sıralı 4 basamaktan (1- meşruluk / meşru amaç [*legitimacy / legitimate aim*], 2- elverişlilik / uygunluk, 3- zorunluluk / gereklilik, 4- amaç-araç orantılılığı ve dengeli olmayı içeren, dar anlamda orantılılık) ^{222, 223} oluşur.

²¹⁴ Jiseng 2.

²¹⁵ Scaccia 2-3, 9. Scaccia, AB hukukunda orantılılık ilkesini uygulama zorunluluğunun, temel hakları, kamu gücüne karşı koruyan öz-savunma engeli (*self-defence barrier*) olduğunu belirtmektedir (Scaccia 15).

²¹⁶ Mathias Klatt and Moritz Meister, “Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy”, *I-CON* (2012), Vol. 10, No. 3: 688 (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30063.pdf>) (erişim: 27.12.2021).

²¹⁷ Tsakyrakis 468, 475.

²¹⁸ Robert Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 2 June 2003: 135 (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>) (erişim: 27.12.2021).

²¹⁹ Alexy 135-136.

²²⁰ Alexy gibi, Scaccia, Greer ve Christoffersen de Alman hukuk doktrinindeki orantılılık testinin 3 basamaktan oluştuğu görüşündedir (Scaccia 6) (Steven Greer, ““Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 63, No. 2, July 2004: 415) (Christoffersen, “Straight Human Rights Talk -”, 17-18).

²²¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 370-372.

²²² Jiseng 2; Klatt and Meister 704-705; Ingrid Leijten, “The Case for Proportionality Review – and against Balancing”, *Universiteit Leiden, Leidenlawblog, Public Law*, July 01, 2014: 1) (<https://leidenlawblog.nl/articles/the-case-for-proportionality-review-and-against-balancing>) (erişim: 29.12.2021).

²²³ Zeynep Hazar, elverişlilik / uygunluk ve zorunluluk / gereklilik basamaklarını ayrı ayrı değil, birlikte ele almıştır. Hazar’a göre, basamaklar, 1- meşru amaç, 2- uygunluk ve gereklilik, 3- dar anlamda orantılılık (Hazar 98, 101, 104).

Yargı organı, basamakları sırayla kullanır, sıra en son, adil denge ilkesine göre yapılan dengeleme ögesini de içeren, dar anlamda orantılılık basamağına gelir ^{224, 225, 226, 227}. Basamakların birinde ihlal belirlenirse, sonraki basamağa geçilmesine gerek kalmaz; yargı organının basamakları sırayla kullanmasının önemi burada ortaya çıkar. Belirtelim ki, yargı organı, her basamakta geniş takdir yetkisine ihtiyaç duyar ²²⁸.

1.5.2. AİHM, dar anlamda orantılılığın (dengelemenin / dengeleme uygulamasının) içinde bir öge ve son aşama olan adil denge ilkesine göre dengelemeye, AİHS’de ve Ek Protokollerde güvence altına alınan haklar kendi aralarında çatıştıklarında veya bunlarla kamu yararları çatıştığında, alışılmış çözüm yolu olarak başvurmaktadır ²²⁹.

Dengelemenin, AİHM terminolojisine göre, “adil denge” (*fair balance*) niteliğinde sonuç üretmesi, aşağıda, AİHM kararlarından örneklerin sunulduğu XIV. Bölümde incelenecektir.

2. Anayasa yargısı / temel haklar yargısı alanında dengeleme (dengeleme uygulaması, dar anlamda orantılılık):

2.1. İlk uygulama:

Anayasa yargısı ya da temel haklar yargısı alanında dengelemenin, ilk olarak 1930’larda ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) tarafından kullanıldığı kaydedilmiş ve bunda, Yüksek Mahkemenin, anayasayı 1929 ekonomik krizinden sonra ekonomiyi canlandırmak ve işsizliği azaltmak için uygulamaya konan “*New Deal*”

²²⁴ Scaccia 6-7; Leijten 1.

²²⁵ Yılmaz, Aybike 105.

²²⁶ Aleinikoff, bazı yazarların, dengelemenin en son basamakta yer almasını benimsemediklerini belirtmiştir (Aleinikoff 988).

²²⁷ AİHM’nin dengeleme uygulamasını gerçekleştirirken izlediği ve ulusal yetkililerin yaptığı dengelemeyi denetlerken izlenmesini beklediği sıra düzeni ile ilgili açıklamalar, aşağıda X. Bölümün 7.2.2.; 7.2.3. ve 9. no.lu paragraflarında yer almaktadır.

²²⁸ Scaccia 7.

²²⁹ Tsakyrakis 468.

adlı ekonomi programının etkisi altında, araççı (*instrumental*)²³⁰ bakış açısıyla yeniden yorumlamak istemesinin rol oynadığı belirtilmiştir^{231, 232}.

2.2. Anayasa yargısı / temel haklar yargısı alanında dengeleme uygulamasına yönelişe, hukuk ve siyaset felsefesi açısından bakış:

Burada, yargı organının, temel hakları tartıp dengelemek veya bunu yapmaktan kaçınmak durumunda olup olmadığı ile ilgili tartışmalara göz atmakta yarar vardır zira, yargı organının, temel hakları tartmaktan kaçınılan yola mı, yoksa, dengeleme yoluna mı gireceği, yargıçların benimsedikleri hukuk ve siyaset felsefesine göre belirlenmektedir²³³.

2.2.1. Rawls, hakkı, iyi / yararlı olana üstün tutar²³⁴ ve yargı organının görevinin hak ve özgürlükleri korumak olduğunu savunur²³⁵. Hakların, öncelikli / üstün olduğunu savunan Dworkin²³⁶, hakların belirli ölçüde sınırlanmasıyla sonuçlanabilecek dengeleme uygulamasına tabi tutulmalarına karşıdır²³⁷. Habermas da hakların (temel haklar dahil), çıkarlar (kamu yararları dahil) ve değerler karşısında önceliğini / üstünlüğünü savunur. Habermas’a göre, haklar, “haklılığın gücü”ne (*justificatory force*) ve sınırlama girişimlerine karşı koruyucu bir sisteme (*firewall*) sahiptir²³⁸. Dworkin’in izinden giden Stavros Tsakyrakis, çatıştıkları temel haklardan daha önemsiz olmayan bazı sınırlandırıcı ya da haklı nedenlerin (*justifications*) olabileceğini fakat, bunlara dayanarak söz konusu temel hakların sınırlandırılmalarının yani, dengelenmelerinin,

²³⁰ Bkz. dip-not 109.

²³¹ Aleinikoff 948, 953, 956, 964.

²³² ABD anayasa hukukunda, ifade özgürlüğü ve eşit korunma hakkı davalarında, bireylerin temel haklarıyla ilgili dengelemeye “balancing test”; eyaletler (*States*) arası ticaret ve bu ticaretle ilgili federal yasalar bağlamında dengelemeye ise, “balancing of interests” denmektedir (“Balancing test”, “Balancing of interests”, *Black’s Law Dictionary* 143).

²³³ Kuçuradi, yargıçları, etik değerler açısından üçe ayırır: 1- Toplum düzenini korumayı amaç edinen ve yasaları, kuralları bu açıdan yorumlayan yargıçlar; 2- etik değerleri temsil eden ilkeleri korumayı amaç edinen yargıçlar (örn., ifade özgürlüğünü korumaya çalışan yargıçlar); 3- davada taraf olan insanların haklarını aynı anda korumaya çalışan ve “etik muhasebe” yapan yargıçlar (Kuçuradi, Ahlak, Etik ve Etikler, 107-109).

²³⁴ Meyerson 887-888.

²³⁵ Letsas 110.

²³⁶ Bkz., yukarıda, III. Bölünün 2.4.; IV. Bölümün 3.1.1. ve V. Bölümün 5.1. no.lu paragrafları.

²³⁷ Christoffersen, Dworkin’ci bakış açısını “ya hep-ya hiç” (veya “ya tam-ya hiç”) (*all-or-nothing*) anlayışı olarak nitelemektedir (Christoffersen, “Straight Hum. Rights Talk -”, 39).

²³⁸ Alexy 139; Meyerson 884-886.

bu temel hakların tanınmasına (hukuk düzeninde yer verilmesine) ters düşeceğini belirtmektedir ²³⁹. İnsan haysiyeti ve “insanın kendinden amaç olduğu” ilkelerini getiren Kant’çı ahlak anlayışının izlerini taşıyan bu görüşler, özetle, her hakkın – mutlak nitelikte olmasa da - üstün tutulmasını, insanların eşit haysiyetlerine (*equal dignity*) saygı göstermenin bir yolu olarak algılamaktadırlar. Bu çerçevede, Denise Meyerson, hakların, kamu yararlarıyla değil, sadece başka haklarla dengelenebileceğini belirtir ²⁴⁰. Dolayısıyla, Rawls, Dworkin ve Habermas gibi düşünen yargıçların, temel hakları, kamu yararlarıyla karşılaştırıp, bunları eşit değerde görerek tartmaktan ve dengelemekten – ilkesel / ahlaki nedenlerle – kaçınacakları söylenebilir ²⁴¹.

Bu düşünürlerin çizgisinde olmamakla birlikte, dengeleme uygulamasına, bu uygulamayla ortaya çıkacak sonucun, yargıcın kişisel görüşü ve değerlendirmesi doğrultusunda biçimlenen değer yargısı (*value judgment*) ²⁴² niteliğinde olacağı gerekçesiyle karşı çıkanlar da vardır ²⁴³.

2.2.2. AİHM’nin, adil denge kavramını, gerekçesinde kullandığı ilk karar olan 23.7.1968 tarihli Belçika’daki eğitim dilleri kararında, yargıç Terje Wold, yukarıdaki düşünürlerin (Rawls, Dworkin ve Habermas) kaygılarından farklı bir kaygıyla, AİHS’deki temel hakların kamu yararıyla karşılaştırılıp dengelenmesine karşı çıkmış

²³⁹ Tsakyrakis, bu bağlamda, dini hassasiyetler haklı nedeniyle, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmak istenmesi konusunda, AİHM’nin 20.9.1994 tarihli Otto-Preminger-Institut / Avusturya kararında (Otto-Preminger-Institut v. Austria (no. 13470/87), 20.9.1994) dengeleme yaparak, dava konusu filmin tamamen yasaklanmasını, hükümetin, gereklilik (zorunluluk) bağlamındaki takdir yetkisi kapsamında görmesini ve sonuçta, ifade özgürlüğünü korumamış olmasını eleştirmiştir (Tsakyrakis 488-489).

²⁴⁰ Meyerson 886-888.

²⁴¹ Tsakyrakis 479.

²⁴² Akarsu, değer yargısını, varlıkla değil, değerle ilgili yargı; bir değerlemeyi içeren yargı olarak tanımlamıştır (“değer yargısı”, Akarsu 45).

Kuçuradi, etik (ethik - *ethic*) değerlerle (erdemlerle), değer yargılarının karıştırıldığını belirtir. Kuçuradi’ye göre, etik değerler, kişinin kendisiyle ve başkalarıyla ilişkilerinde ortaya çıkan davranış özellikleri (dürüstlük, güvenilirlik, insana saygı, sevgi gibi) olup, insan haysiyetine zarar vermeden eylemde bulunmanın temel koşuludur. Değer yargıları ise, topluluklarda belirli süre geçerli, “iyi” ve “kötü” ile ilgili yargılardır. Ahlak (*morals*) da, değer yargıları sistemidir. Ahlak, etik’in bir konusudur, dolayısıyla, etik’in kapsamındadır (Kuçuradi, *Ahlak, Etik ve Etikler*, 47, 53, 60, 96, 168-169). Bu bilgiler ışığında, ahlakla etik’in eşanlamlı olmadıkları söylenebilir ancak, günlük kullanımda olduğu gibi, kaynakçada belirtilen ilgili kaynaklarda da, her iki kavram ayırım gözetmeden kullanılmıştır. Biz de bu çalışmada, her iki kavramı ayırım gözetmeden kullanmaktayız.

AİHM, 27.10.2020 tarihli Kılıçdaroğlu / Türkiye kararında, değer yargılarının, olgulardan farklı olarak, kanıtlanabilir nitelikte olmadıklarının, hatta, yeterli olgusal temelden yoksun olabileceklerinin altını çizmiştir (Kılıçdaroğlu v. Turkey (no. 16558/18), prg. 43, 58 (HUDOC’ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

²⁴³ Leijten 1; Scaccia 7; Meyerson 890.

ve karşı oy yazısında, AİHM'nin adil denge arayışının, onu, ülkelerin siyasi sorunlarının ortasına sürükleyeceğini belirtmiştir ^{244, 245}. Yargıç Wold'un bu görüşünün, AİHM'nin, dengeleme uygulamasına başvurmasına ve adil denge kavramını kullanmasına engel olacak bir etki yaratmadığı söylenebilir.

2.2.3. Klatt ve Meister, bağdaştırıcı bir yol izleyerek, Dworkin'in, haklar için, iskambil oyunlarında elde tutulan koz (*trump card*) benzetmesini yumuşatıp (*soft trumping*), hakların, kendilerine soyut olarak yüklenen öneme / ağırlığa ve türlerine göre öncelik / üstünlük taşıdıklarını ve bu çerçevede tartılabilip dengelenebileceklerini savunurlar. Bu görüşe göre, anayasal / temel haklar ancak, anayasal / temel başka haklarla, ilkelerle veya değerlerle tartılabilip dengelenebilirler. Anayasal / temel haklara soyut olarak yüklenen önem / ağırlık ise, somut olayla / durumla değil, ilkelerle / değerlerle ilgilidir ve bunlara yüklenen önem / ağırlık her anayasada farklı olabilir (insan haysiyetine mülkiyet hakkından daha fazla önem / ağırlık yüklenmesi gibi). Bu bağlamda, temel haklara, ilkelere, değerlere ve çıkarılara tanınan öncelik / üstünlük değişkendir (*prima facie trumping*). Ayrıca, temel haklara yüklenen önem / ağırlık da zamanla değişebilmektedir. Temel haklara yapılan müdahalenin (hakları sınırlamanın) yoğunluğunu ölçme ve haklılığını belirleme görevi ise, kaçınılmaz olarak yargı organına aittir. Yargı organının bu görevi, dengeleme uygulamasında ahlaki değerlendirmenin devreye girmesi demektir ^{246, 247}. Bu aynı zamanda, yargı organının dengeleme uygulamasını- ortak hukuk (*common law*) geleneğine sahip ülkelerde - olaya / davaya özgü (*ad hoc balancing*) kılar ²⁴⁸.

Denise Meyerson da, benzer çizgide, yargıçların, haklara (mutlak nitelikte olmayan haklara) daha çok; kamu yararlarına ise, daha az ağırlık vererek, haklarla kamu yararlarını dengeleyebileceklerini, böylelikle, kamu yararlarının tamamen dışlanmamış olacaklarını savunmuştur ²⁴⁹.

²⁴⁴ Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) (Merits), 23.7.1968, s. 100.

²⁴⁵ Mowbray 3.

²⁴⁶ Klatt and Meister 690-692, 694-695, 698.

²⁴⁷ Burada sözü edilen ahlaki değerlendirme, Kuçuradi'nin, "etik muhasebe" yapan yargıçlar ayrımı ile karşılaştırılabilir (bkz., dip-not 233).

²⁴⁸ Aleinikoff 961, 977, 979-980, 983.

²⁴⁹ Meyerson 883.

2.2.4. Di Gino Scaccia, yasama organlarının, haklar, çıkarlar ve değerler arasındaki çatışmaları uzlaştırma ve bunları önem sırasına yerleştirme işiyle yeterince uğraşmadıklarını, dolayısıyla, uzlaştırma ya da dengeleme işinin, orantılılık kavramı (dar anlamda orantılılık) üzerinden yargı organlarına kaldığını belirtmektedir. Yargı organları ise, genelgeçer kurallar koyamadıkları ve kalıcı önem sıraları belirleyemedikleri için, olaya / davaya özgü dengeleme uygulamalarıyla çözümler üretirler ²⁵⁰. Scaccia, özgürlükçü anayasa hukukunda, yasama organının temel hakları sınırlaması, ne kadar demokratik yöntemlerle gerçekleşirse gerçekleşsin, haklılığı makul görülebilecek bir nedene dayanmadıkça, ahlaken meşru sayılmadığını belirtmiştir ^{251, 252, 253}. Burada da, temel hakların sınırlanmasının haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının belirlenmesi, yine, yargı organına düşmektedir. Yargı organının söz konusu belirleme işleminin, ahlaki değerler / ilkeler üzerinden yürüyeceği açıktır. Scaccia'nın, yargı organlarına yönelik olarak yaptığı, dokunulmaz hakların ve insan haysiyetinin üstün tutulmasının, genel kabul gören adalet anlayışının bir gereği olduğuna ilişkin vurgu da ²⁵⁴, yargı organlarının ilkelerle ve değerlerle ilgili önem sıralaması yapmak durumunda olduğuna işaret etmektedir. Ancak, yargı organının, orantılılık testinin (geniş anlamda orantılılığın) her basamağında ihtiyaç duyduğu geniş takdir yetkisinin ²⁵⁵, dengeleme uygulaması basamağına gelindiğinde, çıkarlar ve değerlerle ilgili önem sıralaması yaparken keyfiliğe dönüşebilecek olması da ²⁵⁶ gözden kaçırılmamalıdır.

2.2.5. Jeremy Waldron, yargıçların – her makul insanın yapabildiği gibi – değerler arasında önem sıralaması yapabilecekleri görüşünü savunmuştur. Waldron'a göre, ilkeler ve değerler arasında önem sıralaması yapılması, bunların arasında mantıklı bağ kurmak (*articulation*) anlamındadır ve sıradan insanların gözünde, ilkelerin ve

²⁵⁰ Scaccia 4, 7.

²⁵¹ Scaccia 3-4.

²⁵² Karş., dip-not 161'de "Corrupted calculations", "Lex corrupta".

²⁵³ Scaccia'nın bu görüşü ile Dworkin'in, hakkın kendisinin, özgürlükleri ve çıkarları sınırlamayı engelleyen (bloke eden) ("*reason blocking*") bir işlev gördüğü kuramı (bkz., III. Bölümün 2.4. ve V. Bölümün 5.1. no.lu paragrafları) arasında bir benzerlik bulunmamaktadır.

²⁵⁴ Scaccia 4.

²⁵⁵ Bkz., dip-not 228.

²⁵⁶ Scaccia 7.

değerlerin dengelenmesinden başka bir şey değildir. Bunun yapılamayacağını ileri sürmek ise, ahlaki değerlere / ilkelere kuşku ile bakmak demektir ^{257, 258}.

2.2.6. Hakları çıkar temeline dayandıran hukuk anlayışı ²⁵⁹ benimsendiğinde ise, dengeleme uygulaması her durumda kendiliğinden olanaklıdır ve yargı organının en önemli görevidir ²⁶⁰. Bu anlayışa göre, temel hakların / insan haklarının özel ağırlığı, önceliği veya üstün konumu söz konusu değildir ²⁶¹; kamu yararlarıyla aynı değerde / önemde görülürler ²⁶². Temel hakları ve kamu yararını farklı değerde / önemde gören Dworkin ve Habermas gibi çoğulcu (*pluralist*) düşünürlere karşıt olarak, dengeleme kuramcısı Robert Alexy gibi, temel haklarla kamu yararlarını eşit değerde / önemde gören tekçi (*monist*) düşünürlere açısından zarar ve sonuç önemlidir; zarar görenin temel haklar ya da kamu çıkarı / yararı olması önemli değildir; bunların çatışmasında, çatışmaların herhangi birinde zarar oluşacaksa, dengeleme yapılması gerekir ²⁶³.

2.2.7. 1920'li yıllarda, Amerikan pragmatizminin etkisiyle gelişen Amerikan hukuki realizm akımı, ortak hukuk (*common law*) geleneğinden de destek alarak, yargıçların hukuk yaratabilmelerini ve bu kapsamda, dengeleme uygulaması yapabilmelerini ve çatışan çıkarları uzlaştırebilmelerini savunmuştur ²⁶⁴. Yargı organının dengeleme uygulamasının, yukarıda belirtildiği gibi, ortak hukuk geleneğine uygun olarak, olaya / davaya özgü (*ad hoc*) esneklikte olması olağandır ²⁶⁵.

2.2.8. Çıkarlar hukukçuluğu akımına öncülük eden Philipp von Heck'in "çıkarlar içtihadı" (*Interessenjurisprudenz*) ^{266, 267} adlı yorum yöntemine göre, yasa koyucu,

²⁵⁷ Tsakyrakis 472-473.

²⁵⁸ Klatt ve Meister de aynı görüştedirler (Klatt and Meister 696).

²⁵⁹ Bkz., yukarıda III. Bölümün 2. no.lu paragrafı.

²⁶⁰ Aleinikoff 945; Jiseng 13.

²⁶¹ Klatt and Meister 689.

²⁶² Tsakyrakis 474.

²⁶³ Meyerson 886. Thomas Nagel, temel hakların ve kamu yararlarının değerlerinin, farklı kaynaklara dayandığını savunur (Meyerson 887).

²⁶⁴ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 332, 337; Meyerson 891.

²⁶⁵ Bkz. dip-not 248.

²⁶⁶ "Menfaatler içtihatçılığı", Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş Onuncu Baskı, 2011.

²⁶⁷ Altan Heper, "Yasaya Sadakatın Farklı Bir Okuması: Philipp Heck", *İÜHFM C. LXXII*, Sayı 1, 2014: 333 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97878>) (erişim 20.11.2021).

çıklarların korunmasını ve dengede olmasını ister; yargıç da, yasa koyucunun, ilgili yasayı yaptığı tarihteki amacını ve yaptığı değerlendirmeyi anlamaya çalışarak yasalara itaat eder (düşünerek itaat ilkesi). Bu ilke uyarınca yargıç, yasa koyucunun korumak istediği çıkarı belirlemeli ve bu doğrultuda, hukuk yaratarak yasadaki boşlukları doldurmalıdır ²⁶⁸. Remus Titiriga bu bağlamda, yargıcı, yasama organının “düşünen iş ortağı” (*thinking associate*) olarak nitelemektedir ²⁶⁹. Bu bakış açısına göre, yargıcın somut olayda karar verirken yapacağı dengeleme, yasa koyucunun güttüğü amaç ve yaptığı değerlendirme ile sınırlı olup, yasada gözetilen çıkarlar dengesini birebir (aynı ölçüde / oranda) tekrarlamaktan (*replicate*) ibarettir ^{270, 271}. Ancak, yasa koyucunun amacı ve çıkarlarla ilgili değerlendirmesi açık değilse, yargıç, yasama organının “düşünen iş ortağı” sıfatıyla, yasanın yapıldığı tarihteki çıkarları belirler ve kendi değerlendirmesine göre önem sırasına koyar ²⁷².

2.2.9. Almanya’da çıkarlar hukukçuluğu, II. Dünya Savaşından sonra değerler hukukçuluğuna (*Wertungsjurisprudenz*) dönüşmüştür. Değerler hukukçuluğu da çıkarlar temeline dayanır ancak, bu hukukçular, dar kapsamlı günlük küçük çıkarlara göre, “yasalar tarafından korunan değerler” olarak da nitelendirilebilen geniş kapsamlı çıkarlara (insan haysiyeti, hukuk devleti, sosyal devlet, kamu yararı, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü gibi) öncelik tanınmasını ve dengelemenin, buna göre yapılmasını savunurlar ²⁷³.

2.2.10. Sosyolojik hukuk akımının (*sociological jurisprudence* ²⁷⁴ – sosyolojik hukukçuluk) önemli temsilcilerinden olan Roscoe Pound (1870-1964) ²⁷⁵, Rudolf von Jhering’in, hukukun, amaca götüren araç olduğu görüşünü benimseyerek, hukuk düzeninin ve bu düzen içinde yer alan yargı organının görevinin, toplumdaki çıkarları

²⁶⁸ Heper 341-342, 347.

²⁶⁹ Titiriga 68.

²⁷⁰ Güriz, *Hukuk Başlangıcı* 255; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 51-53.

²⁷¹ Titiriga 75.

²⁷² Titiriga 68, 71.

²⁷³ Heper 334, 339-340, 346-347; Titiriga 72, 74.

²⁷⁴ Aleinikoff 955, 957, 959.

²⁷⁵ Güriz, *Hukuk Başlangıcı* 265.

belirlemek; belirlediği çıkarların önemini / değerini ölçmek (ağırlığını tartmak) ve çoğunluğun çıkarlarını veya toplumun sahip olduğu uygarlıkta / kültürde ağır basan çıkarları üstün kılmak amacıyla, çatışan çıkarları - bazılarını koruyarak, bazılarını ise, sınırlandırarak - dengelemek olduğunu belirtmiştir. Pound, dengelemekten, uyumlaştırmayı (*harmonize, adjust*) ve uzlaştırmayı (*reconcile*) anladığını açıklamış ve dengeleme sürecinin, çatışan çıkarların en az kayıpla sonuçlanmasını sağlaması gerektiğini vurgulamıştır. Pound'a göre, bireysel çıkarlar kendi aralarında; kamu yararları / toplumsal çıkarlar da kendi aralarında tartılıp dengelenmelidir ²⁷⁶.

2.2.11. 1975-1987 yıllarında Alman AYM'de yargıçlık yapan Konrad Hesse, Alman anayasasının, ilkeler ve değerler bütünü olduğu ve her anayasal hakkın bir değeri temsil ettiği görüşünden hareketle, anayasanın koruduğu değerlerin çatışması durumunda, Alman AYM'nin, anayasanın bütünlüğünü korumak için, çatışan değerleri uyumlaştırarak (*harmonize*) ve çatışan değerlerin her birini ayakta tutarak ("optimize" ederek, yani, çatışan değerlerin / hakların uygun biçimde varlıklarını ve etkilerini sürdürmelerini sağlayarak) dengelemekle görevli olduğunu savunmuştur. Hesse'nin öngördüğü bu ilkeye "pratik uyuşum" (Alm.; "*Praktische Konkordanz*"; İng., "*practical concordance*") ilkesi denmektedir ^{277, 278, 279, 280}.

Sarmas da, yargı organının, çatışan çıkarların önemini / değerini ölçtükten (ağırlığını tarttıktan) sonra, onları uyumlaştıracak ve uzlaştıracak bir çözüm bulma işlevi gördüğünü savunmuştur. Sarmas, yargı organı açısından adaletin, çatışan çıkarları ve değerleri bir bütün olarak ele alıp, bunları olabilecek en iyi önem sırasına koyarak, çatışan çıkarların ve değerlerin hepsini tatmin edecek bir denge sağlamak olduğunu belirtmiştir ^{281, 282}. Burada, Sarmas'ın görüşünün, Hesse'nin "pratik uyuşum" ilkesiyle örtüştüğü söylenebilir.

²⁷⁶ Aleinikoff 959, 973, 982.

²⁷⁷ Bkz., yukarıda V. Bölümün 3. no.lu paragrafı.

²⁷⁸ Sağlam 39-40.

²⁷⁹ Donald P. Kommers, "German Constitutionalism: A Prolegomenon", 40 *Emory L.J.* 837 (1991): 851, 859, 861, 871 (https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/98) (erişim: 29.12.2021).

²⁸⁰ David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford University Press, 2005), 46-48.

²⁸¹ Sarmas 144, 149, 254.

²⁸² AİHM yargıcı Dedov da, karşı oy yazısında, dengeleme ile, hakların önem sırasına konulduğunu belirtmiştir (Fernandez Martinez v. Spain (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014, s. 64).

2.2.12. Çoğulcu toplumlarda yargıçların, çatışan çıkarların önemini / ağırlığını / değerini belirlerken kullanacakları ölçünün, bu toplumlarda geniş kabul görmesi gerekir. Buna göre, söz konusu ölçünün, dünyevi (*secular*) ahlaki değerlerden kaynaklanıyor olması beklenir ²⁸³. Ancak, dünyevi ahlaki değerler, yine, dünyevi ahlak anlayışlarına göre çeşitlilik gösterdiğinden, yargıçların bu anlayışlara dayalı yaklaşım ve değerlendirmeleri de farklı olmaktadır ²⁸⁴.

2.2.13. Yargıçların benimsedikleri farklı hukuk ve siyaset felsefelerinin etkileri, ABD Yüksek Mahkemesinde, anayasadaki ifade özgürlüğü konusundaki ilk değişiklikle (*First Amendment*) ilgili tartışmalarda kendini göstermiştir. Dengeleme uygulamasını savunan yargıçlar, yasama organının değerlendirmelerine saygı gösterilip uyulmasının (*deference*), bu değerlendirmelerin “adil” olması koşuluna bağlı olduğunu ²⁸⁵; bu bağlamda, yargı organının denetleme işlevinin devreye girmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bundan, dengeleme uygulamasını savunan yargıçların, yargı organını, çıkarlar arasında denge sağlamaya yöneltmek istedikleri anlaşılmaktadır ^{286, 287, 288}. Dengeleme uygulamasının yandaşları, yargıçların çıkarlara odaklanmalarını ve çıkarların ağırlıklarının / önemlerinin zamanla değiştiğini gözeterek dengeleme yapmalarını öngörürler; toplumda çıkarların ağırlıklarının / önemlerinin değişmesine bağlı olarak, temel hakların içeriği de, anayasa hukuku doktrinleri de,

²⁸³ Sarmas 279.

²⁸⁴ Sarmas, varsayımsal (farazi) bir olay üzerinden dünyevi ahlak anlayışlarına dayalı yaklaşım ve değerlendirme farklılıklarını şöyle göstermiştir: Frank adlı kişi, altından tramvay geçen bir üstgeçittir. Kontrolde çıkmış bir tramvayın hızla yaklaştığını, tramvay yolu üzerinde 5 kişinin bulunduğunu ve yan duvarların yüksek olması nedeniyle, tramvaydan kaçamayacaklarını görür. O sırada üst geçitte şişman biri daha vardır ve ancak bu kadar şişman biri üst geçitten aşağıya, tramvayın önüne atılırsa 5 kişinin yaşaması sağlanabilir. 1) Kant'çı ahlak anlayışına göre, böyle bir davranış, insanı araç olarak kullandığı ve insanın değerini hiçe saydığı için kabul edilemez; bu eylemde bulunan kişi, adam öldürme suçundan cezalandırılmalıdır. 2) Yarırcı ahlak anlayışına göre, bu eylemde bulunan kişi, 5 kişinin yaşamasını sağlayarak yararlı bir iş yapmıştır ancak, bunun için, cezai sorumluluktan kurtulursa, toplum için kötü örnek oluşturur ve toplumun yararına olmaz; dolayısıyla, bu eylemde bulunan kişi cezalandırılmalı ve ölenin yakınlarına tazminat ödemelidir. 3) Toplum sözleşmesinden kaynaklanan ahlak anlayışını benimseyenlere göre ise, bir gün kendilerinin de, iradeleri ya da rızaları dışında böyle bir davranışla karşılaşmalarına yol açabileceğinden, bu eylemde bulunan kişinin cezasız bırakılmaması gerekir (Sarmas 151-158).

²⁸⁵ Scaccia'nın, genel kabul gören adalet anlayışına ilişkin görüşü ile karşılaştırılabilir (bkz.,bu Bölümün 2.2.4. no.lu paragrafı).

²⁸⁶ Tsakyrakis 470-472.

²⁸⁷ Aleinikoff, Roscoe Pound'un, ABD Yüksek Mahkemesinin dengeleme uygulamasında önemli katkısı bulunduğunu belirtmiştir (Aleinikoff 959). Roscoe Pound'un bu bağlamdaki görüşü için bkz. bu Bölümün 2.2.10. no.lu paragrafı.

²⁸⁸ Aleinikoff, dengelemenin sadece, bireysel çıkarlarla kamusal çıkarların dengelenmesinden ibaret olmadığını, ABD federalizmine özgü bir özellik olarak, federal çıkarlarla eyalet (*State*) çıkarları arasında da uygulandığını kaydetmiştir (Aleinikoff 971).

değişmektedir ²⁸⁹. Dengeleme uygulamasının yandaşlarına göre yargıçlar, çıkarlara odaklanarak - kendi kişisel tercihlerini yorum ve değerlendirmelerine katmaksızın ve yasama organının yerine geçmeksizin – çatışan çıkarları ayakta tutacak biçimde ²⁹⁰ toplumsal ve ekonomik nitelikli dengeleme yapmalı ve hukuk yaratmalıdırlar ²⁹¹. ABD Yüksek Mahkemesinin anayasa yargılamalarında genellikle bu yaklaşımın benimsendiği belirtilmektedir. Yargıçların çıkarlara değil de, anayasaya odaklanmaları durumunda da yine aynı sonuca varılacaktır zira, anayasa, çıkarlardan bağımsız ve toplumsal bağlamdan (*social context*) kopuk olarak boşlukta yorumlanamaz ²⁹².

2.2.14. II. Dünya Savaşından sonra Alman AYM, dengeleme uygulamasını temel ilke haline getirmiştir. Alman AYM 1958 tarihli *Lüth* kararında, temel hakların temsil ettikleri değerlerin ve ilkelerin önem sırasına göre değerlendirilmesi gerektiğini; değerlerin ve ilkelerin çatışması durumunda ise, soruna ancak dengeleme uygulamasıyla çözüm bulunabileceğini vurgulamış; dava konusu olayda çatışan temel haklardan biri, ifade özgürlüğü olduğu ve Alman AYM yargıçları, ifade özgürlüğünün değerini daha önemli gördükleri için, bu hak terazide ağır basmıştır ²⁹³. Burada, yargı organının, temel değerleri ve ilkeleri sıralama işlevini görmekteyiz.

3. Dengeleme uygulamasının (dar anlamda orantılılığın), yargıçların buluşu olması:

Yargı organının, çatışan hakları / çıkarları / değerleri / ilkeleri dengelemesi, yargıçların buluşu ²⁹⁴ ve kendi kendilerine edindikleri bir yetkidir.

Bu durum, AİHM için de geçerlidir zira, dengeleme uygulaması, ne AİHS’de ve Ek Protokollerde yer almış; ne AİHS’de güvence altına alınan maddelerin amaçsal

²⁸⁹ Aleinikoff 960.

²⁹⁰ Buradaki görüş, “pratik uyum” ilkesi (bkz., yukarıda V. Bölümün 3. ve bu Bölümün 2.2.11. no.lu paragrafları) ile karşılaştırılabilir.

²⁹¹ Bkz., dip-not 264.

²⁹² Aleinikoff 946, 962, 985.

²⁹³ Alexy 132-134. Ayrıca bkz., Hazar 124-126.

²⁹⁴ Çali, prg. 1

(teleological) yorumunda ²⁹⁵ tereddütlerin giderilmesi için başvurulmuş, AİHS'nin hazırlık çalışmalarında (*Preparatory Works*) rastlanmıştır ²⁹⁶.

Christoffersen'e göre, yargı organının hukuksal bir sorunu çözmesi (*adjudication*), dengeleme yapmaksızın olanaklı değildir – meğer ki, çözüm, biçimsel ve gerçeklikten uzak olsun ²⁹⁷. Aleinikoff ise, karşı görüşü savunmuştur; ABD Yüksek Mahkemesinin bazı önemli kararlarının dengeleme uygulamasının ürünü olmadığını belirtmiş ve örnek olarak, ırk ayrımcılığı ile ilgili kararında çatışan çıkarları tartıya vurmadığını göstermiştir ²⁹⁸.

4. Yargı organının dengeleme uygulamasının bazı özellikleri:

4.1. Yargı organının dengeleme uygulaması, bu Bölümün 2.2.10. ve 2.2.11. no.lu paragraflarında açıklandığı gibi, Roscoe Pound'un ve Konrad Hesse'nin öngördüğü biçimde, çatışan çıkarların / değerlerin / ilkelerin / hakların en az kayıpla ayakta kalmalarını yani, varlıklarını ve etkilerini sürdürmelerini sağlamaya ("optimize" etmeye) yönelik bir süreçtir (*process*) ^{299, 300}. Ancak, bu sürecin, her yargı organı tarafından, her zaman, belirtildiği biçimde anlaşılıp uygulandığını ileri sürmek gerçekçi olmaz.

4.2. Sarmas ve Christoffersen, AİHM uygulamasında, dava ile ilgili her ögenin ve dikkate alınması gereken her etmenin dengeleme kapsamında olduğunu kaydetmişlerdir ³⁰¹. Burada, ilkelerin de, dikkate alınması gereken etmen olarak

²⁹⁵ Amaçsal (teleological) yorum için bkz., aşağıda dip-not 479.

²⁹⁶ AİHS'nin hazırlık çalışmaları (*Preparatory Works – Travaux Préparatoires*) için bkz., www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf (erişim 2.2.2023).

²⁹⁷ Christoffersen, "Straight Hum. Rights Talk -", 39.

²⁹⁸ Aleinikoff 998.

²⁹⁹ Kommers 871; Alexy 135; Greer 415; Çali, prg. 2, 23.

³⁰⁰ AİHM Büyük Dairesi, 1.3.2010 tarihli Demopoulos vd. / Türkiye kabul edilemezlik kararında, mülk sahibi bazı Rumların mülkiyet haklarıyla ilgili mağduriyetlerini giderirken, bu mülklerde oturanların mağdur edilmelerine yol açabilecek, zorla tahliye çözümünün benimsenemeyeceğini belirterek, çıkarları / hakları "optimize" etmenin daha ilerisinde bir anlayış sergilemiştir (Demopoulos and others v. Turkey (nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 14163/04, 10200/04, 19993/04, 21819/04) [Dec.] [GC], 1.3.2010, prg., 116-117 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır)).

³⁰¹ Sarmas 125; Klatt and Meister 697; Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primacy in the European Convention on Human Rights* (Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 211.

dengeleme uygulamasına dahil olduklarını belirtelim ³⁰². Ayrıca, ilkelerin, çıkarlarla bağlantılı olduklarını da hatırlatalım ³⁰³.

Klatt ve Meister'e göre, anayasa yargısında dengeleme uygulaması için, ögelerin aynı değerlendirme ölçüsüyle değerlendirilebilir olmaları (*commensurability*) değil, karşılaştırılabilir olmaları (*comparability*) önemlidir ³⁰⁴. Bunun, insan hakları yargılamalarında, en azından, mutlak haklar için uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Nitekim, AİHM Büyük Dairesi, 28.2.2008 tarihli Saadi / İtalya kararında, başvurunun Tunus'a iade edildiği zaman işkence riskiyle (*risk of being subjected to ill-treatment*) karşılaşacak olması ile, İtalya'da kalması durumunda toplum için tehdit / tehlike oluşturmasının (*serious threat / danger to the community*) birbiriyle dengelenemeyeceğini; bu nedenle, söz konusu riskle tehdidin birbirinden ayrı değerlendirilmeleri gerektiğini belirtmiştir ³⁰⁵.

4.3. Dengeleme uygulamasının, Alman AYM örneğinde görüldüğü gibi, anayasal sistemde veya temel haklarla / insan haklarıyla ilgili metinlerde gözetilen çıkarların / ilkelerin / değerlerin / hakların bütünlüğünü korumaya yönelik olması zorunlu mudur, sorusuna olumlu yanıt verilmelidir. Sağlam, anayasa yargısı alanında, temel hakların sınırlandırılmalarıyla ilgili sorunların Anayasanın bütünlüğü içinde ele alınması gerektiğini belirtmiştir ³⁰⁶. Benzer biçimde, AİHM de, AİHS'de yer alan haklarla ilgili sorunları çözümlerken, AİHS'nin, insan haysiyetini en üstte tutan ve insan haklarını güvence altına almak için hazırlanmış bir metin olduğunu göz önünde bulundurmak ve bu bütünlük içinde yorum yapmak durumundadır ^{307, 308}. Buna, AİHM için öngörülen ikincilik (*subsidiarity*) ilkesi ³⁰⁹ engel değildir.

³⁰² Klatt ve Meister, "ilkeler" terimini, anayasa yargısı bağlamında, "anayasal ilkeler" olarak somutlaştırmışlardır (Klatt and Meister 697).

³⁰³ Bkz. yukarıda III. Bölümün 1.2. no.lu paragrafı.

³⁰⁴ Klatt and Meister 698-699.

³⁰⁵ Saadi v. Italy (no. 37201/06) [GC], 28.2.2008, prg., 138-139.

³⁰⁶ Sağlam 111.

³⁰⁷ Janneke Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights* (Cambridge University Press, 2019), 87-93.

³⁰⁸ AİHS'nin, her şeyden önce insan haklarını koruma sistemi olduğunu belirten, 30.4.2009 tarihli Glor / İsviçre kararının 75. paragrafı (Glor v. Switzerland (no. 13444/04), 30.4.2009).

³⁰⁹ Bkz. aşağıda IX. Bölümün 6.1. ve 6.2. no.lu paragrafları.

5. Yargı organının dengeleme uygulamasına yandaş ve karşı olan görüşler:

5.1. Yargı organının dengeleme yapmasına yandaş olanlar, dengeleme uygulamasını şöyle savunurlar: 1) Dengeleme, yargıçlara, temel haklarla / insan haklarıyla ilgili davalarda karmaşık ve tartışmalı ahlaki sorunlara (*moral questions*) gömülmeden çözüm bulmayı kolaylaştıran kullanışlı bir araç sunmaktadır ³¹⁰; bu sayede, tarih, gelenek ve toplum açısından önemli olan çıkarlara öncelik tanınabilir ³¹¹; 2) yasama organının, ilgili yasayı yaparken yeteri kadar değer vermediği, ihmal ettiği hatta, unuttuğu çıkarların ve temel hakların yargı organı tarafından korunmasını sağlar ³¹². Bu ikinci savunu, yargıçların, yasama organının yeteri kadar değer vermediği, ihmal ettiği hatta, unuttuğu çıkarları ve temel hakları öne çıkarırken, “dinamik” yani, günün koşullarına göre mi yorum yapmalı ³¹³, yoksa, Philipp von Heck’i izleyen Titiriga’nın öngördüğü üzere, “düşünen iş ortağı” gibi davranarak, yasama organının ilgili yasayı koyduğu tarihte olabilecek amaç ve değerlendirmesini mi belirlemeye çalışmalı ³¹⁴ sorularını doğurmaktadır. Bu sorulara AİHM açısından verilecek yanıt bellidir: AİHM, AİHS’yi “yaşayan belge” (*living instrument*) olarak niteler ve “dinamik” yorum yöntemiyle yorumlar (bkz. aşağıda VIII. Bölümün 2. no.lu paragrafı).

5.2. Yargı organının dengeleme uygulamasına yöneltelen eleştiriler şu noktalarda toplanabilir: 1) Yargı organı, temel değerleri, ilkeleri ve çıkarları önem sırasına koyarken, kişisellik (*subjectivity*) hatta, keyfilik (*arbitrariness*) egemen olabilir, yargı kararları da değer yargılarına dönüşebilir ³¹⁵; 2) dengeleme uygulamasında kaçınılmaz olarak, değerler / ilkeler tartıya vurulmaktadır ³¹⁶; oysa, bunların, aynı değerlendirme ölçüsüyle değerlendirilmeleri olanaklı olmadığından (*incommensurable*), tartılmaları ve dengelenmeleri de olanaklı değildir; 3) temel haklarla / insan haklarıyla ilgili değerlerin,

³¹⁰ Tsakyrakis 490.

³¹¹ Aleinikoff 963.

³¹² Aleinikoff 984-985.

³¹³ İlgili kuralın / yasanın, konduğu tarihteki değil de, güncel koşullara göre yorumlanması, “objektif yorumlama” yöntemidir (*objective interpretation*) (Titiriga 59-60).

³¹⁴ Bkz. bu Bölümde 2.2.8. no.lu paragraf.

³¹⁵ Leijten 1; Alexy 134; Scaccia 7; Meyerson 890.

³¹⁶ Klatt and Meister 692.

çıkarların, anayasa dışı bile olabilen çeşitli çıkarlarla veya kamu yararlarıyla karşılaştırılıp, eşit değerde / önemde görülerek tartılmaları ve dengelenmeleri, temel hakları / insan haklarını korumasız (koruyucu sistemden – *firewall* ³¹⁷ yoksun) bırakacağı gibi, temel hakları / insan haklarını tamamen ortadan da kaldırabilir ³¹⁸; 4) temel haklar / insan hakları ile ilgili yargılamalarda, yargı organının, neyin aşırı, neyin orantılı / dengeli olduğunu araştırmaya odaklanması nedeniyle, ahlaken neyin doğru, neyin yanlış olduğu göz ardı edilmektedir ³¹⁹.

6. Yargı organının dengeleme uygulamalarına göre dengeleme modelleri:

Görüşümüze göre, yargı organlarının dengeleme uygulamaları, 3 model oluşturabilecek farklılıklar göstermektedir. Farklılıklara göre oluşan 3 dengeleme modeli şöyle sunulabilir:

6.1. Hiçbir çıkara / değere ve temel hakka öncelik / üstünlük tanımaksızın dengeleme uygulaması yapılan model:

Bu modelde her çıkar / değer / hak – nasıl, elma ile portakal aynı para birimi ile fiyatlandırılarak karşılaştırılabiliyorsa - aynı ölçü birimiyle ölçülerek karşılaştırılabilir ³²⁰. Burada önemli olan, çatışan çıkarların / değerlerin / hakların ayakta kalarak, varlıklarını en az zararla / kayıpla sürdürmeleridir (“optimize” edilmeleridir). Bu amaçla, çıkara / değere / hakka yapılan müdahalenin yoğunluğuna / şiddetine (“hafif” [*light*], “orta” [*moderate*], “ağır” [*serious*]; [*triadic scale*]) bakılır ³²¹. Genellikle, “ağır” olmayan (“hafif”, “orta”) şiddetteki müdahalenin dengeyi bozmayacağı varsayılır. Tsakyrakis, insan haklarına müdahalenin bir “miktar” veya “derece” sorunu olarak görülmesinin ve “ağır” olmayan şiddetteki müdahalenin dengeyi bozmayacağının varsayılmasının insan haklarını erozyona uğratacağı

³¹⁷ Bkz., bu Bölümde 2.2.1. no.lu paragraf.

³¹⁸ Alexy 134, 139; Tsakyrakis 473-474; Aleinikoff 963, 986-987. Aleinikoff, bir çıkarın, sırf yasama organının önem vermiş olması nedeniyle, anayasal nitelikte görülmesinin veya temel haklar / insan hakları açısından önemli sayılmasının olanaklı olmadığını vurgulamıştır (Aleinikoff 1002).

³¹⁹ Tsakyrakis 487.

³²⁰ Aleinikoff 973.

³²¹ Klatt and Meister 696.

görüştüğüdür ³²². Müdahalenin şiddetiyle ilgili değerlendirmelerin doğruluğunun ve nesnelliğinin (*objectivity*) tartışmalı olacağı da buraya eklenmelidir ³²³.

6.1.1. Bu model kapsamında, Robert Alexy'nin dengeleme formülünden ve türevlerinden söz etmek yararlı olur:

Formül, ağırlıkların karşılıklı ve birbirine bağlı olarak artıp azalmasına dayanır (*weight formula* – ağırlık formülü). Formül şöyledir: “Çatışan ilkelerden ³²⁴ birinin yerine getirilmemesinin sonuçları ağırlaştıkça veya zarara uğraması arttıkça, diğer ilkenin yerine getirilmesinin öneminin ağırlığı da artar” ³²⁵. Alexy, formülünü, “dengeleme yasası” (*law of balancing*) olarak adlandırmıştır ³²⁶. Görüşümüze göre, bu formülle anlatılmak istenen, çatışan ilkelerden birinin yerine getirilmemesinin veya zarara uğramasının haklı görülebilmesinin, diğer ilkenin yerine getirilmesinin, önemi nedeniyle daha ağır basmasına bağlı olduğudur. Greer, Alexy formülünü, bir ilke yerine getirilirken, çatışan diğer ilkenin göreceği zararın, katlanılabilecek en düşük düzeyde tutulmasına yönelik olduğu biçiminde yorumlamıştır ³²⁷.

Alexy formülüne, çıkarlar ve temel haklar da eklenebilir. Bu durumda formül şöyle ifade edilebilir: “Çatışan ilkelerden / çıkarlardan / temel haklardan birinin zarara uğramasının / sınırlandırılmasının ağırlığı / yoğunluğu arttıkça, diğer ilkenin / çıkarın / temel hakkın öneminin ağırlığı da artar”. İva Kisieliute, Alexy formülüne uygun dengelemenin haklar alanında yapılabilmesi için, çatışan haklardan hiçbirinin sıfırlanmaması, yani, hakların özüne dokunulmaması gerektiğine dikkat çekmektedir ³²⁸.

³²² Tsakyrakis 490.

³²³ İva Kisieliute, “A “fair balance” between intellectual property rights and other fundamental rights” – Master Thesis, Lund University, Faculty of Law, Spring 2012; 36 (<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=2701659&fileId=3161577>) (erişim: 12.2.2022).

³²⁴ Alexy, ilkeleri (*principles*), olgusal ve hukuki gerçeklere bağlı olarak yerine getirilebilecek komutlar; kuralları (*rules*) ise, her koşulda kesin olarak yerine getirilmesi zorunlu komutlar olarak tanımlamış ve birbirinden ayırmıştır. Alexy'ye göre, dengeleme uygulaması için uygun olan, ilkeler ya da ilke niteliğindeki norm'lardır (Tsakyrakis 489-490; Christoffensen, *Fair Balance*, 205-209).

³²⁵ “The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other”.

³²⁶ Alexy 136; Meyerson 879.

³²⁷ Greer 416.

³²⁸ Kisieliute 35-38.

Alexy'ye göre, karşılıklı ağırlık ilişkisi, temel hakların, müdahalelere karşı daha “dirençli” olmasını sağlar ³²⁹; bu nedenle, Habermas gibi özgürlükçülerin, dengeleme uygulamasından temel haklar için kaygı duymaları yersizdir ³³⁰.

Alexy, dengeleme formülüne uygun olarak, yargı organının dengeleme uygulamasının 3 aşamalı olacağını belirtmiştir: 1) Çatışan ilkelere (çıkarılardan / temel haklardan) birinin ne ölçüde zarara uğradığının (sınırlamanın / müdahalenin ağırlığının, yoğunluğunun veya şiddetinin) (“hafif”, “orta”, “ağır”) belirlenmesi; 2) çatışan diğer ilkenin (çıkarın / temel hakkın) yerine getirilmesinin öneminin / ağırlığının belirlenmesi; 3) bu ilkenin (çıkarın / temel hakkın) yerine getirilmesinin öneminin, birinci ilkenin (çıkarın / temel hakkın) zarara uğramasını veya sınırlandırılmasını haklı kılıp kılmadığının belirlenmesi ³³¹.

Alexy'nin dengeleme formülünün, sadece, çatışan iki ilkenin / çıkarın / temel hakkın dengelenmesi için kullanılabileceği, çatışanların sayısı artınca, bu formülün kullanılmasının güç olduğu ileri sürülmüştür ³³². Oysa, dengeleme yapılacak davalarda, ikiden çok sayıda çatışan ilkenin / çıkarın / temel hakkın bulunması, çok seyrek rastlanan bir durum değildir ³³³ ve bu Bölümde 4.2. no.lu paragrafta belirtilen AİHM uygulamasında görüldüğü gibi, dava ile ilgili her öge ve dikkate alınması gereken her etmen, dengeleme kapsamındadır. Çatışan ne varsa, ayrı ayrı karşılaştırılıp tartılır; çatışmayan etmenler de, yine, dengeleme çerçevesinde değerlendirilir ³³⁴.

Bu model kapsamında, Joseph Raz, temel hakla, kamu yararının çatışmasına ilişkin ve bu çatışmayla sınırlı olarak, temel hakkın korunmasının doğuracağı sonuç ile kamu yararı için yapılacak müdahalenin (temel hakkı sınırlamanın) yaratacağı sonucun

³²⁹ Alexy 140; Klatt and Meister 691.

³³⁰ Alexy 140.

³³¹ Alexy 136.

³³² Kisieliute 36.

³³³ Örn., Milletvekili olan başvuru aleyhindeki yargılama süreçlerinin, yasama dokunulmazlığına bağlı olarak ertelenmesi nedeniyle, başvurunun, ceza yargılamasından korunmasıyla ilgili çıkarının, bir yandan, başvurunun mahkemeye erişim ve makul sürede yargılanma haklarıyla, diğer yandan, kendisinden şikayetçi olanların haklarıyla çatışması (Kart v. Turkey (no. 8917/05) [GC], 3.12.2009, prg. 99 ve yargıç Zupancic ve Gyulumyan'ın katıldığı, yargıç Bonello'nun karşı oy yazısı, s. 33) (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

³³⁴ Örneğin, ödenen tazminatın yetersizliği (Broniowski / Polonya kararı); tarafların dürüstlüğü / iyi niyeti (Beyeler / İtalya kararı) veya taşınmazın tarihi değeri (Kozacıoğlu / Türkiye kararı) gibi etmenler, çatışma içinde olmasalar da, dengeleme uygulamasında değerlendirilirler (Mowbray 32-35).

tartılmasını ve ağır basanın bu yöntemle bulunmasını önermiştir. Raz, bu önerisini “en iyi sonuca yönelik dengeleme” olarak adlandırmıştır ³³⁵. Raz’ın bu önerisi, Alexy formülünden farklı olarak, temel hakka yapılan müdahalenin (sınırlamanın) ağırlığına / yoğunluğuna / şiddetine değil, çatıştığı kamu yararı karşısında temel hakkı korumanın sonucuna (bedeline) odaklanmıştır.

Yargı organının, Raz’ın önerisine uygun dengeleme uygulaması da yine 3 aşamalı olacaktır: 1) Temel hakkın korunmasının doğuracağı sonucun belirlenmesi; 2) temel hakkın, kamu yararı için sınırlandırılmasının doğuracağı sonucun belirlenmesi; 3) her iki sonucun tartılıp ağır basanın bulunması.

6.1.2. Dengeleme uygulamasının bu ilk modelinde, temel haklara öncelik / üstünlük tanınmasa da, temel hakların özünün korunması, söz konusu temel hakkın varlığını en az zararlar / kayıpla sürdürebilmesi için gerekir ³³⁶; zira, çatışma sonucunda temel hak tamamen ortadan kalkmış veya kullanılamaz duruma gelmişse, dengelemeden söz edilemez. Klatt ve Meister’e göre, dengeleme uygulamasından sonra, ilgili temel haktan geriye en azından temel hakkın özü (“mutlak asgari” - *absolute minimum*) kalmalıdır ³³⁷, ³³⁸. Tsayrakis’e göre, temel hakkın özü yani, “mutlak asgari” korunacaksa, temel hak tartıya vurulmamalı, miktarla, derecelendirmeyle uğraşilmamalıdır ³³⁹. Christoffersen ise, temel hakların özünü, “mutlak öz” (*absolute essence*) ve “göreceli / gerçek olmayan öz” (*relative / untrue essence*) olarak ikiye ayırmaktadır. Christoffersen’e göre, şayet, temel hakkın özü, “dengeleme uygulamasından geriye kalan” olarak anlaşıyorsa, bu, “göreceli / gerçek olmayan” öz’dür zira, “mutlak öz” hiçbir koşulda sınırlandırılmaz. AİHM ise, “mutlak öz”ü dışlamamakla birlikte, kararlarında genellikle, “göreceli / gerçek olmayan öz”ü yansıtmaktadır ³⁴⁰.

³³⁵ Meyerson 881.

³³⁶ Jiseng 14, 23; Christina Angelopoulos and Stijn Smet, “Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability”; 14 (https://www.ivir.nl/publicaties/download/Notice_and_Fair_Balance.pdf) (erişim: 8.2.2022).

³³⁷ Klatt and Meister 691.

³³⁸ Bkz., dip-not 363.

³³⁹ Tsayrakis 492-493.

³⁴⁰ Christoffersen, “Straight Human Rights Talk” 27-29.

Belirtelim ki, hiçbir çıkara / değere ve temel hakka öncelik / üstünlük tanımayan bu modelin yalın olarak uygulanmasının, temel hakların / insan haklarının korumasız kalması hatta, tamamen ortadan kalkması gibi, sakıncalı sonuçları olabilir. Özellikle, hakkın özünün “dengeleme uygulamasından geriye kalan” olarak anlaşılması - Alexy, Habermas’ın temel haklar için kaygı duymasını ne kadar yersiz bulursa bulsun - kaygı vericidir.

6.2. Temel haklara ağırlık vererek dengeleme uygulaması yapılan model:

Bu modelde, ilk modelden farklı olarak, temel haklara daha fazla önem / ağırlık verilir ³⁴¹. Bunu sağlamak için şu ek yöntemlere başvurulabilir: 1) Temel hak geniş tanımlanır / yorumlanır ³⁴²; 2) devlete, temel hakkı koruma (pozitif) veya temel hakkın kullanımına müdahale etmeme (negatif) yükümlülükleri yüklenir ³⁴³; 3) Alexy’nin, yukarıda, 6.1.1. no.lu paragrafta belirtilen, “çatışan ilkelerden birinin yerine getirilmemesinin sonuçları ağırlaştıkça veya zarara uğraması arttıkça, diğer ilkenin yerine getirilmesinin öneminin ağırlığı da artar” biçiminde tanımladığı “dengeleme yasası” uyarınca, müdahalenin yoğunluğu / şiddeti arttıkça, müdahalenin haklı gösterilmesi zorlaştırılır ³⁴⁴ ve yetkililere (devlete) düşen kanıt yükü ağırlaştırılır ³⁴⁵. Çatışma, temel hakla kamu yararı arasındaysa, kamu yararı, karşı konulamayacak bir güçte / ağırlıkta olmadıkça, temel hak ağırlığını korur ³⁴⁶, denge noktası temel haktan yana oluşur.

Yargı organının, bu modelde denge uygulaması da 3 aşamalı olabilir: 1) Çatışan çıkarların / değerlerin / temel hakların önemi / ağırlığı belirlenir; 2) temel hakların kefesine ağırlık konması; bu hakların geniş tanımlanması / yorumlanması; devlete, temel hakkı koruma veya temel hakka müdahale etmeme yükümlülüklerinin yüklenmesi; bu haklara müdahalenin haklılığının yetkililerce kanıtlanması için yüksek

³⁴¹ Örn., yargıç Dedov, AIHM Büyük Dairesinin 12.6.2014 tarihli Fernandez Martinez / İspanya kararındaki karşı oy yazısında, özel hayat hakkı gibi temel bir hakkın, herhangi bir örgütlenmenin (burada kastedilen, kilise veya dini cemaattir) özerkliğine ağır basması gerektiğini belirtmiştir (Fernandez Martinez v. Spain (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014, s. 65).

³⁴² Klatt and Meister 700-702.

³⁴³ Gerards, *General Principles* 111, 247.

³⁴⁴ Klatt and Meister 690-691.

³⁴⁵ Meyerson 886.

³⁴⁶ Meyerson 886-887.

kanıt standardı belirlenmesi gibi, bu modele özgü işler yapılır; 3) çatışan çıkarların / değerlerin / temel hakların dengede duracağı denge noktası bulunur. Yargı organının, müdahaleyi orantılı ya da dengeli bulması, ek güvenceler ve/veya tazminat öngörmesi son aşamanın konularıdır ³⁴⁷.

6.3. Üstün çıkarları / değerleri ve mutlak hakları dengeleme uygulamasının kapsamı dışında tutan dengeleme modeli:

Burada, önceki iki modelden farklı olarak, üstün çıkarlar / değerler ve mutlak haklar, diğer çıkarlarla / değerlerle ve haklarla aynı değerlendirme ölçüsüyle değerlendirilmezler. Diğer çıkarlar ve temel haklar ise, 6.1. ve 6.2.'de gösterilen modellere göre dengelemeye tabi tutulabilirler.

Bu modele uygun dengeleme uygulaması, üstün çıkarlar / değerler ve mutlak haklar dışındaki çıkarlar / değerler / temel haklar için yine, 3 aşamadan oluşur: Benimsenen, 6.1. veya 6.2.'deki dengeleme modellerine göre, çatışan çıkarların / değerlerin / temel hakların dengede duracağı denge noktası bulunur.

İKİNCİ KESİM

VII. BÖLÜM: ADİL DENGE (FAIR BALANCE) KAVRAMI İÇİN GÖZETİLECEK İLKELER VE KAVRAMIN İÇERİĞİNDE BULUNAN ÖGELER, KAVRAMIN TANIMI, TERMİNOLOJİ SORUNU, HAKKANİYET KAVRAMIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Kavram:

1.1. Buraya kadar, denge ve dengeleme kavramlarının çeşitli boyutlarını açıklamaya çalıştık. Belirtelim ki, denge ve dengeleme kavramları, hangi denge tanımı ³⁴⁸ benimsenirse benimsensin, kendiliğinden “adil” değildir. Denge kavramına “adil” olma niteliği yöneltebilmek için, bazı koşulların gerçekleşmiş olması gerekir.

1.2. Adil denge kavramının genel kabul gören bir tanımının bulunmadığı, yapılacak tanımın, benimsenen hukuk ve siyaset felsefesine göre farklılıklar gösterebileceği düşünülmektedir. Örneğin, sosyal adalet ve refah devleti yanlısı ve toplumsal uyum ve uzlaşma düşünürü olduğu belirtilen Habermas ³⁴⁹ adil dengeyle, siyasi yarışmanın eşit

³⁴⁷ Sarmas 254-258. Sarmas'a göre, dengeleme uygulaması 2 aşamalıdır.

³⁴⁸ Bkz., yukarıda, I. Bölümün, 1.1. ve 1.2. no.lu paragrafları.

³⁴⁹ Timur 147-148, 202.

yani, silahların eşitliği ilkesine uyulduğu koşullarda yapılabildiği çoğulcu bir toplumda bulunan çeşitli grupların çıkarları arasındaki sosyal adaletin, aynı anlama geldiğini vurgulamıştır ³⁵⁰, ³⁵¹. Özgürlükçü-bireyci Rawls ³⁵² da, adil denge kavramını tanımlamamakla birlikte, adalet kavramının ilkelerini, toplumdaki eşitsizlikleri dikkate alan bir yaklaşımla ortaya koymuştur. Yukarıda, V. Bölümün 5.3. no.lu paragrafında açıklandığı üzere, Rawls'ın, adalet kavramı için öngördüğü ilk ilke, herkesin temel özgürlüklere en geniş biçimde ve eşit olarak sahip olması (özgürlük ilkesi); ikinci ilke ise, toplumsal ve ekonomik eşitsizliklerin, olanaklardan en az yararlanabilenler (*least advantaged*) dahil, herkesin en çok yararına olacak biçimde düzenlenmesi ve makam ve mevkilerin, fırsat eşitliği koşulları altında herkese açık olmasıdır (fırsat eşitliği ilkesi). Özgürlük ilkesi diğer ilkeye göre önceliklidir ve sadece özgürlük için sınırlandırılabilir. Adaletin ikinci ilkesinin bir uzantısı olan “fark ilkesi” (*difference principle*) ise, toplumsal eşitsizliklerin, başka bir deyişle, dengesizliklerin haklı görülebilmelerinin ancak, toplumun her kesimini, özellikle de, olanaklardan en az yararlanabilenleri daha iyi duruma getirmeye hizmet edecek olmalarına bağlı bulunduğunu vurgular. Rawls'da da, Habermas gibi, sosyal adalet vurgusunun öne çıktığı gözlemlenmektedir. Nitekim Rawls, yapıtının ilk bölümünde “Adaletin Konusu” başlığı altında, adalet kavramını, yarışan taleplerin “uygun dengesi” (*proper balance*) ve toplumsal avantajların “uygun bölüşümü” (*appropriate division*) olarak sunmuştur ³⁵³.

1.3. Biz burada, adil denge kavramını, sosyal adalet terminolojisiyle yakınlığını gözeterek değil, temel haklar / insan hakları alanında, dengeleme uygulaması kapsamında anlamlandırmak ve tanımlamak durumundayız. Dolayısıyla, Rawls, Habermas ve Dworkin gibi düşünürlerin görüşlerinden sadece dolaylı olarak yararlanabiliriz. Zira, bu düşünürlerin temel hakların / insan haklarının tartıya vurulmalarına ya da, dengelenmelerine – en azından kamu çıkarlarıyla / yararlarıyla dengelenmelerine – karşı olduklarını biliyoruz ³⁵⁴. Anılan düşünürlerden dolaylı olarak yararlanmaktan kastımız ise, benimsedikleri ilkelerden (örneğin, Rawls'ın adalet

³⁵⁰ Habermas 294-295.

³⁵¹ Sosyal adalet kavramı için bkz., dip-not 175-176.

³⁵² Bkz., dip-not 64.

³⁵³ Rawls 9, 68, 130-131.

³⁵⁴ Bkz., yukarıda, VI. Bölümün, 2.2.1. no.lu paragrafı.

kavramı için öngördüğü ilkelerinden biri olan, özgürlük ilkesi gibi) yararlanmaktır. Bu yaklaşım, Dworkin'in, yargı organını, "ilkelerin yeri" (*forum of principles*) olarak niteleyen görüşüyle ³⁵⁵ de örtüşmektedir.

2. Adil denge için gözetilecek ilkeler:

Yargı organının, temel haklar / insan hakları alanında gerçekleştireceği dengeleme uygulamasıyla "adil denge" üretmesi hedefleniyorsa, bu dengenin "adil" nitelikte olması (veya varsayılması) kaçınılmazdır. Bunu sağlamak için, en azından "yaklaşık" bir tanıma ihtiyaç vardır. Adil denge kavramının yaklaşık tanımı için, temel haklar / insan hakları bağlamına sadık kalarak, gözetilmesi gereken ilkelerin ve içerikte bulunacak öğelerin belirlenmesi gerekir.

2.1. Çeşitli ilkeler:

2.1.1. Bu noktada ilk kaynağın, hakların ve özgürlüklerin, yasada belirlenmiş olarak ve sadece başkalarının hak ve özgürlüklerini tanımayı güvence altına alma ve onlara saygı gösterme amacıyla ve demokratik bir toplumda ahlak, kamu düzeni ve genel refahı sağlamanın haklı gerekleri (*just requirements*) için sınırlanabileceğini belirten, 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 29. maddesinin 2. fıkrası ³⁵⁶ olduğu söylenebilir. AİHM'nin, AİHS ve Ek Protokolleri yorumlarken, AİHS'nin giriş bölümünü (*preamble*), metnin içeriği ile bağlantılı olarak değerlendirmek durumunda olduğu, dolayısıyla, AİHS'nin giriş bölümünde atıfta bulunulan 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin, AİHS ve Ek Protokollerin yorumunda etkin rol oynadığı, aşağıda, VIII. Bölümün 2. no.lu paragrafında belirtilmiştir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin, söz konusu 29. maddesinin 2. fıkrasından, insan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmalarının, istisnai olarak ve ancak sınırlı ve haklı görülebilecek bazı koşullarda gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, gözetilecek ilk ilkenin, insan hak ve özgürlüklerine öncelik / ağırlık verilmesi ³⁵⁷ olduğu söylenebilir. Bu da bizi, Rawls ve Habermas'ın çizgisine yaklaştırır.

³⁵⁵ Meyerson 891.

³⁵⁶ Bkz., yukarıda, VI. Bölümün, 1.3. no.lu paragrafı.

³⁵⁷ Buradaki durum "karine" (*presumption*) kavramı ile açıklanamaz, zira, "karine", belirsizliği gidermeye yarayan bir kavramdır; bir anlamda da "belirti"dir ("Karine", *Türk Hukuk Lügati - Türkçe-Türkçe*, C. I, 664), oysa burada, belirgin bir ilkenin uygulanması söz konusudur.

2.1.2. Diğer ilkeler, Nino'nun, liberal öğreti açısından temel hakların / insan haklarının temelinde yattığını belirttiği 4 ilke yani, 1) insanın özerkliği; 2) birinci ilkenin tamamlayıcısı olarak, insanın zevklerinin değerli olması ve insanın dert ve kederden uzak tutulması; 3) insanın dokunulmazlığı ve 4) insan haysiyeti ilkeleri olabilir. Bunlardan, Nino'nun sıralamasına göre, en üst ilke konumunda olan insan haysiyeti ilkesi ³⁵⁸, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin giriş bölümünün (*preamble*) ilk paragrafında vurgulanmış olduğu için, yukarıda belirtildiği üzere, AİHM'nin, AİHS'yi ve Ek Protokolleri yorumlarken göz önünde bulundurması zorunlu olan bir ilkedir.

Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, insan haysiyetinin en üstün değer olduğuna dikkat çekmişlerdir ³⁵⁹. Lawson ve Schermers, insan haysiyeti ile insanın özgürlüğü ilkelerinin, AİHS'nin özü olduğunu vurgulamışlar ³⁶⁰; Christoffersen de, insan haysiyeti ilkesinin, AİHS'de yer almamış olmasına rağmen, AİHS'nin temel ilkelerinden olduğunun altını çizmiştir ³⁶¹. Alexy, dengeleme uygulamasının en iyi örneklerinden biri olduğunu ileri sürdüğü, Alman AYM'nin *Titanic* mizah dergisiyle ilgili kararında, insan haysiyetinin üstün tutulduğunu belirtmiş ve insan haysiyetinin üstün tutulmasının, Habermas'ın dengeleme uygulamasıyla ilgili kaygılarını giderebilecek nitelikte olduğunu savunmuştur ³⁶².

2.2. Adil denge için gözetilecek, hakkın özüne dokunulmaması ilkesi:

Dengeleme uygulamasına tabi tutulan temel hakkın / insan hakkının özüne dokunulmaması da gözetilmesi gereken bir ilkedir. Sağlam, temel hakkın sınırlanmasının son sınırının, temel hakkın özü olduğunu vurgulamıştır ³⁶³. Gölcüklü ve Gözübüyük, hak ve özgürlüğe yapılacak müdahalenin, öze dokunmaması, yani, söz konusu hak ve özgürlüğün kullanılmasını imkansız hale getirmemesi gerektiğini vurgulamışlardır ³⁶⁴. Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, temel hakkın özünün korunmasının, insan haysiyetinin korunmasına hizmet ettiğini belirtmişlerdir. Yazarlara

³⁵⁸ Bkz., yukarıda V. Bölümün 4. no.lu paragrafı.

³⁵⁹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 796.

³⁶⁰ Lawson and Schermers 614 [n. 44].

³⁶¹ Christoffersen, *Fair Balance*, 142.

³⁶² Alexy 137-140.

³⁶³ Sağlam 111.

³⁶⁴ Gölcüklü, Gözübüyük 145.

göre, temel hak ve özgürlüğü açıkça yasaklayan veya örtülü biçimde kullanılamaz hale getiren veya kullanılmasını ciddi biçimde güçleştiren, amacına ulaşmasını önleyen ve etkisini ortadan kaldıran müdahaleler, öze dokunan niteliktedir^{365, 366, 367}. Gözler de, 1963 tarihli AYM kararına dayanarak, temel hak ve özgürlüğün özüne dokunulmasını böyle tanımlamıştır³⁶⁸. Hakkın özünün kapsamının belirlenmesi, her hak ve özgürlük için ayrı ayrı yapılmalıdır^{369, 370}. Yazarlara göre, kavramın genel bir tanımının yapılması güçtür.

Hakkın özü kavramına AB Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinin 1. fıkrasında yer verilmiş olmasına³⁷¹ karşılık, bu kavram AİHS'de yer almamıştır. AİHM ise, hakkın özü kavramını çeşitli kararlarında kullanmış^{372, 373} ancak, genel bir tanımını yapmamıştır. Hakkın özüne dokunulmaması, AİHS'nin 1. maddesinde devlete yüklenen, AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin etkin olarak kullanımlarını (*effective exercise*) sağlama yükümlülüğüne dayandırılabilir.

³⁶⁵ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 399, 794-795.

³⁶⁶ Temel hak ve özgürlüğün amacına ulaşmasının önlenmesi veya etkisinin ortadan kaldırılması anlatımının, temel hak ve özgürlüğün etkinliğini (*effectiveness*) yitirmesi anlatımı ile aynı anlama geldiği düşünülmektedir. Birçok AİHM kararında, hakkın uygulanabilir ve etkin (*practical and effective*) olmasının sağlanması gerektiğinden söz edilir (örn., *Golder v. The United Kingdom* (no. 4451/70), 21.2.1975, prg. 27; *Airey v. Ireland* (no. 6289/73), 9.10.1979, prg. 24-25, 33; *Platform "Ärzte für das Leben" v. Austria* (no. 10126/82), 21.6.1988, prg. 32; *Lawson and Schermers* 20, 87-89, 266). Ayrıca, bkz., *Lawson and Schermers* 25-26 [n. 7, n. 10, n. 11], 91 [n. 8], 267 [n. 2]; *Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, Fifth edition, 2010), 74.

³⁶⁷ AİHM yargıcı Serghides, S.J.P. ve E.S. / İsveç kararındaki karşı oy yazısında, AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin etkin olarak kullanılmasının, AİHS'nin bütünü içinde var olan (mündemiç olan; *inherent*) bir ilke olduğunu belirtmiştir (S.J.P. and E.S. v. Sweden (no. 8610/11), 28.8.2018, s. 38).

³⁶⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 395.

³⁶⁹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 795; Sağlam 174.

³⁷⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, 2005), 105.

³⁷¹ Maddenin 1. Fıkrasının çevirisi için bkz., dip-not 213.

³⁷² AİHM yargıcı Albuquerque, farklı gerekçeyle katıldığı AİHM Büyük Dairesinin 15.10.2020 tarihli *Muhammad ve Muhammad / Romanya* kararında yazdığı görüşünde (*concurring opinion*), AİHM'nin hakkın özü kavramını ilk kez 23.7.1968 tarihli Belçika'daki eğitim dilleriyle ilgili kararında (bu karar için bkz., dip-not 244) kullandığını belirtmiş ve kavramın, AİHS md. 5, 6, 8-12, 34, Ek 1 No.lu Protokol md. 1-3 ve Ek 7 No.lu Protokol md. 2'de kullanıldığını gösteren örnek kararlar sunmuştur (*Muhammad and Muhammad v. Romania* (no. 80982/12) [GC], 15.10.2020, kararın 72-73. sayfaları).

³⁷³ AİHM kararlarında hakkın özü kavramının İngilizce karşılığı olarak, "[very] essence of the right" veya "[very] substance of the right" terimleri kullanılmıştır.

2.2.1. AİHM'nin, hakkın özüne dokunulmaması ilkesiyle ilgili bazı kararları:

AİHM'nin 24.10.1979 tarihli Winterwerp / Hollanda kararında, akıl sağlığı yerinde olmayan başvurunun, mallarının idaresiyle ilgili olarak mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakılması, söz konusu hakkın tamamen ortadan kaldırılmasına izin verilemeyeceği gerekçesiyle, adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir ³⁷⁴.

AİHM, 29.11.1988 tarihli Brogan vd. / Birleşik Krallık kararında, terör eylemlerine katıldıkları şüphesiyle gözaltına alınan ve yargıç karşısına çıkarmadan 4 günden fazla gözaltında tutulan başvuru ve arkadaşlarının özgürlük ve güvenlik hakkının, devletin AİHS md 5/3'ten doğan, "hemen" (*promptly*) yargıç karşısına çıkarılmayı veya "hemen" serbest bırakılmayı sağlama yükümlülüğünün etkin biçimde geçersiz kılındığı (*effectively negating the State's obligation*) gerekçesiyle ihlal edildiği sonucuna varmıştır ³⁷⁵. Buradan anlaşılacağı üzere, devletin, hakkı ve özgürlüğü koruma ve sağlama yükümlülüğünün etkisizleşmesi / etkisizleştirilmesi, hakkın özüne dokunan olumsuz bir sonuç yaratmaktadır. Christoffersen'e göre, Brogan vd. / Birleşik Krallık kararında "hemen" sözcüğünün 4 gün olarak esnetilmesi, AİHS md. 5/3'teki "hemen" yargıç karşısına çıkarılmak veya "hemen serbest bırakılmak hakkının, kamu yararı ile dengelendiğini göstermektedir ³⁷⁶. Buradaki "öz" anlayışı ise, "dengeleme uygulamasından geriye kalan" anlamındaki "göreceli / gerçek olmayan öz"ü ³⁷⁷ yansıtmaktadır.

AİHM Büyük Dairesinin 8.7.2008 tarihli Yumak ve Sadak / Türkiye kararında, Türkiye'de uygulanan yüzde 10 seçim barajının, bağımsız adaylara uygulanmayarak ve 1991 ve 2007 seçimlerinde görüldüğü gibi, barajı geçebilecek bir partiyle anlaşılıp, o partinin çatısı altında aday olarak aşılabilmesi ve AYM'nin kararlarıyla, çok partili sistem ve temsilde adalet (*fair representation*) ilkesi için güvence oluşturması karşısında, yüzde 10 seçim barajının getirdiği sınırlamanın dengelendiği (*counterbalance*), bu nedenle, yasama meclisi seçimleriyle ilgili seçme ve seçilme

³⁷⁴ Winterwerp v. The Netherlands (no. 6301/73), 24.10.1979, prg. 75-76 (Lawson and Schermers 105).

³⁷⁵ Brogan and others v. The United Kingdom (nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), 29.11.1988, prg. 59, 62 (Lawson and Schermers 288-289)

³⁷⁶ Christoffersen, *Fair Balance*, 146-148

³⁷⁷ Bkz., VI. Bölümün 6.1.2. no.lu paragrafı.

hakkının (Ek 1 No.lu Protokol md. 3) özüne dokunulmadığı sonucuna varılmıştır ³⁷⁸. Yargıç Tulkens, Vajic, Jaeger ve Sikuta'nın ortak karşı oy yazılarında ise, barajı geçebilecek bir partinin çatısı altında aday olmak gibi hileli bir yola (*stratagems*) sapılmasının, barajın olumsuz etkilerini dengeleyici veya iyileştirici bir çare olarak görülmesini eleştirmişler; bu yolla, yasama meclisi seçimleriyle ilgili seçme seçilme hakkına uygun davranılmış olmayacağı gibi, hakkın özünün çiğnenmiş, etkinliğinin de ortadan kalkmış olacağı görüşünü savunmuşlardır ³⁷⁹.

AIHM Büyük Dairesinin, başvurucunun, milletvekilliği dokunulmazlığının kaldırılmamasından yakınmasıyla ilgili 3.12.2009 tarihli Kart / Türkiye kararında, mahkemeye erişim hakkı bağlamında, bu hakkın mutlak nitelik taşımaması nedeniyle sınırlanabileceğini ancak, bu sınırlamanın orantısız olamayacağını ve hakkın özüne dokunamayacağını vurgulamıştır ³⁸⁰.

AIHM Büyük Dairesinin 19.9.2017 tarihli Regner / Çek Cumhuriyeti kararında, başvurucunun güvenlik izninin (*security clearance*) kaldırılmasıyla bağlantılı gizli belgelerin başvurucuya gösterilmemiş olmasının, bağımsız ve tarafsız yargı organının söz konusu gizli belgeleri inceleyip, gerektiğinde, gizliliklerine son verebilme yetkisine sahip olmasıyla dengelendiği ve kurulan adil denge, adil yargılanma hakkının özüne zarar verecek kadar bozulmadığı hükmü, yargıç Sajo'nun karşı oy yazısında eleştirilmiş ve olayda hakkın özünün zarar gördüğü ve bu durumun, belirtildiği biçimde dengelenemeyeceği savunulmuştur ³⁸¹.

AIHM Büyük Dairesinin 15.10.2020 tarihli Muhammad ve Muhammad / Romanya kararında, başvuruçuların, El-Kaide örgütü ile bağlantılı bir terörist grubun üyesi oldukları ve terör eğitimi aldıkları ileri sürülerek Romanya'yı terk etmelerinin istendiği ve yapılan yargılamada, suçlamalarla ilgili belgelerin, ulusal güvenlik gerekçesiyle kendilerine gösterilmediği belirtilmiş ve Ek 7 No.lu Protokol md. 1 ile sınırdışı edilecek yabancılara tanınan usuli güvencelerin (*procedural safeguards*) ya da hakların özünün,

³⁷⁸ Yumak and Sadak v. Turkey (no. 10226/03) [GC], 8.7.2008, prg. 133, 135-139, 143-147 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

³⁷⁹ Yumak ve Sadak kararının 39-41. sayfaları.

³⁸⁰ Kart v. Turkey (no. 8917/05) [GC], 3.12.2009, prg. 79-80, 93 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

³⁸¹ Regner v. The Czech Republic (no. 35289/11) [GC], 19.9.2017, prg., 148, 150, 152, 154, 161-162, yargıç Sajo'nun karşı oy yazısı, s. 86-87, prg. 15.

başka olanaklarla dengelenmediği (*not counterbalanced*) için ihlal sonucuna varılmıştır ³⁸². Yargıç Albuquerque, karara farklı gerekçelerle katılmış ve yazdığı görüşünde, öncelikle, AİHS ve Ek Protokollerde güvence altına alınan hakların özünün zarar görüp görmediğinin incelenmesi gerektiğini, söz konusu hakların özü zarar görmemişse, o zaman dengeleme uygulamasına geçilebileceğini, zira, AİHS ve Ek Protokollerdeki hakların özünün hiçbir meşru amaç (*legitimate aim*) için sınırlandırılmayacağını vurgulamıştır ^{383, 384}.

AİHM Büyük Dairesinin 1.12.2020 tarihli Gudmundur Andri Astradsson / İzlanda kararında, başvurucunun yargılandığı mahkemeye yargıç atanmasındaki usulsüzlüklerin, yasa ile kurulmuş mahkeme hakkının özüne zarar verdiği hükmüne katılan, ancak, gerekçesini eleştiren yargıç Albuquerque, yargıç atanmasındaki usulsüzlüğün, hukuk güvenliği ve yasa ile kurulan mahkeme hakkı arasında yapılan dengelemede, zaman faktörünün önemli rol oynadığının kabul edilmesinin, geçen zamanın, hakkın özünü sulandırılacağı (*dilute*) anlamına geldiğini ileri sürmüştür ³⁸⁵.

2.2.2. Hakkın özü kavramı ve devletin, hak ve özgürlüklerle ilgili yükümlülüklerini azaltma hakkı (*right of derogation*) ile uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu bağımlı ülkelerdeki “yerel gerekler”:

Christoffersen, devletin, AİHS’deki hak ve özgürlüklerle ilgili yükümlülüklerini azaltma hakkını (*right of derogation*) (AİHS md. 15) ³⁸⁶ ve AİHS’yi, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu bağımlı ülkelerde (*territories*), yerel gerekleri dikkate alarak (*with due regard to local requirements*) uygulayacak olmasını (AİHS md. 56/3 ³⁸⁷), hakkın özü kavramı bakımından olumsuz olarak nitelendirmektedir ³⁸⁸. Yerel gereklerle ilgili örnek olarak verdiği 11.1.2005 tarihli Py / Fransa kararında, başvurucunun, Fransa’ya

³⁸² Muhammad ve Muhammad / Romania kararının 11-12, 14-15, 88, 90, 93, 133, 137, 144-145, 203, 206-207. paragrafları.

³⁸³ Muhammad ve Muhammad / Romanya kararının 77. ve 80. sayfaları.

³⁸⁴ AİHM’ye göre meşru amaç (*legitimate aim*), AİHS’nin, hakların kısıtlanmasının sınırları ile ilgili 18. maddesinden kaynaklanmaktadır (Beyeler v. Italy (no. 33202/96) [GC], 5.1.2000, prg. 111).

³⁸⁵ Gudmundur Andri Astradsson kararı için bkz., dip-not 35; ayrıca, kararın 81-82., 250., 252., 288-290. paragrafları ve s., 121-122, prg. 8.

³⁸⁶ Bkz., dip-not 91.

³⁸⁷ AİHS’nin, 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol ile yapılan değişikliğinden önceki madde numarası 63’tür. 11 No.lu Protokolle ilgili bilgi için bkz., dip-not 608.

³⁸⁸ Christoffersen, *Fair Balance* 146, 148-149.

bağımlı ülkelerden Yeni Kaledonya'da (*New Caledonia*) Kongre üyeliğine seçilmek için 10 yıl ikamet etme koşuluna tabi tutulması, amaçla orantısız bulunmuş ancak, bu sürenin, ülkedeki kanlı karışıklıkları yatıştırıcı etkisi, "yerel gerekler" kapsamında değerlendirilerek, seçme-seçilme hakkının özünün ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır ³⁸⁹. Daha eski, 25.4.1978 tarihli Tyrer / Birleşik Krallık kararında ise, Birleşik Krallığa bağımlı ülkelerden *Man* adasında uygulanan dayak cezasının, adada yaşayan halkın tepkisini çekmediği için aşağılayıcı olarak nitelendirilemeyeceği savunması kabul görmemiş, "yerel gerekler" kapsamında, dayak cezasının kamu düzeninin sağlanması için gerekli olduğu kanıtlanırsa bile, mutlak nitelikteki işkence ve kötü muamele yasağına (AİHS md. 3) aykırı bir cezanın uygulanmasının ihlal oluşturacağı sonucuna varılmıştır ³⁹⁰. Tyrer kararında, devreye mutlak nitelikteki işkence ve kötü muamele yasağı girdiği için, "yerel gerekler" hükmü, AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlükler ve hakkın özü kavramı üzerinde olumsuz etki gösterememiştir. Kararın önemli bir noktası da, yerel kamuoyunun dayak cezasını benimseyen görüşünün veya inancının, "yerel gerekler" hükmünün uygulanması için yeterli bir kanıt oluşturmadığının belirtilmiş olmasıdır ³⁹¹.

2.2.3. Hakkın özü kavramı ve AİHM'nin ikincilliği ilkesi:

AİHM'nin, ikincilik (*subsidiarity*) ilkesinden ³⁹² kaynaklandığını düşündüğümüz bazı duraksamalı (tereddütlü) kararlarına rağmen, hakkın özü kavramının bir güvence olduğunu ve dengeleme uygulamasının, hakkın özü korunmaksızın yapılamayacağını ³⁹³ kaydetmeliyiz. Fan Jiseng de, AİHM'nin, hakkın özünü koruyarak, asgari (*minimum*) koruma sağladığı görüşündedir ³⁹⁴.

³⁸⁹ Py v. France (no. 66289/01), 11.1.2005, prg., 57, 62, 64-65 (Christoffersen, *Fair Balance* 148-149).

³⁹⁰ Tyrer v. The United Kingdom (no. 5856/72), 25.4.1978, prg., 31, 38-40.

³⁹¹ Jacobs, White and Ovey 99; Letsas 75.

³⁹² Bkz. aşağıda IX. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı.

³⁹³ Kisieliute 67; ayrıca, bkz., VI. Bölümün 6.1.2. ve bu Bölümün 2.2. no.lu paragrafları.

³⁹⁴ Jiseng 22.

2.3. Adil denge için gözetilecek, mutlak hakların sınırlandırılmayacağı ilkesi:

Mutlak hakların sınırlandırılmamaları ³⁹⁵, dolayısıyla, dengeleme uygulamasının dışında tutulmaları da gözetilmesi gereken bir ilkedir.

Temel hakkı yazılı olarak içeren fakat, bu hakka müdahale edilmeyeceğini açıkça belirtmeyen bir metinle karşı karşıya kalındığında, mutlak hakla, mutlak iktidar arasında seçim yapmak gerektiği ileri sürülmüştür ³⁹⁶. Böyle bir seçim yapmak gerektiğinde, insan hakları ve AİHS bağlamında, mutlak iktidardan yana seçim yapılamayacağı açıktır. Ayrıca, mutlak hakların dengelenmelerini gerektirecek, başkalarının hak ve çıkarlarıyla ilişkilerinin bulunduğu da söylenemez ³⁹⁷.

2.4. Adil denge için gözetilecek, demokratik toplum açısından gerekli olma ilkesi:

Temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin (sınırlamanın), “demokratik toplum açısından gerekli olma” koşulunun yerine getirilmesi de bir ilkedir.

AİHM, demokratik toplum açısından gerekli olma koşuluyla ^{398, 399} ilgili incelemeyi, AİHS'nin 8-11. maddelerinin 2. paragrafları ile Ek 4 No.lu Protokolün 2. maddesinin 3.

³⁹⁵ Bkz., dip-not 157 ve AİHS ile ilgili olarak, IX. Bölümün 2. no.lu paragrafı.

³⁹⁶ James G. Wilson, “Surveying the “Forms of Doctrine” on the Bright Line Balancing Test Continuum”, 27 *Arizona State Law Journal* (1995), 806 (https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=fac_articles) (erişim: 20.2.2022).

³⁹⁷ Angelopoulos and Smet 16, 19-20.

³⁹⁸ Yalın nitelikteki “zorunluluk / gereklilik / gerekli olma” kavramı, “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” anlamına gelmektedir: Jiseng, bu kavramın, Handyside kararının 48. paragrafında “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” (*pressing social need*) olarak belirtildiğini aktarmıştır (Jiseng 19). Bu tanım, daha sonra, 26.3.1987 tarihli Leander / İsveç kararının 58. paragrafında (Leander v. Sweden (no. 9248/81), 26.3.1987) ve 29.6.2006 tarihli Öllinger / Avusturya kararının 33. paragrafında (Öllinger v. Austria (no. 76900/01), 29.6.2006) tekrar edilmiştir.

“Demokratik toplumda gerekli olma” koşulu ise, yalın nitelikteki “zorunluluk / gereklilik / gerekli olma” koşuluna göre daha yüksek bir standart ifade etmekte olup, 1) “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” ve 2) “amaçla orantılı olma” öğelerini birlikte içerir (Norris v. Ireland (no. 10581/83), 26.10.1988, prg. 41). Daha sonra bu iki öğeye, bir öğe daha eklenmiştir: 3) “Ulusal yetkililerin, hakkı / özgürlüğü sınırlama gerekçelerinin, ilgili (*relevant*) ve yeterli / tatmin edici (*sufficient*) olması” (Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (no. 931/13) [GC], 27.6.2017, prg. 164) (Association of Academics v. Iceland (no. 2451/16) [Dec.], 15.5.2018, prg. 25). Biz bu üç öğeye, “adil denge ilkesine uyma” ögesini de eklemek isteriz (bkz. adil denge kavramının, bu Bölümün 4.1. no.lu paragrafında yer alan tanımı ve aşağıda IX. Bölümün 5. no.lu paragrafı).

³⁹⁹ AİHM Büyük Dairesi, 15.10.2015 tarihli Perinçek / İsviçre kararında, demokratik toplumda gerekli olma koşulunun, her ülkenin özel koşullarına göre belirleneceği görüşünü ortaya koymuştur (Perinçek v. Switzerland (no. 27510/08) [GC], 15.10.2015, prg. 275, 280 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır)).

paragrafı ⁴⁰⁰ bağlamında yapmaktadır, zira, demokratik toplumda gerekli olma koşulu, söz konusu maddelerin ilgili paragraflarında belirtilen sınırlama nedenlerine dayalı uygulamaları kısıtlayan koşullardan biridir ^{401, 402}. Benzer biçimde, “demokratik toplum” koşulu da, AİHS’nin 6. maddesinin 1. paragrafında yer almaktadır.

Çalı, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulunun, yukarıda belirtilen maddelerin ilgili paragraflarında yazılı olmasına bağlı olarak, sadece o maddelere dayalı davalarda değil, her davada uygulanabildiği görüşündedir. Alain Zysset de, böyle düşünmektedir ⁴⁰³. Bu yaklaşımların, eğitim hakkı ile ilgili 7.12.1976 tarihli Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka kararında, AİHS’nin (Ek Protokollerle bütünleşen AİHS’nin ⁴⁰⁴), demokratik toplumun ideal ve değerlerini iletmeyi amaçladığının altının çizilmiş olmasına ⁴⁰⁵; daha sonra, ölüm cezasının infazını bekleme koşullarının işkence ve kötü muamele yasağına aykırı olduğu konusunda 7.7.1989 tarihli Soering / Birleşik Krallık kararında, AİHS’nin söz konusu amacının tekrarlanması ⁴⁰⁶; öte yandan, iletişimin haber vermeden izlenmesiyle ilgili

⁴⁰⁰ Türkiye, Ek 4 No.lu Protokole taraf değildir. (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=046>) (erişim: 29.3.2023).

⁴⁰¹ Gerards, *General Principles* 229-230; Alain Zysset, *The ECHR and the Human Rights Theory, Reconciling the Moral and the Political Conceptions* (London and New York, Routledge Taylor and Francis Group, 2018)149-150; Gölcüklü, Gözübüyük 377-380.

⁴⁰² AİHM, AİHS’nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 2. paragraflarında belirtilen sınırlama nedenlerine dayalı müdahalelere, sadece demokratik toplum açısından gereklilik varsa olanak tanımaktadır (bkz., Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and others v. Bulgaria (nos. 412/03 and 35677/04), 22.1.2009, prg. 121).

⁴⁰³ Çalı, prg. 4; Zysset 149.

⁴⁰⁴ AİHS’ye Ek Protokollerini onaylayan devletler açısından söz konusu Ek Protokoller, AİHS ile bütünleşir ve bağımsızlığını yitirir. Nitekim, Ek Protokollerde, AİHS’ye eklenen maddelerin, AİHS maddeleri olarak uygulanacağını belirten maddeler bulunur (örn., Türkiye’nin onayladığı Ek 1 No.lu Protokol md. 5; Ek 6 No.lu Protokol md. 6; Ek 7 No.lu Protokol md. 7; Ek 13 No.lu Protokol md. 5). Bu nedenle, AİHS’ye Ek Protokollerde, fesih ile ilgili hüküm bulunmaz zira, AİHS’den bağımsız olarak feshedilmeleri olanaklı değildir. Bu durumda, AİHS’den söz edildiğinde, ilgili devletin onayladığı Ek Protokollerle oluşan bir bütünden söz edildiği anlaşılmaktadır. AİHS ile Ek Protokollerin bir bütün oluşturduğu AİHM’nin 7.12.1976 tarihli Handyside / Birleşik Krallık kararının 41. paragrafında açık olarak belirtilmiştir (Handyside v. The United Kingdom (no. 5493/72), 7.12.1976).

Ayrıca bkz., Florence Benoit-Rohmer and Heinrich Klebes, *Council of Europe Law, Towards a pan-European legal area* (Council of Europe Publishing, June 2005), 93. Buna göre, onayladığı Ek Protokoller nedeniyle, Türkiye açısından AİHS; 1) Ek 1 No.lu Protokolün eklediği mülkiyet hakkı, eğitim hakkı, seçme-seçilme hakkı; 2) Ek 7 No.lu Protokolün eklediği yabancıların sınırdışı edilmesiyle ilgili usuli güvenceler, ceza mahkumiyetinde üst derece yargı organına başvurma hakkı, haksız mahkumiyet durumunda tazminat hakkı, aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı, eşler arasında hak ve sorumluluk eşitliği; 3) Ek 6 No.lu Protokolün eklediği, savaş durumu hariç, ölüm cezasının yasaklanması ve 4) Ek 13 No.lu Protokolün eklediği, ölüm cezasının her durumda yasaklanması ile ilgili hükümlerle bir bütün oluşturmaktadır.

⁴⁰⁵ Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark (nos. 5095/71; 5920/72; 5926/72), 7.12.1976, prg. 53.

⁴⁰⁶ Soering v. The United Kingdom (no. 14038/88), 7.7.1989, prg. 87 (Lawson and Schermers 316).

6.9.1978 tarihli Klass ve diğerleri / Almanya kararında, AİHS'nin giriş bölümünde (*preamble*) “etkin siyasi demokrasi” (*effective political democracy*) kavramına atıfta bulunularak, demokrasinin, AİHS sisteminin bütünü içinde var olan (mündemiç olan; *inherent*) bir öge olduğunun vurgulanmasına ⁴⁰⁷ dayandığı söylenebilir. Kaldı ki, AİHM'nin de, ihlal edildiği iddia edilen maddede demokratik toplumda gerekli olma koşulu yer almadığı halde, bu yönde araştırma yaptığı da gözlemlenmiştir. Örneğin, AİHM, Ek 7 No.lu Protokolün 1. maddesinin, sınırdışı edilecek yabancılara tanıdığı usuli güvencelerle ilgili 17.5.2018 tarihli Ljatifi / Önceki Yugoslav Cumhuriyeti Makedonya ve yukarıda belirtilen, 15.10.2020 tarihli Muhammad ve Muhammad / Romanya kararlarında, yabancının, kamu düzeni veya ulusal güvenlik nedeniyle sınırdışı edilmesi gerekiyorsa, söz konusu usuli güvencelerin kullanılabileceğini öngören 2. paragraf kapsamında “zorunluluk / gereklilik” koşulunu, demokratik toplumun kavramları olan, yasallık ve hukuk devleti ilkeleri açısından incelemiştir ^{408, 409}.

3. Adil denge kavramının içeriğinde bulunan ögeler:

Adil denge kavramının içeriğinde bulunacak ögelere gelince, bunlar şöyle özetlenebilir:

1) Çıkarlar / ilkeler / temel haklar arasındaki çatışma, durmuş olmalıdır. Çatışmanın durmuş olmasından, çatışan çıkarların / ilkelerin / hakların her birinin tam olarak yerine geldiği veya tarafların tam olarak tatmin edildikleri sonucu çıkarılmamalıdır. Tam uzlaşma (*complete reconciliation*), özellikle, bütüncül / tam çatışma (*total conflict*) durumunda her zaman olanaklı değildir ⁴¹⁰. 2) Çatışan çıkarların / ilkelerin / değerlerin / hakların ayakta kalarak, varlıklarını en az zararla / kayıpla sürdürmeleri (“optimize” edilmeleri) sağlanmış olmalıdır. 3) Dengeleme yapan yargıcın / yargıçların, adalet açısından daha iyi bir sonucun elde edilemeyeceğine inanmaları gerekir ⁴¹¹. Bu ögeler, Scaccia'nın vurguladığı gibi, dokunulmaz / mutlak hakların ve insan haysiyetinin üstün tutulduğu bir adalet anlayışının benimsendiği koşullarda anlamlı olur ⁴¹².

⁴⁰⁷ Klass and others v. Germany (no. 5029/71), 6.9.1978, prg. 59 (Lawson and Schermers 62).

⁴⁰⁸ Ljatifi v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia (no. 19017/16), 17.5.2018, prg. 35.

⁴⁰⁹ Muhammad ve Muhammad / Romanya kararının 139. paragrafı.

⁴¹⁰ Kisieliute 37; Christoffersen, *Fair Balance* 577.

⁴¹¹ Sarmas 149.

⁴¹² Bkz., VI. Bölümün 2.2.4. no.lu paragrafı.

4. Adil denge kavramının tanımı:

4.1. Temel haklar / insan hakları bağlamında, adil denge kavramı, yukarıda açıklanan ilkeler ve ögeler ışığında şöyle tanımlanabilir:

Mutlak haklar dışında kalan insan hak ve özgürlüklerine öncelik / ağırlık vererek, insan haysiyetini üstün tutarak, hakkın özünü koruyarak, demokratik toplum açısından gereklilik koşuluna uyulmuş olmasını gözeterek ve çatışan çıkarların / ilkelerin / değerlerin / hakların her birinin varlığını ve etkisini sürdürecekt biçimde ayakta kalmalarını sağlayarak, çatışmayı durduran denge.

Tsakyrakis'in deyiimiyle adil dengeye yönelik dengeleme, yargılama süreciyle sonuç üretmenin (hüküm kurmanın) (*adjudication*) daha nesnel (*objective*) ve daha fazla kesinlikte doğru (*precise*) olmasını sağlamak için, bitmeyen bir arayıştır (*perennial quest*) ⁴¹³. Bu nedenle, gelecekte, burada sunulan tanımdan farklı ve içeriği daha zengin tanımlar yapılabilir.

4.2. Sunulan adil denge tanımına uygun dengeleme modeli ise, üstün çıkarların / ilkelerin / değerlerin ve mutlak hakların dengeleme uygulamasına dahil edilmediği, geriye kalan çıkarların / ilkelerin / değerlerin / hakların, temel haklara / insan haklarına öncelik / ağırlık vererek dengelendiği, yukarıda VI. Bölümün 6.2. ve 6.3. no.lu paragraflarında belirtilen modellerin birleşimi olan modeldir.

5. Adil denge kavramı ile ilgili terminoloji sorunu:

5.1. Adil denge kavramı, AİHM terminolojisine ilk kez 27.6.1968 tarihli Wemhoff / Almanya kararında yargıç Zekia'nın ⁴¹⁴ karşı oy yazısında “*fair and just balance*”

⁴¹³ Tsakyrakis 469.

⁴¹⁴ Yargıç Zekia (Mehmed Zekia veya Mehmet Zeka), 1959 Zürih ve Londra andlaşmaları ve 1960 anayasasıyla kurulan, iki toplumlu (*bi-communal*) Kıbrıs Cumhuriyeti'nin AİHM'deki ilk yargıcısıdır. Yargıç Mehmet Zeka'nın, Kıbrıs Cumhuriyeti adına AİHM'de, 1961 yılında yargıçlık görevine getirilmesi iki toplumlu anayasal yapının bir yansımasıdır. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin iki toplumlu anayasal yapısı için bkz., Zaim Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, (Oxford University Press, Revised Second Edition, Reprinted 2001), 14-20. Belgeler için bkz., Murat Metin Hakki, *The Cyprus Issue, A Documentary History, 1878-2007* (London, New York, I.B.Tauris, 2007), 31-87.

1959 yılından itibaren AİHM yargıçlarının listesi (List of judges of the Court since 1959) için bkz.; <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=> (erişim 26.2.2022).

Yargıç Mehmet Zeka ile ilgili bilgiler için bkz., Erdem Erginel, “Collected and Edited by, Collected Judgment of Chief Justice Zekia”, *Volume I: Court of Appeal of Cyprus (Part 1)*, 2011 (https://www.academia.edu/3018444/Collected_Judgements_of_Chief_Justice_Zekia) (erişim: 26.2.2022).

terimini kullanmasıyla girmiştir ⁴¹⁵. Kısa bir süre sonra, kavram, 23.7.1968 tarihli Belçika'daki eğitim dillerine ilişkin kararında, karar metninin bir yerinde "*just balance*", bir başka yerinde ise, "*fair balance*" terimleriyle yer almıştır ^{416, 417, 418}. Mowbray, AİHM'nin, 23.9.1982 tarihli Sporrong ve Lönnroth / İsveç kararında sadece "*fair balance*" terimini kullanmayı seçtiğini belirtmiştir ⁴¹⁹. Lawson ve Schermers, 1886, 1991 ve 1996 tarihli bazı kararlarda "*proper balance*" teriminin kullanıldığını kaydetmişlerdir ^{420, 421}. Bunlara, "*reasonable balance*" ve "*right balance*" terimlerini de ekleyebiliriz. Bizim gözlemlerimize göre, AİHM, "*fair balance*" terimi kadar sık olmasa da, "*just balance*", "*proper balance*", "*reasonable balance*" ve "*right balance*" terimlerini kullanmaya devam etmektedir ⁴²². Hemen belirtelim ki, AİHM, beş terimi de aynı anlamda kullanmaktadır. Nitekim, AİHM Başkanı Spano da, 2021 yılında yaptığı bir sunumda, "*proper balance*" ve "*fair balance*" terimlerini, birlikte ve aynı anlamda kullanmıştır ⁴²³.

İngilizce "*just*" ve "*fair*" sözcükleri, yan tutmama ortak anlamında buluşurlar ancak, bu ortak anlam dışında "*just*", haklı ve kurallara uygun olmayı; "*fair*" ise, çatışan çıkarların uygun dengesini bulmak için kendi çıkarlarından, duygularından ve ön yargılarından

⁴¹⁵ Wemhoff v. Germany (no. 2122/64), 27.6.1968, s. 36.

⁴¹⁶ Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) (Merits), 23.7.1968, s. 27, prg. 5 ve s. 39.

⁴¹⁷ Mowbray 2.

⁴¹⁸ Hazar 171-173.

⁴¹⁹ Mowbray 4.

⁴²⁰ Yazarların kaydettikleri kararlar şunlardır; 23.4.1987 tarihli Erkner and Hofauer v. Austria; 23.4.1987 tarihli Poiss v. Austria; 30.10.1991 tarihli Wiesinger v. Austria; 15.11.1996 tarihli Prötsch v. Austria. Söz konusu kararlar, toprak reformundan doğan mülkiyet hakkı sorunlarıyla ilgilidir (Lawson and Schermers 348 [n. 6]).

⁴²¹ AİHK'nın da bazı raporlarında, "*proper balance*" terimini kullandığı görülmüştür; örn., Z. against Finland (no. 22009/93) [Rep.], 2.12.1995, prg. 166.

⁴²² AİHM kararlarını arama motoru HUDOC'ta yapılan aramada (erişim 26.7.2022), kararların gerekçelerinde söz konusu terimlerin kullanılıp kullanılmadıkları araştırılmış; "*just balance*" teriminin en son 14.10.2014 t.li Yılmaz Yıldız vd. / Türkiye kararında (Yılmaz Yıldız and others v. Turkey (no. 4524/06) prg., 46 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır)); "*proper balance*" teriminin, en son, 5.7.2022 t.li Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining and others v. Germany (nos 815/18 and 4 others) (prg. 55, 72) kararında; "*reasonable balance*" teriminin en son, 9.1.2018 t.li Stanculeanu v. Romania (no. 26990/15) (prg. 68) kararında; "*right balance*" teriminin ise, en son, 30.6.2022 t.li Azadliq and Zayidov v. Azerbaijan (no. 20755/08) (prg. 39) kararında kullanıldığı görülmüştür.

⁴²³ Robert Spano, "Freedom of expression: A cornerstone for humanity and democracy", *Video message for European Conference on Democracy and Human Rights, Kristiansand*, 5.5.2021: 3. https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20210505_Spano_Video_Message_Conference_Kristiansand_ENG.pdf (erişim 26.2.2022)

arınmış olmayı anlatır. “*Proper*” sözcüğünün anlamı çok uzak olmamakla birlikte, biraz farklıdır; gerekli nitelikler bakımından uygun / yerinde (münasip) olmak demektir. “*Reasonable*” sözcüğü, adalet kavramını dışlamadan akla uygun olmayı anlatır. “*Right*” (sıfat olarak) sözcüğü ise, benimsenen ahlaki / hukuki / adalete ilişkin standartlar açısından doğru olan anlamındadır ^{424, 425}. Bunlardan “*fair*” sözcüğünün, adil denge kavramını daha iyi karşıladığı görülmektedir. Gölcüklü ve Gözübüyük ile Zeynep Hazar, “*fair balance*” sözcüklerinin karşılığı olarak “adil denge” terimini kullanmışlardır ⁴²⁶. Biz de, AİHM’nin en sık kullandığı “*fair balance*” sözcüklerinin karşılığı olarak, “adil denge” terimini benimsemekteyiz.

AİHM kararlarının Fransızca metinlerinde “*fair balance*” teriminin karşılığı olarak “*juste équilibre*” ⁴²⁷; Almanca çevirilerinde ise, “*gerechter Ausgleich*” ⁴²⁸ terimlerinin kullanıldığı gözlemlenmiştir.

5.2. Yukarıda, VI. Bölümün 1.5.1. no.lu paragrafında, dengelemenin, Alman hukukundan gelen orantılılık testinin son basamağını oluşturduğunu ve bu basamağın, “dar anlamda orantılılık” olarak da adlandırıldığını belirtmiştik. Gerards, bazı yazarların, hatta, bazen AİHM’nin bile, bu son basamak için, sadece “orantılılık” terimini kullandıklarına dikkat çekmiştir ^{429, 430}. Bu kullanım biçimi, dengelemenin adil nitelikte olanı yani, adil denge ile orantılılık kavramlarının birbirinin yerine kullanılmasına ve sonuçta, kavram karışıklığına yol açmaktadır. Nitekim, yargıç Elosegui 3.7.2018 tarihli Voynov / Rusya kararında yazdığı görüşünde “orantılılık testi”

⁴²⁴ “Fair”, “Just”, “Proper”, “Reasonable”, “Right” *The Merriam-Webster Pocket Dictionary of Synonyms*, [sözcük sırasına göre] 136, 149, 318, 73; *Collins English Dictionary*, [sözcük sırasına göre] 552, 836, 1238, 1285, 1324.

⁴²⁵ “Münasip”, *Türkçe Sözlük* 1173; “Münasib”, Devellioğlu 848.

⁴²⁶ Gölcüklü, Gözübüyük 145; Hazar 171.

⁴²⁷ Gölcüklü, Gözübüyük 145; ayrıca, örnek olarak, Fernandez Martinez c. Espagne (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014 [Fransızca metin], prg. 114.

⁴²⁸ Örn., Schüth v. Germany (no. 1620/03), 23.9.2010 [German Translation by the German Federal Ministry of Justice], prg. 56. Keza, Jahn vd. / Almanya kararının İngilizce metninde de, “fair balance” teriminin Almanca karşılığı, “gerechter Ausgleich” olarak belirtilmiştir (Jahn and others v. Germany (nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01) [GC], 30.6.2005, prg. 42).

⁴²⁹ Gerards, *General Principles* 243.

⁴³⁰ Buna, AİHM Büyük Dairesinin 25.10.2012 tarihli Vistins ve Perepjolkins / Letonya kararının 108-131. paragraflarının tamamen adil denge ile ilgili olmasına ve içeriklerinde de adil denge ilkesinin incelenmesine rağmen, başlığın “Adil denge” yerine “Orantılılık” olarak belirtilmiş olması örnek olarak gösterilebilir (Vistins and Perepjolkins v. Latvia (no. 71243/01) [GC] (Merits), 25.10.2012).

yerine “dengeleme uygulaması” terimini kullanmış⁴³¹; yargıç Serghides de, 28.8.2018 tarihli S.J.P. ve E.S. / İsveç kararında yazdığı karşı oy yazısında, orantılılık testi yerine “geniş anlamda dengeleme” terimine yer vermiştir⁴³². Mowbray, bu karışıklığı bir düzene sokmak için olsa gerek, Yukata Arai-Takahashi adlı yazara gönderme yaparak, orantılılığın (dar anlamda) 2 türünün bulunduğu söz etmiştir. Bunlardan biri, adil denge anlamında olanı, diğeri ise, güdülen amaçla (meşru amaç) kullanılan araç (hakka müdahale) arasında makul (*reasonable* – akla uygun) ilişki anlamında orantılılıktır^{433, 434, 435}. Belirtelim ki, Mowbray’ın dar anlamda orantılılık kavramını ikiye ayırması, karışıklığa son vermemiştir.

Biz, kavramın kaynağında yani, Alman hukukunda benimsenen kullanıma sadık kalarak, dengelemenin adil olanı yani, adil dengeyi, dar anlamda orantılılığın içinde bir öge ve son basamak olarak kullanmaktayız⁴³⁶.

5.3. AYM’nin kullandığı terimlere, yukarıda VI. Bölümün 1.1.2. no.lu paragrafında değinmiştik.

6. Adil denge kavramının, hakkaniyet kavramıyla karşılaştırılması:

6.1. Kaynaklarda, hakkaniyet sözcüğünün İngilizce karşılığı “*equity*”, “*justice*” ve “*fairness*” olarak belirtilmiştir⁴³⁷. Bu karşılıklar, hakkaniyet ve adil denge kavramlarının birbirine yakın veya benzer anlamlara sahip oldukları izlenimi vermektedir. Bu nedenle, iç hukukta ve uluslararası hukukta kullanılan hakkaniyet kavramına biraz yakından bakarak, benzerlikleri ve farkları görmeye çalışmakta yarar vardır.

⁴³¹ Voynov v. Russia (no. 39747/10), 3.7.2018, 15. sayfa.

⁴³² S.J.P. and E.S. v. Sweden (no. 8610/11), 28.8.2018, s. 37.

⁴³³ Mowbray 26.

⁴³⁴ Bkz., aşağıda X. Bölümün 9. no.lu paragrafı; dar anlamda orantılılığın (dengeleme uygulamasının) iki işlevi.

⁴³⁵ Amaç-arac orantılılığının, gerekli ölçüyü aşmamak (aşırı / ölçüsüz olmamak) olarak da tanımlandığını hatırlatalım (bkz., yukarıda VI. Bölümün 1.4.1. ve X. Bölümün 9.1. no.lu paragrafları). Gerekli ölçünün aşılması ile araç-amaç ilişkisinin makul (akla uygun) olması arasında anlam farkının bulunmadığı düşünülmektedir.

⁴³⁶ Bkz., aşağıda X. Bölümün 9.2. no.lu paragrafında yer alan tablo.

⁴³⁷ “Hakkaniyet”, *Türk Hukuk Lügati - Türkçe-Türkçe*, C. I, 457. Aynı yerde, sözcüğün Almanca karşılığı “*Billigkeit*”, “*Rechtlichkeit*”; Fransızca karşılığı “*principe d’équité*”; Latince karşılığı ise, “*aequitas*” olarak belirtilmiştir. Terimler için ayrıca bkz., Tuncay 161; Kadir Gürten, *Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)* (Ankara, Adalet Yayınevi, 2008), 29-30.

Hakkaniyet sözcüğünün eş anlamlı sözcükleri, “nısfet”, “nasafet”, “nasfet”, “denkserlik”tir. Sözcüğün, nısfet / nasafet / nasfet karşılığının içinde “insaf” ögesinin bulunduğu kaydedilmelidir ⁴³⁸. Soyut ve genel nitelikteki yasa kurallarının, özel durumları gözetmeksizin herkese eşit uygulanması, kişilerin koşullarını ağırlaştırabilir. Bu da, kişiler arası eşitliği bozan ve adaletsizliğe yol açan sonuçlar doğurabilir ⁴³⁹. Aristoteles’ten kaynaklanan hakkaniyet kavramı, böyle adaletsizlikleri olabildiğince önleme işlevi görür ⁴⁴⁰. Kavram kısaca, yasa kuralının, kişinin özel durumunu gözeterek (bireyselleştirerek) somut olaya uygulanmasıyla elde edilen adil çözüm olarak tanımlanabilir ^{441, 442, 443}. Yasama organı, yasa hazırlarken, hakkaniyet kavramına başvurabilir ve kişilerin özel durumları / koşulları için hakkaniyete uygun düzenlemeler yapabilir. Yargı organı ise, hakkaniyet kavramını, yargıçların takdir yetkileri kapsamında uygular. Türk özel hukukunda, yargıçların hakkaniyete uygun karar vermeleriyle ilgili yasa kuralları bulunmaktadır (örn., TMK md. 4; TBK md. 56, 65) ⁴⁴⁴. Türk ceza hukukunda da, cezalarda yasallık ilkesine aykırı olmamak koşuluyla, yargıçların, cezaları, yasadaki öngörülen alt ve üst sınırları içinde bireyselleştirerek belirlemeleri öngörülmüş (TCK md. 61-62), Yargıtay CGK da bir kararında, yargıçların, yasadaki takdiri indirim nedenlerini (eski TCK md. 59) uygulamak için takdir yetkilerini hak, adalet ve nasafet kurallarına uygun kullanmaları gerektiği vurgulanmıştır ⁴⁴⁵. Gözler, TCK md. 147’de, yargıcın, hırsızlık suçunda zorunluluk halini değerlendirerek,

⁴³⁸ “Nasafet” *Türk Hukuk Lügati - Türkçe-Türkçe*, C. I, 845; “Nasfet”, Devellioğlu 946; “Hakkaniyet”, Yılmaz, Ejder 504. İlk iki kaynakta, nasafet / nasfet sözcüğünün bir karşılığının “insaf”; sonuncu kaynakta ise, hakkaniyet sözcüğünün, yine, “insaf” olarak yorumlanabilecek, “hukukun katılığıının giderilmesi” olduğu kaydedilmiştir. Tuncay ise, hakkaniyetin, insafı olma anlamına geldiğini belirtmiştir (Tuncay 161).

⁴³⁹ Hirş 172 (dip-not); Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 240-242; Çeçen 61-63; Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 52; Yetkin 78, 252; Erdoğan 166; Aral 192-193.

⁴⁴⁰ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 161; Tuncay 162-163; Ökçesiz 327.

⁴⁴¹ “Hakkaniyet”, *Türk Hukuk Lügati - Türkçe-Türkçe*, C. I, 457; Gürten 31.

⁴⁴² Uygun, hakkaniyetin, özen ahlakını gerektirdiği görüşündedir. Uygun’a göre özen ahlakı uyarınca yargıç, incelikli / ayrıntılı araştırma yapmak için gözündeki bandajı çıkarmalı ve sadece bireyselleştirme yaklaşımıyla, kişinin özel durumunu gözetmekle yetinmemeli, bunun ötesinde, kişinin aile üyelerinin nasıl etkileneceğini de gözetmelidir (Uygun 48-49, 167).

⁴⁴³ Hakkaniyet kavramı, İngiliz ortak hukukunun (*common law*) katı kalıplarında adalet bulamayanlar için 14. yy.da yeni mahkeme kurulmasına (*Court of Chancery*), bu mahkemenin hakkaniyet kuralları (*rules of equity*) geliştirmesine ve ortak hukukun eksiklerini tamamlayan hakkaniyet hukuku (*law of equity*) oluşmasına yol açmıştır (Güriz, *Hukuk Başlangıcı* 240-241; Gözler, *Hukuka Giriş* 142). İngiliz hakkaniyet hukukunun kurallarının dayandığı özdeyişlerin (*maxims*) başlıcaları için bkz., “equity, maxims of”, Woodley 162.

⁴⁴⁴ “Hakkaniyet”, *Türk Hukuk Lügati - Türkçe-Türkçe*, C. I, 457

⁴⁴⁵ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Yenilenmiş-Genişletilmiş 2. Baskı, 2005), 546-547.

cezada indirim yapabileceğinin veya ceza vermekten tamamen vaz geçebileceğinin öngörülmüş olmasını, hakkaniyet kavramının yasaya yansımış örneği olarak sunmuştur ⁴⁴⁶.

Hakkaniyet kavramı, uluslararası hukukta ⁴⁴⁷ sözcük olarak, İngilizce “equity” sözcüğünün karşılığı olarak ⁴⁴⁸ ve yukarıda belirttiğimiz anlamda kullanılmaktadır ⁴⁴⁹. Ian Brownlie’ye göre, hakkaniyet, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) (*International Court of Justice – ICJ*) Statüsü, madde 38/1(c)’de belirtilen, uygar ulusların benimsediği, hukukun genel ilkeleri kapsamındadır ⁴⁵⁰ ve yargılama işlevinin bir parçasıdır. Buna karşılık, UAD Statüsü, madde 38/2’de belirtilen “*ex aequo et bono*” (hakkaniyet ve iyiniyete göre ^{451, 452}) karar verilebilmesi için tarafların aralarında anlaşmaları gerekir ⁴⁵³. Brownlie, hakkaniyet (*equity*) ve “*ex aequo et bono*” kavramlarıyla ilgili terminolojinin yerleşik olmadığını, bazen, bu kavramların eş anlamlı olarak kullanıldığını belirtmiştir ⁴⁵⁴. Pazarcı, hakkaniyetin, genel hukuk ilkeleri kapsamında ve tarafların aralarında anlaşmalarına gerek olmaksızın, yargılama işlevinin bir parçası olarak kullanılması durumunda, yargı organının (UAD’nin), kendiliğinden yeni hukuk kuralları yaratamayacağına, sadece, uluslararası hukuk alanında oluşmuş kuralları belirleyip uygulayabileceğine işaret etmiştir. Bu nokta, hakkaniyet ile “*ex aequo et bono*” kavramları arasında önemli bir farktır zira, tarafların aralarında anlaşmaları

⁴⁴⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, 422.

⁴⁴⁷ “Hakkaniyet”, *Türk Hukuk Lügatı - Türkçe-Türkçe*, C. I, 457;

⁴⁴⁸ Pazarcı, hakkaniyet ve hakçalık ilkesinin sözcük karşılığını İngilizce “equity”; hakça ilkeleri ise, aynı sözcükten türemiş “equitable principles” olarak belirtmiştir (Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara, Turhan Kitabevi, Gözden geçirilmiş 17. Baskı, 2018), 120, 256, 307). Ayrıca, bkz., Evans, Malcolm 136; Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, Fourth edition, 1997) 82; Shaw’un kitabının 8. Baskısının Türkçe çevirisinde “equity” sözcüğü, “hakkaniyet” olarak çevrilmiştir (Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çeviri Editörü; İbrahim Kaya, Çevirenler; Yücel Acer, İbrahim Kaya, Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek, (Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, Sekizinci Baskı, 2017), 75.

⁴⁴⁹ Evans, Malcolm 136; Shaw, *Uluslararası Hukuk* 76.

⁴⁵⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press, Fourth edition, Paperback reprinted (with corrections), 1995), 27.

⁴⁵¹ “Ex aequo et bono”, *Türk Hukuk Lügatı – İngilizce, Almanca, Fransızca, Latince*, (Ankara, Türk Hukuk Kurumu, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2021 Baskısı, C. II, 2021), 1793.

⁴⁵² Pazarcı, “*ex aequo et bono*” terimini “hakkaniyet ve nısfet” yolu / ilkesi olarak adlandırmıştır (Pazarcı 308, 520).

⁴⁵³ Pazarcı 308; Brownlie 27.

⁴⁵⁴ Brownlie 27. Nitekim, Rona Aybay ve Antonio Cassese, her iki kavramı eş anlamlı olarak kullanmışlardır (Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku* (İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 510, Hukuk 22, Bilgi İletişim Grubu Yayıncılık Müzik Yapım ve Haber Ajansı Ltd Şti., 3. Baskı, Eylül 2017), 117, dip-not 1; Antonio Cassese, *International Law*, (Oxford University Press, 2001), 155).

üzerine devreye giren ikinci kavrama göre, yargı organı (UAD), uygulanacak hukuk kurallarını kendisi – hakkaniyet ve iyiniyet veya nısfet uyarınca - belirler ⁴⁵⁵. Burada son olarak, Shaw'un değindiği, UAD'nın, Libya / Tunus kıta sahanlığı davasında açıkladığı şu görüşü aktarmakta yarar vardır: “UAD, uluslararası hukukun bir parçası olan hakça ilkeleri (*equitable principles*) uygulamakla ve hakça (*equitable*) bir sonuca varabilmek için, ilgili olduğunu düşündüğü çeşitli etmenleri dengelemekle (*balance up the various considerations*) yükümlüdür” ^{456, 457}.

6.2. Bu açıklamadan, UAD'nin, çatışan çıkarları / etmenleri, hakkaniyeti gözeterek dengelemek durumunda olduğunu anlıyoruz. Bu durum, iç hukukta yargıçların hakkaniyet uyarınca karar vermelerinden oldukça farklı bir olguyu ortaya çıkarmaktadır. Yukarıda sunulduğu gibi, iç hukukta yargıcın, yasa kuralını kişiye uygularken hakkaniyet ilkesine göre karar vermesi, bireyselleştirme anlamındadır. Bireyselleştirme sürecinde, çatışma içinde olup, dengeleme gerektiren bir şey bulunmadığından, yargıcın vicdan terazisi dışında başka teraziye yer yoktur ⁴⁵⁸. Uluslararası hukuktaki yargılamalarda ise, hakkaniyet kavramı, çatışan çıkarların / etmenlerin dengeli çözümü için başvurulacak bir ilke görünümündedir.

6.3. AİHM, Türkçeye genellikle “tazminat” olarak çevrilen, “adil tatmin” veya “adil tazmin” (*just satisfaction*) (AİHS md. 41) belirleme konusunda yol gösterici ilke olarak, hakkaniyet (*equity*) kavramını dikkate aldığını belirtmiş ve bu ilkeden ne anladığını da şöyle açıklamıştır: “Sadece başvurucunun durumu açısından değil, ihlalin olduğu ortam dahil, olayla ilgili tüm koşullar (*circumstances*) açısından neyin hakça, adil ve makul olacağına ilişkin tarafsız ve esneklik içeren değerlendirme” ⁴⁵⁹. AİHM, bireysel başvurular dışında, devlet başvurularında da, tazminat / adil tatmin belirleme konusunda aynı ilkeyi benimsediğini belirtmiştir ⁴⁶⁰. AİHM'nin, hükmedeceği

⁴⁵⁵ Pazarcı 120, 308.

⁴⁵⁶ Shaw, *International Law*, 84; Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 76.

⁴⁵⁷ Yusuf Aksar, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Birinci baskı, Şubat 2017), 52-53.

⁴⁵⁸ Tuncay 161-162.

⁴⁵⁹ Varnava and others v. Turkey (nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90) [GC], 18.9.2009, prg., 224.

⁴⁶⁰ Cyprus v. Turkey (no. 25781/94) [GC] (Just satisfaction), 12.5.2014, prg., 56 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

tazminatlarla ilgili (ve sınırlı) olarak tanımladığı hakkaniyet kavramı, bireyselleştirme ögesi içermediği için, yukarıda 6.1. no.lu paragrafta sunulan hakkaniyet tanımından çok, dengelemeye yöneldiği söylenebilir zira, sadece başvurucunun durumunun değil, olayla ilgili tüm koşulların değerlendirilmesi öngörülmüştür.

6.4. Kaydedelim ki, AİHM, dengelemeyi, her zaman, adını koyarak uygulamamaktadır. Örneğin, AİHM, 19.1.2016 tarihli Kalda / Estonya kararında, hapis cezası çeken başvurucunun, mahkum haklarıyla ilgili bilgi edinmek için, Avrupa Konseyi'ne ve devletin resmi bazı hukuk sitelerine internet yoluyla erişiminin engellenmesini, başvurucunun, gerektiğinde kullanmak üzere haklarını öğrenme isteği ile hükümetin ileri sürdüğü güvenlik riskini temellendirememiş olmasını tartarak - adını koymadan - dengeleme yapmış ve bilgi edinme hakkının (AİHS md. 10) ihlal edildiği sonucuna varmıştır ⁴⁶¹.

AİHM, bazı kararlarında, adını koymadan, hakkaniyet kavramından da yararlanmaktadır. Buna örnek olarak, 14.5.2013 tarihli N.K.M. / Macaristan kararı gösterilebilir. Bu kararda AİHM, 30 yıl kamu görevinde çalışan başvurucunun görevine son verirken, kısa bir süre önce yürürlüğe giren ve kıdem tazminatından (*severance pay*) beklenmedik ölçüde yüksek (toplamda % 16 yerine % 52) vergi kesilmesini öngören yasanın uygulanmasını mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Gerekçesi ise, yasama organının, başvurucunun, yeni vergi tarifesine uyum sağlayabileceği bir geçiş dönemi koymamış ve yeni tarifenin başvurucuya bireyselleştirme (*individualisation*) yapılmadan uygulanmış olmasının, başvurucuyu, meşru beklentisine aykırı olarak aşırı külfet altında bırakması ve bütün bunların, “orantılılık” (dar anlamda) ilkesine aykırı olmasıdır. Burada, AİHM, orantılılık ilkesine aykırılığı vurgulamakla, yetkililer tarafından dengeleme yapılmamış olduğuna parmak basmıştır. Bu eksikliği gidermek için de, başvurucunun, aşırı bir külfet altında kaldığını, yani, dengenin başvuru aleyhinde bozulduğunu belirterek, başvurucunun, vergi oranı önceki yasa tarafından belirlenen ve tutarı kazanılmış hak (*acquired right*) oluşturan kıdem tazminatına ilişkin çıkarının, devlet bütçesi ile ilgili kamu yararı karşısında ağır bastığına hükmetmiştir. AİHM'nin, bu sonuca, “dengeleme” sözcüğü yerine “orantılılık” (dar anlamda) sözcüğünü kullanarak varmıştır ⁴⁶².

⁴⁶¹ Kalda v. Estonia (no. 17429/10), 19.1.2016, prg. 31, 45, 53-54.

⁴⁶² N.K.M. v. Hungary (no. 66529/11), 14.5.2013, prg., 66, 68, 71-75. Ayrıca bkz., Burak Gemalmaz, “Mali güç ölçütünü dikkate almayan aşırı vergi mülkiyet hakkı ihlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Macaristan'a

6.5. Buraya kadar açıklananlar, hakkaniyet kavramının iç hukuk ve uluslararası hukuk yargılamalarındaki kullanımıyla ilgilidir; Rawls'ın sosyal adaletçi bakış açısıyla geliştirdiği "hakkaniyet olarak adalet" (*justice as fairness*) kuramı (yukarıda V. Bölümün 5.3. no.lu paragrafı) ise, bu kapsamın dışındadır.

ÜÇÜNCÜ KESİM

VIII. BÖLÜM: AİHM'NİN, ADİL DENGE İLKESİNE YÖNELİK Dengeleme UYGULAMASI İÇİN GEREKLİ YORUMLAMA YETKİSİ

1. AİHM'nin AİHS md. 32/1 uyarınca yargısal yetkisinin (*jurisdiction*) kapsamı:

AİHM'nin yargısal yetkisi, AİHS'nin 32. maddesine göre, AİHS ve AİHS ile bütünleşen Ek Protokolleri yorumlamayı ⁴⁶³ ve uygulamayı ⁴⁶⁴ kapsar. Bunu şöyle açabiliriz: AİHM, önüne gelen, 1) devletlerarası ⁴⁶⁵ ve 2) bireysel ⁴⁶⁶ başvurularda ve 3) AİHS'ye taraf devletin AİHM'nin kesinleşmiş kararını yerine getirme (icra etme) yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin belirlenmesi istemlerinde ⁴⁶⁷ karar verirken ve 4) danışma görüşü (*advisory opinion*) istemlerinde ⁴⁶⁸ görüş bildirirken, ilgili AİHS veya Ek Protokol hükümlerini yorumlayarak olaya uygular ve kararını verir veya danışılan konuda, ilgili hükümlere ilişkin yorumuna dayalı görüşünü bildirir.

karşı 14 Mayıs 2013 tarihinde verdiği N.K.M. kararının incelenmesi", (*İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 2, 2014), 130, 132-143.

⁴⁶³ AİHS ve AİHS ile bütünleşen Ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlükleri tanımlamak da bu kapsamdadır (Greer 423; ayrıca, bkz., dip-not 404).

⁴⁶⁴ Avrupa Konseyi'nin, AİHS'ye Ek Protokol niteliğinde olmayan diğer Protokolleri ve Sözleşmeleri, AİHM'nin görev kapsamının dışındadır. Ek Protokollerin, onaylayan devletler açısından AİHS ile bütünleşmesi konusunda bkz., dip-not 404.

⁴⁶⁵ AİHS md. 33'e göre yapılan devletlerarası (*Interstate*) başvurular.

⁴⁶⁶ AİHS md. 34'e göre yapılan bireysel başvurular.

⁴⁶⁷ AİHS md. 46/4'e göre yapılan istemler. Bu istemlerle ilgili prosedürün ayrıntıları, 10.5.2006 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin AİHM kararlarının yerine getirilmelerinin (icra edilmelerinin) denetimi ve dostane çözümlerle ilgili İltüzüğün (Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements) 11. Maddesinde "*Infringement proceedings*" başlığı altında belirtilmiştir (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806dd2a5) (erişim: 27.9.2020).

⁴⁶⁸ AİHM'den danışma görüşü istemleri iki türdür: 1) AİHS md. 47'ye göre, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yapılan istemler; 2) 16 No.lu Ek Protokole göre, bu Ek Protokole taraf olan devletlerin yüksek yargı organları tarafından yapılan istemler. Türkiye, 16 No.lu Ek Protokole henüz taraf olmadığından (erişim: 27.9.2020), Türkiye'deki yüksek yargı organlarının AİHM'den danışma görüşü isteminde bulunmaları söz konusu değildir.

2. AİHM'nin, AİHS'yi yorumlarken gözettiği ilkeler:

AİHM, yorum konusunu ilk kez ele aldığı Golder / Birleşik Krallık kararında (21.2.1975), henüz yürürlüğe girmemiş olsa da, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin kurallarının çoğunun, andlaşmalar konusunda uluslararası yapılageliş hukukundan (*customary international law* ⁴⁶⁹) derlenmiş olmaları ⁴⁷⁰ nedeniyle, AİHS'nin yorumunda kullanılmaları gerektiğini belirtmiştir ⁴⁷¹.

23.5.1969 tarihinde imzalanan ve 27.1.1980 tarihinde yürürlüğe giren Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ⁴⁷² 31. maddesi, uluslararası andlaşmaların, sözleşmelerin hükümlerinin nasıl yorumlanacağına ilişkin kurallar getirmiştir. Söz konusu 31. maddenin 1. fıkrasına göre, “Bir andlaşma içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığı altında terimlerin olağan anlamına uygun bir biçimde iyi niyetle yorumlanmalıdır” ⁴⁷³. Maddenin 2. fıkrası ise, yorum açısından, bir andlaşmanın giriş bölümünün (*preamble*) ve eklerinin (*annexes*), andlaşma metninin içeriği ile bağlantılı olduğunu vurgulamıştır ⁴⁷⁴. Bu fıkra uyarınca, AİHS'nin giriş bölümü, yorum açısından, AİHS ve taraf olunan Ek Protokoller yorumlanırken, metnin içeriği ile bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, AİHS'nin giriş bölümünde, 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde yer alan belirli bazı hakların uygulanmasının, devletlerin tümünün katılımıyla sağlanmasının (*collective enforcement*) öngörülmüş olması, AİHS ve taraf olunan Ek Protokollerin yorumunda etkin rol oynar. Bu, aynı zamanda, AİHS'nin, insan haklarını koruma, demokratik toplumun hedef ve değerlerini sürdürme ve geliştirme konu ve amaçlarıyla da örtüşmektedir ⁴⁷⁵. İnsan hakları belgelerinin (insan hakları sözleşmeleri dahil) yorumunda, bu metinlerin temelinde yatan konu ve

⁴⁶⁹ Pazarcı, “custom” sözcüğünün karşılığı olarak, yapılageliş hukuku, teamül veya örf-adet veya gelenek hukuku kavramlarını kullanmıştır (Pazarcı 109 vd). Buna dayanarak, burada, “customary international law” terimi, ‘uluslararası yapılageliş hukuku’ olarak çevrilmiştir.

⁴⁷⁰ Brownlie 604.

⁴⁷¹ Jacobs, White and Ovey 64.

⁴⁷² Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne (Vienna Convention on the Law of Treaties) Türkiye taraf değildir; bu Sözleşmenin metni ve Sözleşmeye taraf olan devletleri gösteren tablo için bkz.; (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=en) (erişim 18.4.2021).

⁴⁷³ Pazarcı 95.

⁴⁷⁴ Metin için bkz., dip-not 472.

⁴⁷⁵ Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, Fourth edition, 2018), 6-7.

amaçların gözetilmesi, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. maddesinin 1. fıkrası hükmüne uygun olduğu kadar, insan hakları belgelerinin (sözleşmeler dahil), diğer uluslararası belgelerin içerdiği karşılıklı (*reciprocal*) nitelikteki devletlerarası yükümlülüklerden farklı olarak, devletlere yüklediği - karşılıklı nitelikte olmayan – nesnel (*objective*) yükümlülüklerin daraltılmasına da engeldir.

AİHS'nin, her şeyden önce insan haklarını koruma sistemi olduğundan hareketle, bu konu ve amaca odaklanarak yorumlanması, AİHS'nin getirdiği güvencelerin, teorik ve yanıltıcı (*illusory*) yönde değil, uygulanabilir (*practical*) ve etkin (*effective*) olmalarını sağlayacak yönde ve “dinamik” yani, günün koşullarına göre yorumlanmasını gerektirir ^{476, 477, 478}. AİHM'nin bazı kararlarında, AİHS'nin “yaşayan belge” (*living instrument*) olarak nitelendirilmesi de bu yorum biçiminin ürünüdür ^{479, 480, 481, 482}.

⁴⁷⁶ Bu yorum yönteminin, “objektif yorumlama” yönteminin daha ilerisinde olduğu düşünülmektedir. “Objektif yorumlama” yöntemi için bkz., dip-not 313.

⁴⁷⁷ Demir and Baykara v. Turkey (no. 34503/97) [GC], 12.11.2008, prg. 66, 68 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır) (davanın konusu için bkz., aşağıda, dip-not 554); ayrıca, 30.4.2009 tarihli Glor / İsviçre kararının 75-76. paragrafları (bkz. yukarıda, dip-not 308).

⁴⁷⁸ Uluslararası Adalet Divanının (ICJ), 21.6.1971 tarihli, “Namibia'da Güney Afrika'nın Sürekli Varlığı” konusundaki danışma görüşünde (*advisory opinion*), uluslararası bir belgenin, yorumunun ve uygulanmasının, yorum yapıldığı tarihte geçerli olan hukuka göre yapılması gerektiği belirtilmiştir (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p. 16; prg. 53). Söz konusu danışma görüşünün başlığının ve “*advisory opinion*” (danışma görüşü) teriminin çevirisi, Pazarıcı'nın eserinden alınmıştır (Pazarıcı 148).

⁴⁷⁹ Brownlie 632; Jacobs, White and Ovey 72-73; Harris, O'Boyle and Warbrick 7-8; Shaw, *Uluslararası Hukuk* 678.

⁴⁸⁰ Konu ve amaçlar gözetilerek yapılan yorum, amaçsal (*teleological*) yorum türüdür (Evans, Malcolm 199). Bir uluslararası belgenin hükümlerinin (AİHS'nin getirdiği güvencelerin) uygulanabilir ve etkin olmalarını sağlayacak yönde yapılan yorumun kökeninde, “*ut res magis valeat quam pereat*” (geçerli kalmak, geçersiz olmaya tercih edilir) (Woodley 416) özdeyişi (*maxim*) yatar ve eski bir ilke olan, “duraksama (tereddüt) varsa, devletin egemenliğini kısıtlayan hükümler dar yorumlanır” ilkesinin uygulama alanını daraltır (Antonio Cassese 134). Evans, Malcolm, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (International Law Commission - ILC) da, etkinlik yönünde yorum yapılmasını, aynı özdeyişe dayandırdığını belirtir (Evans, Malcolm 202).

⁴⁸¹ “Dinamik” yoruma, “geliştirici” yorum (*evolutive / evolutionary interpretation*) da denilmektedir (Jacobs, White and Ovey 64, 72-73).

⁴⁸² Bir görüşe göre, AİHS'nin içermediği bir hakkın, “dinamik” veya “geliştirici” yorumla metne dahil edilmesi veya AİHS'nin uygulama alanının genişletilmesi olanaklı değildir (Jacobs, White and Ovey 72; Harris, O'Boyle and Warbrick 8). Rona Aybay ise, insan haklarının dinamik yapıda olmaları nedeniyle, mevcut insan haklarının kapsamlarının, yargı organlarının kararlarıyla genişleyebildiğini belirtmiş ve örnek olarak, AİHS'de yazılı olmayan, sosyal güvenlikle ilgili çıkarların mülkiyet hakkının kapsamına; çevre hakkının da, özel hayata saygı hakkının kapsamına alınmasını göstermiştir (Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku* (İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 510, Hukuk 22, Bilgi İletişim Grubu Yayıncılık Müzik Yapım ve Haber Ajansı Ltd Şti., 3. Baskı, Eylül 2017), 7-8). Aybay'ın, insan haklarının kapsamının geliştirici yönde genişletilebileceğine ilişkin görüşünü, AİHM'nin, Pretty / Birleşik Krallık kararının ilgili paragrafında yer verdiği, AİHS'nin “yaşayan belge” niteliğinin, AİHS'nin temel amacıyla ve insan haklarını koruma sistemi olma niteliğiyle tutarsız yani, insan haklarını geriye götüren veya daraltan biçimde yorumlanamayacağına ilişkin görüşü desteklemektedir (Pretty v. The United Kingdom (no. 2346/02), 29.4.2002, prg. 54).

3. AİHM'nin, yorum yaparken başvurduğu kaynaklar:

AİHM'nin, çeşitli kararlarında, AİHS'de yer alan hak ve özgürlükleri yorumlarken, başvuru kaynağının, sadece AİHS'den ibaret olmadığı; bağlayıcı olup olmadığına veya davalı devlet tarafından onaylanıp onaylanmadığına bakmaksızın, konu ile ilgili uluslararası belgelere ve uygar ulusların benimsediği hukukun genel ilkelerine de başvurduğu gözlemlenmektedir^{483, 484, 485, 486}. AİHM'nin bu yaklaşımının, insan hakları hukukunun sürekli bir gelişme içinde olduğu gerçeğine dayanmaktadır. Aynı anlayışla, Shaw da, Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesinin (*Inter-American Court of Human Rights*⁴⁸⁷) bir kararından örnek vererek, Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesinin (*Inter-American Convention on Human Rights*) yorumu için başka insan hakları sözleşmeleriyle karşılaştırma yapılırsa, o sözleşmelerdeki kısıtlayıcı hükümlerin değil, “bireyin en fazla lehine olan kural üstün tutulmalıdır” ilkesinin uygulanması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁸⁸.

⁴⁸³ Demir and Baykara v. Turkey (no. 34503/97) [GC], 12.11.2008, prg. 71, 74-75, 78-83 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır). Bu kararın 155. paragrafında, AİHM Büyük Dairesinin, toplu pazarlık hakkının, sendikal faaliyet hakkının bütünü içinde var olan (mündemiç – *inherent*) bir hak olduğu sonucuna varmasını sağlayan ilkelerin - Türkiye için bağlayıcı olsun veya olmasın – karar içinde belirtilen kaynaklardan çıkarıldığı ifade edilmiştir.

⁴⁸⁴ AİHM Büyük Dairesinin, başvurusunun 1944 yılında işlediği savaş suçlarına 1993 yılında ceza kanununda yapılan değişikliğin geriye yürütülerek uygulanmasıyla ilgili, 17.5.2010 tarihli Kononov / Letonya kararında, suçun işlendiği tarihte (1944) geçerli olan, savaş suçlarıyla ilgili uluslararası hukuk kurallarına dayanması ve AİHS'nin 7. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varması dikkat çekicidir (Kononov v. Latvia (no. 36376/04) [GC], 15.5.2010, prg. 213, 216-222, 227, 239-240, 243-245); Harris, O'Boyle and Warbrick 550.

⁴⁸⁵ AİHM Büyük Dairesi, eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti döneminde devlet bankasına yatırılan dövizlerin geri alınamaması konusunda, devletlerin halefiyeti (ardıllığı) ile ilgili 16.7.2014 tarihli, Alisic vd. / Bosna-Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Önceki Yugoslav Cumhuriyeti Makedonya kararında, devletin taraf olmadığı bir uluslararası sözleşmenin bazı hükümlerinin, uluslararası hukukun yapılageliş kurallarını (*customary international law*) yansıtır olmaları durumunda, söz konusu hükümlerin, ilgili devleti bağlayacağını belirtmiştir (Alisic and others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Makedonia (no. 60642/08) [GC], 16.7.2014, prg. 59). Yapılageliş hukuku için bkz., yukarıda dip-not 469.

⁴⁸⁶ Uluslararası Adalet Divanının (ICJ), karar verirken, diğer kaynaklar yanında, uygar ulusların benimsediği, hukukun genel ilkelerini de uygulayacağı, Statüsünün 38/1(c) maddesinde yer almıştır (bkz., yukarıda dip-not 450).

⁴⁸⁷ Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesinin metni ve bu Sözleşme'nin 52. vd maddeleriyle düzenlenen Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi ile ilgili kurallar için bkz.; http://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights_sign.htm (erişim 18.4.2021).

⁴⁸⁸ Shaw, *Uluslararası Hukuk* 678.

AİHM, AİHS’de (ve Ek Protokollerde) yer alan hak ve özgürlükleri, Alman AYM’nin, Alman anayasasının hükümlerini yorumladığı gibi, bütünlük ve uyum içinde ve birbiriyle tutarlı olacak biçimde yorumlar^{489, 490}.

AİHM’nin, ulusal tanım ve kavramlarla bağlı olmadığını ve bu tanım ve kavramları, AİHS ışığında – özerk (*autonomous*) olarak – yorumladığı; keza, AİHS’nin içinde yer alan terimleri de, aynı özerklik anlayışıyla tanımladığı burada kaydedilmelidir⁴⁹¹. Benzer biçimde, adil denge ilkesine yönelik dengeleme uygulaması sürecinde, çatışan çıkarların önemini / ağırlığını – yine, özerklik anlayışı çerçevesinde -AİHS’nin bütününden çıkardığı ilkelere göre belirler⁴⁹².

IX. BÖLÜM: AİHM’NİN YETKİ ALANINA GİREN, ÇIKARLARIN VE HAKLARIN YARIŞMASI, ÇATIŞMASI, ÇEŞİTLİ ÇÖZÜM YOLLARI, ÇÖZÜM YOLLARINDAN DENGELEME UYGULAMASI VE AİHM’NİN İKİNCİLLİĞİ İLKESİ

1. AİHM’nin, yarışma veya çatışma kavramlarından hangisini kullandığı:

AİHM’nin çeşitli kararlarında, kişiler arasında veya kişilerle kamu arasında farklı çıkarların / hakların yarışmasından (rekabetinden) (*competing interests / rights*) veya çatışmasından (*conflicting interests / rights*) söz edildiği görülür. Başlangıçta açıklayıcı olması için, bir kişinin özel hayatını haber yapan gazetecinin ifade ve basın özgürlüğü ile gazete haberine konu olan kişinin özel hayata saygı hakkının yarışması / çatışması veya kamu güvenliğini ilgilendiren bir belgenin gizli tutulmasından dolayı sanığın kısıtlanan savunma hakkı ile kamu güvenliğinin yarışması / çatışması, örnek olarak gösterilebilir.

Belirtelim ki, AİHM, gerek, çıkar ve hak kavramlarını, gerek, yarışma ve çatışma kavramlarını, anlamlarındaki ayrımları gözetmeden kullanmaktadır. Biz ise, AİHM kararlarını incelerken, çıkar (*interest*) ve hak (*right*) kavramları bakımından AİHM’nin kullandığı terimlere sadık kalacak, ancak, çıkarların / hakların yarışması (*compete*) ve

⁴⁸⁹ Demir and Baykara v. Turkey (no. 34503/97) [GC], 12.11.2008, prg. 66 (HUDOC’ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır); Gerards, *General Principles* 87-93; ayrıca, bkz., yukarıda VI. Bölümün 4.3. no.lu paragrafı.

⁴⁹⁰ Harris, O’Boyle and Warbrick 19.

⁴⁹¹ Harris, O’Boyle and Warbrick 20.

⁴⁹² Sarvas 147; J. H. (Janneke) Gerards, “Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights”, 2009: 12 (<https://hdl.handle.net/1887/13371>) (erişim: 29.12.2021)

çatışması (*conflict*) kavramlarını kullanırken, bu kavramların anlamlarındaki ayrımları gözetmeye çalışacağız. Bu bağlamda, çıkarların / hakların aynı yöne veya ortak amaca yönelik olmaları durumunda “yarışma” kavramını; çıkarların / hakların birbirleriyle karşı karşıya gelerek, bir karşıtlık (zıtlık) içinde olmaları ve bu karşıtlıkta birbirlerini alt etmeye çalışmaları durumunda ise – ilgili AİHM kararında, “yarışma” anlamına gelen “*compete / competing*” sözcükleri kullanılmış olsa da - “çatışma” kavramını kullanacağız⁴⁹³.

2. AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlükler arasında normatif açıdan önem sırasının bulunup bulunmadığı ve çatışma / yarışma durumunda çözüm yollarının gösterilip gösterilmediği:

AİHM önünde yarışan veya çatışan haklar⁴⁹⁴, AİHS’den ve onaylayan devletler açısından AİHS ile bir bütün oluşturan Ek Protokollerden kaynaklanır⁴⁹⁵. AİHS’de güvence altına alınan haklarla ilgili maddeler arasında normatif açıdan (biçimsel kurallar olarak) iyerarşi (önem sırası) yoktur ve olası bir yarışmanın veya çatışmanın nasıl çözümleneceği gösterilmemiştir^{496, 497, 498, 499}.

⁴⁹³ Örneğin, yukarıda III. Bölümün 3. no.lu paragrafında belirtilen, AİHM’nin, çıkarların yarışmasından söz ettiği Hatton / Birleşik Krallık kararında, görüşümüze göre, çıkarların yarışması değil, çatışması söz konusudur.

⁴⁹⁴ Hak kavramını, hukuk düzenince güvence altına alınan özgürlüğü de kapsayan üst kavram olarak kullanmaktayız. Hak kavramının kapsamı için bkz., Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 28-29. Hak kavramının, özgürlük hakkı bağlamında özgürlük kavramını da kapsadığı anlayışının, AİHS düzenlemesine de uygun olduğu görüşündeyiz. Örneğin, AİHS’nin özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili 5. Maddesinin başlığı (*Right to liberty and security*), özgürlüğün bir hak olduğu anlamını vermektedir. Gözler ise, özgürlüğün, hak kavramını içeren genişlikte olduğunu belirtmektedir (Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 69-71).

⁴⁹⁵ Bkz. dip-not 404.

⁴⁹⁶ Başak Çalı, AİHM Büyük Dairesinin 7.2.2012 tarihli Von Hannover / Almanya (No. 2) (prg. 106) ve AİHM Büyük Dairesinin 16.6.2015 tarihli Delfi AS / Estonya (prg. 110) kararlarına gönderme yaparak, özel hayata saygı hakkı (AİHS md. 8) ile ifade özgürlüğü (AİHS md. 10) gibi eşit saygı gerektiren haklar arasında önem sırası bulunmadığını belirtmiştir (Çalı, prg. 32). Aynı yönde, Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (no. 931/13) [GC], 27.6.2017, prg. 163.

⁴⁹⁷ Greer 418.

⁴⁹⁸ Bu durum, BM insan hakları hukukunda da böyledir. 1993’te yapılan BM Dünya II. İnsan Hakları Konferansında kabul edilen Viyana Bildirisi ve Eylem Planı’nın 5. Maddesinde, uluslararası camianın, insan haklarını evrensel nitelikte, bütünlük içinde, birbiriyle ilişkili ve birbirine eşit görmesi gerektiği vurgulanmıştır (Letsas 23). *Ad hoc* Yargıç Ergül, Şahin Alpay ve Mehmet Hasan Altan kararlarında yazdığı kısmi karşı oy görüşlerinin 22. paragraflarında bu argümana yer vermiştir (Şahin Alpay v. Turkey (no. 16538/17), 20.3.2018; Mehmet Hasan Altan v. Turkey (no. 13237/17), 20.3.2018) (HUDOC’ta her iki kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirileri bulunmaktadır).

⁴⁹⁹ İnsan hakları arasında normatif açıdan iyerarşi bulunmadığına bakarak, insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmelerle diğer uluslararası sözleşmeler / andlaşmalar arasında da normatif iyerarşi bulunmadığı yorumu yapılamaz. 1945 yılında yapılan BM Şartının (*Charter of the United Nations*) 103. Maddesi, başka sözleşmelerle / andlaşmalarla çatışma durumunda BM Şartının üstün tutulacağını öngörmüştür. BM Şartının 55 ve 56. maddelerinin, BM üyesi devletlere, insan haklarına saygı gösterilmesi ve bu amacı gerçekleştirmek için tek başına veya birlikte düzenleme yapma yükümlülüğü yüklediği düşünüldüğünde, insan hakları ile ilgili sözleşmelerin, diğer

Normatif açıdan bakınca, AİHS'ye dayalı hakların çatışması, *lex superior* ilkesi kullanılarak çözümlenemez. Ancak, AİHS'deki haklara, ilişkin bulundukları / korudukları değerler açısından bakıldığında farklı bir sonuca varılır: Örneğin, yaşam hakkı ile mülkiyet hakkı, korudukları değerler açısından karşılaştırıldığında, yaşam hakkının üstün bir konumda olacağı açıktır. AİHS bağlamında, olağanüstü hal (OHAL) dönemlerinde devletin, yükümlülüklerini azaltamayacağı (*non-derogable*)⁵⁰⁰ haklar, savaşta hukuka uygun ölümler hariç, yaşam hakkı (AİHS md. 2), işkence ve kötü muamele yasağı (AİHS md. 3), köle veya kul yapma yasağı (AİHS md. 4/1) ve yasa dışı ceza verilmesi yasağı (AİHS md. 7) olarak belirtilmiştir (AİHS md. 15). Bu hakların korudukları değerler nedeniyle, OHAL dönemlerinde bile kısıtlanamaz nitelikte olmaları, onlara üstün birer konum sağlamaktadır^{501, 502, 503}. Bu grup haklara, onaylayan devletler açısından, savaş durumu hariç, ölüm cezasını kaldıran 6 No.lu Ek Protokolün, ölüm cezasını her durum için kaldıran 13 No.lu Ek Protokolün ve 7 No.lu Ek Protokolün aynı suçtan iki kez yargılamayı yasaklayan 4. maddesinin getirdiği güvenceler de eklenmelidir^{504, 505}. Jacobs, White ve Ovey, bunları, “mutlak haklar” olarak nitelendirmektedirler⁵⁰⁶. Harris, O’Boyle ve Warbrick ise, gerçek anlamda “mutlak” olarak nitelendirilebilecek hakların, hiçbir yerde kısıtlama veya istisna getirilmemiş olan, işkence ve kötü muamele yasağı (AİHS md. 3) ile köle veya kul yapma yasağına (AİHS md. 4/1) ilişkin haklardan ibaret olduğunu

sözleşmelere / andlaşmalara üstün tutulacağı sonucuna varılmaktadır (Olivier De Schutter, *International Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2010) 60-61). İnsan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmelerin, iç hukuka üstünlüğünün de yine, BM Şartının, devletlere yüklediği, insan haklarına saygı gösterilmesi yükümlülüğünden kaynaklandığı düşünülmektedir. Daha sonra bu yükümlülüğün, 1949 yılında yapılan Avrupa Konseyi Statüsüyle (*Statute of the Council of Europe*) de üye devletlere yüklendiğini görmekteyiz (md. 3). Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasının, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin güvence altına aldığı hakların, yasa hükümleriyle çatışması durumunda üstün tutulacağına ilişkin hükmünün de aynı çizgide olduğu değerlendirilmektedir.

⁵⁰⁰ Bkz., dip-not 91.

⁵⁰¹ Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* 214; Nino 188.

⁵⁰² Yaşam hakkının, AİHS tarafından korunan değerler arasında en üst konumda olduğunu vurgulayan AİHM Büyük Dairesi kararlarından bazı örnekler; 23.3.2001 tarihli K.-H.W. v. Germany (no. 37201/97) (prg. 75); 13.2.2003 tarihli Odievre v. France (no. 42326/98) (prg. 45) ve 20.10.2015 tarihli Vasiliauskas v. Lithuania (no. 35343/05) (prg. 158) kararları.

⁵⁰³ Dworkin de, özgürlüklerin, korudukları değerlere göre farklı konumlarda olabileceklerini belirtmiştir (Letsas 112).

⁵⁰⁴ Evans, Malcolm 174; Jacobs, White and Ovey 9; Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 787-788.

⁵⁰⁵ Türkiye, belirtilen Ek Protokollere taraftır.

⁵⁰⁶ Jacobs, White and Ovey 9.

vurgulamaktadırlar ⁵⁰⁷. Hatırlatalım ki, “mutlak” nitelikte olan haklar sınırlandırılmaz ve başka haklarla dengelenemez ⁵⁰⁸. Mutlak hakların sınırlandırılmayacağı ve dengelenemeyeceği, AİHM açısından da tartışmasızdır ⁵⁰⁹. Bu durumda AİHM’nin, mutlak haklar için, yukarıda VI. Bölümün 6.3. no.lu paragrafında belirtilen dengeleme modelini benimsediği söylenebilir ⁵¹⁰.

Yukarıda belirtilen yazarların görüşlerinden anlaşılacağı üzere, AİHS’de güvence altına alınan hakların hangilerinin “mutlak” nitelikte olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak, söz konusu haklardan bazıları, “mutlak” nitelikte olsun veya olmasın, ilişkin oldukları / korudukları değerler bakımından, diğer haklarla karşılaştırıldıklarında üstün konumdadırlar. Bu nedenle, bu tür haklar, diğer haklarla çatıştıkları zaman daha çok ve öncelikle korunurlar. Buradan, söz konusu haklar arasında normatif bakımdan iyerarşi bulunduğu, onun için *lex superior* ilkesinin uygulandığı sonucu çıkarılmamalıdır.

3. AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlükler için *lex posterior* ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı:

AİHS’de güvence altına alınan haklar arasında yürürlüğe giriş tarihi bazı durumlarda farklı olabilir. Örneğin, Türkiye açısından AİHS (ana metin) ve Ek 1 No.lu Protokol 18.5.1954’te, Ek 7 No.lu Protokolü ise, 1.8.2016’da yürürlüğe girmiştir ancak, sonraki tarihte yürürlüğe giren haklarla, daha önce yürürlüğe girmiş olan haklar arasında çatışma olması durumunda, bu çatışma, uluslararası andlaşmalar arasındaki çatışmaların çözümlendiği gibi ⁵¹¹ *lex posterior* ilkesi kullanılarak çözümlenemez. Aksi durum, mevcut haklara yeni haklar eklenmesinde güdülen amaçla bağdaşmaz.

⁵⁰⁷ Harris, O’Boyle and Warbrick 828.

⁵⁰⁸ Bkz., yukarıda dip-not 157 ve VII. Bölümün 2.3. no.lu paragrafı.

⁵⁰⁹ İşkence ve kötü muamele yasağının (AİHS md. 3) hiçbir istisna tanımadığını, AİHM Büyük Dairesi, 19.2.2009 tarihli A. and others v. The United Kingdom (no. 3455/05) kararının 126. paragrafında vurgulamıştır. AİHM Büyük Dairesi, bu konudaki görüşünü sürdürmektedir; bkz., M.A. v. Denmark (no. 6697/18) [GC], 9.7.2021, prg., 145.

⁵¹⁰ AİHM Başkanı Spano, 2021 yılında yaptığı sunumda, dengelemenin, eşit statüde olan haklar arasında olabileceğini açıklarken, dolaylı olarak, VI. Bölümün 6.3. no.lu paragrafında belirtilen modeli benimsediğini ortaya koymuş olmaktadır (Spano, “Freedom of expression” 3).

⁵¹¹ Pazarıcı 99-100; Evans, Malcolm 132, 137.

4. AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlükler için *lex specialis* ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı:

Lex specialis ilkesinin, AİHS’nin güvence altına aldığı hakların çatışmasından çok yarışması durumunda kullanıldığını görmekteyiz. *Lex specialis* ilkesi uyarınca, yarışan haklardan birinin seçilip uygulanması, diğerinin / diğerlerinin ise, bir kenara bırakılması olanaklıdır. Örneğin, AİHM Büyük Dairesi, Letonya’nın bağımsızlık bildirisinden (1991) sonra Sovyet yanlısı darbe girişimini destekleyen Komünist Partisi içinde yer alan başvurucunun, daha sonra yapılan genel ve yerel seçimlerde aday olmasının engellenmesinin AİHS’nin ifade özgürlüğüne (md. 10), örgütlenme özgürlüğüne (md.11) ve AİHS’ye Ek 1 No.lu Protokolün güvence altına aldığı seçme-seçilme hakkına (md. 3) aykırı olduğu iddialarına dayanan başvurusunda, üç özgürlükten, seçme-seçilme hakkının *lex specialis* niteliğinde olduğunu belirlemiş ve sadece bu hak açısından inceleme yaparak sonuca varmıştır ⁵¹². Yine, AİHM Büyük Dairesi, başvuruçuların çocuklarının Hristiyan dini ve felsefesi dersinden tam olarak muaf tutulmaması nedeniyle, AİHS’nin düşünce, vicdan ve din özgürlüklerinin (md. 9) ve AİHS’ye Ek 1 No.lu Protokolün güvence altına aldığı, öğrenciye verilecek eğitimin, ana-babanın dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilerek yapılmasını isteme hakkının (md. 2’nin ikinci cümlesi) ihlal edildiği iddialarına dayanan başvuruda, eğitimle ilgili bir konuda AİHS’ye Ek 1 No.lu Protokolün eğitim hakkıyla ilgili 2. maddesinin *lex specialis* niteliğinde olduğunu belirlemiş, incelemelerini bu madde üzerinden yapmış ve AİHS’nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile ilgili 9. maddesini bir kenara bırakmıştır ⁵¹³. AİHM, daha sonra da, eğitim konusunda, AİHS’ye Ek 1 No.lu Protokolün 2. maddesinin, AİHS’nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (md. 9) ile karşılaştırıldığında, *lex specialis* niteliğinde olduğunu yineleyen kararlar vermiştir ⁵¹⁴. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, *lex specialis* ilkesi, yarışan haklardan birinin, duruma / konuya daha uygun düşmesi nedeniyle seçilmesi ve diğerlerinin dışlanması sonucunu doğurmaktadır. Gemalmaz, yarışan haklardan birinin seçilip uygulanmasını, diğerinin / diğerlerinin ise, bir kenara bırakılmasını, AİHM’nin bu kenara bırakılan

⁵¹² Zdanoka v. Latvia (no. 58278/00) [GC], 16.3.2006, prg. 73, 137, 141.

⁵¹³ Folgero and others v. Norway (no. 15472/02) [GC], 29.6.2007, prg. 51, 54, 102.

⁵¹⁴ Örneğin, Lautsi and others v. Italy (no. 30814/06) [GC], 18.3.2011, prg. 59; Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland (no. 29086/12), 10.1.2017, prg. 35.

hakları “feri” / “tali” (ikincil) nitelikte görmesinden kaynaklandığını belirtmektedir ⁵¹⁵. Hatırlatalım ki, haklar arasında yarış aynı yöne veya ortak amaca doğru olmaktadır.

5. AİHM’nin, çıkarların / hakların çatışmasını dengeleme uygulamasıyla çözmesi:

Yukarıdaki açıklamalardan, AİHM önünde AİHS ve Ek Protokollerin güvencesi altındaki hakların veya bu haklardan kaynaklanan çıkarların birbiriyle çatışması durumunda, hukuk kurallarının çatışmasını çözümlmek için başvurulmuş üç ilkenin (*lex superior*, *lex posterior* ve *lex specialis*) uygulama alanının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Çatışan hak veya çıkarlardan birinin, yaşam hakkı gibi, koruduğu değer bakımından üstün konumda bulunması durumunda, ona üstünlük tanınmasının, *lex superior* ilkesinin uygulandığı anlamına gelmediğini yukarıda belirtmiştik. AİHS ve Ek Protokollerin güvencesi altındaki hakların veya bu haklardan kaynaklanan çıkarların kamu yararıyla çatışması durumunda ise, yararcı öğretiyeye tam bir bağlılıkla her tür kamu yararını üstün tutmanın insan haklarının çiğnenmesine hatta, ortadan kaldırılmasına neden olacağından, insan hakları hukukuna uygun bir çözüm sayılamayacağı açıktır.

Çatışan hakların rıza ile ve - insan haklarına uygun olmak koşuluna bağlı olarak - uyumlaştırılması (dostane çözüm - *friendly settlement*) olanaklı değilse veya çatışan haklar (veya çıkarlar) arasında önem sırası yoksa ⁵¹⁶, Nino’nun, insan haklarının temelinde yattığını belirttiği 4 ilke (bkz., yukarıda, V. Bölümün 4.1. no.lu paragrafı) gözetildiğinde, tek çözüm, Gözler’in, temel haklar arasındaki “gerçek çatışma”yı çözme yollarından biri olarak öngördüğü, “pratik uyuşum” ya da diğer deyişle, “çıkartların / hakların dengelenmesi”dir ⁵¹⁷. Hemen belirtelim ki, dengelemenin (dengeleme uygulamasının), AİHS ve Ek Protokollerde güvence altına alınan ve birbirine eşit değerde olan hakların ⁵¹⁸ çatışmaları durumunda uygulanmasının ve AİHM’nin, bu uygulama sonucunda, söz konusu haklardan birini diğerine göre

⁵¹⁵ Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* 218-229.

⁵¹⁶ Çali prg 20-23, 35, 40. Ayrıca, Nino’nun, temel hakların çatışması durumunda, öngördüğü 3 çözüm için bkz., yukarıda V. Bölümün 4.1. no.lu paragrafı.

⁵¹⁷ Bkz., yukarıda V. Bölümün 3. ve VI. Bölümün 2.2.11. no.lu paragrafı.

⁵¹⁸ Bkz., yukarıda, bu Bölümün 2. no.lu paragrafında ilk paragraf.

sınırlamasının veya ulusal yetkililer tarafından sınırlandırılmasına saygı gösterip uymasının (*deference*), hakların eşit değerde olmalarına aykırı bir yönü bulunmamaktadır – yeter ki, çatışan hakların her biri, dar anlamda orantılılık gözetilerek sınırlansın ve özlerine dokunulmuş olmadan ayakta kalabilsin ⁵¹⁹.

6. AİHM'nin ikincilliği ilkesi (*subsidiarity principle*) ve ulusal yetkililerin değerlendirmelerine ve vardıkları sonuçlara saygı gösterip uyması (*deference*):

6.1. İkincillik ilkesi, insan haklarını koruma yani, uygulanabilir kılma ve etkin olarak gerçekleştirme görevinde AİHM'nin görev sırasının, ulusal yetkililerden (yasama, yargı ve yürütme organlarından) sonra geldiğini anlatır. Bunun temelinde yatan neden, devletin, AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri koruma yükümlülüğüdür. İhlallerden mağdur olanlara, mağduriyetlerini (ihlalleri) giderecek etkin iç hukuk yollarının (*effective remedies*) sağlanması da, devletin, söz konusu yükümlülüğünün bir uzantısıdır ⁵²⁰. Bu doğrultuda, ikincillik ilkesinin, AİHM'nin, iç hukukta ortaya çıkan bir sonucu denetlemesinin sınırlandırıldığı biçiminde değil, devletin, insan haklarını koruma yükümlülüğüne öncelik tanıyarak, sorumluluğunu arttırdığı biçiminde anlaşılması doğru olur ⁵²¹. Bu bağlamda, AİHM'nin, ulusal yetkililerin değerlendirmelerine ve vardıkları sonuçlara saygı gösterip uyması (*deference*) ⁵²², yetkililerin eylem ve işlemlerinde, AİHS güvencelerini gözetmeleri ve AİHM kararlarında belirlenen ölçütlerle uyumlu olmaları koşuluna bağlıdır ⁵²³. Bu, aynı zamanda, AİHM'nin, AİHS'ye taraf devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlama görevi (AİHS md. 19) ile de ilgilidir ⁵²⁴.

Bu konuda AİHM'nin, 20.12.2007 tarihli Nikolova ve Velichkova / Bulgaristan kararı aydınlatıcıdır: Olay, döverek ölüme neden olan polislere, uzun bir yargılamadan sonra verilen ceza ve bu cezanın ertelenmesi ile ilgilidir. AİHM, polislere yasadaki en düşük

⁵¹⁹ Angelopoulos and Smet 10.

⁵²⁰ Demopoulos and others v. Turkey (nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 14163/04, 10200/04, 19993/04, 21819/04) [Dec.] [GC], 1.3.2010, prg., 101 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

⁵²¹ Bkz., M.A. v. Denmark (no. 6697/18) [GC], 9.7.2021, prg., 147.

⁵²² AİHM'nin ulusal yetkililerin değerlendirmelerine ve vardıkları sonuçlara saygı gösterip uyma yaklaşımına, İngilizce "*deferential approach*" denilmektedir.

⁵²³ Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (no. 931/13) [GC], 27.6.2017, prg. 164.

⁵²⁴ Schenk v. Switzerland (no. 10862/84), 12.7.1988, prg. 45.

cezanın verilmesini, verilen cezanın ertelenmesini ve polislerin, yargılama sırasında görevlerinden alınmamış olmalarını, hatta, bunlardan birinin terfi ettirilmiş olmasını, önceki kararlarındaki ölçütlere aykırı bulmuş ve Bulgar hükümetinin, polislerin yargılanıp cezalandırıldığı savunmasına uymamıştır. Bu noktada AİHM, ikincilik ilkesinin, iç hukukta varılan sonucun denetlenmeyeceği anlamına gelmediğini vurgulamış; önceki kararlarına göndermeler yaparak, polis şiddetinin ölüme neden olduğu olaylarda, sanık polisler yargılanırken görevleri başında bulunuyorlarsa ve eylemleri ile verilen cezalar arasında “açık orantısızlık” (*manifest disproportion*) varsa, ulusal yargı organının vardığı sonuçlara uyulmayacağını belirtmiştir. AİHM, yine önceki kararlarına gönderme yaparak, başvurularda tazminat ödenmiş olmasının, devletin etkin soruşturma yapma yükümlülüğünü etkilemeyeceğini ve bu yükümlülük yerine getirilmediği sürece, başvurularda elverişli / uygun çare (*appropriate redress*) sağlanmış olmayacağından, başvurulardan mağdur sıfatlarının devam edeceğini de kaydetmiştir ⁵²⁵.

6.2. Dengeleme bağlamında ise, AİHM, kendinin yapacağı dengeleme uygulamasından önce, ulusal yetkililerin dengeleme yapmasını öngörür ^{526, 527, 528, 529}. Burada söz konusu olan, ulusal yetkililerin, başvuru konusu şikayet, AİHK veya AİHM’nin önüne gelmeden önce dengeleme yapmış olmalarıdır. Kuşkusuz, burada aranan, adil denge ilkesine uygun yapılan dengelemedir. Mutlak hakların dengelenmesi / teraziye vurulması ise, adil denge ilkesine aykırıdır ⁵³⁰. Nitekim AİHM, ulusal yetkililerin, mutlak hak olan, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin hakkın dengelenmesini hak ihlali olarak nitelendirmiştir ⁵³¹.

⁵²⁵ Nikolova and Velichkova v. Bulgaria (no. 7888/03), 20.12.2007, prg., 49-51, 55-56, 62-64.

⁵²⁶ Çali, prg 26, 33-35; Hazar 179-180.

⁵²⁷ Dengelemenin, orantılılık testinin diğer basamaklarında (bkz. yukarıda VI. 1.5.1. no.lu paragraf) olması gerektiği gibi, öncelikle yasama organı tarafından uygulanmış olması aranır (Scaccia 6). ABD Yüksek Mahkemesi de aynı bakış açısına sahiptir (Tsakyrakis 472).

⁵²⁸ Gerards, “Judicial Deliberations” 11.

⁵²⁹ Spano, “Freedom of expression” 4.

⁵³⁰ Bkz., yukarıda VII. Bölümün 4.1. no.lu paragrafında sunulan, adil denge kavramının tanımı.

⁵³¹ Bkz., AİHM Büyük Dairesinin, 15.11.1996 tarihli Chahal / Birleşik Krallık kararında, iç hukuk yolunun etkinliği ile ilgili değerlendirmesi.

Belirtelim ki, ulusal yetkililerin, başvuru yapılmadan önce, adil denge ilkesine uygun dengeleme yapmış olmalarıyla, AİHM'nin ihlal kararı vermesinden sonra, AİHS md. 46⁵³² uyarınca AİHM kararını yerine getirme / icra etme (*execution*) aşamasında, ihlali gidermek için kullanacakları araçların seçiminde adil denge ilkesini gözetmeleri, birbirinden ayrı konulardır^{533, 534}.

Mowbray, AİHS'nin giriş bölümünde (*preamble*), demokratik toplumların hukuk devleti (*rule of law*) ilkesi uyarınca yönetildikleri varsayıldığından, AİHS'ye taraf devletlerin yetkililerinin, kamu çıkarlarını ve temel hakları dengelemek durumunda oldukları görüşündedir. Bu görüşe göre, dengeleme uygulaması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir⁵³⁵.

Yukarıda belirtildiği gibi, ulusal yetkililerin AİHM kararlarında belirlenen ölçütlere uygun dengeleme yapması koşuldur⁵³⁶. Bu koşul gerçekleşmezse, AİHM, dengeleme dahil, kendi değerlendirmesine göre karar verir⁵³⁷. AİHM Büyük Dairesi, 9.7.2021 tarihli M.A. / Danimarka kararında, yasama organının, çıkarlar arasında dengeleme yaparken kullandığı tercihlerin bile AİHM'in denetimi dışında olmadığını belirtmiştir⁵³⁸.

⁵³² AİHS'nin, 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol ile yapılan değişikliğinden önceki madde numarası 53'tür.

⁵³³ AİHM Büyük Dairesinin, 1.3.2010 tarihli Demopoulos vd. / Türkiye kabul edilemezlik kararında, AİHS'ye taraf olan devletlerin, AİHM'nin ihlal kararlarını yerine getirme / icra etme aşamasında, ihlali giderecek araçların ve izlenecek yolun seçiminde takdir yetkisine sahip oldukları belirtilmiştir (Demopoulos and others v. Turkey (nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 14163/04, 10200/04, 19993/04, 21819/04) [Dec.] [GC], 1.3.2010, prg., 114) (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

⁵³⁴ AİHM'nin ihlal kararını yerine getirme / icra etme (*execution*) aşamasında adil denge ilkesinin yeri, aşağıda XV. Bölümde ele alınmıştır.

⁵³⁵ Mowbray 39.

⁵³⁶ Jiseng, AİHM'nin, ulusal yetkililerin değerlendirmelerine ve vardıkları sonuçlara uyması için, ulusal yetkililerin, 1) hakkın özünü, 2) Avrupa tipi demokrasinin ortak niteliklerini ve 3) orantılılık ilkesini çiğnememiş olmalarının gerektiğini belirtmiştir (Jiseng 5). Ayrıca, bkz., hemen yukarıda, 6.1. no.lu paragraf.

Dengelemenin, orantılılık testinin (geniş anlamda orantılılığın) son basamağı (dar anlamda orantılılık) olduğunu hatırlatalım (bkz., yukarıda VI. Bölümün 1.5.1.no.lu paragrafı).

⁵³⁷ Örneğin, AİHM Büyük Dairesi, 15.10.2015 tarihli Perinçek / İsviçre kararında, İsviçre mahkemelerinin yaptığı dengelemeyi, AİHM ölçütleri açısından yetersiz bulmuş ve dengelemeyi kendisi yapmıştır (Perinçek v. Switzerland (no. 27510/08) [GC], 15.10.2015, prg. 275-276, 278-279 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır)).

⁵³⁸ M.A. v. Denmark (no. 6697/18) [GC], 9.7.2021, prg. 148.

AİHM Büyük Dairesi, daha önce, 10.4.2007 tarihli Evans / Birleşik Krallık kararında da, yasama organının, AİHS ile güvence altına alınan hakla (md. 8) ilgili takdir yetkisini aşıp aşmadığını denetlemiştir (Evans v. The United Kingdom (no. 6339/05) [GC], 10.4.2007, prg. 91). AİHM Büyük Dairesinin 27.8.2015 tarihli Parrillo / İtalya kararında, yasama organının tercih ve çözümlerinin, AİHM'nin denetimi dışında olmadığı ve söz konusu tercih ve çözümlerle ilgili görüşlerin de dikkate alınacağı vurgulanmıştır (Parrillo v. Italy (no. 46470/11) [GC], 27.8.2015, prg. 170).

AİHM Başkanı Robert Spano 2020 yılında yaptığı bir sunumda, insan haklarını koruma görevinde ilk sıranın ulusal yetkililere ait olmasını AİHS'nin 1. Maddesine bağlamıştır ⁵³⁹. Sabino Cassese'ye göre, ikincillik ilkesi sadece, AİHS ve Ek Protokollerin, sınırlama nedenleri (*limitation clauses*) belirtilen maddeleri ^{540, 541} için geçerlidir; buna karşılık, yaşam hakkı (AİHS md. 2/1) ve işkence ve kötü muamele yasağı (AİHS md. 3) gibi mutlak haklar için geçerli değildir ^{542, 543}. Sabino Cassese, AİHS ve Ek Protokollerin, sınırlama nedenleri belirtilen maddelerinin neler olduğunu ortaya koymamıştır. Görüşümüze göre, söz konusu maddeler, AİHS md. 5/1, 6/1, 8/2, 9/2, 10/2, 11/2, 12; Ek 1 No.lu Protokol md. 1; Ek 4 No.lu Protokol md. 2/3-4 ⁵⁴⁴; Ek 7 No.lu Protokol md. 1/2'dir.

AİHM yargıcı Angelika Nussberger, ikincillik ilkesi bağlamında, ulusal yargıçları, araçlarında navigasyon sistemi bulunan sürücülere; AİHM kararlarını ise, navigasyon sistemine benzetmekte ve ulaşılacak yere giden yolu en iyi bilen konumunda olan sürücünün (ulusal yargıcın), navigasyon sisteminin yönlendirmesi (AİHM kararları) dışında, navigasyon sistemiyle aynı hedefe yönelmesi durumunda, sistem tarafından onaylanabildiğini, fakat, hedeften sapması durumunda, sistem tarafından uyarıldığını belirtmektedir ⁵⁴⁵. AİHM Başkanı Spano da, ulusal yetkililerin AİHM kararlarıyla belirlenen genel ilkeleri iyi niyetle uygulamaları durumunda, AİHM'nin, ulusal yetkililerin değerlendirmelerine ve vardıkları sonuçlara uyabileceğini vurgulamaktadır ⁵⁴⁶. Nitekim,

⁵³⁹ Robert Spano, "Judicial Independence – The Cornerstone of the Rule of Law", *Human Rights Lecture at the Justice Academy of Turkey*, Ankara, 3 September 2020: 6. (https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200903_Spano_Justice_Academy_Ankara_ENG.pdf) (erişim: 8.4.2021).

⁵⁴⁰ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok'un, söz konusu maddelerde yer alan nedenler için daha çok "sınırlama nedeni" terimini benimsedikleri, ancak, "koşul" terimini de kullandıkları gözlemlenmiştir (Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 160, 397, 519-521, 583, 620). Gölçüklü ve Gözübüyük ise, "istisna" terimini kullanmışlardır (Gölçüklü, Gözübüyük, 198, 372).

⁵⁴¹ Sınırlama nedenleri içeren maddelerde yer alan haklara "qualified rights" (nitelikli haklar) denilmektedir (Mowbray 36, Çali, prg., 15; "qualified rights", Webb 408). Sınırlama nedeni için de, kamu yararıyla / çıkarıyla uyum sağlamaya yarayan neden / hüküm / koşul anlamında, "accommodation clause" teriminin kullanıldığı görülmüştür (Jiseng 9).

⁵⁴² Sabino Cassese 16.

⁵⁴³ "Mutlak haklar" için bkz., yukarıda dip-not 157 ile IX. Bölümün 2. no.lu paragrafı.

⁵⁴⁴ Türkiye, Ek 4 No.lu Protokole taraf değildir (bkz. dip-not 400).

⁵⁴⁵ Angelika Nussberger, "Comments on Sabino Cassese's Paper "Ruling Indirectly - Judicial Subsidiarity in the ECHR"", *Subsidiarity, A two-sided coin ? Proceedings of the Seminar 31 January 2015* (Strasbourg, Dialogue between Judges, European Court of Human Rights, Council Europe, 2015), 21.

⁵⁴⁶ Spano "Judicial Independence" 6.

Spano'nun sunumundan 1.5 yıl önce, AİHM, 12.3.2019 tarihli Drelingas / Litvanya kararında, konu bakımından göz önünde bulundurulması gereken AİHM Büyük Dairesinin 20.10.2015 tarihli Vasiliauskas / Litvanya kararını ⁵⁴⁷, Litvanya Yüksek Mahkemesinin, çarpıtmadan (*not distorted*), iyi niyetle yorumlayarak uyguladığını belirlemiş ve söz konusu Yüksek Mahkemenin verdiği kararın içeriğini ayrıntılarıyla incelemeksizin, vardığı sonuca saygı gösterip uymuştur (*deference*) ⁵⁴⁸.

Steven Greer, AİHM'nin uyacağı, ulusal yetkililerin dengeleme uygulamaları, her ne kadar, AİHM'nin denetimine bağlı takdir yetkilerinin (*margin of appreciation*) sınırları içinde kalacak olsa da ⁵⁴⁹, yargı organı dışındaki ulusal yetkililere böyle bir değerlendirme yetkisinin tanınmasını sakıncalı görmektedir ⁵⁵⁰. Jiseng ise, ikincillik ilkesi ve bundan kaynaklanan, ulusal yetkililerin değerlendirmelerine saygı gösterilip uyulması (*deference*) nedenlerine bağlı olarak, orantılılık testinin basamaklarının (dengeleme uygulaması dahil) AİHM tarafından tam olarak uygulanmadığı görüşündedir. Jiseng, buna örnek olarak, AİHM'nin, 7.12.1976 tarihli Handyside / Birleşik Krallık kararının 48. paragrafında, ikincillik ilkesine dayanarak, hakkın / özgürlüğün sınırlandırılmasının zorunluluğunun / gerekliliğinin, en iyi ulusal yetkililer tarafından değerlendirilebileceğinin belirtilmiş olmasını göstermiştir ⁵⁵¹. Başak Çalı da, AİHM'nin, ulusal yetkililerin dengeleme uygulamalarına uymasına (*deference*) eleştirel bakış açısıyla yaklaşmakta, ulusal yetkililerin, çatışan çıkarların taraflarıyla ilgili sorunları yeterince değerlendirmiş olmaları (*adequately considered*) durumunda, AİHM'nin, "adil denge"nin sağlandığına karar verdiğini belirtmektedir. Çalı'ya göre, ulusal yetkililere geniş takdir yetkisi (*margin of appreciation* ⁵⁵²) tanınan durumlarda

⁵⁴⁷ Bkz., dip-not 502.

⁵⁴⁸ Drelingas v. Lithuania (no. 28859/16), 12.3.2019, prg. 101-102, 105, 109.

⁵⁴⁹ Bkz., M.A. v. Denmark (no. 6697/18) [GC], 9.7.2021, prg., 147-148, 162.

⁵⁵⁰ Greer 418-419, 424, 434.

⁵⁵¹ Jiseng 3, 5, 23.

⁵⁵² Gölcüklü ve Gözübüyük, AİHM terminolojisinde sıklıkla kullanılan ve ulusal yetkililerin tercih ve değerlendirmelerini içeren "*margin of appreciation*" teriminin karşılığı olarak, "takdir marjı / payı" terimini kullanmışlardır (Gölcüklü, Gözübüyük 146-149). Egemen Esen de, "takdir marjı" terimini benimsemiş ancak, "takdir yetkisi" teriminin de kullanılabileceğini belirtmiştir (Egemen Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, Şubat 2020) 20-21). Biz de, yetkililerin kamu gücünü kullanırken hak değil, ancak yetki sahibi olabilecekleri düşüncesinden hareketle ve hukukumuzda alışılmış bir terim olduğu için, "*margin of appreciation*" teriminin karşılığı olarak, "takdir yetkisi" terimini benimsemekteyiz.

(örn., kamu yararının ağır bastığının / zorlayıcı biçimde ortaya çıktığının kanıtlandığı veya Avrupa’da ortak bir görüşün [*European consensus*] oluşmadığı veya zayıf olduğu durumlarda), ulusal yetkililerin değerlendirmelerine uyulmasının, AİHM’den beklenen dengeleme uygulamasına gölge düşürmekte ve demokratik toplum açısından gereklilik testini geri plana itmektedir ^{553, 554}.

6.3. Avrupa Konseyi üyesi bazı devletlerin, AİHM’nin ikincilliği ve ulusal yetkililerin takdir yetkilerinin (*margin of appreciation*) önceliği konusunda ısrarcı olmaları sonuç vermiş ve ikincilik ilkesi, Türkiye’nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne başkanlık yaptığı döneme rastlayan 26-27.4.2011 tarihlerinde düzenlenen İzmir Konferansının Sonuç Bildirisinde yer almıştır. Bundan sonra da, AİHS’yi değiştiren (*amending*) 15 No.lu Protokol hazırlanmıştır. Söz konusu Protokolün 1. maddesiyle, AİHS’nin giriş bölümüne (*preamble*) ek yapılarak, ikincilik ilkesi ve ulusal yetkililerin takdir yetkileri vurgulanmıştır. Bununla birlikte, ulusal yetkililerin takdir yetkilerinin AİHM’nin denetimine bağlı bulunduğu da altı çizilmiştir. Daha önce, AİHM kararlarıyla sürdürülen ikincilik ilkesi ve ulusal yetkililerin AİHM denetimine bağlı takdir yetkileri, 15 No.lu Protokolün 1.8.2021 tarihinde yürürlüğe girmesiyle kurallaşmıştır. Bu tarihten sonra AİHM, AİHS ve Ek Protokolleri, bu yeni duruma göre yorumlayacaktır ^{555, 556, 557}.

⁵⁵³ Çali, prg. 29, 32-35.

⁵⁵⁴ Devlet Memurları Kanununa göre çalışan Gaziantep Belediyesi görevlilerinin üyesi oldukları sendikaları (“Tüm Bel Sen”) aracılığıyla, çalıştıkları belediye ile yaptıkları toplu sözleşmenin geçersiz sayılması ile ilgili, AİHM Büyük Dairesinin 12.11.2008 tarihli Demir ve Baykara / Türkiye kararında, Avrupa’da oluşan ortak görüş (*European consensus*) konusunda çeşitli örnekler verilmiştir (Demir and Baykara v. Turkey (no. 34503/97) [GC], 12.11.2008, prg. 103, 151, 154 (HUDOC’ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

⁵⁵⁵ 15 No.lu Protokol, AİHS’yi değiştirici (*amending*) nitelikte olduğundan, AİHS’ye taraf olan 47 devletin tamamının onaylamasıyla (en son İtalya, 21.4.2021 tarihinde onayladığını bildirmiştir), 7. Madde uyarınca 1.8.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Devletlerin onay ve Protokolün yürürlüğe giriş tarihleri için bkz., <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=213> (erişim: 24.3.2023).

Protokolün getirdiği önemli değişikliklerden biri de AİHM’ye başvuru süresinin 6 aydan 4 aya indirilmesidir ancak, bu değişiklik, Protokolün 8. Maddesi uyarınca 1.2.2022 tarihinden itibaren uygulanacaktır. Protokol metni (*Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) için bkz., <https://rm.coe.int/1680084831>. (erişim: 24.3.2023).

⁵⁵⁶ Sabino Cassese, “Ruling Indirectly - Judicial Subsidiarity in the ECHR”, *Subsidiarity, A two-sided coin ? Proceedings of the Seminar 31 January 2015* (Strasbourg, Dialogue between Judges, European Court of Human Rights, Council Europe, 2015), 12-14.

⁵⁵⁷ AİHM’nin, AİHS ve Ek Protokolleri yorumlaması, yukarıda VIII. Bölümde incelenmiştir.

6.4. AİHM, 23.7.1968 tarihli Belçika'daki eğitim dilleri kararından ⁵⁵⁸ itibaren, ikincilik ilkesini gözetmekte ve buna bağlı olarak, kendisinden önce ulusal yetkililerin (yargı organları dahil) yapması gerektiğini belirttiği dengeleme uygulamasına – AİHM kararlarında belirlenen ölçütlerin çizgisinde olmak koşuluyla – saygı gösterip uymaktadır (*deference*) ^{559, 560, 561}.

7. AİHM'nin ikincilliği ilkesiyle ilgili kararlardan bazı örnekler:

7.1 Mellacher ve diğerleri / Avusturya başvurusunda AİHM, açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça, yasama organının sosyal adalete yönelik kamu yararı değerlendirmesine uyacağını belirtmiş ve kiraların, sosyal adaleti sağlamak amacıyla indirilmesini, kamunun çıkarları ve mülk sahiplerinin hakları arasında sağlanması gereken adil dengeye aykırı bulmamıştır ⁵⁶².

F.J.M. / Birleşik Krallık başvurusunda AİHM, ruhsal dengesizlik ve kişilik bozukluğu içinde olan başvurunun anne-babasının, başvuruçuyu oturtmak için konut kredisiyle (*mortgage*) aldıkları evin kredi borçlarını ödeyememeleri nedeniyle, kredi veren kuruluşun, evin tahliye edilmesi yoluna gitmesi üzerine, başvurunun, oturma hakkına son verilmesinin orantısız (*disproportionate*) bir müdahale oluşturduğuna ilişkin itirazının, yargı organlarında dinlenmemiş olmasına uymuştur. AİHM, özel hukuk sözleşmelerinin taraflarının AİHS'den doğan haklarının nasıl korunacağını ilgili yasalar tarafından düzenlendiğini, dolayısıyla, konut kredisi sözleşmesinin alacaklı tarafın hakları ile krediyle alınan evde oturan kişinin haklarının ilgili yasa tarafından "dengelediğini" belirtmiş ve iç hukuk yargı organlarının, yasanın sağladığı dengeye müdahale etmesi durumunda, özel hukuk sözleşmesinde kararlaştırılan alacak-borç ilişkisinin bozulmasına ve sonuçta, AİHS'nin söz konusu ilişkiye doğrudan doğruya

⁵⁵⁸ Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) (Merits), 23.7.1968, prg. 5 (s.29), 7 (s. 39), 13 (s. 46), 19 (s. 51), 42 (s. 81).

⁵⁵⁹ Dean Spielmann, President of the European Court of Human Rights, "Welcome Speech", *Subsidiarity, A two-sided coin ? Proceedings of the Seminar 31 January 2015* (Strasbourg, Dialogue between Judges, European Court of Human Rights, Council Europe, 2015): 5.
(https://echr.coe.int/Documents/Dialogue_2015_ENG.pdf) (erişim: 5.5.2023).

⁵⁶⁰ AİHM Büyük Dairesi, 19.2.2009 tarihli A. and others v. The United Kingdom (no. 3455/05) kararının 154. paragrafında, AİHM'nin, ulusal sistemlerin insan haklarını korumaları durumunda ikincil konumda kalacağını vurgulamıştır.

⁵⁶¹ Çali, prg. 36.

⁵⁶² Mellacher and others v. Austria (nos. 10522/83; 11011/84; 11070/84), 19.12.1989, prg. 45, 55-57. Bkz., aşağıda, XIV, Bölümün 1.11.15.(1) no.lu paragrafı.

uygulanmasına yol açacağına dikkat çekmiştir. AİHM, ayrıca, ulusal yetkililerin, söz konusu ilişkiyi yasa ile düzenleme yetkisine sahip olduklarını da vurgulamıştır. Başvuru, temelden yoksun bulunarak, kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanmıştır. Özel hukuk sözleşmeleri ve özel hukuk çıkarları ile ilgili bu kararda, ulusal yetkililerin değerlendirmelerine ve yetkilerine ağırlık verildiği göze çarpmaktadır ⁵⁶³.

Campbell / Birleşik Krallık başvurusunda AİHM, cezaevinin güvenliğinden sorumlu olan yetkililerin, cezaevi güvenliği ile mahkumun avukatıyla yazışmasının gizliliği arasında denge kurup kurmamakta takdir yetkisine sahip oldukları savunmasını kabul etmemiş, ulusal yetkililerin uygulamasına uymamış, gizliliğe müdahale edilmesini demokratik toplum açısından gerekli görmemiş ve avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliğini üstün tutmuştur ⁵⁶⁴.

Jasper / Birleşik Krallık başvurusunda AİHM, yargıcın tarafsız ve bağımsız olmadığı ileri sürülmediği ceza yargılamasında, ulusal güvenlik, tanığın korunması ve polisin araştırma yöntemlerinin gizli tutulması gibi kamunun önemli çıkarları için kesinlikle gerekliyse (*strictly necessary*), bir belgenin savunmaya gösterilmemesi uygulamasına, söz konusu belgenin duruşma yargıcı tarafından incelenip, savunmayı ne kadar ilgilendirdiği denetlenerek, savunmanın dezavantajlı durumunun dengelenmesi koşuluyla uyacağını belirtmiş ve başvuru konusu uygulamada adil yargılanma hakkı açısından ihlal bulmamıştır. Kaydedelim ki, duruşma yargıcının, ilgili belgeyi savunmaya göstermezken, AİHM kararlarındaki standartları benimseyen istinaf mahkemesinin kararlarını izlemesi ve söz konusu uygulamanın daha sonra istinaf mahkemesi tarafından da denetlenmesi, “dengeleyici ek güvence” sayılmıştır ⁵⁶⁵. Benzer konuda Rowe ve Davis / Birleşik Krallık başvurusunda, savcının, savunmaya gösterilmesini istemediği belgeyi, duruşma yargıcına da göstermemesi durumunda ise, AİHM, bu uygulamaya uymamış ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Söz konusu belgenin, daha sonra istinaf mahkemesine gösterilmesinin, duruşma yargıcına gösterilmemesiyle ilgili ihlali gidermeyeceği belirtilmiştir ⁵⁶⁶.

⁵⁶³ F.J.M. v. The United Kingdom (no. 76202/16) [Dec.], 6.11.2018, prg., 4-5, 30, 41-43, 46.

⁵⁶⁴ Campbell v. The United Kingdom (no. 13590/88), 25.3.1992, prg. 43, 47-50, 53-54.

⁵⁶⁵ Jasper v. The United Kingdom (no. 27052/95) [GC], 16.2.2000, prg. 52-53, 56.

⁵⁶⁶ Rowe and Davis v. The United Kingdom (no. 28901/95) [GC], 16.2.2000, prg. 61, 66-67.

S.J.P. ve E.S. / İsveç başvurusunda, AİHM, başvuru ana-babadan biri hakkında İran'da soruşturma yürütüldüğünü ve çocuklarıyla İran'a gidip döndüklerini ancak, çocuklarıyla birlikte tekrar gidebileceklerini ve bu durumda, çocukların sağlıklı ve huzurlu bir ortamda büyümelerini tehlikeye sokacaklarını, ayrıca, çocukların özel bakıma ihtiyaç gösterdiklerini ve başvurulardan birinin, görevlilere karşı saldırgan davrandığını dikkate alan yetkililerin, çocukların İsveç'te kamu kurumu bakımına alınarak, ana-babalarıyla ilişkilerinin kesilmesine ilişkin kararına, çocukların üstün çıkarlarıyla ana-babanın aile hayatına saygı hakkını karşılaştırdıktan sonra, çocukların üstün çıkarlarına ağırlık verildiği gerekçesiyle uymuş ve başvurulardan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır ⁵⁶⁷.

İfade özgürlüğü ile ilgili Fatih Taş / Türkiye başvurusunda AİHM, ulusal yetkililerin ifade özgürlüğünü sınırlamalarına uymak için, sınırlamayla ilgili meşru amaç ve kişinin ifade özgürlüğü arasında "uygun" bir denge kurulmuş olmasını aradığını vurgulamıştır ⁵⁶⁸. AİHM ifade özgürlüğü ile ilgili bu tutumunu, Kaboğlu ve Oran / Türkiye ⁵⁶⁹ ve Kılıçdaroğlu / Türkiye ⁵⁷⁰ başvurularında da sürdürmüştür. AİHM Büyük Dairesi, Selahattin Demirtaş / Türkiye (No. 2) başvurusunda ise, parlamenterin dokunulmazlığının kaldırılmasıyla ilgili olarak, ulusal yargı organlarının, parlamenterin, AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokolün 3. maddesinde güvence altına alınan seçme-seçilme hakkına dayalı çıkarı ile, kamunun, bu parlamenterin özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılmasıyla ilgili çıkarı / yararı arasında denge kurup kurmadıklarını aradığını kaydetmiştir ⁵⁷¹.

İfade özgürlüğü ile ilgili 24.2.2022 tarihinde yayımlanan, 25.1.2022 tarihli Alain Bonnet / Fransa kabul edilemezlik kararında AİHM, başvuru, kanıtlanmış tarihsel bir olgu olarak kabul edilen, Yahudilerin II. Dünya Savaşında Naziler tarafından soykırıma uğramalarının gerçekliği üzerinde kuşku yaratan veya inkar eden karikatür ve yazıları

⁵⁶⁷ S.J.P. and E.S. v. Sweden (no. 8610/11), 28.8.2018, prg., 72, 76, 97, 102, 107, 109, 114, 119-120.

⁵⁶⁸ Fatih Taş v. Türkiye (No. 5) (no. 6810/09), 4.9.2018, prg. 40 (Fransızca) (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır) .

⁵⁶⁹ Kaboğlu and Oran v. Turkey (no. 1759/08, 50766/10 and 50782/10), 30.10.2018, prg. 70 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

⁵⁷⁰ Kılıçdaroğlu v. Turkey (no. 16558/18), 27.10.2020, prg. 46 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

⁵⁷¹ Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) (no. 14305/17) [GC], 22.12.2020, prg. 389, 394-395 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

nedeniyle, arpıtırıldığı para cezasının, demokratik toplum açısından gerekli olduğu sonucuna varmış ve Fransız yargı organının, başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının haklarını dengeleyerek hükmettiği cezanın ⁵⁷², belirli bir ırka hakaret ve işlendiği kanıtlanmış olan insanlığa karşı suçun gerçekliği üzerinde kuşku yaratılması konularında devlete tanınan takdir yetkisinin sınırları içinde kaldığını belirtmiştir ⁵⁷³.

AİHM Büyük Dairesinin Vavricka ve diğerleri / ek Cumhuriyeti kararında, okul çocuklarının aşılmasını zorunlu kılan yasal düzenlemeye ve ek yargı organlarının kararlarına, çocukların üstün çıkarı ve kamu sağlığı ile AİHS md. 8'in güvence altına aldığı özel hayata saygı hakkı kapsamındaki vücut bütünlüğü arasında kurulması gereken dengenin sağlanmış olması nedeniyle, uyulmuştur. Kararda, ek yargı organlarının dengeleme ile ilgili gerekçeleri AİHM standartları açısından incelenmiştir ⁵⁷⁴.

3.3.2022 tarihinde yayımlanan, 1.2.2022 tarihli Johansen / Danimarka kabul edilemezlik kararında AİHM, *ISIL (Islamic State in Iraq and the Levant)* adlı terör örgütüne katılmak ve terör eğitimi almak için Suriye'de bir süre kalan başvurucunun terör suçundan 4 yıl hapis cezası çektikten sonra, 1) Danimarka vatandaşlığının iptali (*revocation of nationality*), 2) Tunus'a sınırışı (*expulsion*) edilmesi ve Danimarka'ya girişinin süresiz olarak yasaklanması kararlarına uymuş ve başvuruyu, özel hayata saygı hakkı (AİHS md. 8) açısından temelsiz bularak reddetmiştir. 1) AİHM, vatandaşlığın iptali için aradığı 2 koşulun (iptal kararının keyfi olmaması ve vatandaşlığı iptal edilen kişi üzerinde yaratacağı sonuçların değerlendirilmesi) ulusal yargı organı tarafından yerine getirildiğini belirlemiş; bu bağlamda, başvurucunun işlediği terör suçunun kanıtlanmış olmasının keyfilik olasılığını ortadan kaldırdığını; başvurucunun, ikinci vatandaşlık olarak, Tunus vatandaşlığına sahip olduğunun ve Tunus'la, dil, kültür ve aile bağlarının bulunduğunun, Müslüman olan eşinin ve çocuğunun Tunus'a yerleşebileceğinin veya ziyaretle veya iletişim araçlarıyla ilişkilerinin sürdürülebileceğinin ayrıntılı olarak değerlendirildiğinin altını çizmiştir.

⁵⁷² AİHM, 12.7.2016 tarihli *Vrzic* / Hırvatistan kararında, başkalarının haklarının korunması için öngörülen yasal önlemlerin, demokratik toplum açısından gerekli olduğu belirtilmiştir (*Vrzic v. Croatia* (no. 43777/13), 12.7.2016, prg. 67).

⁵⁷³ *Bonnet c. France* (no. 35364/19) [Dec.], 25.1.2022 (Fransızca), prg., 53-54, 59.

⁵⁷⁴ *Vavricka and others v. The Czech Republic* (no. 47621/13 and 5 others) [GC], 8.4.2021, prg. 261, 273, 283-284, 286, 289, 295, 297, 301-302, 307, 310-311.

AİHM'ye göre, Danimarka Yüksek Mahkemesinin, Danimarka'nın uluslararası yükümlülüklerini dikkate alarak yaptığı dengeleme sonucunda, başvurunun Danimarka vatandaşlığının iptal edilmesi, terör suçunun insan hakları açısından yarattığı ciddi tehlike karşısında, amaçla orantılı bir önlemdir. 2) AİHM, başvurunun Tunus'a sınırışı edilmesi ve Danimarka'ya girişinin süresiz olarak yasaklanması kararı bağlamında ise, yetkililerin, AİHM kararlarıyla konmuş olan ölçütleri (işlenen suçun ağırlığı, evliliğin süresi, eşin, işlenen suç bilip, bilmemesi, çocukların yaşı, sınırışı edilecek ülkede eşin ve çocukların yaşayacağı zorluklar, çocukların üstün çıkarları gibi) gözettiklerini belirlemiş ve yetkililerin, başvurunun, kamu düzeni açısından oluşturduğu tehdit karşısında, alınması zorunlu olduğunu ileri sürdükleri sınırışı ve ülkeye giriş yasağı önlemlerinin amaçla orantılı olduğu görüşünü benimsemiştir ⁵⁷⁵.

7.2. Yukarıdaki örneklerden de görüldüğü üzere, AİHM, ikincilik ilkesi uyarınca, ulusal yetkililerin, AİHM kararlarında belirlenen ölçütlere uygun olarak yapacakları dengeleme uygulamasına öncelik tanımaktadır. Mowbray ve Jiseng, 15 No.lu Protokol yürürlüğe girmeden önce de, AİHM'nin, ulusal yetkililerin iç hukuktaki karmaşık sorunlar ve birbirinden farklı siyasal yaklaşımlar karşısında verdikleri kararlara, takdir yetkisi doktrinine dayanarak uyma eğiliminde olduğunu ileri sürmüşlerdir ⁵⁷⁶. Ancak, Jiseng, AİHM'nin bu eğiliminin, devlete gözü kapalı biçimde sınırsız takdir yetkisi tanıdığı veya böyle bir yetkiyi kabul ettiği anlamına gelmediğinin de altını çizmiştir ⁵⁷⁷. Zaten, AİHM'nin bu konuda çeşitli kararları bulunmaktadır. Bunlardan biri, 29.10.1992 tarihli Open Door ve Dublin Well Woman / İrlanda kararıdır. Bu kararda, başvuru şirketlerin, hamile kadınları, İrlanda dışındaki kürtaj olanakları hakkında bilgilendirmelerinin engellenmesi, devletin, ahlakın korunmasıyla ilgili olarak, sınırsız ve denetlenemez takdir yetkisine sahip olduğu savunması reddedilerek, güdülen amaçla orantısız bulunmuş ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır ⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ Johansen v. Denmark (no. 27801/19) [Dec.], 1.2.2022, prg., 12, 16, 45, 51-55, 62-66, 70-71, 75, 77, 81-84.

⁵⁷⁶ Mowbray 37-38; Jiseng 22.

⁵⁷⁷ Jiseng 6.

⁵⁷⁸ Open Door Dublin and Dublin Well Woman v. Ireland (nos. 14234/88; 14235/88), 29.10.1992, prg. 9, 68.

AİHM'nin, 15 No.lu Protokolün yürürlüğe girmesinden ⁵⁷⁹ sonra, bu Protokolle kurallaşan ikincilik ilkesine ve takdir yetkisi doktrinine daha çok yönelmesi beklenebilir. Bu bağlamda, AİHM Büyük Dairesinin 9.7.2021 tarihli M.A. / Danimarka kararında, 15 No.lu Protokolün 1.8.2021 tarihinde yürürlüğe gireceğini not ederek, ulusal yetkililerin takdir yetkilerinin, AİHM denetimine bağlı olduğunu vurguladığını kaydedelim ⁵⁸⁰. Yukarıda sunulan, 1.2.2022 tarihli Johansen / Danimarka kabul edilemezlik kararında da görüldüğü gibi, AİHM, ulusal yetkililerin kararlarına, kendi koyduğu ölçütlerin gözetilmesi durumunda uymaktadır.

8. AİHM'nin ikincilliği ilkesi ile ilgili son not:

Burada son olarak şu hususu hatırlatmakta yarar vardır: AİHM, ulusal yetkililerin (yargı organları dahil) yapması gereken dengeleme uygulamasına uyup uymayacağına karar vermeden önce, ulusal yetkililerin AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere müdahale ederken yasaya dayanıp dayanmadığını (yasallık, hukuka uygunluk; *lawfulness*) yani, keyfi davranıp davranmadığını araştırır. Bunun temelinde yatan neden, AİHS'nin (ve Ek Protokollerin) her maddesinin içinde saklı olan (mündemiç olan; *inherent*) hukuk devleti ilkesidir ^{581, 582}.

X. BÖLÜM: AİHM'NİN ADİL DENGE İLKESİNE YÖNELİK DENGELEME UYGULAMASI, BU UYGULAMADA İZLENEN VE ULUSAL YETKİLİLERİN DENGELEME UYGULAMASINDA İZLEMELERİ BEKLENEN SIRA DÜZENİ

1. AİHM'nin dengeleme uygulamasının kapsamı:

1.1. AİHM'nin dengeleme uygulaması, a) ulusal yetkililerin yaptığı dengelemenin denetlenmesini ve b) ulusal yetkililer dengeleme yapmamışsa veya eksik veya yanlış yapmışsa, AİHM'nin kendisinin yaptığı dengelemeyi kapsar (bkz., yukarıda IX. Bölümün 6.2. ve 6.4. no.lu paragraflar ve dip-not 527). Hatırlatalım ki, AİHM'in görevi (AİHS md. 19), AİHS ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri korumakla yükümlü

⁵⁷⁹ Bkz., dip-not 555.

⁵⁸⁰ M.A. v. Denmark (no. 6697/18) [GC], 9.7.2021, prg., 147-148, 150, 162.

⁵⁸¹ Varvara v. Italy (no. 17475/09) (Merits), 29.10.2013, prg. 84; Muhammad ve Muhammad / Romanya kararının 118. paragrafı.

⁵⁸² AİHM, 15.12.2020 tarihli Pişkin / Türkiye kararında, hukuk devletinin temel ilkelerinin, OHAL'de bile geçerli kalması gerektiğini vurgulamıştır (bkz., dip-not 91).

devletlerin (AİHS md. 1) uygulamalarını denetlemek ve söz konusu yükümlülüklerine uymalarını sağlamaktır. AİHM'nin yaptığı kapsamlı dengeleme uygulaması, bu görev tanımıyla örtüşmektedir.

1.2. AİHM'nin, her davada dengeleme uygulamasına başvurduğu söylenemez. Çalı, mutlak ve mutlağa yakın (*near-absolute*)⁵⁸³ hakların, dengeleme uygulamasının dışında tutulduğunu belirtmektedir⁵⁸⁴. Böyle bir dengeleme uygulamasının, yukarıda belirtilen üstün çıkarların / ilkelerin / değerlerin ve mutlak hakların, dengeleme uygulamasına dahil edilmediği; geriye kalan çıkarların / ilkelerin / değerlerin / hakların, temel haklara / insan haklarına öncelik / ağırlık vererek dengelendiği modele uygun olduğu kaydedilmelidir⁵⁸⁵.

1.3. AİHM'nin adil denge ilkesine yönelik olarak, hakları / özgürlükleri / çıkarları (kamu yararı dahil) dengelerken veya ulusal yetkililerin dengeleme uygulamasını denetlerken, hangi hakkın / özgürlüğün / çıkarın birbiriyle dengeleneceğini belirlemesi gerekir⁵⁸⁶. Dengeleme, esas olarak, sadece, hak, özgürlük, çıkar gibi etmenlerin çatışmasını durdurmak için yapılır⁵⁸⁷. Çatışan etmenleri AİHM belirler⁵⁸⁸. Örneğin, AİHM Büyük Dairesi, 3.12.2009 tarihli Kart / Türkiye kararında, başvurucunun, aleyhindeki ceza davalarında yargılanmak istemesine rağmen, yasama dokunulmazlığı nedeniyle ertelenmesinin etkilediği çıkarının, isteği üzerine yasama dokunulmazlığının kaldırılması hakkı ile değil, mahkemeye erişim hakkı ile dengelenmesi gerektiğini vurgulamıştır⁵⁸⁹. AİHM Büyük Dairesinin 12.6.2014 tarihli Fernandez Martinez / İspanya kararında yargıç Dedov'un, meşru amaçla, temel hakkın dengelenemeyeceğine ilişkin görüşü de⁵⁹⁰, çatışan etmenlerin doğru belirlenmesi gerektiği bağlamındadır.

⁵⁸³ Mutlağa yakın hakları, korunma ayrıcalığına sahip haklar (bkz. dip-not 157) olarak anlamaktayız.

⁵⁸⁴ Çalı prg 3, 6.

⁵⁸⁵ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.3. no.lu paragrafı.

⁵⁸⁶ Mowbray 30.

⁵⁸⁷ Bkz., yukarıda VII. Bölümün 4. no.lu paragrafında yer alan adil denge tanımı.

⁵⁸⁸ AİHM, dengeleme uygulaması kapsamında değerlendirilmesi gereken, çatışmayan etmenleri de belirlemek durumundadır (bkz., dip-not 334).

⁵⁸⁹ Kart v. Turkey (no. 8917/05) [GC], 3.12.2009, prg. 99 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

⁵⁹⁰ Fernandez Martinez v. Spain (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014, s. 64

Burada kaydetmekte yarar vardır ki, AİHM, bir kişinin birden çok temel hakkının / özgürlüğünün, başka hak / özgürlük / çıkarla çatışması durumunda, o kişinin birden çok temel hakkı / özgürlüğü arasında, “ya biri, ya diğeri” biçiminde ayırım yapamaz ⁵⁹¹.

2. AİHM’nin dengeleme uygulamasının dayanağı:

AİHM yargıçları tarafından uygulamaya konulan adil denge ilkesi, AİHS’nin, temel hakların ve kamu yararlarının birlikte korunmasını öngören özünden ve devletin, herkesin hak ve özgürlüklerini güvence altına alma yönündeki pozitif yükümlülüğünü öngören 1. maddesinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir. AİHM’nin çeşitli kararlarında da, adil denge ilkesinin AİHS’nin bütünü içinde var olduğu (mündemiç olduğu; *inherent*) vurgulanmaktadır ⁵⁹².

3. AİHM’nin dengeleme uygulamasının çeşitli boyutları ve “daha az kısıtlayıcı araç / tedbir” testi:

AİHM’in, bu bakış açısına bağlı olarak, sadece, AİHS’nin “sınırlama nedenleri” içeren 8-11. maddeleri ve Ek 1 No.lu Protokolün 1. maddesi ⁵⁹³ ile yetinmeyip, sınırlama nedenleri içermeyen, yani, mutlak nitelikte olan 3. maddeyi de dengeleme uygulamasının kapsamına soktuğu belirtilmektedir ^{594, 595, 596}. Böyle bir yaklaşımın, dengeleme kuramcısı Alexy’nin görüşleriyle (bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.1.1. no.lu paragrafı) uyumlu olduğu söylenebilir. Christoffersen ise, Alexy’nin kuramının dayandığı Alman AYM modelinde, çatışan anayasal ilkelerin / değerlerin “optimize” edilmelerinin, bunların olabildiğince en yüksek (*maximized*) düzeyde korunacak biçimde ayakta kalmalarına yönelik olduğuna dikkat çekmekte ve bu açıdan bakıldığında, Alman AYM ile AİHM arasında fark bulunduğunun altını çizmektedir. Christoffersen’e göre, AİHM’nin dengeleme uygulamasında çatışan çıkarlar, olabildiğince en yüksek düzeyde korunmaz zira, AİHM’nin yargı alanını çerçeveleyen

⁵⁹¹ Kart / Türkiye kararı, s. 36, yargıç Zupancic ve Gyulumyan’ın da katıldığı, yargıç Bonello’nun karşı oy yazısı.

⁵⁹² Mowbray 1-2; Gerards, “Judicial Deliberations” 12; Jiseng 11; Çali, prg 8; Harris O’Boyle and Warbrick 6, 8, 14; Christoffersen, *Fair Balance* 199; Hazar 167-168.

⁵⁹³ “Sınırlama nedenleri” terimi için bkz., dip-not 540-541.

⁵⁹⁴ Mowbray 36; Christoffersen, “Straight Human Rights Talk” 41; Çali, prg. 8, 14.

⁵⁹⁵ Bkz., yukarıda dip-not 157 ve IX. Bölümün 2. no.lu paragrafı.

⁵⁹⁶ Mutlak hakkın tartıya vurulmasının, yukarıda, VII. Bölümün 4. no.lu paragrafında sunduğumuz adil denge tanımıyla bağdaşmadığını belirtmeliyiz.

AlHS, sadece asgari (*minimum*) düzeyde güvence sağlar ve koruma öngörür. Christoffersen, aynı nedenden dolayı AlHM'nin – daha iyi bir denge kurulacak olsa da - “daha az kısıtlayıcı araç / tedbir” veya “en az kısıtlayıcı araç / tedbir” testini (*less restrictive measure test / least onerous [restrictive] means test*) yapmaması gerektiği düşüncesindedir zira, devletin, asgari düzeyin altına düşmemek koşuluyla, AlHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri sınırlamaya yetkisi vardır. Nitekim, AlHM'nin 7.12.1976 tarihli Handyside / Birleşik Krallık kararının 54. paragrafında, ifade özgürlüğünü sınırlamak, amaca uygun bir çare (*expedient*) ise, bu özgürlüğü güvence altına alan AlHS'nin 10. maddesinin, devleti bu yola başvurmaktan alıkoymadığı belirtilmiştir ⁵⁹⁷.

Christoffersen, AlHS'nin sadece asgari düzeyde güvence sağladığı görüşüne dayanarak, “daha az kısıtlayıcı aracın / tedbirin” varlığını ve amaca uygun olacağını kanıtlama yükümlülüğünün başvurucuya yüklendiğini ileri sürmüş ve 18.9.2007 tarihli Paeffgen GMBH / Almanya kabul edilemezlik kararını örnek göstermiştir ⁵⁹⁸. AlHM bu kararında, e-ticaret yapan başvuru firmanın, başka firmaların markalarıyla veya internet alan adlarıyla (*internet domain names*) aynı veya benzer internet alan adları kullanmasının yasaklanması yerine, örneğin, web sayfasında, şikayetçi firmalarla karıştırılmasını önleyecek açıklamada bulunarak, söz konusu internet alan adlarını kullanmaya devam etmesinin amaca uygun olacağını yani, şikayetçi firmaların haklarının korunmasına hizmet edeceğini kanıtlayamadığı ve yasaklamanın başvuru firmaya aşırı yük yüklediği gerekçeleriyle, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur ⁵⁹⁹.

AlHM yargıcı Elosegui de, AlHM'nin, “daha az kısıtlayıcı aracın / tedbirin” varlığından veya yapılabiliirliğinden çok, ulusal yetkililerin, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken AlHM standartlarına uyup uymadıkları noktasına odaklandığını vurgulamıştır ⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ Christoffersen, *Fair Balance* 209-210; Christoffersen, “Straight Human Rights Talk” 19, 23-24, 26, 42-43.

⁵⁹⁸ Christoffersen, “Straight Human Rights Talk” 25; Paeffgen GMBH v. Germany (nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05) [Dec.], 18.9.2007.

⁵⁹⁹ Paeffgen GMBH kararının 10-11. sayfaları.

⁶⁰⁰ Muhammad ve Muhammad / Romanya kararının 101. sayfası.

4. AİHM kararlarından, “daha az kısıtlayıcı araç / tedbir testi” ile ilgili bazı örnekler:

4.1. Belirtelim ki, AİHM, zaman zaman, “daha az kısıtlayıcı araç / tedbir” testine başvurmaktadır. AİHM’nin bu teste hangi aşamada / basamakta başvuracağına ilişkin görüşlere aşağıda değinilmiştir (bkz., bu Bölümde 7.2.3. no.lu paragraf). AİHM kararlarından, “daha az kısıtlayıcı araç / tedbir testi” ile ilgili bazı örnekler aşağıda sunulmaktadır:

AİHM, bu örneklerin hiçbirinde, “daha az kısıtlayıcı aracın / tedbirin” amaca uygun olacağının / amaca hizmet edeceğinin kanıtlanmasını başvurucudan beklememiştir. Tersine, AİHM, ya ulusal yetkililerin söz konusu aracın / tedbirin amaca uygun olmayacağını / amaca hizmet etmeyeceğini kanıtlamalarını beklemiş (Czarnowski prg. 30; Glor prg. 94; Association Rhino vd. prg. 65; Croatian Golf Federation prg. 98; Vistins ve Perepjolkins prg. 129) ya da, bu gibi araçları / tedbirleri neden öngörmediklerini eleştirmiştir (Ürper vd. prg. 43).

20.1.2009 tarihli Czarnowski / Polonya kararında, mahkumun, babasının cenaze törenine katılma isteminin, yasada, mahkumların güvenlik görevlisi eşliğinde (*escorted*) cezaevinin dışına çıkabilmesine olanak varken, bu seçeneğin değerlendirilmeden reddedilmesinin, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayanmadığı, dolayısıyla, aile hayatı hakkının (AİHS md. 8) bu ölçüde sınırlandırılmasının, demokratik toplum açısından gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır ⁶⁰¹. Burada, AİHM’nin, mahkumiyetin içerdiği aile hayatına ilişkin sınırlamanın, mahkumun, babasının cenaze törenine katılma isteği noktasında, daha az kısıtlayıcı araç / tedbir olan, yasanın tanıdığı alternatif çözüm olanağı kullanılarak da sürdürülebileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

30.4.2009 tarihli Glor / İsviçre kararında, şeker hastası başvurucunun, askerlik hizmeti yerine, kendisini zorlayacak miktarda bir vergi ödemekle yükümlü tutulmasının amaçla orantılı sayılması için, daha az kısıtlayıcı bir araçla / tedbirle amaca ulaşmanın olanaklı olmaması gerektiği belirtilmiş ve uygulamanın, adil denge ilkesine aykırı olduğu belirlenmiştir ⁶⁰².

⁶⁰¹ Czarnowski v. Poland (no. 28586/03), 20.1.2009, prg. 30, 32-33.

⁶⁰² Glor v. Switzerland (no. 13444/04), 30.4.2009, prg. 16, 26, 94, 96.

20.10.2009 tarihli Ürper vd. / Türkiye kararında, günlük gazetelerin yayımlanmalarının belirli süreler için yasaklanması yerine, gazetelerin belirli sayılarının toplatılması veya belirli makalelerin yayımının yasaklanması gibi, amaca daha az ağır tedbirlerle (*less draconian measures*) ulaşılabileceğinin öngörülmemiş olması, demokratik toplum açısından gereklilik koşuluna aykırı bulunmuş ve gazetelere uygulanan yayım yasağı, sansür olarak nitelendirilmiştir ⁶⁰³.

11.10.2011 tarihli Association Rhino vd. / İsviçre kararında, boş binalara yerleşme amacı güden derneğin kapatılmasının, bina sahiplerinin mülkiyet haklarıyla ilgili sorunu çözmediği için amaca uygun olmadığı ve amaca ulaşmayı sağlayacak daha az kısıtlayıcı bir araç / tedbir düşünülmeden, dernek kurma özgürlüğünün özüne dokunan kapatma kararı uygulanması, orantılılık ilkesine aykırı bulunmuş ve demokratik toplum açısından gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır ⁶⁰⁴.

AIHM Büyük Dairesinin 25.10.2012 tarihli Vistins / Perepjolkins kararında, devletin, “yok” sayılacak kadar düşük / sembolik tutarda tazminat ödeyerek yaptığı kamulaştırma ile sağlayacağı kamu yararına, daha ılımlı (*less drastic*) uygulamalarla ulaşamayacağını kanıtlamamış olması, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna götüren gerekçelerden birini oluşturmuştur ⁶⁰⁵. Bu karar aşağıda, XIV. Bölümün 1.11.5.(1) no.lu paragrafında ayrıca incelenmiştir.

17.12.2020 tarihli Croatian Golf Federation / Hırvatistan kararında da, önceki dernek davasında varılan sonuca benzer biçimde, borçlarını ödeme güçlü çeken derneğin kapatılmasının, alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını sağlamadığı için amaca uygun olmadığı ve amaca ulaşmayı sağlayacak daha az kısıtlayıcı bir araç / tedbir düşünülmeden, kapatma kararının uygulanması, orantılılık ilkesine aykırı bulunmuştur ⁶⁰⁶.

⁶⁰³ Ürper and others v. Turkey (nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 and 54637/07), 20.10.2009, prg. 23, 43-44 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

⁶⁰⁴ Association Rhino and others v. Switzerland (no. 48848/07), 11.10.2011, prg. 9, 60, 63, 65-66.

⁶⁰⁵ Vistins and Perepjolkins v. Latvia (no. 71243/01) [GC] (Merits), 25.10.2012, prg. 129-131.

⁶⁰⁶ Croatian Golf Federation v. Croatia (no. 66994/14), 17.12.2020, prg. 98-99, 101.

4.2. Kaydedelim ki, “daha az kısıtlayıcı araç / tedbir” kavramının geçmişi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun (AİHK) başvuruları incelediği döneme kadar geriye götürülebilir ^{607, 608}.

5. AİHM’nin, dengeleme uygulamasına yönelmesinde, ikincil konumunda bulunmasının rolü:

5.1. AİHM’nin dengeleme uygulamasına yönelmesinde, ikincil konumda bulunmasının (bkz., yukarıda IX. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı) ve çözüm için önüne getirilen insan hakları davasının olgularına uzak olmasının yarattığı zorlukların rol oynadığı görüşü ileri sürülmüştür ⁶⁰⁹. Christoffersen ise, AİHM’nin önüne getirilen insan hakları davalarının, çıkar çatışmaları içerdiğini, bu nedenle, bu davaların, dengeleme yapılmaksızın hukuksal yoldan çözümlenmesinin (*adjudication*) olanaklı olmadığını savunmuştur ⁶¹⁰. Buradan, Christoffersen’in, AİHM’nin ikincil konumda olmasının, dengeleme uygulaması bakımından belirleyici bir rol oynamadığını; dengeleme uygulamasının, hangi konumda olursa olsun, çıkar çatışmaları içeren hukuksal sorunları çözmek durumunda olan her yargı organı için kaçınılmaz olduğunu savunduğu sonucuna varılabilir ⁶¹¹.

⁶⁰⁷ Örn., AİHK’nin, gösterilerin yasaklanmasıyla ilgili 16.7.1980 tarihli kabul edilemezlik kararı; *Christians against Racism and Fascism v. The United Kingdom* (no. 8440/78) [Commission Dec.], 16.7.1980, s. 150-151, 153.

⁶⁰⁸ 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol ile AİHS’de yapılan değişiklikten önce, başvurular AİHK’ya yapıldı. AİHK da, yaptığı inceleme sonucunda başvuruyu ya kabul edilemez bularak reddeder veya dostane çözüme ulaşılamamışsa, bir rapor hazırlayarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne iletti. Rapora göre, başvurunun ihlalle sonuçlanıp sonuçlanmayacağına Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2/3 çoğunlukla karar verirdi (11 No.lu Protokol yürürlüğe girmeden önceki AİHS md. 24-25, 27, 30-32). Uygulamada, AİHK raporları hakkındaki kararları, Avrupa Konseyi Bakan Delegation Komitesi alırdı (Harris, O’Boyle and Warbrick 184). Protokol metni (Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby) için bkz., <https://rm.coe.int/168007cda9> (erişim: 24.3.2023).

AİHK’nın rapor hazırladığı davanın (başvurunun) AİHM’ye götürülmesi ise, AİHM’nin zorunlu yargı yetkisini (*compulsory jurisdiction*) tanımlanmış olmaları koşuluyla, başvuruya taraf olan devlet / devletler veya bu koşul eksikse, karşı tarafta bulunan devletin / devletlerin rızasıyla (*consent*), (a) AİHK, (b) vatandaşının mağdur olduğu iddia edilen devlet, (c) AİHK’ya başvuruda bulunan devlet veya (d) aleyhinde başvuruda bulunulan devlet tarafından, AİHK raporunun, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine iletildiği tarihten itibaren 3 ay içinde gerçekleştirilebilirdi. AİHM kararları, nihai (kesin) nitelikteydi ve yerine getirilmeleri için, AİHK raporlarında olduğunun aksine, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin herhangi bir karar almasına gerek yoktu (11 No.lu Protokol yürürlüğe girmeden önceki AİHS md. 32/1, 46, 48, 53).

AİHM’nin inceleme yetkisi ise, AİHK’nın, sadece, kabul edilebilir bulduğu başvuru konularıyla sınırlıydı yani, AİHM, AİHK’nın kabul edilemez bulduğu başvuru konularını inceleyemezdi (*The Sunday Times v. The UK* (No. 1) (no. 6538/74), 26.4.1979, prg., 43; *Olsson v. Sweden* (No. 1) (no. 10465/83), 24.3.1988, prg. 56; *Z. v. Finland*, (no. 22009/93), 25.2.1997, prg. 69).

⁶⁰⁹ Leijten 2.

⁶¹⁰ Christoffersen, “Straight Human Rights Talk” 38.

⁶¹¹ Bkz., dip-not 297.

5.2. AİHM'nin ikincil konumda olmasının, AİHM'yi, ulusal yetkililerin, AİHS'de güvence altına alınan bir hakkı / özgürlüğü sınırlarken belirledikleri, orantılılık testinin (geniş anlamda orantılılığın) basamakları / öğeleri olan, “meşru amaç” (*legitimate aim*), “elverişlilik” (*suitability*) ile “zorunluluk / gereklilik” (*necessity*)⁶¹² gerekçelerine saygı gösterip uymaya (*deference*) yönelttiği belirtilmektedir. AİHM'in, bu konularda kendi görüşünü ortaya koymaktan çekindiği, özellikle “zorunluluk / gereklilik”⁶¹³ konusunda, ulusal yetkililerin daha iyi değerlendirme yapabileceklerini vurgulama ihtiyacı duyduğu ileri sürülmektedir. AİHM'nin, “meşru amaç”, “elverişlilik” ve “zorunluluk / gereklilik” konularında ulusal yetkililerin gerekçelerine uymak için, söz konusu yetkililere takdir yetkisi alanı tanıdığı ve yetkililerin işlemlerinin de, bu alan içinde kaldığı varsayımına dayandığı savunulmaktadır⁶¹⁴. Keza, kamu yararının zorlayıcı biçimde ortaya çıktığının, yetkililer tarafından ikna edici (*persuasive / convincing*) biçimde kanıtlanması durumunda da, AİHM'nin, yetkililerin hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı karar ve uygulamalarına uyabildiği ifade edilmektedir⁶¹⁵. İkna edici kanıt yükünün devlete ait olması, Greer'e göre, hakların önceliği ilkesinden kaynaklanmakta⁶¹⁶; Jiseng'e göre ise, AİHM'nin, yetkililerin değerlendirme ve kararlarına saygı gösterip uyma (*deference*) arayışına dayanmaktadır⁶¹⁷. AİHM'nin ulusal yetkililerin değerlendirme, karar ve uygulamalarına böyle bir yönelim içinde olması, dengeleme uygulamasını da içeren orantılılık testinin (geniş anlamda orantılılığın) kaynağı olan Alman AYM ile arasındaki bir diğer farktır⁶¹⁸.

5.3. Avrupa'da ortak bir görüşün (*European consensus*) oluşmadığı veya zayıf olduğu durumlarda, ulusal yetkililere geniş takdir yetkisi tanınmasının bir nedeninin de

⁶¹² Bkz., VI. Bölümün 1.5.1. no.lu paragrafı.

⁶¹³ Bkz., dip-not 398.

⁶¹⁴ Christoffersen, “Straight Human Rights Talk” 18, 36, 42; Leijten 2; Jiseng 3, 23; Gerards, “Judicial Deliberations” 11. Ayrıca bkz., XIII. Bölümün 1.4. no.lu paragrafı.

⁶¹⁵ Çali, prg. 29. Ayrıca bkz., IX. Bölümün 6.2. no.lu paragrafta Çali'nin görüşü.

⁶¹⁶ Greer 432, 434; Jiseng 14.

⁶¹⁷ Jiseng 22-23.

⁶¹⁸ Leijten 1-2; Jiseng 3.

yine, AİHM'nin ikincil konumuyla bağlantılı olduğu ve bu konumunun AİHM'yi ulusal yetkililerin karar ve uygulamalarına uymaya yönelttiği yazılmaktadır ⁶¹⁹.

5.4. AİHM'nin ikincil konumunun, onu, ulusal yetkililere takdir yetkisi tanıyarak, bu yetkililerin değerlendirme ve kararlarına uymaya yöneltirken, temel hakların, mutlak anlamdaki özünün ⁶²⁰ korunmasıyla ilgili güvenceyi de zayıflattığı ileri sürülmektedir ⁶²¹.

6. AİHM'nin dengeleme uygulamasında insan haysiyetinin yeri:

Genel olarak, yargı organı tarafından uygulanan dengelemenin, çatışan haklar / çıkarlar / değerler / ilkeler arasında gerçekleştirildiğini belirtmiştik (bkz., yukarıda, VI. Bölümün 4.1. no.lu paragrafı). AİHM'nin dengeleme uygulaması da, benzer biçimde, çatışan haklar-çıkartlar; haklar-haklar ve çıkarlar-çıkartlar arasında gerçekleşir ^{622, 623}. Değerler ve ilkeler, dengeleme sürecinde dikkate alınması gereken etmenlerdir. Her ne kadar AİHM, yukarıda belirtildiği gibi, ulusal organlara göre ikincil konumda olması ve AİHS'nin, temel hakları sadece asgari düzeyde güvence altına alması nedenleriyle, Alman AYM'den ayrılrsa da, Alman AYM'ye benzer biçimde, AİHS ve Ek Protokollerin, insan haysiyetini en üstte tutan ve insan haklarını güvence altına alan metinler olduğu noktasından hareketle, bu metinlerde gözetilen çıkarların / ilkelerin / değerlerin / hakların bütünlüğünü ve insan hakları açısından tutarlılığını korumak durumundadır ⁶²⁴ (ayrıca bkz., yukarıda, VI. Bölümün 4.3. no.lu paragrafı). Bu bağlamda, örneğin, temel hakla kamu çıkarının / yararının dengelenmesinden, insan haysiyetinin korunması ilkesine aykırı bir sonuç çıkmamalıdır ⁶²⁵. AİHM'nin, ulusal yetkililerin uygulama ve kararlarına saygı gösterip uymaya (*deference*) yönelirken tanıyacağı takdir yetkisinin

⁶¹⁹ Jiseng 23; Çali, prg. 34. Ayrıca bkz., dip-not 372'de belirtilen Muhammad ve Muhammad / Romanya kararının 84. sayfasında yer alan, yargıç Albuquerque'in görüşü.

⁶²⁰ Bkz., VI. Bölümün 6.1.2. no.lu paragrafında, Christoffersen'in "mutlak öz"le ilgili görüşü.

⁶²¹ Christoffersen, "Straight Human Rights Talk" 36.

⁶²² AİHM yargıçları da böyle düşünmektedir. Örneğin, AİHM'nin 28.8.2018 tarihli S.J.P. ve E.S. / İsveç kararında yargıç Serghides'in karşı oy yazısı (s. 37). Ayrıca bkz., Stijn Smet and Eva Brems, Ed. by, *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights, Conflict or Harmony?* (New York, Oxford University Press, First Edition, 2017), 72-73.

⁶²³ Burada sözü edilen çıkarların, insan hakları açısından korunması gereken çıkarlar olduğunu hatırlatalım (bkz., yukarıda III. Bölümün 3. paragrafı).

⁶²⁴ Gölcüklü, Gözübüyük 380; Harris, O'Boyle and Warbrick 19.

⁶²⁵ Meyerson 891.

çerçevesi de, bu açı içinde değerlendirilmelidir ⁶²⁶. Dengeleme sırasında, temel hakkın tanımlanması, diğer deyişle, kapsamının belirlenmesi de yine, aynı açı içinde gerçekleşmelidir ⁶²⁷. AİHM'nin her zaman bu açıdan baktığı söylenemez.

7. AİHM'nin dengeleme uygulamasını gerçekleştirirken izlediği ve ulusal yetkililerin yaptığı dengelemeyi denetlerken izlenmesini beklediği sıra düzeni (uygulama sırası ⁶²⁸):

7.1. Kavram:

Yargı organının, dengeleme yapmadan önce, yöntem olarak, belli bir sıra düzeni izleyerek yani, basamak basamak ilerleyerek inceleme yaptığına yukarıda değinmiştik (bkz., VI. Bölümün 1.5.1. no.lu paragrafı). Burada, özel olarak, AİHM'nin önündeki başvuru konusu olayda ihlal bulunup bulunmadığını incelerken izlediği sıra düzenine değinilecektir. Belirtelim ki, AİHM, incelemesini sıra düzeni içinde yaparken, bir basamakta ihlal görürse, sonraki basamağa geçmez ve ihlal bulduğu basamağı, ihlalin ana dayanağı yapar. Örneğin, AİHM'nin, doğal sit alanında yapılan inşaatlara ve arazilere el konmasıyla ilgili olan, 29.10.2013 tarihli Varvara / İtalya kararında müdahalenin, önce, yasallık koşuluna uygun olup olmadığına; kamu çıkarı ile temel hak arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına ise, bundan sonra bakılacağı belirtilmiş ve müdahalenin, yasallık koşuluna uymadığı belirlendiğinden, ihlalin bu noktada oluştuğu; dolayısıyla, adil dengenin kurulup kurulmadığının incelenmesine gerek kalmadığı vurgulanmıştır ⁶²⁹.

7.2. AİHM'nin izlediği sıra düzeni hakkında çeşitli görüşler:

7.2.1. Gerards ve Zysset'e göre, AİHM, şu sıra düzenini (uygulama sırasını) izlemektedir: AİHS'de güvence altına alınan hak veya özgürlüğün sınırlanmasının (hak veya özgürlüğe yapılan müdahalenin), 1) keyfi olarak değil, yasaya dayanarak yapıp yapılmadığının (yasallık, hukuka uygunluk; *lawfulness*); 2) güdülen meşru amaçla

⁶²⁶ Jiseng, AİHM'nin, kamu yararının ağır basması durumunda temel hakkı geri plana ittiğini ileri sürmektedir (Jiseng 22).

⁶²⁷ Greer 423-424, 433-434.

⁶²⁸ Gözler, "uygulama sırası" terimini kullanmıştır (Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* 375).

⁶²⁹ Varvara v. Italy (no. 17475/09) (Merits), 29.10.2013, prg. 84-85. Bu sıralamayı, AİHM Büyük Dairesinin 5.1.2000 tarihli Beyeler / İtalya kararında da görmekteyiz (Beyeler v. Italy (no. 33202/96) [GC], 5.1.2000, prg. 107).

orantılı olup olmadığının; 3) demokratik toplum açısından gerekli olup olmadığının incelenmesi. Bu son aşamada, sınırlanan hak veya özgürlükle, sınırlama nedeni arasında adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı belirlenir ⁶³⁰. Görüldüğü üzere, bu sıralamada, hak veya özgürlüğe yapılan müdahalenin, güdülen amaç için uygunluğunun / elverişliliğinin (*suitability*) belirlenmesiyle ilgili bir basamak bulunmamaktadır. Bu sıralamanın son basamağında ise, “demokratik toplumda gerekli olma” ⁶³¹, ⁶³² koşulu yer almaktadır.

7.2.2. Christoffersen’in yaptığı sıralama ise, şöyledir: 1) Müdahale edilen hakkın / özgürlüğün (veya çıkarların) ve yapılan müdahalenin kapsamının ⁶³³; 2) müdahalenin yasal olup olmadığının; 3) müdahalenin meşru amacının bulunup bulunmadığının ve 4) geniş anlamda orantılılığın belirlenmesi. Sonuncu basamak olan, geniş anlamda orantılılığın belirlenmesi basamağı da üç alt-basamaktan oluşur; (4.1) Elverişliliğin / uygunluğun; (4.2) zorunluluğun / gerekliliğinin belirlenmesi ve (4.3) dar anlamda orantılılığın (dengelemenin) sağlanıp sağlanmadığının ortaya konması ⁶³⁴.

⁶³⁰ Gerards, *General Principles* 198-199, 212, 220, 227, 229-230, 242-243; Zysset 149.

⁶³¹ Bkz., yukarıda VII. Bölümün 2.4. no.lu paragrafı ve dip-not 398.

⁶³² AİHM Büyük Dairesi, 15.10.2015 tarihli Perinçek / İsviçre kararında, “demokratik toplumda gerekli olma” koşulunun, her ülkenin özel koşullarına göre belirleneceği görüşünü ortaya koymuştur (Perinçek v. Switzerland (no. 27510/08) [GC], 15.10.2015, prg. 275, 280 (HUDOC’ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır)).

⁶³³ Dengelemenin doğru yapılabilmesi, müdahale edilen hakkın / çıkarın tam olarak belirlenmesine bağlıdır. Örneğin, AİHM, Katolik kilisesinde orgcu ve koro şefi olarak çalışan başvurucunun karısından ayrılıp, başka kadınla yaşaması nedeniyle işine son verilmesi olayında, Alman mahkemelerinin, kilisenin, özerkliğine ilişkin çıkarı ile başvurucunun, özel hayat ve aile hayatı hakkını değil, sadece, işini kaybetmemekle ilgili çıkarını karşılaştırıp tartıştığını tespit etmiş; bunun ise, dengeleme açısından eksik olduğu sonucuna varmıştır (Schüth v. Germany (no. 1620/03), 23.9.2010, prg. 67, 74).

⁶³⁴ Biz, (4.3) no.lu alt-basamağın, amaç-araç orantılılığı ve adil denge ilkesine yönelik dengeleme öğelerinden oluştuğu görüşündeyiz; bkz., bu Bölümün 9.1. no.lu ve XIII. Bölümün 1.1. no.lu paragrafları.

7.2.3.. Christoffersen'in sıralamasını gösteren tablo:

1) Müdahale edilen hakkın / özgürlüğün (veya çıkarların) ve yapılan müdahalenin kapsamının belirlenmesi			
2) Müdahalenin yasal olup olmadığının belirlenmesi			
3) Müdahalenin meşru amacının bulunup bulunmadığının belirlenmesi			
4) Geniş anlamda orantılılığın belirlenmesi (Orantılılık testi) <table><tr><td>(4.1) Elverişliliğin / uygunluğun belirlenmesi</td></tr><tr><td>(4.2) Zorunluluğun / gerekliliğin belirlenmesi</td></tr><tr><td>(4.3) Dar anlamda orantılılığın belirlenmesi (dengeleme uygulaması)</td></tr></table>	(4.1) Elverişliliğin / uygunluğun belirlenmesi	(4.2) Zorunluluğun / gerekliliğin belirlenmesi	(4.3) Dar anlamda orantılılığın belirlenmesi (dengeleme uygulaması)
(4.1) Elverişliliğin / uygunluğun belirlenmesi			
(4.2) Zorunluluğun / gerekliliğin belirlenmesi			
(4.3) Dar anlamda orantılılığın belirlenmesi (dengeleme uygulaması)			

Christoffersen'e göre, bu sıralamada yer alan "elverişlilik" ve "zorunluluk / gereklilik" ögelerinin tam olarak irdelenmesi, yapılan müdahalenin amaç için "elverişli" ve amaca ulaşmak için "zorunlu / gerekli" olduğu yönünde sonuç verirse, bu sonuç, müdahalenin adil dengeye aykırı olmadığı ve/veya hakkın özüne zarar vermediği anlamına gelebilir ⁶³⁵. "En az / daha az kısıtlayıcı tedbir" in (*least / less restrictive / onerous measure*) uygulanabilip uygulanamayacağının belirlenmesi, "zorunluluk / gereklilik" ögesinin irdelenmesiyle bağlantılı olduğu için ⁶³⁶, incelenme sırası da, "zorunluluk / gereklilik" ögesinin irdelenmesi aşamasıdır. Yargıç Albuquerque de, AİHM Büyük Dairesinin 13.7.2012 tarihli *Mouvement Raelinen Suisse / İsviçre* kararındaki karşı oy yazısında, en az kısıtlayıcı müdahale seçeneğini, "zorunluluk / gereklilik" adımı kapsamında incelemiştir ⁶³⁷.

Christoffersen'in yukarıda belirtilen, AİHM bağlamındaki sıralaması, Alman hukuku için yaptığı sıralamayla aynı değildir ⁶³⁸. Christoffersen, AİHM'nin bu sıralamaya da tam olarak uymadığını, hatta, Alman hukukundakinin tersine, dikey ve basamaklı bir

⁶³⁵ Christoffersen, *Fair Balance* 69-70; Christoffersen, "Straight Human Rights Talk" 17-18.

⁶³⁶ Christoffersen, "Straight Human Rights Talk" 18.

⁶³⁷ *Mouvement Raelinen Suisse v. Switzerland* (no. 16354/06) [GC], 13.7.2012, sayfa 65.

⁶³⁸ Bkz., dip-not 220.

uygulamadan çok, ilgili etmenlerin, aralarında önem sırası gözetilmeksizin, yan yana ve birlikte oldukları yatay bir uygulamayı benimsediğini kaydetmiştir ⁶³⁹, ⁶⁴⁰.

7.2.4. Gerards ve Zysset gibi, yargıç Elosegui de, yukarıda VII. Bölümün, hakkın özüne dokunulmaması ilkesi ile ilgili 2.2.1. no.lu paragrafında sunulan, AİHM Büyük Dairesinin 15.10.2020 tarihli Muhammad ve Muhammad / Romanya kararında yazdığı görüşünde, AİHM'nin işe önce, müdahalenin 1) yasal olup olmadığının; 2) meşru amacının bulunup bulunmadığının ve 3) demokratik toplum açısından gerekli olup olmadığının belirlenmesiyle başladığını belirtmiş, ancak, Alman AYM'nin yaptığı gibi, müdahalenin, güdülen amaç için uygun / elverişli (*suitable*) olup olmadığına odaklanmadığını kaydetmiştir. Elosegui'ye göre, AİHM, "elverişlilik" irdelemesi yapmaksızın doğrudan müdahalenin ağırlığını incelemeye geçmekte, dengeleme uygulaması da bu aşamada devreye girmektedir. İlke olarak, "en az kısıtlayıcı tedbir" (*least restrictive measure*) varlığı ve etkinliği araştırılmasa da, müdahalenin, demokratik toplum açısından gerekli olup olmadığı belirlenirken, bazen bu araştırma da yapılabilmektedir. Not edelim ki, Elosequi, demokratik toplum açısından gereklilik ile yalın nitelikteki gereklilik kavramlarını aynı anlamda kullanmıştır (aradaki fark için bkz., dip-not 398). Elosequi'ye göre, AİHM, ön aşamada üçlü sırayı izlemekle birlikte, dengeleme yaparken herhangi bir sıra izlememektedir ⁶⁴¹; buna neden, AİHM'nin, ulusal yetkililerin, AİHM kararlarında öngörülen ölçütlere uygun dengeleme yapıp yapmadıklarını denetlerken ⁶⁴², kendi değerlendirmelerini ulusal yetkililerin değerlendirmelerinin yerine koymaktan kaçınmasıdır ⁶⁴³.

7.2.5 Elosegui'nin yazdıklarından, AİHM'nin ikincilliği ilkesi çerçevesinde, öncelikle, ulusal yetkililerin dengeleme yapıp yapmadığının; dengeleme yapmışlarsa, sadece, AİHM kararlarındaki ölçütlere uyup uymadıklarının incelendiğini anlamaktayız. Diğer deyişle, AİHM, kendisi dengeleme yaparken herhangi bir sıra izlemediği gibi, ulusal

⁶³⁹ Christoffersen, *Fair Balance* 71-73.

⁶⁴⁰ Hazar, yatay ve dikey dengeleme uygulaması terimleri yerine, yatay ve dikey orantılılık terimlerini kullanmış; yatay orantılılık incelemesini, "genel bir dengeleme incelemesi (an overall balancing test)" olarak tanımlamıştır (Hazar 183-193).

⁶⁴¹ Gerards da, AİHM'nin dengeleme yaparken herhangi bir sıra düzenine bağlı kalmadığını belirtmiştir (Gerards "Judicial Deliberations" 11).

⁶⁴² Çalı da, AİHM'nin daha çok, ulusal yetkililerin yaptığı dengelemeyi denetlediği görüşündedir (Çalı, prg. 36).

⁶⁴³ Muhammad ve Muhammad / Romania kararının 101-102. sayfaları.

yetkililerin dengeleme yaparken hangi sırayı izledikleriyle de ilgilenmemektedir. Bu durum, Elosegui'nin ifade ettiği gibi, AİHM'nin ikincil konumda olmasına bağlanabilir. Ancak bu, tek neden değildir; Christoffersen'in belirttiği gibi, bir davada, her biri bir yöne çeken çeşitli etmenlerin (*considerations*) (ilkeler, değerler, çıkarlar, haklar) birlikte değerlendirilmek ve sonuçta, dengelenmek durumunda olması ⁶⁴⁴ da bir nedendir. Etmenlerin her olayda / davada farklılık göstermesi ve farklı ağırlıklarda olması, AİHM'nin dengeleme uygulamasını, olaya / davaya özgü nitelikte (*ad hoc balancing* ⁶⁴⁵ veya *case-by case balancing*) olmaya itmektedir. Olaya / davaya özgü dengeleme, bir yandan, bu çeşitliliğin ve dağınıklığın içinde denge noktasının bulunmasına kolaylık sağlarken ⁶⁴⁶, diğer yandan da, dengeleme ile varılan yargısal sonuçların / kararların öngörülemeyen ve birbiriyle çelişkili olmalarına yol açabilmektedir ⁶⁴⁷.

7.2.6. Elosegui'nin yukarıda sunduğumuz görüşlerinden yararlanarak, AİHM'nin dengeleme uygulamasının iki boyutundan söz edebiliriz: 1) AİHM, ulusal yetkililerin dengeleme yaptığı ve bu dengelemenin AİHM kararlarındaki ölçütlere uygun olduğu kanısına varırsa, ulusal yetkililerin değerlendirmesine / uygulamasına / kararına saygı gösterip uyar (*deference*) ve kendisi dengeleme yapmaz. AİHM'nin bu incelemesi sadece, ulusal yetkililerin AİHM kararlarındaki ölçütlere uyup uymadıklarıyla ilgili olup, dengelemeyi belirli bir sıra izleyerek yapıp yapmadıklarıyla ilgili değildir. 2) AİHM, ulusal yetkililerin dengeleme yapmadığı veya yaptığı dengelemenin AİHM kararlarındaki ölçütlere uygun olmadığı kanısına varırsa, kendisi dengeleme uygulaması yapar; bunu yaparken, herhangi bir sıra izlemez ya da izleyemez.

7.2.7. Elosegui, AİHM'nin, ulusal yetkililerin belirli bir sıra izlemeden dengeleme yapmasını benimsememektedir. Elosegui'ye göre, AİHM'nin, ulusal yetkililerin dengeleme yapıp yapmadığını irdemesi ve denetlemesi için, ulusal yetkililerin, hangi sırayı izleyerek dengeleme yaptıklarını göstermeleri gerekmektedir. Elosegui, 3.7.2018 tarihli Voynov / Rusya kararında yazdığı görüşünde, ulusal yetkililerin, bu davaya özgü dengeleme yaparken nasıl bir sıra izlemesi gerektiğini belirtmiştir. Voynov / Rusya davası, cezaevindeki doluluk nedeniyle, başvurucunun, ailesinden 4200 km

⁶⁴⁴ Christoffersen, *Fair Balance* 76.

⁶⁴⁵ Bkz. dip-not 248; ayrıca, Hazar 76, 217-218.

⁶⁴⁶ Christoffersen, "Straight Human Rights Talk" 38.

⁶⁴⁷ Gerards, "Judicial Deliberations" 2, 9, 13, 21-22; Smet and Brems 68.

uzaktaki bir cezaevine gönderilmesi ve bu nedenle aile hayatı hakkının ihlal edilmesiyle ilgilidir. Elosegui, görüşünde, Rus yetkililerin, orantılılık testinin (geniş anlamda orantılılık) ⁶⁴⁸ üç adımlı sıralamasını ([i] elverişlilik / uygunluk; [ii] gereklilik / zorunluluk; [iii] dar anlamda orantılılık yani, dengeleme) ⁶⁴⁹ izleyerek, önce, başvurucuyu 4200 km uzaktaki cezaevine göndermelerinin elverişli / uygun bir çözüm olduğunu, hemen arkasından da, bu kadar uzak bir cezaevine göndermenin gerekliliğini / zorunluluğunu ortaya koymuş olmalarının; dengeleme ile ilgili üçüncü adımda ise, (1) cezaevindeki doluluğun azaltılmasına yönelik kamu yararının öneminin / ağırlığının ve (2) başvurucunun aile hayatı hakkının yerine getirilememesi karşısında, müdahalenin ağırlığının / vahametinin belirlenmesinden sonra (3) her iki ağırlığı tartarak sonuca varmış olmalarının beklendiğini belirtmiştir ⁶⁵⁰. Varılacak sonuç, başvurucunun aile hayatına yapılan müdahalenin / sınırlamanın orantılı olup olmadığının, dolayısıyla, hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespiti. Elosegui, orantılılık testi (geniş anlamda orantılılık) kapsamında, başvurucunun, “daha az kısıtlayıcı müdahale”nin (*less severe interference*) yani, ailesiyle ilişkisini sürdürebileceği daha yakın mesafedeki bir cezaevine gönderilmesinin olanaklı olup olmadığının da araştırılması gerektiğini vurgulamıştır ⁶⁵¹. Elosegui, Muhammad ve Muhammad / Romanya kararındaki görüşünde de, “en az kısıtlayıcı tedbir”in, demokratik toplum açısından “gereklilik” belirlenirken araştırılabildiğini belirtmişti (bkz. bu Bölümün 7.2.4. no.lu paragrafı).

Elosegui’nin sıralaması, Christoffersen’in sıralamasındaki, geniş anlamda orantılılığın belirlenmesiyle ilgili sonuncu basamakta yer alan üç alt-aşama ile örtüşmektedir (bkz., bu Bölümün 7.2.2. ve 7.2.3. no.lu paragrafları). Belirtmek isteriz ki, burada sözü edilen sıralama, Alman hukukundaki gibi, dikey ve basamaklı bir sıralamadır.

⁶⁴⁸ Elosegui, “orantılılık testi” yerine “dengeleme uygulaması” terimini kullanmıştır. Bkz., ayrıca, terminoloji sorunuyla ilgili, VII. Bölümün 5.2. no.lu paragrafı.

⁶⁴⁹ Elosegui’nin, bu sıralamada, Alexy’den esinlendiği anlaşılmaktadır (Voynov / Rusya kararının 15. Sayfası, dip-not 1).

⁶⁵⁰ Elosegui’nin, üçüncü adım (dar anlamda orantılılık – dengeleme) içindeki sıralaması, Alexy’nin sıralamasından farklıdır (Alexy’nin yargı organı için öngördüğü üç aşamalı sıralaması için bkz., yukarıda dip-not 331).

⁶⁵¹ Voynov / Rusya kararının 15-16. sayfaları.

8. AİHM'nin genellikle benimsediği sıra düzeni ve görüşümüz:

AİHM, her ne kadar, Christoffersen'in kaydettiği gibi, dikey ve basamaklı sıra izleyen dengeleme uygulamasından çok, yatay uygulamayı benimsiyor olsa da ⁶⁵², görüşümüze göre, Christoffersen'in dikey ve basamaklı sıralaması, AİHM önündeki her olaya uygulanabilir; buna, AİHM'nin, devletlerin yaptığı dengelemeyi denetleme uygulaması da dahildir. Her sıradaki (meşru amaç, elverişlilik, gereklilik / zorunluluk gibi) kalıpların içeriği, her davada kendine özgü olabilir ancak, kalıpların içeriğinin her davada değişik olması, söz konusu dikey ve basamaklı sıralamanın genel olarak uygulanmasına engel değildir.

9. Geniş anlamda orantılılığın (orantılılık testinin) son aşaması olan dar anlamda orantılılığın belirlendiği yani, dengelemenin yapıldığı aşamanın işlevleri:

9.1. Geniş anlamda orantılılığın (orantılılık testinin) son aşaması olan dar anlamda orantılılığın belirlendiği yani, dengelemenin yapıldığı aşamanın, iki işlevi bulunmaktadır ⁶⁵³, ⁶⁵⁴. Bunlar, 1) müdahalenin yöneldiği meşru amaçla (kamu düzeni, kamu güvenliği, halk sağlığı gibi, kamu yararına yönelik amaçlar) ⁶⁵⁵, bu amaca ulaşmak için kullanılan aracın (müdahalenin, sınırlayıcı işlemin, uygulamanın) makul bir orantı ilişkisi içinde olup olmadığının ⁶⁵⁶ ve 2) dengeleme uygulaması sonucunda, müdahale nedeni (meşru amaçlar) ile hak veya özgürlük arasında (çıkarlar arasında) adil bir dengenin kurulup kurulmadığının ⁶⁵⁷ belirlenmesidir. Jiseng de, bu iki işlevden söz etmiştir ⁶⁵⁸. 1)'deki işleve kısaca, "amaç-arac orantılılığı" diyebiliriz.

⁶⁵² Bkz., yukarıda dip-not 639.

⁶⁵³ Mowbray'in, orantılılığın iki türünün bulunduğu ile, buradaki işlevsel ayırım örtüşmektedir (bkz., yukarıda, VII. Bölümün 5.2. no.lu paragrafında Mowbray'in görüşü).

⁶⁵⁴ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 1.1.1. no.lu paragrafı.

⁶⁵⁵ Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi bireysel çıkarların gözetilmesi de, meşru amaçlar arasındadır (Çali, prg 17).

⁶⁵⁶ Ashingdane v. The United Kingdom (no. 8225/78), 28.5.1985, prg. 57. Ayrıca bkz., yukarıda dip-not 435.

⁶⁵⁷ Serghides'in, 28.8.2018 tarihli S.J.P. ve E.S. / İsveç kararındaki karşı oy yazısı (s. 37).

⁶⁵⁸ Jiseng 13, 22-23.

Dar anlamda orantılılığın, iki işlevine dayanarak, araç-amaç orantılılığı ile adil denge testlerini, dikey basamaklı sıra düzeninin en son basamağının iki ögesi olarak tanımlayabiliriz. Bunlardan, adil dengenin belirlenmesinin (test edilmesinin) en son aşama olduğunu belirtmeliyiz. Bunu, aşağıda XIII. Bölümün 1.1. no.lu paragrafında, adil denge ile orantılılık arasındaki ilişkiyi sunarken açmaya çalışacağız.

9.2. Christoffersen'in, geniş anlamda orantılılıkla, dar anlamda orantılılığın, dikey sıralanmasını gösteren tablo:

Christoffersen'in dikey sıralaması uyarınca ve orantılılık kavramıyla ilgili olarak, buraya kadar yapılan açıklamalar ⁶⁵⁹ ışığında, geniş ve dar anlamda orantılılık ile amaç-araç orantılılığı kavramlarını, tabloda şöyle gösterebiliriz:

Geniş anlamda orantılılık (üst kavram) (orantılılık testi)	
1) Elverişlilik / uygunluk	
2) Zorunluluk / gereklilik	
3) Dar anlamda orantılılık (dengeleme uygulaması)	
(3.1) - Amaç- araç orantılılığı	(3.2) - Adil denge ilkesine göre dengeleme

XI. BÖLÜM: AİHM'NİN, ADİL DENGE İLKESİNE YÖNELİK DENGELEME UYGULAMASININ, ÇATIŞMA İLE İLGİLİ OLMAYAN BAZI UYGULAMALARDAN AYRIŞTIRILMASI

Yukarıda, IX. Bölümünün 5. no.lu paragrafında belirtildiği gibi, AİHM, AİHS'de güvence altına alınan hakların / özgürlüklerin ve bunlarla ilgili çıkarların ve kamu çıkarlarının / yararlarının çatışmaları durumunda, dengeleme yapmaktadır. Adil denge ilkesine yönelik dengeleme de, çatışma ile ilgili dengelemedir. Ancak, çatışma ile ilgili dengeleme dışında, duraksama yaratabilecek bazı uygulamalarla

⁶⁵⁹ Bkz., bu Bölümün 7.2.2. ve 7.2.3. no.lu paragrafları.

karşılaşılabilmektedir. Örneğin, AİHM Büyük Dairesinin, 17.12.2004 tarihli Pedersen ve Baadsgaard / Danimarka kararında, başvuru basın mensuplarının, herhangi bir kamusal görevi veya yetkisi olmayan kişilerin (*private persons*) itibarıyla ilgili sorumlulukları belirlenirken, basın mensuplarının, bu gibi kişilere yönelttikleri iddiaların ciddiyeti / ağırlığı ölçüsünde güçlü olgusal temele dayanmaları gerektiği vurgulanmıştır ⁶⁶⁰. Görüldüğü üzere, burada, hak-hak, hak-çıkarcı veya çıkar-çıkarcı çatışması yoktur. Burada söz konusu olan, kamu görevi veya yetkisi olmayan kişilerle ilgili iddiaların ciddiyeti / ağırlığı arttıkça, iddiaların dayandığı olgusal temelin de o ölçüde (veya oranda) güçlü olması gerektiğini öngören, farklı bir uygulamadır. Nitekim, yukarıda sunduğumuz dengeleme modellerinden (bkz., VI. Bölümün 6.1, 6.2. ve 6.3 no.lu paragrafları) hiçbirine uymamaktadır.

AİHM Büyük Dairesinin, 15.10.2020 tarihli Muhammad ve Muhammad / Romanya kararında, ulusal yetkililerin, hakkın sınırlandırılmasının gerekliliğinin incelemesi ne kadar gevşek (*less stringent*) ise, AİHM'nin, dengeleyici faktörleri aramasının o ölçüde sıkı (*strict*) olacağı vurgulanmıştır ⁶⁶¹. Burada, çatışma nedeniyle sınırlandırılan hakkın dengelenmesi değil, belirtilen yöntemle korunması söz konusudur. Meyerson'un kaydettiği, haklarla, daha az önemdeki çıkarların çatışması durumunda, hakka (özgürlüğe) müdahalenin yoğunluğu / şiddeti arttıkça, müdahalenin haklı gösterilmesinin zorlaştırılması ve yetkililere (devlete) düşen kanıt yükünün ağırlaştırılması yöntemi ⁶⁶² de, benzer biçimde, hakkın korunmasıyla ilgilidir. Böyle yöntemlerin, temel hakkın veya özgürlüğün korunmasına yönelik önlemler olduğu ve hak-hak, hak-çıkarcı veya çıkar-çıkarcı çatışmasına bağlı bulunan, adil denge ilkesine yönelik dengeleme uygulamasıyla karıştırılmaması gerektiği görüşündeyiz.

AİHM Büyük Dairesinin, yukarıda belirtilen, 12.6.2014 tarihli Fernandez Martinez / İspanya kararında, ulusal yetkililerin, meşru amaç olarak benimsenen, Katolik Kilisesinin, din dersi öğretmenini seçmekte özerk olması ile din dersi öğretmenin özel hayat ve aile hayatı hakkını (AİHS md 8) "dengeleyerek" vardıkları sonuca saygı

⁶⁶⁰ Pedersen and Baadsgaard v. Denmark (no. 49017/99) [GC], 17.12.2004, prg. 76, 78. AİHM'nin, 13.1.2015 tarihli Lozowska / Polonya kararı da aynı yöndedir (Lozowska c. Pologne (no. 62716/09), 13.1.2015 (Fransızca), prg. 83).

⁶⁶¹ Muhammad and Muhammad v. Romania (no. 80982/12) [GC], 15.10.2020, prg. 145, 177.

⁶⁶² Bkz., dip-not 345.

gösterip uyulmuştur (*deference*) ⁶⁶³. Burada, hak-hak, hak-çıkarcı veya çıkar-çıkarcı çatışmasının yerini, meşru amaçla, temel hakkın karşılaştırılması almıştır. Görüşümüze göre, bu karşılaştırmanın, adil denge ilkesine yönelik dengeleme ile ilgisi bulunmamaktadır. Söz konusu karşılaştırmanın, yargıç Dedov tarafından da eleştirildiğini kaydedelim ⁶⁶⁴.

XII. BÖLÜM: AİHM'İN ADİL DENGeye YÖNELİK Dengeleme UYGULAMASINDA DAYANDIĞI FELSEFİ TEMEL

Yargı organının, çatışan hakları / özgürlükleri / çıkarları dengelemeye yönelmesinin, yargıçların benimsedikleri hukuk ve siyaset felsefesiyle ilgili olduğunu ve Rawls, Dworkin ve Habermas gibi, temel hak ve özgürlükleri üstün tutan yargıçların, bu hak ve özgürlükleri, kamu çıkarları / yararları ile aynı terazide dengelemekten kaçınacaklarını yukarıda belirtmiştik (VI. Bölümün 2.2.1. no.lu paragrafı).

Letsas'a göre, AİHM, daha çok, dengelemeye uygun olan çıkarları korumaya (*interest-based*) yönelik bir çizgi izlemekte; daha az olarak da, dengelemeye uygun olmayan, çıkarları sınırlamayı engelleyen (*reason blocking*) bir yaklaşım sergilemektedir ^{665, 666}. Çalı ise, AİHM'nin, kararsız biçimde olsa da, demokratik toplumun temel değerlerinin korunması söz konusu olduğunda, dengelemeye uygun olmayan, çıkarları sınırlamayı engelleyen (*reason blocking*) bir yaklaşım içinde olduğu görüşündedir ⁶⁶⁷. Burada, çıkarların sınırlandırılmasını engelleyen yaklaşımın, dengeleme uygulamasıyla bağdaşmadığını, dolayısıyla, bu yaklaşım benimsendiğinde, çıkarların (hakların, özgürlüklerin ve kamu çıkarlarının) sınırlandırılmasıyla sonuçlanacak dengeleme uygulamasına girililmeyeceğini tekrar edelim ⁶⁶⁸.

⁶⁶³ Yukarıda, dip-not 212'de belirtilen, Fernandez Martinez / İspanya kararı, prg. 121, 126, 147, 150-151.

⁶⁶⁴ Fernandez Martinez / İspanya kararı, s. 64. Yargıç Dedov, Kilisenin özerkliğinin hem meşru amaç, hem çıkar olarak nitelendirilemeyeceğini, sadece çıkar olarak kabul edilmesi durumunda ise, bu çıkar karşısında temel hakkın (AİHS md. 8) ağır basması gerektiğini savunmuştur (karar, s.64).

⁶⁶⁵ Letsas 104-105.

⁶⁶⁶ Çıkarları sınırlamayı engelleyen (*reason blocking*) yaklaşım için bkz., yukarıda III. Bölümün 2.4. ve V. Bölümün 5.1. no.lu paragrafları.

⁶⁶⁷ Çalı prg. 20-22.

⁶⁶⁸ Jiseng 13; ayrıca, bkz., yukarıda, III. Bölümün 2.4. no.lu ve V. Bölümün 5.1. no.lu paragrafları.

AİHM, 23.7.1968 tarihli Belçika'daki eğitim dilleri kararından bu yana adil dengeye yönelik dengeleme yapmaktadır ⁶⁶⁹. Bu nedenle, AİHM'nin, dengeleme uygulamasının yardımıyla çözdüğü davalarda, çıkarların sınırlanmasını engelleyen bir yaklaşım içinde olması olanaklı değildir. AİHM'nin, bu tür davalarda, çıkarların korunması temelinde, yararcı öğretiye göre hareket ettiği söylenebilir ⁶⁷⁰. Ancak, AİHM'nin her davada dengeleme uygulamasına başvurmadiğının ⁶⁷¹, zira, bazı davaların özellikleri nedeniyle, önceki paragrafta belirtilen, çıkarların sınırlanmasını engelleyen bir yaklaşım içinde olması gerektiğinin altı çizilmelidir. Bu gerekliliğin, AİHM'nin, AİHS'de güvence altına alınan insan haklarını koruma göreviyle ilişkili olduğu düşünülmektedir; zira, yararcı öğretiye tam bağlılık, her durumda kamu yararının üstün tutulması ⁶⁷², veya hakkın özünün çiğnenmesinin göz ardı edilmesi gibi ⁶⁷³, insan hakları hukukuna aykırı sonuçlar doğurabilir.

AİHM'nin, özelliklerine göre, bazı davalarda, çıkarları sınırlamayı engelleyen yaklaşımı; bazı davalarda ise, çıkarların sınırlanması ile sonuçlanan dengeleme uygulamasını benimsediğinin altı çizilebilir. Bu bağlamda, AİHM'nin, değişken olmayan, ilkesel bir tutum içinde olduğunu ileri sürmek, gerçekçi olmaz. AİHM, bu konuda da pragmatik ve davaya özgü (*ad hoc*) davranmaktadır. Dolayısıyla, AİHM'nin, 1) çıkarları sınırlamayı engelleyen öğretinin yolundan giderek, dengeleme uygulamasından kaçınmayı veya 2) çıkarların korunması temelinde, yararcı öğretinin yolundan giderek, çatışan çıkarları (hakları / özgürlükleri ve kamu yararlarını) dengeleme uygulamasıyla tartıp, bunlardan bazılarını sınırlamayı seçmesi, baktığı davanın özelliklerine bağlı bulunmaktadır.

⁶⁶⁹ Bkz., yukarıda, VI. Bölümün 2.2.2. no.lu paragrafı.

⁶⁷⁰ Jiseng 22.

⁶⁷¹ Bkz., yukarıda, X. Bölümün 1.2. no.lu paragrafı.

⁶⁷² Bkz., yukarıda V. Bölümün 5.4. ve IX. Bölümün 5. no.lu paragrafları.

⁶⁷³ AİHM Büyük Dairesinin 15.10.2020 tarihli Muhammad ve Muhammad / Romanya kararında, yargıç Albuquerque, yargıç Elosegui'nin de katıldığı görüşünde, AİHM'nin yararcı bir yaklaşımla, hakkın özünün korunması gereğini göz ardı etmesini eleştirmiştir (kararın, 74-75. ve 80. sayfaları).

XIII. BÖLÜM: AİHM AÇISINDAN, ADİL DENGİ İLKESİ İLE ORANTILILIK, HAKKIN ÖZÜ, DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ, DEVLETİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMLARI VE DEMOKRATİK TOPLUM AÇISINDAN GEREKLİ OLMA KOŞULU ARASINDAKİ İLİŞKİ

1. AİHM açısından, adil denge ilkesi ile orantıllık, hakkın özü, devletin pozitif yükümlülüğü, devletin takdir yetkisi kavramları ve demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu arasındaki ilişkinin önemi:

Önemle altını çizmek isteriz ki, dengeleme uygulamasında dikey ve basamaklı sıra düzeni izlenirse, adil denge ile orantıllık, hakkın özü, devletin pozitif yükümlülüğü, devletin takdir yetkisi ve demokratik toplum açısından gereklilik kavramları arasındaki ilişki daha doğru anlaşılır. Dikey ve basamaklı sıra izlenmezse, kavramlar arasındaki ilişkilerde mantık zinciri kopabilir.

Mantık zinciri kopukluğuna, yargıç Costa, AİHM'nin, 12.7.2001 tarihli Prince Hans-Adam II of Liechtenstein / Almanya kararında yazdığı görüşünde işaret etmiştir. Kararda, başvurunun, 1946'da Çekoslovak yetkililer tarafından el konmuş bulunan, ailesine ait tablonun sergi için Almanya'ya getirilmesi üzerine, kendisine geri verilmesi isteminin, Alman mahkemelerinin, Almanya'ya egemenlik sağlayan 1990 tarihli uluslararası andlaşma uyarınca, Çekoslovak yetkililerin el koyduğu mallar konusunda yetkisiz oldukları gerekçesiyle reddedilmesinin, başvurunun mahkemeye erişim hakkıyla ilgili çıkarının, Almanya'ya egemenlik sağlayan uluslararası andlaşma karşısında ağır basmadığı için, amaçla "orantılı" olduğu; bu nedenle de, başvurunun, mahkemeye erişim hakkının özünün çiğnenmediği hükmüne varılmıştır ⁶⁷⁴. Yargıç Costa ise, görüşünde, Alman mahkemelerinin, başvurunun istemini yetkisizlik gerekçesiyle reddetmelerinin, amaçla orantılı olduğu, bu nedenle de, mahkemeye erişim hakkının özünün çiğnenmediği gerekçesini eleştirmiş ve hakkın özünün çiğnenip çiğnenmediğinin, hakkın sınırlandırılmasının orantılı olup olmasıyla bir ilgisinin bulunmadığını; dolayısıyla, hakkın özünün çiğnenmemiş sayılmasının, sınırlamanın orantılı olmasının mantıklı bir sonucu olmadığını vurgulamıştır ⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany (no. 42527/98), 12.7.2001, prg. 69.

⁶⁷⁵ Prince Hans-Adam II of Liechtenstein kararının 33-34. sayfaları. Costa'ya göre, asıl sorun, uluslararası andlaşma nedeniyle Alman mahkemelerinin yetkisizliğinden çok, başvurunun, söz konusu andlaşmadan dolayı, iç hukukta ileri sürüp savunabileceği bir istem hakkına (*arguable claim*) sahip bulunmamasıdır (kararın 34. sayfası).

Görüşümüze göre, hakkın özünün çiğnenip çiğnenmediğinin, dikey basamaklı sıra düzeninde, hakkın ve müdahalenin kapsamlarının belirlendiği ilk basamakta incelenmesi uygundur. Nitekim, yargıç Albuquerque de, Muhammad ve Muhammad / Romanya kararında yazdığı görüşünde, hakkın özünün, öncelikle incelenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir ⁶⁷⁶. Dolayısıyla, Costa, dikey basamaklı sıra düzeninden söz etmemiş olsa da, hakkın özünün önemi ve önceliği bu sıra düzeni içinde yerini almış olsaydı, 1) bize göre, ilk önce; 2) olmazsa, mutlaka orantılılık incelemesinden önce incelenmesi gerekirdi ve doğal olarak, sınırlamanın amaçla orantılı olduğu, bu nedenle hakkın özünün çiğnenmiş sayılamayacağı gibi, mantık açısından eleştirilen söz konusu sonuç çıkmazdı.

1.1. Adil denge ile orantılılık kavramı arasındaki ilişki:

Yukarıda, X. Bölümün 9.1. no.lu paragrafında açıklandığı ve 9.2. no.lu paragrafta yer alan tabloda gösterildiği gibi, adil dengeye yönelik dengeleme ile amaç-araç orantılılığı, dikey basamaklı sıra düzeninin son basamağının / aşamasının (dar anlamda orantılılığın veya dengelemenin) iki ögesini oluşturmaktadır. Farklı işlevleri nedeniyle, birbirinden farklı olan bu iki kavram, AİHM tarafından karışık, hatta, gelişigüzel biçimde ⁶⁷⁷ kullanılsalar da, burada sözü edilen ögelerden, 1) orantılılığın, amaç ve araç arasındaki makul (*reasonable* - akla uygun) ilişkiyi ⁶⁷⁸ (amaç-araç orantılılığı); 2) adil dengeye yönelik dengelemenin de, çatışan haklar / çıkarlar arasında kurulan ve adil olarak nitelendirilebilecek dengeyi anlattığı ⁶⁷⁹, ⁶⁸⁰ tartışmalı değildir. Nitekim, AİHM Büyük Dairesinin 16.12.2010 tarihli A, B ve C / İrlanda kararında, her iki kavram, anlamlarındaki farklılığa uygun biçimde kullanılmışlardır ⁶⁸¹.

Orantılılık (amaç-araç orantılılığı), çatışan çıkarlar arasında denge noktasının bulunmasına değil, amaç ve araç arasındaki ilişkinin akla uygun olmasına odaklanır;

⁶⁷⁶ Karar için bkz., dip-not 372.

⁶⁷⁷ Christoffersen, *Fair Balance* 194. ayrıca bkz., yukarıda VII. Bölümünün 5.2. no.lu paragrafı.

⁶⁷⁸ Bkz., dip-not 435.

⁶⁷⁹ Young, James and Webster v. The United Kingdom (no. 7601/76; 7806/77), 13.8.1981, prg. 63.

⁶⁸⁰ Christoffersen, *Fair Balance* 196.

⁶⁸¹ A, B and C v. Ireland (no. 25579/05) [GC], 16.12.2010, prg. 229; Scaccia 16.

amacın gerçekleşmesi sonucunda hak veya özgürlüğün olumsuz olarak etkilenmesi / uğrayacağı kayıp, orantılılığın ilgi alanına girmez ⁶⁸². Buna karşılık, dengeleme ile yönelinen adil denge, çatışan çıkarları / hakları ayakta tutarak, aralarında, adil olarak nitelendirilebilecek bir denge kurmayı hedefler ⁶⁸³. Bu açıdan bakıldığında, adil denge kavramının, amaç-araç orantılılığı ile sıralanma ve aynı üst kavramın (dar anlamda orantılılığın; dengeleme uygulamasının) birer ögesi olmak dışında bir ilişkisi bulunmamaktadır.

Bir tarafa yüklenen aşırı külfetin (*excessive burden*) orantısızlık anlamına geldiği, dolayısıyla, adil denge ilkesine aykırı olduğu yargısına sıkça rastlanır. Angelopoulos ve Smet'e göre, bir tarafa yüklenen aşırı külfet sadece, adil denge ilkesiyle ilişkilidir ⁶⁸⁴. Görüşümüze göre, bir tarafa yüklenen aşırı külfet, bazı durumlarda amaç-araç orantılığını; bazı durumlarda da, olması gereken adil dengeyi olumsuz etkileyebilir. Dolayısıyla, aşırı külfeti, amaç-araç orantılılığı ve adil denge ilkesi ögelerini içeren, dar anlamda orantılılık (dengeleme uygulaması) kavramı içinde düşünmek yanlış olmaz.

Yukarıda X. Bölümün 9.1. no.lu paragrafında da belirttiğimiz gibi, sıralamada, adil denge ilkesine yönelik dengeleme, amaç-araç orantılılığından sonra gelir ⁶⁸⁵. Buna göre, amaç ile araç arasında orantısızlık varsa, bu durum, ihlal kararı verilmesi için yeterlidir; dolayısıyla, adil denge ilkesine yönelik dengelemeye gerek kalmaz ⁶⁸⁶. Buna karşılık, amaçla araç arasında makul bir orantı varsa, adil denge ilkesine yönelik dengelemeye geçilir ve adil olmayan bir dengesizlik saptanırsa, bu nedenle ihlal kararı verilir. Buradan şu sonuç çıkmaktadır: Dikey basamaklı sıra düzeni içinde, meşru amaçla, bu amaca yönelik sınırlama orantılı bulunsa da, bir sonraki aşamada yapılacak adil denge ilkesine yönelik dengelemenin sonucunda, adil denge ilkesine aykırı bir bulguya ulaşılabilir. Bu durumda, adil dengeye yönelik dengelemenin, orantılılık ilkesine uygun olarak yapılmasını öngören AİHM kararları ⁶⁸⁷ ne anlama gelmektedir?

⁶⁸² Jiseng 19.

⁶⁸³ Bkz., adil denge kavramının tanımı; VII. Bölümün 4.1. no.lu paragrafı.

⁶⁸⁴ Angelopoulos and Smet 2.

⁶⁸⁵ Bu sıralamaya AİHM Büyük Dairesinin, Slivenko / Letonya kararında da rastlamaktayız (Slivenko v. Latvia (no. 48321/99) [GC], 9.10.2003, prg. 122).

⁶⁸⁶ Bkz., aşağıda, XIV. Bölümün 1.6.1.5. no.lu paragrafında yer alan, A.N. / Litvanya kararıyla ilgili açıklamalar.

⁶⁸⁷ AİHM Büyük Dairesinin Fernandez Martinez / İspanya kararının 48. sayfasındaki (prg.18) 8 yargıcın karşı oy yazısı ve bu yazıda belirtilen kararlar (Fernandez Martinez v. Spain (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014).

Görüşümüze göre, söz konusu AİHM kararları, adil dengeye yönelik dengeleme uygulamasıyla bulunacak sonuç ne olursa olsun, farklı / yeni bir orantısızlığa yol açılmamasıyla ilgilidir.

1.2. Adil denge ile hakkın özü kavramı arasındaki ilişki:

Yukarıda, Prince Hans-Adam II of Liechtenstein / Almanya kararı bağlamında belirttiğimiz gibi, burada da, hakkın özünün, dikey ve basamaklı sıra düzeni içinde öncelikli olarak veya her durumda, adil denge incelemesinden önce ele alınması gerektiğini kaydedelim ⁶⁸⁸. Bu sıra düzenine uyulursa, hakkın özü, dengeleme uygulamasından önce inceleneceğinden, hakkın özünün, insan hakları açısından sakıncalı bir yaklaşımla, “dengeleme uygulamasından geriye kalan” olarak anlaşılmasının ⁶⁸⁹ da önüne geçilmiş olur.

Hakkın özünün çiğnenip çiğnenmediğinin, dengeleme uygulamasından önce ele alınması durumunda, AİHM, hakkın özünün çiğnendiği sonucuna varırsa, iki seçenekle karşı karşıya kalır: 1) Dengeleme uygulamasına geçmeden, hakkın özünün çiğnenmiş olduğu gerekçesiyle, hak ihlaline karar verir ve dengeleme uygulamasına geçmez veya 2) dengeleme uygulamasına geçer ve hakkın özünü ayakta tutabilmek için devlete pozitif yükümlülük yükler ^{690, 691}. Bu ikinci seçeneğin, hakkın özünün korunması ilkesini de içeren adil denge tanımımızla uyumlu olduğunu belirtmeliyiz ⁶⁹². Ayrıca, hatırlatalım ki, hakkın özünün korunması, söz konusu hakkın sınırlandırılmasına rağmen, kullanılmasının imkansız hale getirilmemesinin, diğer deyişle, etkinliğini sürdürebilmesinin sağlanmasıdır ^{693, 694, 695}. Zaten, adil bir denge kurulmasına yönelik dengelemenin amacı da, çatışan hakların / çıkarların ayakta kalmasıdır.

⁶⁸⁸ Bkz. bu Bölümde 1. no.lu paragraf.

⁶⁸⁹ Bkz., VI. Bölümün 6.1.2. no.lu paragrafı.

⁶⁹⁰ Appleby and others v. The United Kingdom (no. 44306/98), 6.5.2003, prg. 47.

⁶⁹¹ Devletin pozitif yükümlülükleri için bkz., hemen sonraki 1.3. no.lu paragraftaki açıklamalar.

⁶⁹² Bkz., yukarıda VII. Bölümün 4.1. no.lu paragrafı.

⁶⁹³ Bkz., yukarıda VII. Bölümün 2.2. no.lu paragrafı.

⁶⁹⁴ Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium (no. 9267/81), 2.3.1987, prg. 52; Jiseng 15.

⁶⁹⁵ Harris, O'Boyle and Warbrick 25; Gerards, *General Principles* 111.

Bazı görüşlere göre, hakkın özünün, terazinin kefesine konması ve dengeleme uygulamasına dahil edilmesi uygun değildir. Bu görüşte olan yargıçlar, birinci seçeneğe yönelirler. Nitekim, yargıç Albuquerque, AİHM Büyük Dairesinin 13.7.2012 tarihli *Mouvement Raelinen Suisse / İsviçre* kararında yazdığı karşı oy yazısında, bu görüşü savunmuştur ⁶⁹⁶. Belirtilen karardan 10 yıl önce verilmiş, 11.7.2002 tarihli *Christine Goodwin / Birleşik Krallık* davasında da, ameliyatla cinsiyet değiştirenlere, yeni cinsiyetlerine göre karşı cinsle yasal evlilik olanağı tanınmamasının, evlenme hakkının özüne aykırı olduğunun belirlenmesi üzerine ihlal kararı verilmiş ve hakkın özü, terazinin kefesine konmamıştır ^{697, 698}.

1.3. Adil denge ile devletin pozitif yükümlülüğü kavramı arasındaki ilişki:

Pozitif yükümlülük, devletin “yapma” yükümlülüğünü; negatif yükümlülük ise, devletin “yapmama” ya da “yapmaktan kaçınma” yükümlülüğünü anlatır. AİHM’ye göre, AİHS’de güvence altına alınan çeşitli haklar, pozitif yükümlülüğe kaynak oluşturur ⁶⁹⁹. Pozitif yükümlülük, hakkın / özgürlüğün etkin olarak gerçekleşmesiyle; negatif yükümlülük ise, hakka / özgürlüğe müdahale ile ilgilidir. Dolayısıyla, pozitif yükümlülüğün, adil denge ilkesine yönelik dengelemenin; negatif yükümlülüğün ise, daha çok, amaç-araç orantılılığının konusu olabileceği söylenebilir ⁷⁰⁰.

Pozitif yükümlülük, negatif yükümlülüğün aksine, AİHS’nin ilgili maddesinin metninden anlaşılmaz; AİHM tarafından yorum yoluyla, ilgili maddenin anlamından çıkarılır. İki türdür: 1) Esasla (*substantive*) ve 2) usulle (*procedural*) ilgili pozitif yükümlülük. AİHM’nin, esasla ilgili olarak bulduğu pozitif yükümlülükler çok çeşitlidir ⁷⁰¹. Bunlar arasında, devletin, AİHS’nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerle uyum sağlamak için yasal boşlukları veya aykırılıkları giderme yükümlülüğü de

⁶⁹⁶ *Mouvement Raelinen Suisse v. Switzerland* (no. 16354/06) [GC], 13.7.2012, sayfa 51’de dip-not 19.

⁶⁹⁷ *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (no. 28957/95) [GC], 11.7.2002, prg. 97, 100-101, 103-104.

⁶⁹⁸ *Christine Goodwin / Birleşik Krallık* kararının, başvurusunun, cinsiyet değişikliği ameliyatından sonra yeni cinsiyetini belirten kimlik alamamış olmasıyla ilgili şikayeti, AİHS md. 8 çerçevesinde, aşağıda XIV. Bölümün 1.6.1.3.(2) no.lu paragrafında incelenmiştir.

⁶⁹⁹ *Lawson and Schermers* 121 [n. 7].

⁷⁰⁰ *Rees v. The United Kingdom* (no. 9532/81), 17.10.1986, prg. 37; ayrıca, *Christoffersen, Fair Balance* 194.

⁷⁰¹ *Gerards, General Principles* 121-123, 132.

sayılmalıdır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması - kendi başına - ilgili hak veya özgürlüğün ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açar ⁷⁰².

AİHM, sınırlandırılan (müdahale edilen) hakkın etkinliğini sürdürebilmesi için, dengeleme uygulamasında, söz konusu hakkın konduğu kefeye ağırlık olarak, devletin pozitif yükümlülüğünü koyabilir ⁷⁰³, ⁷⁰⁴. Bu durum, Alexy'nin ağırlıklara dayalı dengeleme formülüyle ⁷⁰⁵, temel haklara ağırlık veren ve üstün çıkarları / değerleri ve mutlak hakları dengeleme uygulamasının kapsamı dışında tutan dengeleme modelleriyle ⁷⁰⁶ ve adil denge tanımımızla ⁷⁰⁷ uyumludur.

Mowbray, adil denge ilkesinin bir işlevinin de, devletin pozitif yükümlülüğünü belirlemek olduğunu belirtmiş ve buna örnek olarak, AİHM Büyük Dairesinin 30.6.2009 tarihli Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) / İsviçre (No. 2) kararını (ikinci karar) göstermiştir ⁷⁰⁸. Bu ikinci karar, kapalı alanda yapılan besiciliğe karşı çıkan ve sağlık, hayvanlar ve çevre için daha az et yenmesini öğütleyen bir reklamın TV'de yayınlanmasına izin verilmemesinin, ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna hükmedilen ilk karara dayanmaktadır. İlk karar, AİHS md. 46/1 uyarınca yerine getirilmemiştir (icra edilmemiştir). Söz konusu ikinci kararda, ilk karar uyarınca, devletin, adil denge ilkesi çerçevesinde, ifade özgürlüğünü ayakta tutacak pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak, belirtilen reklama izin vermesi gerekirken bunu yapmamış olması, ikinci kez ifade özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirilmiştir ⁷⁰⁹.

⁷⁰² Örn., X and Y v. The Netherlands (no. 8978/80), 26.3.1985, prg. 29-30; Lawson and Schermers 158 ve 160 [n. 3].

⁷⁰³ AİHM, toplantı ve gösteri yapma özgürlüğü (AİHS md. 11) ile ilgili 21.6.1988 tarihli Platform "Ärzte für das Leben" / Avusturya kararında, hakkın / özgürlüğün etkin olarak kullanılabilmesi için, devletin engellememesinin veya sınırlamamasının yeterli olmadığını; bazı durumlarda, devletin, pozitif yükümlülüğü uyarınca, hakkın / özgürlüğün kullanımını sağlayacak önlemler alması gerektiğini vurgulamıştır (Platform "Ärzte für das Leben" v. Austria (no. 10126/82), 21.6.1988, prg. 32; Lawson and Schermers 266).

⁷⁰⁴ Angelopoulos and Smet 11-12; Gerards, *General Principles* 111.

⁷⁰⁵ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.1.1. no.lu paragrafı.

⁷⁰⁶ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.2. ve 6.3. no.lu paragrafları.

⁷⁰⁷ Bkz., yukarıda VII. Bölümün 4.1. no.lu paragrafı.

⁷⁰⁸ Mowbray 26, 28-29, 36.

⁷⁰⁹ Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2) (no. 32772/02) [GC], 30.6.2009, prg. 13-14, 18, 83, 91, 96-98.

Mowbray'ın, adil denge ilkesinin bir işlevinin, devletin pozitif yükümlülüğünü belirlemek olduğuna ilişkin görüşünü, önceki tarihli, Rees / Birleşik Krallık ve Appleby ve diğerleri / Birleşik Krallık kararları da desteklemektedir. Belirtilen her iki karardan, adil denge ilkesiyle, devletin pozitif yükümlülüğü arasındaki ilişkinin, adil dengenin sağlanması açısından devlete pozitif yükümlülük yükleyip, bu yükümlülüğü terazinin kefesine koymak olduğu anlaşılmaktadır ⁷¹⁰.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, devletin pozitif yükümlülüğünün ve bu yükümlülüğün sınırlarının, AİHM tarafından dengeleme uygulaması sırasında belirlendiğini söylemek yanlış olmaz.

Son olarak, devlete yüklenen pozitif yükümlülüğün hangi araçlarla yerine getirileceğinin belirlenmesinin, devlete tanınan takdir yetkisinin kapsamı içinde olduğu belirtilmelidir ^{711, 712}.

1.4. Adil denge ile devletin takdir yetkisi kavramı arasındaki ilişki:

Burada sözü edilen takdir yetkisi, ulusal yetkililere (ulusal yasama ve yargı organları dahil), çatışan çıkarları / hakları dengelerken, dengeleme için uygun araçları seçerken ve çatışan çıkarlar / haklar arasında tercih yaparken kullanmaları için AİHM tarafından tanınan yetkidir ^{713, 714, 715, 716}. Bu bakımdan, dengeleme bağlamında, devlete / ulusal yetkililere tanınan takdir yetkisi, yargı organlarının, orantılılık testinin (geniş anlamda

⁷¹⁰ Rees v. The United Kingdom (no. 9532/81), 17.10.1986, prg. 37 (Lawson and Schermers 200, 203 [n. 3]); ayrıca, XIV. Bölümün 2.5.2. no.lu paragrafında incelenen Appleby ve diğerleri / Birleşik Krallık kararının 40. paragrafı.

⁷¹¹ A, B and C v. Ireland (no. 25579/05) [GC], 16.12.2010, prg. 266; Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (no. 931/13) [GC], 27.6.2017, prg. 162.

⁷¹² Esen 93.

⁷¹³ Gölcüklü, Gözübüyük 149.

⁷¹⁴ Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", Speech by Mr. Dean Spielmann, President of the European Court of Human Rights, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 13.12.2013: 1 (https://echr.coe.int/Documents/Speech_20140113_Heidelberg_ENG.pdf) (erişim: 6.6.2022).

⁷¹⁵ Bkz., yukarıda IX. Bölümün 6.2. ve X. Bölümün 5.2., 5.3., 5.4 no.lu paragrafları.

⁷¹⁶ Odievre v. France (no. 42326/98), 13.2.2003, prg. 49; Fernandez Martinez v. Spain (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014, prg. 122; Çali, prg. 35. Ancak, kullanılan araçların ve tercihlerin AİHM denetimine tabi olduğu belirtilmelidir (bkz., dip-not 509'da belirtilen, M.A. v. Denmark (no. 6697/18) [GC], 9.7.2021, prg., 148); O.H. et G.H. c. Allemagne (nos. 53568/18 et 54741/18), 4.4.2023 (Fransızca), prg, 123 (karar henüz kesinleşmemiştir; 15.4.2023).

orantılılığın) basamaklarında kullandıkları takdir yetkisinden ⁷¹⁷ farklı bir kavramdır. Gerards'a göre, AİHM'yi, devlete takdir yetkisi tanımaya yönelten etmenler, AİHM'nin ikincil konumda olması ve olgulara olan uzaklığıdır ⁷¹⁸.

1.4.1. AİHM'nin, devlete takdir yetkisi tanınması ile ilgili çeşitli görünümeler aşağıda sunulmaktadır. Bu görünümelerdeki yaklaşımların, Alexy'nin ağırlıklara dayalı dengeleme formülüne uygun olduğu kaydedilmelidir ⁷¹⁹.

1.4.1.1. AİHM'nin, devlete tanıdığı takdir yetkisi, a) Avrupa'da konu ile ilgili ortak bir görüş (*consensus*) oluşmamışsa veya ulusal yetkililerin, bireysel çıkar-kamu yararı veya bireysel çıkar-bireysel çıkar çatışmasında dengeleme yapmaları gerekiyorsa, geniş; b) buna karşılık, Avrupa'da konu ile ilgili ortak bir görüş oluşmuşsa veya bireysel hak / çıkar, bireyin var olması (*existence*) ve kimliği (*identity*) ile ilgili ise, dardır ⁷²⁰.

1.4.1.2. Hakka / özgürlüğe müdahale, toplumun, geçmişte önemli bir ayrımcılığa uğramış, hak ihlallerine karşı zayıf durumda olan (*vulnerable*) bir grubuna yönelikse, devlete tanınan takdir yetkisi önemli ölçüde (*substantially*) dar tutulur ⁷²¹.

1.4.1.3. AİHM Başkanı (2012-2015) Dean Spielmann, takdir yetkisinin, hassas ahlaki konularda, sosyal ve ekonomi politikaları ile ilgili konularda, AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin birbiriyle çatışması durumunda ve askeri örgütlenme konularında geniş; buna karşılık, cinsiyet eşitliği ile ilgili olduğu için, cinsel yönelim konusunda dar tutulduğunu eklemiştir ⁷²².

1.4.1.4. Egemen Esen, hak ve özgürlüğün önemi ne kadar artarsa, devlete tanınan takdir yetkisinin o ölçüde dar tutulduğunu belirtmiştir ⁷²³. Buna örnek olarak, Campbell / Birleşik Krallık kararı gösterilebilir. Bu kararda, cezaevi güvenliğine ilişkin

⁷¹⁷ Bkz., dip-not 228 ve 255.

⁷¹⁸ Gerards, *General Principles* 162-163.

⁷¹⁹ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.1.1. no.lu paragrafı.

⁷²⁰ Schüth v. Germany (no. 1620/03), 23.9.2010, prg. 56; A, B and C v. Ireland (no. 25579/05) [GC], 16.12.2010, prg. 232; Fernandez Martinez v. Spain (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014, prg. 124.

⁷²¹ Alajos Kiss v. Hungary, (no. 38832/06), 20.5.2010, prg. 42; Scaccia 18.

⁷²² Spielmann, "Allowing the Right Margin" 4, 6.

⁷²³ Esen 88.

kamu çıkarı ile mahkumun avukatıyla gizli yazışma hakkının çatışmasında, önem bakımından mahkumun hakkına öncelik verilmiş ve bu hakka müdahale konusunda, devlete – dar da olsa – her hangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır ⁷²⁴

1.4.1.5. AİHS’de güvence altına alınan hakka / özgürlüğe müdahalenin ağırlığı / şiddeti de, AİHM’nin devlete tanıyacağı takdir yetkisinin genişliğinin tespitinde belirleyici rol oynar. Buna göre, hakka / özgürlüğe müdahale ağırlaştıkça, denetim yoğunlaşır ve devlete tanınacak takdir yetkisi daralır ⁷²⁵.

AİHS’de güvence altına alınan hakka / özgürlüğe müdahalenin ağırlığı / şiddeti az; buna karşılık, çatışan kamu çıkarının önemi çoksa, devlete tanınan takdir yetkisinin kapsamı, yetkililerin, çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurup kurmamakta serbest olmaları noktasına kadar varabilir. Devlete, bu genişlikte takdir yetkisi tanınmasına örnek olarak, aşağıda, Z / Finlandiya ve Hatton vd. / Birleşik Krallık kararları sunulmaktadır ⁷²⁶.

1.4.1.6. Hakka / özgürlüğe müdahalenin haklılığı / meşruluğu da (demokrasiyi korumak gibi), devlete tanınacak takdir yetkisinin geniş tutulmasına yol açabilir. Nitekim, AİHM Büyük Dairesi, 22.4.2013 tarihli Animal Defenders International / Birleşik Krallık kararında, müdahalenin haklılığı ne kadar çok ikna edici ise, müdahalenin yarattığı olumsuz etkiye o ölçüde daha az önem verdiğini belirtmiştir. Bu bakış açısıyla, kamuoyu önünde özgür, çoğulcu ve eşit koşullarda oluşması gereken siyasi tartışma ortamını ve demokratik süreci korumak amacıyla, radyo ve TV kanallarında paralı siyasi reklam yapılmasına müdahale edilmesi haklı görülmüş ve bu bağlamda devlete tanınan takdir yetkisinin alanı geniş tutulmuştur ⁷²⁷. Burada, müdahaleyi haklı / meşru kılan etmenin, siyasi tartışma ortamının ve demokratik sürecin korunması amacı olduğuna dikkat çekmek isteriz. Benzer bir yaklaşımı, AİHM Büyük Dairesinin 3.12.2009 tarihli Kart / Türkiye kararında da görmekteyiz. Kararda, milletvekili olan başvurusunun, aleyhinde açılmış bulunan hakaret davalarında

⁷²⁴ Bkz., yukarıda IX. Bölümün 7.1. no.lu paragrafında Campbell / Birleşik Krallık kararının bulunduğu yer.

⁷²⁵ Jiseng 12.

⁷²⁶ Bkz., XIV. Bölümün 1.6.1.4. ve 1.6.6.(1) no.lu paragrafları.

⁷²⁷ Animal Defenders International v. The United Kingdom (no. 48876/08) [GC], 22.4.2013, prg. 76, 109, 111, 124; Çali, prg. 33.

yargılanmak için, dokunulmazlığının kaldırılması isteğinin TBMM tarafından reddedilmesi, yasama dokunulmazlığının, milletvekillerinin ifade özgürlüğünü ve güçler ayrılığını koruduğu ve sonuçta, demokrasiye hizmet ettiği gerekçesiyle, meşru amaca yönelik olduğu vurgulanmış ve dokunulmazlığın geçici bir durum olması nedeniyle, başvurucunun mahkemeye erişim hakkının özünün zarar görmediği belirtilerek, amaçla araç arasında orantısızlık bulunmamıştır ⁷²⁸. Animal Defenders International / Birleşik Krallık kararında olduğu gibi, burada da, başvurucunun mahkemeye erişim hakkına (yargılanma hakkına) müdahalenin haklılığı, demokrasiyi koruma meşru amacına dayanmaktadır. Devlete tanınan takdir yetkisinin genişliği ise, müdahalenin haklılığının – demokrasiyi korumak gibi meşru bir amaca dayanması nedeniyle - zorlayıcı (*compelling*) nitelikte olmasına bağlıdır ^{729, 730}.

1.4.1.7. Adil denge ile devletin takdir yetkisi ilişkisi, temel hakkın dar veya geniş tanımlanmasıyla da ilgilidir. Temel hakkın geniş tanımlanması, söz konusu hakkın daha çok korunmasını gerektirir ^{731, 732, 733}. Bu da, AİHM'nin devlete tanıyacağı takdir yetkisinin dar tutulmasına yol açar ⁷³⁴. Burada, AİHS'de güvence altına alınan hakkın, sadece, AİHM tarafından yapılan tanımının nihai ve geçerli olduğunu belirtmekte yarar vardır ⁷³⁵.

1.4.2. AİHM'nin, devletin takdir yetkisini geniş tutması, onun, ulusal yetkililerin yaptığı dengelemeye saygı gösterip uymasını (*deference*) kolaylaştırır ⁷³⁶. Bunu şöyle de ifade

⁷²⁸ Kart v. Turkey (no. 8917/05) [GC], 3.12.2009, prg. 81, 88-91, 111-114 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

⁷²⁹ Kart / Türkiye kararının, 82-83. ve 95. paragrafları.

⁷³⁰ Yargıç Bonello, Zupancic ve Gyulumyan, AİHM Büyük Dairesinin çoğunluğundan ayrılarak, olaya, yasama dokunulmazlığı ve demokrasinin korunması açısından değil, başvurucunun yargılanmasının, dokunulmazlık nedeniyle ertelenmesi için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç (*pressing social need*) bulunup, bulunmadığı açısından bakmışlar ve böyle bir ihtiyacın bulunmadığını savunmuşlardır (yargıç Zupancic ve Gyulumyan'ın katıldığı, yargıç Bonello'nun karşı oy yazısı; Kart / Türkiye kararının 34. sayfası).

⁷³¹ Klatt ve Meister, Otto-Preminger-Institut / Avusturya kararında (Otto-Preminger-Institut v. Austria (no. 13470/87), 20.9.1994), ifade özgürlüğünün geniş tanımlanması durumunda, dava konusu filmin yasaklanmasına uyulması yerine, ihlal kararı verilebileceği görüşünü savunmuşlardır (Klatt and Meister 702-707). Ayrıca bkz., yukarıda, dip-not 342.

⁷³² Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.2. ve 6.3. no.lu paragraflarında açıklanan dengeleme modelleri.

⁷³³ Christoffersen'e göre, hakkın tanımlanması, her durumda, hakkın sınırlanması demektir (Christoffersen "Straight Hum. Rights Talk -", 12).

⁷³⁴ Klatt and Meister 700-7002.

⁷³⁵ Greer 423.

⁷³⁶ Çali, prg. 33-34.

edebiliriz: AİHM, ulusal yetkililerin, AİHM kararlarına uygun bir dengeleme yaptığı sonucuna varırsa, devletin takdir yetkisi sınırları içinde kaldığını varsayar ⁷³⁷. Bu yaklaşım, AİHM Büyük Dairesinin 15.3.2012 tarihli Aksu / Türkiye kararında açık biçimde ortaya konmuştur. Bu karara göre, ulusal yargı organının yaptığı dengeleme, çatışan temel haklardan birinin önemini veya kapsamını gereği gibi belirleyememiş olmasından dolayı yetersiz kalmış ise, ulusal yargı organına tanınacak takdir yetkisi dar; buna karşılık, ulusal yargı organı, AİHM'nin yerleşik içtihatlarından doğan ilkeleri dikkate alarak değerlendirme (dengeleme) yapmışsa, ulusal yargı organına tanınacak takdir yetkisi geniş olacaktır ve bu durumda AİHM'nin, ulusal yargı organının vardığı sonucun yerine, kendi değerlendirmesini koyması için güçlü nedenler bulunması gerekir ⁷³⁸.

Yukarıdaki açıklamalardan, AİHM'nin devlete tanıdığı takdir yetkisinin değişkenlik gösterdiği anlaşılmaktadır. Egemen Esen, bu değişkenliği, belirsizlik olarak nitelmiştir ⁷³⁹. Söz konusu takdir yetkisinin genişliği, bilimsel ve hukuki gelişmeler karşısında da değişikliğe uğrayabilir ⁷⁴⁰. Ancak, belirtelim ki, AİHM'nin devlete tanıdığı takdir yetkisinin değişkenliğinin veya Esen'in görüşüne göre, belirsizliğinin alanı, keyfilik sınırına kadardır; zira, keyfilik, takdir yetkisinin alanı dışında kalır ⁷⁴¹. Zaten, devlete tanınan takdir yetkisi kapsamında yapılan eylem ve işlemler de AİHM'nin denetimine tabidir ^{742, 743}.

⁷³⁷ Otto-Preminger-Institut v. Austria (no. 13470/87), 20.9.1994, prg. 55-56; Tsakyrakis 477-478.

⁷³⁸ Aksu v. Turkey (nos. 4149/04 and 41029/04) [GC], 15.3.2012, prg. 67 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır); Çali, prg. 33. Ayrıca, Von Hannover v. Germany (No. 2) (nos. 40660/08 and 60641/08) [GC], 7.2.2012, prg. 107, 123-124 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır); Çali, prg. 36.

⁷³⁹ Esen 391.

⁷⁴⁰ Sheffield and Horsham v. The United Kingdom (no. 31–32/1997/815–816/1018–1019) [GC], 30.7.1998, prg. 58; Çali, prg 34.

⁷⁴¹ Bkz., AİHM yargıcı Serghides'in S.J.P. ve E.S. / İsveç kararındaki görüşü (S.J.P. and E.S. v. Sweden (no. 8610/11), 28.8.2018, s. 38).

⁷⁴² Von Hannover v. Germany (No. 2) [GC], 7.2.2012, prg. 105 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

⁷⁴³ Bkz., yukarıda dip-not 715.

1.5. Adil denge ile demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu arasındaki ilişki:

Demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu ile yalın nitelikteki gereklilik koşulu arasındaki farkı, yukarıda dip-not 398’de belirtmiştik.

Christoffersen’in sıralamasında, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulunun hangi basamakta yer aldığı gösterilmemiştir ⁷⁴⁴. Gerards, Zysset ve yargıç Elosegui’nin yaptıkları sıralamada ise, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu, son basamakta incelenen bir koşuldur ⁷⁴⁵. Gerards, bu koşulun, genellikle, adil dengenin bir gereği (*requirement*) olarak ele alındığını kaydetmiştir ⁷⁴⁶. Çalı’nın atıfta bulunduğu, AİHM Büyük Dairesinin 27.6.2017 tarihli Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy / Finlandiya kararı da bu görüşü desteklemektedir. Söz konusu karar, bireylerin, ad ve soyadları belirtilerek, ödedikleri vergilerin basında açıklanmasının serbest olduğu Finlandiya’da, başvuruca basın kuruluşlarının, bireylerin ödedikleri vergi bilgilerinin dışında, kimlik bilgilerini paylaşmalarıyla ilgilidir ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır ⁷⁴⁷. Bu kararın, adil denge ile demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu arasındaki ilişkiyi göstermesi bakımından, 160. ve 198. paragraflarının önemli olduğu düşünülmektedir:

160. paragraf: “Bu davada en önemli konu (...), başvuruca kuruluşların ifade özgürlüklerine müdahalenin demokratik toplum açısından gerekli olup olmadığı ve yerel mahkemelerin, bu soruyu yanıtlarken, bu hak ile aile hayatına saygı hakkı arasında adil bir denge sağlayıp sağlamadıklarıdır”.

198. paragraf: “(...) (AİHM), dayandığı yukarıdaki gerekçelerin her ikisinin de, ilgili ve yeterli olarak, yakınılan müdahalenin demokratik toplum açısından gerekli olduğuna ve davalı devletin yetkililerinin, yarışan (*competing*) söz

⁷⁴⁴ Bkz., yukarıda X. Bölümün 7.2.2. ve 7.2.3. no.lu paragrafları.

⁷⁴⁵ Bkz., yukarıda X. Bölümün 7.2.4. no.lu paragrafı.

⁷⁴⁶ Gerards, *General Principles* 199.

⁷⁴⁷ Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (no. 931/13) [GC], 27.6.2017, prg. 8-9, 120, 139, 160, 198-199; Çalı prg. 4.

konusu haklar arasında adil bir denge kurarken takdir yetkisi içinde işlem yaptıklarına ikna olmuştur”.

Belirtilen paragraflardan şu sonucu çıkarabiliriz: Dengeleme uygulamasıyla adil denge kurulmaya çalışılırken, hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin (sınırlamanın), demokratik toplum açısından gerekli olup olmadığı sorusuna yanıt aranır. Burada, Gerards'ın, biraz önce belirtilen, demokratik toplumda gerekli olma koşulunun, adil dengenin bir gereği (*requirement*) olarak ele alındığına ilişkin görüşünü hatırlatmakta yarar vardır. Bir şeyin ('A'nın), başka bir şeyin ('B'nin) gereği olması, 'B'nin olabilmesinin veya gerçekleşebilmesinin, 'A'nın var olmasına veya gerçekleşmesine bağlı olduğu anlamına gelmektedir ⁷⁴⁸. Buna göre, adil dengenin gerçekleşebilmesi, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulunun yerine gelmiş olmasına bağlı bulunmaktadır. Öyle ise, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu ile adil denge arasında, bir sıralama ilişkisi yoktur. Diğer deyişle, önce demokratik toplum açısından gerekli olma koşulunun yerine gelip gelmediği incelenip (test edilip), sonra da, bulunacak sonuca göre, adil dengeye yönelik dengeleme uygulamasına geçilmesi söz konusu değildir. Böyle olsaydı, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulunun incelenmesi olumsuz sonuç verdiğinde, adil denge uygulamasına geçilmeden ihlal kararı verilebilirdi. Öte yandan, bu koşulun ve adil denge ilkesinin birbirinden bağımsız olarak ve – yan yana da olsa - ayrı ayrı sıralarda incelenmesi, birbiriyle çelişkili sonuçlara varılmasına yol açabilir. Örneğin, adil denge incelemesi, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulunun incelenmesinin olumlu sonucuna rağmen, olumsuz sonuç verebilir ki, demokratik toplum açısından gerekli olan bir müdahalenin adil denge ilkesi açısından olumsuzlanması, bizi, çelişkili ve düşündürücü bir durumla karşı karşıya bırakır.

Tersi de olabilir: Önce adil denge ilkesi incelenip, sonucun olumlu olmasına göre, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulunun incelenmesine geçilmesi de, yine, çelişkili durumlar yaratabilir; adil denge ilkesine uygun bulunan bir müdahalenin, daha sonra, demokratik toplum açısından gerekli olmadığı sonucuna varılması veya adil denge ilkesine uygun bulunmadığı için ihlal kararı verip, demokratik toplum açısından gerekli olup olmadığı sorusuna yanıt aramaktan vazgeçilmesi gibi ..

⁷⁴⁸ “Gerek”, *Türkçe Sözlük*.

Yukarıdaki açıklamalara dayanarak, adil denge ile demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu arasındaki ilişkinin, “iç içe” olma özelliği taşıdığı belirtilebilir. Bu ilişki özelliğinin, AİHS’nin giriş bölümünde (*preamble*) yer alan “etkin siyasi demokrasi” (*effective political democracy*) kavramıyla uyumlu olduğu düşünülmektedir. Buna göre, ne adil denge ilkesi, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu yerine gelmeden, ne bu koşul adil denge ilkesi olumlu sonuç vermeden gerçekleşebilir.

Ekleyelim ki, demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu ile amaç-araç orantılığı arasındaki ilişkide de aynı “iç içe” olma özelliği bulunmaktadır ⁷⁴⁹.

DÖRDÜNCÜ KESİM

XIV. BÖLÜM: AİHM’NİN ADİL DENGE İLKESİNE YÖNELİK Dengeleme UYGULAMALARINDAN ÖRNEKLER

Bu bölüme başlamadan önce, AİHM’nin ve yeri geldikçe AİHK’nın, AİHS’nin en çok hangi maddeleriyle ilgili davalarda adil denge ilkesini uyguladığı konusuna değinmekte yarar vardır. Bu konuda yazarlar, maddelerin sırasına göre, daha çok, 6. madde (adil yargılanma hakkı), 8-11. maddeler (özel hayat ve aile hayatı hakkı; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; ifade özgürlüğü; toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ile ilgili olan ve sınırlandırma nedenleri içeren maddeler ⁷⁵⁰) ve mülkiyet hakkı (Ek 1 No.lu Protokol, md 1 ⁷⁵¹) ile ilgili davalarda adil denge ilkesine başvurulduğunu belirtmişlerdir ⁷⁵². Ancak, sayıca daha az olmakla birlikte, AİHS’nin diğer maddeleriyle ilgili davalarda da adil denge ilkesine başvurulduğu gözlemlenmektedir ⁷⁵³. Biz burada AİHM kararlarını adil denge ilkesi açısından, 1) AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin veya çıkarların kamu yararıyla çatışması; 2) söz konusu hak ve özgürlüklerin veya çıkarların

⁷⁴⁹ Örneğin, AİHM Büyük Dairesinin, Devlet Güvenlik Mahkemeleriyle ilgili 9.6.1998 tarihli *Incal / Türkiye* kararının ifade özgürlüğü ile ilgili bölümünde, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin amaç-araç orantılılığına aykırı bulunması nedeniyle, demokratik toplum açısından gereksiz olduğu sonucuna varıldığı belirtilmiştir (*Incal v. Turkey* (no. 41/1997/825/1031) [GC], 9.6.1998, prg. 59 (HUDOC’ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır)).

⁷⁵⁰ Bkz., VII. Bölümün 2.4. no.lu paragrafı ve dip-not 402 ile 541.

⁷⁵¹ Ek Protokollerin, onaylayan devletler açısından AİHS ile bütünleşmesi konusunda bkz., dip-not 404.

⁷⁵² Harris, O’Boyle and Warbrick 14, Çali prg. 25; Mowbray 19-26; Gerards, “Judicial Deliberations” 10.

⁷⁵³ Christoffersen, “Straight Hum. Rights Talk -”, 40.

birbiriyle çatışması ve 3) kamu yararlarının / çıkarların birbiriyle çatışması olasılıklarına ayırarak ve her ayırım başlığı altında AİHS maddelerinin sırasına göre inceleyeceğiz.

Belirtelim ki, adil denge kavramının, AİHM'nin yeni kararlarına yön veren ilkesel temelleri, AİHM'nin eski kararlarında ve AİHK'nın eski raporlarında atılmıştır. Bu nedenle, incelememize, AİHM'nin eski kararları ve AİHK'nın eski raporları ile başlayacağız.

1. AİHM'nin, AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin veya çıkarların kamu yararıyla / çıkarıyla çatışması durumunda dengeleme uygulaması:

1.1. AİHS md. 2 (Yaşam hakkı):

AİHM kararları arasında, yaşam hakkı ile kamu yararının / çıkarının karşılaştırılarak dengelenmesine ilişkin bir karar bulunmamaktadır ⁷⁵⁴. Bu bağlamda, yaşam hakkının mutlaklığı, AİHS md. 2/1 uyarınca, mahkeme kararıyla verilen, yasadaki cezanın infazını kapsamamaktadır. AİHS md. 2/2, yaşam hakkını sınırlama nedenlerini de saymıştır (*accommodation clause* ⁷⁵⁵). Bunlar, (a) bir kişiyi haksız şiddetten korumak; (b) yasal / hukuka uygun olarak yakalamak ve yasaya / hukuka uygun olarak tutulan kişinin kaçmasını önlemek; (c) isyanı veya ayaklanmayı, yasaya / hukuka uygun olarak bastırmaktır. Aynı paragrafta belirtildiği üzere, bu nedenlerin geçerli olabilmesi için, kullanılacak gücün, mutlak anlamda gerekli olan ölçüden fazla / aşırı olmaması koşuldur.

1.2. AİHS md. 3 (İşkence yasağı):

1.2.1. Ölüm cezasının infazı için sıra beklenmesi (*death row*):

ABD'de kız arkadaşının annesini ve babasını bıçaklayarak öldüren ve Birleşik Krallık'ta yakalanan Alman vatandaşı başvuru Soering'in ABD'ye iade edilmek istenmesi ile ilgili 7.7.1989 tarihli Soering / Birleşik Krallık kararında AİHM, Birleşik Krallığın, Soering'i, ABD'de ölüm cezasına çarptırılırsa, bu cezanın infaz edilmeyeceğine ilişkin yeterli güvence verilmesi koşuluyla iade edeceğini bildirmesine rağmen, Soering'in iade edilmesini önlemek için ihtiyati (geçici) tedbir (*interim measure*) kararı almış ve

⁷⁵⁴ Jiseng 9.

⁷⁵⁵ Bkz. dip-not 541.

adı geçenin ölüm cezasına çarptırılması olasılığının yüksek olması karşısında, bu olasılık gerçekleştiğinde, adı geçen, idam mahkumlarının uzun bir süre “ölüm sırası beklenen koridor”daki (*death row*) bir hücrede tutulacak olmasının, AİHS md. 3’e aykırılığı nedeniyle, ABD’ye iade durumunda bu maddenin ihlal edileceğine (olası ihlal; *potential violation* ⁷⁵⁶) hükmetmiştir. Bu sonuca varılmasında, Soering’in cinayetleri işlediği tarihte yaşının küçük olmasının, psikolojik durumunun ve iade ile sağlanmak istenen meşru amacın, başka yöntemlerle de sağlanabileceğinin dikkate alındığı kaydedilmelidir.

Kararın, adil denge ilkesi açısından önemli yönü, 110. paragrafında, bir suçlunun cezasız kalması tehlikesi ile, başvurucunun, “ölüm sırası beklenen koridor”da uzun bir süre ızdıraplı günler geçirmesi tehlikesinin dengelenmesi gerektiğinin belirtilmiş olmasıdır. Burada, kamu çıkarı ile, bireyin hakkı / çıkarı karşılaştırılmış ve bireyin hakkına / çıkarına ağırlık verilmiştir ⁷⁵⁷.

Görüşümüze göre, AİHS md. 3’ün getirdiği yasak ile kamu çıkarının dengelenmesi gerektiğinin belirtilmiş olması, söz konusu yasağın mutlaklığı ile çeliştiği gibi, insan hakları hukukuna aykırı başka yorumlara da yol açabilir.

1.2.2. Ulusal güvenlik gerekçesiyle sınırdışı edilecek kişinin, gönderileceği ülkede işkence ve kötü muamele görme tehlikesinin bulunması:

1.2.2.(1) AİHM Büyük Dairesinin 15.11.1996 tarihli Chahal / Birleşik Krallık kararında, yukarıda belirtilen, Soering / Birleşik Krallık kararından farklı olarak, AİHS md. 3’deki mutlak yasak ile kamu çıkarının dengelenebileceği görüşü benimsenmemiştir (kararın 81. paragrafı). Olay, Sih dininden olan başvurucunun, Hindistan başbakanına, Birleşik Krallığı ziyareti sırasında suikast girişimine katılma; yine, Birleşik Krallıkta, ılımlı Sihleri öldürmek için gizli ittifak (*conspiracy*) içinde olma eylemleri nedeniyle birkaç kez tutuklanmış, sonra da, müessir fiil (etkili eylem) ve

⁷⁵⁶ Olası ihlal (*potential violation*) kavramı, bir eylemin gerçekleştirilmesi veya bir işlemin uygulanması koşuluna bağlı olarak, doğacak sonucun, AİHS güvencelerine aykırı olmasını yani, ihlal oluşturmasını anlatır. Soering / Birleşik Krallık kararı, bu kavramın ilk örneği olarak kabul edilmektedir. Lawson ve Schermers, henüz oluşmamış ancak, belirli koşullarda oluşacak olan ihlalin istisnai durumlara özgü olduğunu, daha çok, işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili davalarda gündeme gelebileceğini belirtmişler; ancak, Soering / Birleşik Krallık kararından sonra, AİHS md. 8 bağlamında, 26.3.1992 tarihli Beldjoudi / Fransa ve 13.7.1995 tarihli Nasri / Fransa kararlarında kullanıldığını; AİHS md. 6 bağlamında da kullanılabileceğini eklemişlerdir (Lawson-Schermers 326 [n. 17-19]).

⁷⁵⁷ Soering v. The United Kingdom (no. 14038/88), 7.7.1989, prg. 12, 14, 19, 24, 99, 110-111; Lawson-Schermers 320, 325 [n. 14-15].

kavgadan mahkum edilmiş olması nedeniyle, kamunun ulusal güvenlik ve terörle mücadele ile ilgili çıkarı ileri sürülerek, Hindistan'a sınırdışı edilmek istenmesiyle ilgilidir. Başvurucu, Hindistan'a iade edildiği takdirde, işkence ve kötü muameleyle uğrayacağını ileri sürmüştü ve Birleşik Krallığa siyasi sığınma talebinde bulunmuştur. Ancak, bu talebi reddedilmiştir. Öte yandan, Birleşik Krallık yetkilileri tarafından, Hint yetkililerden, başvuru Hindistan'a sınırdışı edildiğinde, kendisine yasa önünde eşitlik ilkesine uygun davranılacağına ve kötü muamele yapılmayacağına ilişkin yazılı güvence alınmıştır. AİHM Büyük Dairesi, Birleşik Krallık hükümetinin, 1) bir kişiyi ulusal güvenlik nedeniyle ülke dışına çıkarmak gerekli ise, kişinin kötü muameleyle karşılaşma riski bulursa bile, AİHS md. 3'ün mutlak olarak uygulanamayacağına ilişkin asıl savunmasını; 2) asıl savunması kabul edilmediği takdirde, ikinci seçenek (*in the alternative*) olarak sunduğu, ulusal güvenlikle, kişinin karşılaşabileceği kötü muamele tehlikesinin karşılaştırılıp dengelenmesi durumunda, kişinin karşılaşabileceği kötü muamele hakkında ciddi şüphe varsa, ulusal güvenliğin ağır basacağına ilişkin diğer savunmasını (terdidli savunma), AİHS md. 3'ün getirdiği işkence ve kötü muamele yasağının mutlak niteliğinin, kişinin işlediği suçtan bağımsız olarak, terörle mücadele koşulları dahil, her durumda geçerli olduğu gerekçesiyle kabul etmemiş ve kişinin karşılaşacağı kötü muamele görme tehlikesiyle, sınırdışı edilme nedenlerinin dengelenemeyeceğini vurgulamıştır. Kararda, Hindistan'da işkence dahil, insan hakları ihlallerinin sürmekte olduğunu bildiren bağımsız kuruluşların (Uluslararası Af Örgütü ve ABD Dışişleri Bakanlığı gibi) raporları karşısında, Hint yetkililerin verdiği güvencenin, başvuru kişinin güvenliğini sağlamaya yeterli olmayacağı belirtilmiş ve başvuru kişinin kötü muameleyle karşılaşma tehlikesinin gerçek olduğu dikkate alınarak, Hindistan'a sınırdışı edilmesi durumunda, AİHS md. 3'ün ihlal edileceği (olası ihlal; *potential violation* ⁷⁵⁸) sonucuna varılmıştır ⁷⁵⁹.

AİHM Büyük Dairesinin bu kararın, mutlak nitelikte olan, AİHS md.3'ün getirdiği yasağın, ulusal güvenlik gibi kamu çıkarı veya herhangi başka çıkarla / hakla dengelenemeyeceğini ortaya koyması bakımından önemli olduğu düşünülmektedir.

⁷⁵⁸ Olası ihlal kavramı için bkz., yukarıda dip-not 756.

⁷⁵⁹ *Chahal v. The United Kingdom* (no. 22414/93) [GC], 15.11.1996, prg. 23-27, 37, 76, 79-81, 102-105, 107; *Mowbray* 9-10.

1.2.2.(2). AİHM Büyük Dairesinin 26.2.2008 tarihli Saadi / İtalya kararı da Chahal / Birleşik Krallık kararıyla aynı çizgidedir. Saadi kararında, İtalya’da ve uluslararası alanda radikal İslamcı hücrelere lojistik ve parasal destek sağladığı için kamu düzenini bozduğu ve ulusal güvenliğe tehdit oluşturduğu gerekçesiyle, başvurucunun, bağımsız kuruluşların raporlarına göre, işkence ve kötü muamelenin sürdüğü Tunus’a sınırdışı edilmesi durumunda, AİHS md 3’e aykırı muamele görmesi olasılığının, tersi olasılıktan daha güçlü olduğu (*more likely than not*) kabul edilerek, Tunus’a sınırdışı edilmesi gerçekleşirse, AİHS md. 3’ün ihlal edileceğine (olası ihlal) hükmedilmiştir.

AİHM Büyük Dairesi, Saadi olayında, Tunus’un İtalya’ya, istenen güvenceyi vermemiş olmasını önemsememiş ve uygulamanın, ulusal yasalarda yazılanlardan, uluslararası sözleşmelere taraf olunmasından ve verilen diplomatik güvencelerden daha önemli olduğu belirtmiştir ⁷⁶⁰.

1.2.3. Ölümcül hastalığı olan kişilerin sınırdışı edilmesi:

1.2.3.(1) AİHM’nin 2.5.1997 tarihli D. / Birleşik Krallık kararı, uyuşturucu satıcılığı yapan, AIDS hastası olan ve cezaevinde gördüğü tedaviye rağmen çok az ömrü kalan başvurucunun, hapis cezasını çektikten sonra, Karaib Denizinde küçük bir ada olan St Kitts adasına sınırdışı edilmek istenmesi ile ilgilidir. AİHM, başvurucunun ömrünün çok azalmış olması ve sınırdışı edileceği adada, Birleşik Krallık’ta uygulanan tedaviye devam edilemeyeceğinin ve tedavinin kesilmesi durumunda, başvurucunun az kalan ömrünün çok daha kısılacağına anlaşılmaması; ayrıca, başvurucunun, ölüme yaklaşırken kendisine moral destek sağlayan kişilerle duygusal bağ kurmuş olması ve adadaki tek yakını olan yeğeninin, kendisine bakmak isteyeceğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmaması nedenlerine dayanarak, sınırdışı işlemi uygulandığında, bu işlemin, başvurucunun ağır fiziki ve ruhi ızdırap içine düşmesine yol açacağından, AİHS md. 3 kapsamında, insanlık dışı muamele (*inhuman treatment*) oluşturacağı (olası ihlal ⁷⁶¹) sonucuna varmıştır. AİHM, bu sonuca varırken, cezaevinde tedavi gören yabancı mahkumların, cezalarını çektikten sonra, ülkeleda kalarak, aynı tedavi olanaklarından yararlanma hakkına sahip olmadıklarını; ancak bu olaydaki gibi, “çok istisnai koşullarda” (*very exceptional circumstances*) ve insani düşüncelerin zorlamasıyla

⁷⁶⁰ Saadi v. Italy (no. 37201/06) [GC], 28.2.2008, prg. 54-55, 127, 131, 139, 140-141, 146-149; Mowbray 10-12; Çali prg. 13.

⁷⁶¹ Olası ihlal kavramı için bkz., dip-not 756.

(*compelling humanitarian considerations*), ülkede kalıp tedavilerine devam edebileceklerini vurgulamaktan da geri durmamıştır (kararın 54. paragrafı) ⁷⁶².

Bu kararda, devletin ekonomik çıkarı ile ölümcül hastalığı olan yabancının, cezaevinde gördüğü tedavinin, cezasını çektikten sonra da devam etmesine ilişkin çıkarı (AİHM, bunun, hak olmadığını belirtmiştir) karşılaştırılıp dengelenmiştir. Buradaki dengeleme uygulamasında, AİHM, kararın 54. paragrafında vurguladığı gibi, söz konusu yabancının, cezasını çektiği ülkede kalarak, tedavisine devam edilmesini isteme hakkının bulunmadığını belirtmekle, devletin ekonomik çıkarına ağırlık vermiş olmaktadır. Nitekim, yukarıda sunulduğu gibi, bu olanağın, ancak çok istisnai koşullarda kabul edilebileceğinin de altını çizmiştir. Diğer önemli nokta ise, AİHM'nin bu karardaki gibi çok istisnai koşullar var olmadıkça, ölümcül hastalığı bulunan, cezasını çekmiş yabancının ülkesine sınırdışı edilmesini, AİHS md. 3 kapsamında insanlık dışı muamele olarak görmemesidir.

1.2.3.(2) AİHM Büyük Dairesinin 27.5.2008 tarihli N. / Birleşik Krallık kararında, daha sonra AIDS olarak gelişen, ağır HIV pozitif hastalığı ile Birleşik Krallığa giriş yapan ve hastaneye yatan Ugandalı başvurunun, iki gün sonra yaptığı siyasi sığınma talebiyle ilgili süreç devam ederken ve talebinin reddedilmesinden sonra Uganda'ya sınırdışı edilmesi gündeme gelene kadar geçen 9 yıllık süre içinde, tedavisi, kamu kaynaklarından karşılanmış olmasının, devlete, başvurunun tedavisini sürdürmesi için bir yükümlülük yüklediğini; başvurunun sağlık durumunun, gördüğü tedavi sayesinde olumlu bir gelişme gösterdiğini; her ne kadar, Uganda'daki sağlık olanakları, Birleşik Krallık'taki olanakların gerisinde kalsa da, başvurunun tedavisine, aile yakınlarının bulunduğu Uganda'da da devam edilebileceği belirtilerek, bu koşullarda sınırdışı etme işleminin AİHS md. 3'e aykırılık oluşturmayacağına hükmedilmiştir ⁷⁶³.

Kararda, yukarıda sunulan, D. / Birleşik Krallık kararının sonucundan farklı bir sonuca varılmış olsa da, D. / Birleşik Krallık kararının 54. paragrafında ortaya konulan, yabancının ülkede kalarak tedavisine devam edilmesini isteme hakkına sahip olmadığına ve tedavisine ancak "çok istisnai koşullarda" devam edilebileceğine ilişkin

⁷⁶² D. v. The United Kingdom (no. 30240/96), 2.5.1997, prg. 15-16, 47-49, 51-54; Mowbray 13; Çali prg. 14.

⁷⁶³ N. v. The United Kingdom (no. 26565/05), 27.5.2008, prg. 9-10, 19, 42, 44-45, 47-51; Mowbray 13-15; Çali prg. 14.

anlayışın etkisi görülmektedir. AİHM, bu kararında da, AİHS md. 3'le getirilen yasağı, devletin ekonomik çıkarıyla dengelemiş ve devletin söz konusu çıkarına ağırlık vermiştir. AİHM'nin bu sonuca varmak için dayandığı dikkat çekici bir argüman da, AİHS'nin temelde, sosyal ve ekonomik hakları değil, medeni (kişisel) ve siyasi hakları korumaya yönelik olduğunun belirtilmiş olmasıdır (kararın 44. paragrafı). Bu argüman ve AİHS md 3'ün getirdiği, mutlak nitelikteki yasağın, devletin ekonomik çıkarıyla dengelenmesi, yargıç Tulken, Bonello ve Spielmann'ın ortak karşı görüşünde eleştirilmiştir (kararın 20-22. sayfaları).

1.2.3.(3) AİHM, yukarıda belirtilen, D. / Birleşik Krallık ve N. / Birleşik Krallık kararlarının sonuçları birbirinden farklı olsa da, her iki kararda, ölümcül sağlık sorunu olan kişilerin bile, olanakları yetersiz veya gerekli sağlık yardımlarını sağlaması kuşkulu, hatta, olanaksız bulunan ülkelere sınırdışı edilmelerinin, insanlık dışı muamele oluşturabileceğini reddederek, daha baştan, ilgili devlet lehine önemli bir avantaj sağlamış ve söz konusu kişilerin tedavilerine, olanakları daha geniş olan devletin ülkesinde kalarak devam etmelerine ilişkin çıkarları karşısında, ilgili devletin ekonomik çıkarlarına ağırlık vermiştir.

1.3. AİHS md. 4 (Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı):

Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı ile kamu yararının / çıkarının karşılaştırılarak dengelenmesine ilişkin bir AİHM kararına rastlanmamıştır. Jiseng de bunu, AİHS md 4/3'te sayılan sınırlama nedenlerine (*accommodation clause* ⁷⁶⁴) dayanan bir karar bulunmadığını belirterek teyit etmektedir ⁷⁶⁵.

1.4. AİHS md. 5 (Özgürlük ve güvenlik hakkı):

1.4.1. Özgürlükten yoksun bırakmanın (yakalama ve tutma) yasallığı (hukuka uygunluğu) (*lawfulness*):

1.4.1.(1) AİHM Büyük Dairesi, 12.5.2005 tarihli Öcalan / Türkiye kararında, Öcalan'ın Kenya yetkililerinin işbirliği ile gözaltına alınmasının hukuka uygun olduğuna karar verirken, ilke olarak, AİHS'nin güvence altına aldığı bütün temel haklar için geçerli olan dengelemenin, suç işlediğinden şüpheli edilenlerin kaçmasının önlenmesiyle ilgili

⁷⁶⁴ Bkz., dip-not 541.

⁷⁶⁵ Jiseng 9.

kamusal çıkarın varlığı durumunda olduğu gibi, şüphelinin özgürlük ve güvenlik hakkının çatışması durumunda da uygulanabileceğini belirtmişse de, Kenya ile Türkiye arasında uyulması gereken bir iade anlaşmasının mevcut olmadığına, Öcalan'ın iadesi için Kenyalı yetkililerle Türk yetkililerin işbirliği yaptığına ve Öcalan hakkında 7 yakalama kararı ile Interpol'ün kırmızı bülteni bulunduğuyla ilişkin olgulara dayanmıştır ⁷⁶⁶.

Mowbray, bu kararın temelinde, kaçakların yargı organı önüne götürülmesine ilişkin kamusal çıkarla, kaçığın özgürlük ve güvenlik hakkının dengelenmesinin yattığı görüşündedir ⁷⁶⁷.

1.4.1.(2) AİHM Büyük Dairesi, 19.2.2009 tarihli A. ve diğerleri / Birleşik Krallık kararında, kişilerin, AİHS md 5/1'de sayılan – tüketici - nedenler (*exhaustive list*) dışında özgürlüklerinden yoksun bırakılamayacağını; kişilerin, sınırdışı veya iade edilmeleri amacıyla yakalanıp tutulabilmelerini düzenleyen AİHS md. 5/1(f)'nin, söz konusu kişilerin suç işlemelerini veya kaçmalarını önlemek için kullanılamayacağını ve md. 5/1'te sayılan nedenlere uyulmadığı sürece, kişi özgürlüğünün, toplumu terörizm tehdidinden korumak amacıyla da olsa, hiçbir kamu çıkarıyla dengelenemeyeceğini belirtmiştir ⁷⁶⁸.

1.4.2. Gözaltı süresinin uzunluğu:

Yakalanan kişinin, bir yargıcın veya yargısal yetkisi olan bir görevlinin önüne götürülene kadar geçen gözaltı süresinin uzunluğu ile ilgili, AİHS'nin 5/3 hükmü kapsamında, Brogan ve diğerleri / Birleşik Krallık davası, önemli dönüm noktası niteliğindedir. Başvuru, dönemin usulleri uyarınca, önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK) yapılmıştır ⁷⁶⁹. AİHK, 14.5.1987 tarihli raporunda, toplumu örgütlü terörizme karşı korumak için, kişisel haklarla, örgütlü terörizm arasında denge kurulması gerektiğine işaret etmiş ve bir başvurucu için 4 gün 6 saatlik, diğer başvurucu için de, 4 gün 11 saatlik gözaltı süresini AİHS md. 5/3 hükmüne aykırı bulmamıştır ⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ Öcalan v. Turkey (no. 46221/99) [GC], 12.5.2005, prg. 17, 73, 85, 86-89, 92, 97, 99 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

⁷⁶⁷ Mowbray 30.

⁷⁶⁸ A. and others v. The United Kingdom (no. 3455/05) [GC], 19.2.2009, prg. 163-164, 171.

⁷⁶⁹ Bkz., yukarıda dip-not 608.

⁷⁷⁰ Brogan, Coyle, McFadden, Tracey against The United Kingdom (nos. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85) [Rep.], 14.5.1987, prg. 106-108.

AİHK'nın raporu, yine o dönemin usullerine göre, AİHM'ye götürülmüş, AİHM ise, 29.11.1988 tarihli kararında, AİHK raporunun tersine, gözaltı süresinin 4 gün 6 saat sürmesini, AİHS md. 5/3 hükmünde öngörülen “hemen / derhal” (*promptly*) sözcüğüne aykırı bulmuş ve demokrasiyi terörizme karşı korumak amacıyla, kamunun ortak çıkarı ile kişinin hakları arasında denge sağlanırken, AİHS'nin metnine bağlı kalınması gerektiğini; bu gereklilik karşısında, “hemen / derhal” sözcüğün geniş yorumlanmasının, doğru olmadığını belirtmiştir. AİHM, bu gerekçeyle, olaydaki en kısa gözaltı süresi olan 4 gün 6 saati aşırı bulmuştur. Ancak, hemen belirtelim ki, bu sonuç, AİHM'nin, 4 gün 6 saatlik gözaltı süresini bütünüyle reddettiği veya standart olarak, 4 günle sınırlı gözaltı süresini tereddütsüz kabul ettiği anlamına gelmemektedir. AİHM'nin aşırı bulduğu, sadece, 4 günü aşan 6 saat ve daha fazlasıdır; zira, başvuru, olağan yasada gözaltı süresi en çok 4 günle sınırlıyken, kendilerine, Kuzey İrlanda'da terörle mücadele amacıyla çıkarılan özel yasaya dayanarak 7 güne kadar uzatılabilen gözaltı süresinin uygulanmasından yakınmışlar; kendilerine uygulanmayan 4 günle sınırlı gözaltı süresinin de AİHS md. 5/3'e uygun olmadığını başvuru konusu yapmamışlardır. Bu nedenle, AİHM, 4 günlük gözaltı süresinin AİHS'ye uygunluğunu incelememiş, 4 günlük süre de, böylece, kendiliğinden emsal oluşturmuştur ⁷⁷¹.

Brogan ve diğerleri kararında, kamu çıkarı / yararı ile, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (AİHS md. 5) kapsamında bulunan, gözaltı süresinin kısalığına ilişkin hakkın / çıkarın karşılaştırılarak dengelenmesi, kanımızca, kararın, en önemli özelliğidir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, mutlak nitelikte olmadığı ⁷⁷² göz önünde bulundurulduğunda, bu dengelemenin yapılabileceği söylenebilir. Ancak, kararda, kamu yararı / çıkarı ile kişinin, özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamındaki gözaltı süresinin kısalığına ilişkin hakkı / çıkarı dengelenirken, AİHS'nin metninde yazılı “hemen / derhal” sözcüğüne bağlı kalınması ve bu sözcüğün geniş yorumlanmaması gerektiği vurgulanmış olmasına rağmen, “hemen / derhal” sözcüğünün 4 gün olarak anlaşılmasına dayanak sağlanması, kararın çelişkili yönüdür.

⁷⁷¹ Brogan and others v. The United Kingdom (nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), 29.11.1988, prg. 48, 55, 57, 59-60, 62; ayrıca bkz., yukarıda VII. Bölümün 2.2.1. no.lu paragrafta Brogan vd. / Birleşik Krallık kararı ile ilgili bölüm.

⁷⁷² Bkz., yukarıda dip-not 157 ve IX. Bölümün 2. No.lu paragrafı.

1.5. AİHS md. 6 (Adil yargılanma hakkı):

1.5.1. Duruşma öncesinde, avukata erişim güvencesinin eksiklikliği ve bu eksikliğin ceza yargılamasının bütününe etkileyip etkilemediği:

1.5.1.(1) Ceza yargılamasının, bir bütün olarak, duruşmadan önceki aşamasıyla birlikte ele alınıp, adil yargılama hakkını etkileyebilecek etmenlerin – tüketici olmayan (*non-exhaustive*) - listesini veren, AİHM Büyük Dairesinin 13.9.2016 tarihli İbrahim vd / Birleşik Krallık kararında, duruşma öncesinde avukata erişim güvencesinin eksiklikliğinin, yargılamayı olumsuz yönde etkileyip etkilemediği incelenmiştir. Başvuru, Londra’da bombalı terör eylemlerine katıldıkları, mobese kameralarıyla belirlenen başvuruçuların, avukatlarının bulunmadığı ortamda, polis tarafından alınan ifadelerinin kanıt olarak kullanılmasıyla ilgilidir. Büyük Daire, adil yargılanma hakkının, her hangi bir sınırlama nedeni içermediğini (*unqualified right*), aynı zamanda, değişmez (*unvarying*) kurallarının da bulunmadığını; bu hakkın kapsamının, her davanın koşullarına göre belirlenebileceğini; kanıtların toplanmasının, adil yargılanma hakkının kapsamında olduğunu; işkence ve kötü muamele ile alınan itirafların – mahkumiyeti belirleyici nitelikte olmasalar da - kanıt olarak kullanılamayacağını belirttiği kararında, adil yargılanma hakkının, polisin, insanların hayatını ve vücut bütünlüğünü tehdit eden terör ve diğer ağır suçlarla mücadele ve insanları bu suçlardan koruma görevlerini yerine getirmesinin önüne “orantısız güçlükler” (*disproportionate difficulties*) çıkaracak biçimde uygulanmaması gerektiğini vurgulamıştır. Bu noktada Büyük Daire, polisin söz konusu görevlerini yerine getirmesine ilişkin kamu çıkarı ile bireylerin adil yargılanma haklarının dengelenebileceğine işaret etmiş bulunmaktadır. Ancak, Büyük Daire, hemen aynı yerde (prg. 252), kişinin, terör suçuna katıldığından kuşku duyulmasının, adil yargılanma hakkının güvencelerini sulandırma (*watering down*) nedeni olamayacağını ve kamu çıkarlarından hiçbirinin, savunma hakkının özünü ortadan kaldıracak (*extinguish*) müdahaleleri haklı kılmayacağını da altını çizmiştir ⁷⁷³. Bu durumda, adil yargılanma hakkı ile insanların hayatını ve vücut bütünlüğünü tehdit eden suçlarla mücadeleye ilişkin kamu çıkarı dengelenirken, savunma hakkının özünün ortadan kaldırılıp kaldırılmadığına bakılacak; savunma hakkının özü ortadan

⁷⁷³ İbrahim and others v. The United Kingdom (nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09) [GC], 13.9.2016, prg. 5, 15, 17, 250, 252-254, 257, 265, 274, 294, 311.

kaldırılmışsa, adil yargılanma hakkı, terazide ağır basacak ve sonuç, ihlal kararı olacaktır.

Büyük Dairenin, adil yargılanma hakkının, polisin, insanların hayatını ve vücut bütünlüğünü tehdit eden terör ve diğer ağır suçlarla mücadele ve insanları bu suçlardan koruma görevlerini yerine getirmesinin önüne orantısız güçlükler çıkaracak biçimde uygulanmaması gerektiğini vurgulaması, “orantısız güçlükler” niteliğinde olmayan koşulların konulmasının olumlu karşılanacağı anlamına gelmektedir. Bu da, görüşümüze göre, adil yargılanma hakkının özgül ağırlığının, söz konusu kamu çıkarına göre daha fazla olduğu biçiminde yorumlanabilir. Kararda, adil yargılanma hakkının güvencelerinin sulandırılmayacağı ve savunma hakkının özünün ortadan kaldırılamayacağı belirtilmesi de (kararın 252. paragrafı), bu yorumu desteklemektedir.

1.5.1.(2) AİHM Büyük Dairesi, 9.11.2018 tarihli Beuze / Belçika kararında, adam öldürme suçuyla ilgili yargılamada, duruşma öncesi aşamadaki, avukat yardımından yararlanamamış ve susma hakkı ile kendini suçlayacak açıklamalarda bulunmaktan kaçınma hakkı ile ilgili yeterince bilgilendirilmemiş olmak gibi eksikliklerin, yargılamanın bütünü, adil yargılanma hakkı bakımından olumsuz etkileyip etkilemeyeceği konusunda yine, İbrahim vd / Birleşik Krallık kararında benimsenen ilkeler sürdürülmüş ve bu bağlamda dikkate alınacak etmenler arasında, soruşturma ve cezalandırma ile ilgili kamu çıkarının ağırlığının değerlendirilmesi gerektiği sayılmıştır ⁷⁷⁴.

Beuze / Belçika kararında da, kamu çıkarı ile adil yargılanma hakkının dengelendiğini; bu amaçla, duruşma öncesi aşamadaki, avukat yardımından yararlanamama ve susma hakkı konusunda yeterince bilgilendirilmeme gibi önemli eksikliklerin, adil yargılanma hakkı bakımından yargılamanın bütünü olumsuz olarak etkilemeyeceği görüşüne dayanılmıştır. Ancak, tüketici nitelikte olmadığı kaydedilen etmenler arasında, duruşma öncesi aşamada söz konusu eksiklikler varsa, o aşamada toplanan kanıtların doğruluğuna, güvenilirliğine ve sağlamlığına karşı çıkabilme olanağının tanınması gerektiğinin sayılmış olduğunu da belirtmeliyiz. Böylelikle, duruşma öncesi eksikliklerin, bazı usuli güvencelerle dengelenmek istendiğini de eklemeliyiz.

⁷⁷⁴ Beuze v. Belgium (no. 71409/10) [GC], 9.11.2018, prg. 3, 90, 150.

1.5.2. Duruşma öncesinde, kendi seçtiği avukatın yardımından yararlanma güvencesinin eksiklikliği ve bu eksikliğin ceza yargılamasının bütününe etkileyip etkilemediği:

AİHM Büyük Dairesi, 20.10. 2015 tarihli Dvorski / Hırvatistan kararında, üç cinayet, bir silahlı soygun ve bir kundaklama suçlarından gözaltına alınan başvurucunun, polis sorgusunda hukuki yardım alması için, kendi seçtiği avukat yerine, polisin seçtiği avukatın görevlendirilmiş olmasının, AİHS md. 6/1 ve 6/3(c)'nin sağladığı güvencelere aykırı olduğuna ilişkin şikayetini incelemiştir. Büyük Daire, duruşma öncesinde avukata erişimin engellenmesiyle, kendi seçtiği avukat yerine, polisin görevlendirdiği avukatın yardımından yararlanmayı karşılaştırmış; ikincinin, birinciye göre daha az önemli olduğunu belirtmiş ve kendi seçtiği avukatın yardımından yararlanamamanın yarattığı eksikliğin, yargılamanın bütününe adil olmasını olumsuz yönde etkileyip etkilemediğini irdelemiştir. AİHM Büyük Dairesi, başvurucunun kendi seçtiği avukatın hazır bulunmadığı polis sorgusunda verdiği ifadenin, duruşma aşamasında kanıt olarak kullanıldığını ancak, mahkumiyetin, çapraz sorguya tabi tutulan tanıkların ifadelerine, çeşitli bilirkişi raporlarına, olay yeri tutanağına, arama sonucunda elde edilen fotoğraf ve diğer fiziki kanıtlara dayandığını; ayrıca, başvurucunun, polis tarafından görevlendirilen avukatın kendisine yeterli hukuki yardımda bulunmadığından yakınmadığını belirlemiş; ancak, buna karşın, kendi seçtiği avukatın hazır bulunmadığı ortamda polis tarafından alınan ifadenin – adil yargılamayı sağlayacak tedbirler alınmadığı için - duruşma aşamasında kanıt olarak kullanılmasının, adil yargılama hakkının ihlalini oluşturduğu sonucuna varmıştır ⁷⁷⁵.

AİHM Büyük Dairesinin, bu kararında, kendi seçtiği avukat olmasa da, ehil ve meslek ahlakına uygun davranan bir avukatın yardımından yararlanma durumunda, kendi seçtiği avukatın yardımından yararlanamamış olmanın, tek başına, adil yargılanma hakkı bakımından, bütün yargılamayı olumsuz yönde etkilemeyeceğini belirtmiş olması (kararın 111. paragrafı) dikkat çekicidir. Buna göre, bu davada, kendi seçtiği avukatın hazır bulunmadığı ortamda alınan polis ifadesi, duruşma aşamasında kanıt olarak kullanılmasaydı, ihlal kararı verilmeyecekti. Ancak, bu yaklaşım, karara farklı gerekçelerle katılan üç yargıcın (Kalaydjieva, Albuquerque, Turkovic) yazılı görüşünde (*concurring opinion*) eleştirilmiştir. Bu yargıçlar, dava konusu eksikliğin adil yargılanma

⁷⁷⁵ Dvorski v. Croatia (no. 25703/11) [GC], 20.10.2015, prg. 11, 13, 21-23, 67, 78-81, 103-104, 111-113,

hakkı üzerinde yarattığı olumsuzluğun, hiçbir tedbirle düzeltilemeyeceğini; temel hak olan, kendi seçtiği avukatın yardımından yararlanmanın, AİHS güvenceleri açısından daha az öneme sahip başka çıkarlarla dengelenemeyeceğini; kendi seçtiği avukatın eksikliğinin “zararsız hata” (*harmless error*) olarak değerlendirilmesi ile bu eksikliğin, adil yargılanma hakkı açısından, yargılamanın bütünü olumsuz yönde etkileyip etkilemediği değerlendirmesinin çok sakıncalı sonuçları olabileceği görüşünü savunmuşlardır ⁷⁷⁶.

Görüşümüze göre, AİHM Büyük Dairesi, Dvorski / Hırvatistan kararında, AİHS md. 6/3(c)’de açıkça yazılı olan, kendi seçtiği avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkının, devlete ait olduğu ileri sürülebilecek, yargılamanın bir bütün olarak adil olmasına ilişkin çıkarla dengelenebileceği görüşünü benimsemiştir. “Yargılamanın bir bütün olarak adil olması” çok açık bir kavram değildir ve devletin çıkarına göre yorumlanması olanaklıdır. Böyle olursa, devletin yargılamanın bir bütün olarak adil olmasına ilişkin çıkarı ile söz konusu temel hakkın dengelenmesi durumunda, ağırlığın, temel hak aleyhinde olması olasıdır. Bu olasılıkta, söz konusu temel hak ayakta kalamayacağından, kurulan dengenin de, adil bir denge olarak nitelendirilemeyeceği düşünülmektedir.

1.5.3. Silahların eşitliği ilkesi:

Adil yargılanma hakkının önemli ilkelerinden olan, silahların eşitliği ilkesi, savunma ve iddia tarafları arasında eşitliğin korunması anlamındadır. Bu bakımdan, savunma tarafının durumunu dezavantajlı kılan düzenleme ve uygulamalar, silahların eşitliği ilkesine, dolayısıyla da, adil yargılanma hakkına aykırıdır. Eşitliğin bozulduğu durumlarda, yeniden eşitliğe dönülmesi veya en azından yaklaşılmaları için, adil denge ilkesi devreye girer ^{777, 778}.

⁷⁷⁶ Dvorski / Hırvatistan kararının 45-46. sayfaları.

⁷⁷⁷ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 325-326.

⁷⁷⁸ Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş. Birinci Baskı, Mart 2019; 96-100.

1.5.3.1. Tanıkların, duruşmada, sanık veya sanık avukatı tarafından sorgulanabilmesi (AİHS md. 6/3(d)):

1.5.3.1.(1) AİHM Büyük Dairesi, 15.12.2011 tarihli Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık kararında, birinci başvurunun mahkumiyetinin, polise verdiği ifadede sonra ölen tanığın anlatımlarına; ikinci başvurunun mahkumiyetinin ise, sanıktan korktuğu için duruşmada ifade vermekten kaçınan görgü tanığının polis ifadesine dayanmasının, AİHS md. 6/3(d)'ye aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AİHM Büyük Dairesi, 15.12.2011 tarihli kararında ilke olarak, tanık ifadelerinin, sanığın hazır olduğu duruşmada dinlenmesi ve sanığa, aleyhindeki ifadelere karşı çıkabilme ve tanıklara soru sorabilme olanağının tanınması gerektiğini belirtmiştir. Şayet, tanığa soru sorabilme olanağı tanınmamış veya sağlanmamışsa, bunun, haklı bir nedeni bulunmalıdır. Söz konusu tanık ifadesi, tek (*sole*) ve mahkumiyet için belirleyici (*decisive*) ise ve bu ifadenin kanıt olarak kabul edilmesi (*admit in evidence*) adaletin yararınaysa, savunmanın, tanığa soru sorabilme olanağından yoksun bırakılması nedeniyle içine düştüğü dezavantajlı durum, buna yol açan tanık ifadesinin güvenilir olup olmadığını gösterecek usuli bazı ek olanaklar sağlanarak, yargı organının etkin işleyişine (*effective administration of justice*) ilişkin kamu çıkarıyla dengelenmelidir. Büyük Daire, bu ilkeler ışığında, birinci başvurunun, yeterli ölçüde dengeleyici ek usuli olanaklardan yararlanmış olduğunu saptayarak, bu başvuru açısından ihlal bulmamış; buna karşılık, ikinci başvurunun, yeterli ölçüde dengeleyici ek usuli olanaklardan yararlanamamış olması nedeniyle, AİHS md. 6/3(d)'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır ⁷⁷⁹.

Büyük Dairenin dört yıl sonra verdiği, Schatschaschwili / Almanya kararı da ⁷⁸⁰, söz konusu Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık kararıyla aynı çizgidedir.

Büyük Dairenin bu kararı, adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi açısından olduğu kadar ⁷⁸¹, yargı organının etkin işleyişine ilişkin kamu yararının, savunma hakkına göre daha üstün bir çıkar olmadığını ve savunma hakkıyla

⁷⁷⁹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom (no. 26766/05 and 22228/06) [GC], 15.12.2011, prg. 3, 11, 29, 118-119, 141, 147, 152, 156-162,

⁷⁸⁰ Schatschaschwili v. Germany (no. 9154/10) [GC], 15.12.2015.

⁷⁸¹ Bu kararın, gizli tanık ifadesinin, sanığın mahkumiyetini etkilemesi konusu bakımından da önemli olduğunu kaydedelim.

dengelenebileceğini ortaya koymasıyla, adil denge ilkesi açısından da önem taşımaktadır.

1.5.3.2. Çürütülemeyen yasal karine (*irrebuttable presumption*):

AİHK'ya yapılan, Salabiaku / Fransa başvurusu, Zaire'den hava yoluyla yiyecek ısmarlayan ve kargoyu teslim almak üzere Paris'te havalanına giden ve adına gelen herhangi bir kargonun bulunmaması, fakat, adsız bir kargonun bulunması üzerine, gümrük memurunun, içinde yasak madde bulunduğundan kuşkulandığı için, teslim almaması uyarısına rağmen, beklediği kargo olduğu sanısıyla, adsız kargoyu teslim alan başvuruçunun, söz konusu kargonun içinden 10 kg uyuşturucu çıkması nedeniyle gözaltına alınıp yargılanması ve mahkum edilmesiyle ilgilidir. Başvurucu gözaltına alınırken, adına gönderilen ve içinde yiyecek bulunan kargo yanlışlıkla Brüksel havaalanında indirilmiştir.

İlgili gümrük yasası, kaçak eşyayı elinde bulunduran aleyhine, çürütülemez nitelikte yasal karine getirmiştir. AİHK, bu nitelikteki yasal karinenin, yargılamada denge veya eşit muamele (silahların eşitliği) ilkesi açısından incelenmesi gerektiği düşüncesiyle, başvuruyu, 16.4.1986 tarihinde kabul edilebilir bulmuştur⁷⁸². AİHK'nın 16.7.1987 tarihli raporunda ise, gümrük yasasının, kaçak eşyayı elinde bulundurma suçunun kasıtlı olarak veya ihmalle işlenmiş olması arasında ayırım gözetmemiş olmasından dolayı, savcının ve mahkemenin, kasıt veya ihmalle ilgili kanıt aramadığı gerekçesiyle, başvuruçunun, kargonun içinden çıkan uyuşturucu hakkında bilgisinin olup olmadığı belirlenmeden mahkum edilmesinin, adil yargılanma hakkına aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır⁷⁸³. AİHM de, 7.10.1988 tarihli kararıyla aynı çizgiyi sürdürmüştür⁷⁸⁴.

Burada, AİHK'nın, kabul edilebilirlik kararında, çürütülemez nitelikteki yasal karinenin, adil yargılanma hakkının önemli ilkelerinden olan, silahların eşitliği ilkesi açısından incelenmesi gerektiğini belirtmesine rağmen, raporunda, buna ilişkin bir değerlendirme yapmadan, Fransız gümrük yasasındaki düzenlemeye ağırlık vermesi ve bunu, bireysel hakla dengelemeksizin –koşulsuz olarak- yapması, daha sonra da AİHM'nin aynı çizgiyi sürdürmesi, adil denge ilkesi bakımından eleştiriye açık bir durumdur.

⁷⁸² Salabiaku v. France (no. 10519/83) [Commission Dec.], 16.4.1986 (İngilizce özet çeviri), s. 111.

⁷⁸³ Salabiaku contre La France (no. 10519/83) [Rap.], 16.7.1987 (Fransızca), prg. 66, 69, 71-72.

⁷⁸⁴ Salabiaku v. France (no. 10519/83), 7.10.1988, prg. 27, 30-31.

Görüşümüze göre, bu davada, kaçakçılık suçuyla mücadele bağlamındaki kamu yararı ile bireyin silahların eşitliği ilkesine ve tüm delillerin gereği gibi değerlendirilmesine ilişkin çıkarı, adil denge ilkesine göre dengelenmemiş; ayrıca, çürütülemez nitelikteki yasal karineye de, suçsuzluk karinesi karşısında üstünlük tanınmıştır.

1.5.3.3. Bazı ifadelerin / belgelerin sanığın hazır olmadığı oturumda dinlenmesi / sunulması:

1.5.3.3.(1) Barry Fitt / Birleşik Krallık davası, başvurunun katıldığı soygun ittifakını aydınlatmak amacıyla yürütülen yargılamada, savcının talebi üzerine mahkemenin, muhbirin kimliğinin açığa çıkmasını önlemek amacıyla, ittifakta yer alan ve itirafçı olan ‘C’nin ifadesinin, başvurunun hazır bulunmadığı (*ex parte*) bir oturumda dinlenmesi ve başvurunun bu ifadeye dayanarak mahkum edilmesi ile ilgilidir. Duruşma yargıcı, jürinin, ‘C’nin ve muhbirin, başvurucuyu suçlu göstermeye odaklanmış olup olmadıklarının da incelenmesi gerektiği konusunda, dikkatini çekmiştir. AİHK, 20.10.1998 tarihli raporunda, bazı ifade ve belgelerin sanıktan gizlenmesiyle ilgili kamu çıkarının, sanığın adil yargılanma hakkıyla ilgili çıkarının dengelenmesi gerektiğine ve bazı ifade ve belgelerin, ancak, yargı denetimi altında olmak ve ulusal güvenliğin korunması veya terörle mücadeleye zarar verilmemesi koşullarına bağlı olarak incelenebileceğine işaret etmiştir. Ayrıca, duruşma yargıcının, gerekli dengelemeyi yapabilmesi için, sanığa gösterilmeyen ifade ve belgelerin, sanığın savunması için ne kadar önemli olduğunu değerlendirebilmesine yetecek ölçüde bilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. AİHK, duruşma yargıcının, bazı ifade ve belgelerin sanığa gösterilmemesinin, sanığın savunması açısından dengesizlik yaratacağı sonucuna varırsa, söz konusu ifade ve belgelerin sanıktan gizlenmesine son verme yetkisine sahip olduğunu kaydederek, duruşma yargıcının, ‘C’nin yazılı ifadesini tam olarak inceleyebilmiş ve gerekli değerlendirme ve dengelemeyi yapmış olduğu varsayımıyla, sanığın buradaki dezavantajlı durumunun, 1) belirtilen yargıç denetimi, 2) savunma tarafının yokluğunda alınan ifade hakkında bu tarafa özet bilgi verilmesi ve 3) yargılamanın, çelişmeli usulde (*adversarial procedure* ⁷⁸⁵) yapılmış olması sayesinde dengelenmiş olduğunu kabul etmiş ve 20.10.1998 tarihli raporunda, adil yargılanma

⁷⁸⁵ Taner, “*adversarial procedure*” teriminin Türkçe karşılığı olarak, “çelişmeli yargılama” terimini benimsemiş ve “çekişmeli yargılama” kavramından farklı olduğunu belirtmiştir (Taner 74-78). Çelişmeli yargılama konusunda daha ayrıntılı bilgi için, bkz., aynı eser: 87-94.

hakkının ihlal edilmediği görüşünü belirtmiştir ⁷⁸⁶. Bu görüşe karşı çıkan bazı Komisyon üyeleri ise, ortak karşı görüşlerinde, dengelemenin, gereği gibi yapılmış olması için, itirafçının, savunma tarafının hazır bulunmadığı (*ex parte*) bir oturumda dinlenmesi yerine, dinlemenin, savunma adına hareket eden, özel olarak atanmış bir avukatın hazır bulunduğu (tarafklar arasında; *inter partes*) bir oturumda yapılmış olması gerektiği görüşünü savunmuşlardır ⁷⁸⁷.

AİHK, 20.10.1998 tarihli raporunu AİHM'ye götürmüştür. Ön inceleme kurulu (*panel*), davanın AİHM Büyük Dairesi tarafından incelenmesine karar vermiştir. AİHM Büyük Dairesinin 16.2.2000 tarihli kararında, tanıkların veya mağdurların can güvenliklerinin, özgürlüklerinin veya özel hayat hakları ile ilgili çıkarlarının veya ulusal güvenliğin korunması ile ilgili kamu çıkarının, sanığın adil yargılanma hakkının tam olarak uygulanmasıyla ilgili çıkarına ağır basacağını ancak, savunmadan, bilgi / belge gizlenmesinin, sadece kesinlikle gerekliyse (*strictly necessary*) olanaklı olduğunu belirtmiş ve savunma hakkının kısıtlanması durumunda, savunma tarafı yararına bazı dengeleyici güvencelerin / usullerin (*procedures*) mevcut olması gerektiğini eklemiştir. Belirtelim ki, AİHM Büyük Dairesi de, söz konusu kararında, AİHK'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkmamış; savunma tarafının yokluğunda alınan ifade hakkında bu tarafa özet bilgi verilmesini yeterli görmüş; bunun yanında, savunma tarafına gösterilmeyen bilginin / belgenin, savunma açısından önemli olup olmadığını değerlendirecek yargıcın bağımsız ve tarafsız olmadığının ileri sürülmemiş olmasına önem vermiş ve çelişmeli yargılama usulünden yararlanan sanığın, savunma hakkıyla ilgili çıkarının korunduğu hükmüne varmıştır ⁷⁸⁸.

AİHK'nın varsayıma dayalı görüşü için yapılabilecek eleştiri, AİHM Büyük Dairesinin bu kararı için de geçerlidir. Nitekim, Büyük Daire kararıyla ilgili olarak, 17 yargıcın 8'i, karşı görüş yazmış; denetim ve değerlendirme yapacak yargıcın, bağımsız ve tarafsız olmasının yeterli olmadığını; olayda, çelişmeli usulün ve silahların eşitliği ilkesinin gereği gibi uygulanmadığını eleştirmişlerdir. Yargıç Hedigan ise, ek olarak, AİHK raporuna karşı görüş yazan Komisyon üyeleri gibi, savunma adına hareket eden, özel

⁷⁸⁶ Barry Fitt against The United Kingdom (no. 29777/96) [Rep.], 20.10.1998, prg. 25, 28-30, 77-78, 84-85, 87, 89, 93.

⁷⁸⁷ Barry Fitt raporunun sondan bir önceki sayfası.

⁷⁸⁸ Fitt v. The United Kingdom (no. no. 29777/96) [GC], 16.2.2000, prg. 1-2, 45-46, 48-50.

olarak atanmış bir avukatın, ifadelerin dinlendiği oturumda hazır bulunması olanağının kullanılmamış olmasının, savunma tarafının dezavantajlı durumunu dengeleme açısından eksiklik oluşturduğu görüşünü savunmuştur ⁷⁸⁹.

1.5.3.3.(2) Cinayet dahil, çeşitli suçlardan yargılanıp mahkum edilen Raphael Rowe ve Michael Davis / Birleşik Krallık davasında ise, bazı belgelerin başvurulardan gizlenmesi ve bunlardan birinin, duruşma yargıcına da gösterilmemesi söz konusudur. AİHK 20.10.1998 tarihli raporunda (yukarıda sunulan Barry Fitt raporuyla aynı tarihte), 1) tarafların, bütün kanıtları ve görüşleri bilmesinin ve karşılıklı olarak görüşlerini sunabilmelerinin, çelişmeli usulün; bazı belgelerin sanıktan gizlenmesiyle ilgili kamu çıkarının, sanığın adil yargılanma hakkıyla dengelenmesinin ise, silahların eşitliği ilkesinin gereği olduğunu; 2) bir yetkilinin verdiği bilginin, sırf o yetkili tarafından verilmiş olduğu için doğru kabul edilmesinin (*ipse dixit*) adil yargılanma hakkıyla bağdaştırılamayacağını; 3) bazı belgelerin sanıktan gizlenmesinde kamunun çıkarı bulunduğu iddia edildiğinde, sanıktan gizlenen belgelerin, savunma için önemini değerlendirip, gerekli gördüğünde, belgeler üzerindeki gizliğin kaldırılmasına karar verebilecek yetkiye sahip olması beklenen duruşma yargıcının, söz konusu belgeleri inceleyebilmesi gerektiğini; 4) duruşma yargıcının, bu belgeleri en iyi değerlendirebilecek konumda olması nedeniyle, belgelerin, istinaf mahkemesine gösterilmesinin, dengeleme eksiğini gidermediğini belirterek, başvurulcuların adil yargılanma haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır ⁷⁹⁰.

AİHK, yukarıda belirtilen Barry Fitt davasında olduğu gibi, hazırladığı raporu AİHM'ye götürmüş, AİHM'nin ön inceleme kurulu da, davanın Büyük Dairede görülmesine karar vermiştir. AİHM Büyük Dairesi de, 16.10.2000 tarihli kararında (Barry Fitt kararıyla aynı tarihte), aynı ilkeleri vurgulamış ve sanıktan gizlenen belgelerin duruşma yargıcına gösterilmemiş olmasını, dengeleme açısından eksiklik olarak nitelendirerek, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁷⁹¹.

1.5.3.3.(3) Eric Jasper / Birleşik Krallık davasında olay, başvurulcunun, kenevir (*cannabis*) ithalatı yasağını dolanmak amacıyla sahtekarlık yaptığı için yargılanıp

⁷⁸⁹ Fitt kararının 23-24 ve 26-28. sayfaları.

⁷⁹⁰ Raphael Rowe and Michael Davis against United Kingdom (no. 28901/95) [Rep.], 20.10.1998, prg. 17, 28-29, 70, 75, 78-80, 82-83.

⁷⁹¹ Rowe and Davis (no. 28901/95) [GC], 16.2.2000, prg. 1-2, 61, 63, 65-67.

mahkum edilmesi ve yargılama sürecinde belgelerin bazı başvuruclardan gizlenmesi ile ilgilidir. Söz konusu belgeler, duruşma yargıcı tarafından incelenmiş; savunma hakkı açısından gizliliğin devam etmesinin gerekip gerekmediği konusunda değerlendirme yapılmış ve istinaf aşamasında da bu durum denetlenmiştir. AİHK, 20.10.1998 tarihli raporunda (Barry Fitt ile Rowe ve Davis raporlarıyla aynı tarihte), önemli bir güvenlik sorunuyla veya siyasi sorunla ilgili olmayan, olağan / sıradan (*ordinary*) bir yargılamada, sanıktan gizlenen belgelerin duruşma yargıcı tarafından incelenip değerlendirilmesinin ve bunun, istinaf mahkemesinde de tekrarlanmasının, dengeleme açısından yeterli olduğu gerekçesiyle, ihlal bulmamıştır ⁷⁹².

AİHM Büyük Dairesi de, 16.2.2000 tarihli kararıyla (Barry Fitt ile Rowe ve Davis kararlarıyla aynı tarihte), belgelerin sanıktan gizlenmesini, savunma hakkı açısından değerlendiren yargıçların, bağımsız ve tarafsız olduklarına vurgu yaparak, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir ⁷⁹³.

1.5.3.3.(4) AİHM'nin, sanıktan belge gizlenmesi konusunda, yukarıda belirtilen ilkeleri doğrultusundaki yaklaşımı, 6.7.2010 tarihli Uzukauskas / Litvanya kararında da sürdürülmüş ve ulusal güvenlik ileri sürülerek yapılan gizlemenin, kesin gereklilik varsa kabul edilebileceği; ancak, bu durumda da, yargı yetkililerinin (*judicial authorities*), sanığın savunma hakkı bakımından düştüğü dezavantajlı durumu dengeleyecek usuller izlemesi gerektiği, açıklıkla ortaya konmuştur ⁷⁹⁴.

1.5.4. Yetkisiz kişinin elde ettiği kanıtın mahkumiyet için kullanılması:

Schenk / İsviçre davasında, boşandığı karısını öldürmesi için tuttuğu adamla ('P') yaptığı telefon görüşmelerinin, 'P' tarafından gizlice kaydedilip polise verilmesi üzerine, cinayete teşvik suçundan yargılanıp mahkum edilen başvuruclunun, söz konusu telefon görüşmelerinin kayıtlarının, mahkumiyet için belirleyici nitelikte kanıt olup olmadığı konusundaki başvuru, AİHK tarafından, önce kabul edilebilirlik açısından incelenmiş ve başvurunun, suçsuzluk karinesi bağlamındaki (AİHS md. 6/2) bölümü, 6.3.1986 tarihinde kabul edilebilir bulunmuştur ⁷⁹⁵. AİHK'nın bu kararında, İsviçre

⁷⁹² Eric Jasper against The United Kingdom (no. 27052/95) [Rep.], 20.10.1998, prg. 17, 20, 78-79.

⁷⁹³ Jasper v. The United Kingdom (no. 27052/95) [GC], 16.2.2000, prg. 56, 58.

⁷⁹⁴ Uzukauskas v. Lithuania (no. 16965/04), 6.7.2010, prg. 46-47.

⁷⁹⁵ Başvuruların AİHK'ya yapıldığı dönemde (bkz., dip-not 608) AİHK, rapor hazırlamadan önce başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin karar verir ve taraflara iletirdi. Bkz., kabul edilebilirlik kararının verildiği 6.3.1986 tarihinde geçerli olan, 15.5.1983 tarihinde güncel hale getirilmiş AİHK Usul Kurallarının 40, 42 ve 43 no.lu kuralları (*Rules*

mahkemelerinin, başvuruçunun telefon görüşmeleriyle ilgili özel hayata saygı hakkının, suç oluşturan eylemle ilgili gerçeğin aydınlatılması noktasındaki kamu çıkarından daha önemli olmadığına ve yetkisiz kişinin ('P'nin) kaydettiği telefon görüşmelerinin kanıt olarak kullanılmasının mutlak olarak yasaklanmasının anlamsız / saçma (*absurd*) sonuçlara götürebileceğine; ayrıca, telefon görüşmelerinin kaydedilmesinin İsviçre anayasasına aykırı olmadığına ilişkin değerlendirmelerine saygı gösterip uymuştur (*deference*)⁷⁹⁶.

Dengeleme açısından bakıldığında, AİHK'nın, İsviçre mahkemelerinin, başvuruçunun özel hayat hakkı ile kamu çıkarını karşılıklı tartarak, ikincisine ağırlık vermelerini uygun bulduğu görülmektedir.

AİHK, kabul edilebilirlik kararından sonra 14.5.1987 tarihli raporunu hazırlamıştır. Bu raporda da, kabul edilebilirlik kararındaki dengeleme benimsenmiş ve İsviçre mahkemelerinin vardığı sonuca saygı gösterip uymayı (*deference*) daha sağlam bir temele oturtmak için, başvuruçunun mahkumiyetinin sadece söz konusu telefon kayıtlarına değil, başka kanıtlara da dayandığı eklenmiştir⁷⁹⁷. AİHK raporu, AİHK ve İsviçre hükümeti tarafından AİHM'ye götürülmüş; AİHM de, 12.7.1988 tarihli kararıyla, AİHK raporundaki bulguları ve sonucu onaylamış ve AİHS md. 6'nın ihlal edilmediğine karar vermiştir⁷⁹⁸.

1.5.5. Beraatten sonra yeniden yargılama (*review, reopening, re-examination*) :

Nikitin / Rusya davasında, Başsavcının (*procurator general*), kanıt yetersizliğinden beraat eden kişinin yeniden yargılanması için Yüksek Mahkemeden istemde bulunmasının, adil yargılanma hakkına aykırı olduğundan şikayet edilmiştir. AİHM, 20.7.2004 tarihli kararıyla, ceza davalarında yeniden yargılamanın, özel hukuk davalarına göre daha kısıtlı olduğunu; aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkını güvence altına alan AİHS'ye ek 7 No.lu Protokolün⁷⁹⁹ 4.

of Procedure of the European Commission of Human Rights, Text brought up to date on 15 May 1983, Strasbourg, 1987). AİHK Usul Kurallarında, daha sonra yapılan güncellemelerle / değişikliklerle kuralların no.ları değişmiştir.

⁷⁹⁶ Schenk v. Switzerland (no. 10862/84) [Commission Dec.], 6.3.1986 (önemli bölümlerin İngilizce çevirisi), s. 106, 142-145, 147, 149-150, 154.

⁷⁹⁷ Schenk contre La Suisse (no. 10862/84) [Rap.], 14.5.1987 (Fransızca), prg. 61, 65.

⁷⁹⁸ Schenk v. Switzerland (no. 10862/84), 12.7.1988, prg. 1, 48-49.

⁷⁹⁹ Türkiye AİHS'ye ek 7 No.lu Protokolü 2.5.2016 tarihinde onaylamış ve Protokol, Türkiye açısından, 9. maddesi uyarınca, 1.8.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

maddesinin 2. paragrafındaki koşullara uyulmuş olsa da, ceza davalarında yeniden yargılamanın her zaman, AİHS md. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkına uygun olmayabileceğini; bu bağlamda, ceza yargısının (*criminal justice*) etkin işleyişine ilişkin kamu yararıyla, kişinin çıkarları arasında, olabilecek azami ölçüde (*to the maximum extent possible*) adil denge sağlanması gerektiğini vurguladıktan sonra, Başsavcının yeniden yargılama istemi hakkında karar verme yetkisinin ait olduğu Yüksek Mahkeme Kurulunun (*Presidium of the Supreme Court*), davadaki kanıt yetersizliğini göz önünde bulundurarak Başsavcının istemini reddettiğini; dolayısıyla, adil denge ilkesine aykırı bir karar alınmadığını ve başvurunun da mağdur olmadığını belirlemiş ve bu gerekçelerle, AİHS md. 6'nın uygulanamayacağı ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır ⁸⁰⁰.

Görüşümüze göre, bu kararın en dikkat çecici paragrafı, yeniden yargılama gündeme geldiğinde, ceza adaletinin etkin işleyişine ilişkin kamu yararı ile kişinin çıkarları arasında azami ölçüde adil denge sağlanması gerektiğini öngören, 57. paragrafıdır.

1.5.6. Halka açık şirketlerin denetim raporlarının kamuya açıklanması ve kişisel ve ticari itibarın sarsılması:

Muhamed Al Fayed, Ali Fayed ve Salah Fayed / Birleşik Krallık davasında, başvuruçuların satın aldığı şirketin eski sahibinin şikayeti üzerine denetim yapan müfettişlerin hazırladığı raporda, şirketi satın alma sürecinde yürütülen ve başvuruçuları olduklarından daha zengin gösteren reklam kampanyalarının gerçeği yansıtmadığının belirtilmesinin ve bu içerikteki raporun kamuya açıklanmasının, başvuruçuların kişisel ve ticari itibarlarını sarstığı; buna rağmen, müfettişlerin, hakaret veya itibara zarar verme davalarından bağışık tutulmaları (*privilege from defamation proceedings*) nedeniyle, başvuruçuların, müfettişlere karşı dava açamamalarının, adil yargılanma hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Başvurunun yapıldığı AİHK, 7.4.1993 tarihli raporunda, müfettişlerin, dava açılması tehdidi altında olmaksızın rapor hazırlamalarında kamunun çıkarı bulunduğu ve bu çıkar karşısında, başvuruçuların çıkarlarının, müfettiş raporunun kamuya açıklandığı gün, basın açıklaması yapmış

⁸⁰⁰ Nikitin v. Russia (no. 50178/99), 20.7.2004, prg. 54-55, 57-61; Mowbray 18.

olmalarıyla dengelendiği görüşünden hareketle, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır ⁸⁰¹.

AİHK, konuyu AİHM'ye götürmüştür. AİHM, 21.9.1990 tarihli kararında, AİHK gibi, müfettişlerin raporunun belirleyici bir nitelik taşımadığını ve raporun kamuya açıklandığı gün, başvuruçuların basın açıklaması yapmış olmalarıyla, çıkarlarının, müfettişlerin özgürce rapor hazırlayabilmeleriyle ilgili kamu çıkarı karşısında dengelediğini belirterek, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. AİHM, müfettişlerin tarafsız davranmalarını ve olgulara dayanmalarını gerektiren kuralların varlığının da başvuruçular için bir güvence oluşturduğunu kaydetmiştir ⁸⁰².

AİHM karar metninde, “adil denge” kavramı yerine “orantılılık” kavramını kullanmıştır. Bunun, yukarıda, VII. Bölümün 5.2. ve XIII. Bölümün 1.1. no.lu paragraflarında açıklandığı gibi, kavramların her zaman doğru olarak kullanılmadığından kaynaklandığını düşünmekteyiz. Bu düşüncemizin nedeni, karar metninde de belirtildiği gibi, kamu çıkarı ile bireysel çıkarın çatıştığının ve bu çatışmanın dengelenmiş olduğunun var sayılmasıdır.

1.6. AİHS md. 8 (Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı):

AİHS'nin 8. maddesi, özel hayat, aile hayatı, konut ve yazışma ile ilgili dört çıkarı korumaktadır. AİHM, bu çıkarları özerk olarak tanımlamakta ve iç hukuktaki tanımlara bağlı kalmamaktadır ⁸⁰³. AİHM'nin, AİHS'yi “yaşayan belge” (*living instrument*) olarak niteleyen dinamik yorum yöntemiyle ⁸⁰⁴ de örtüşen bu durum, söz konusu maddenin kapsamının, kişisel kimlikten, kişisel saygınlığa, şöhrete, vücut bütünlüğüne, fiziksel görünüme, haberleşmenin gizli izlenmesine / denetimine, arama ve el koymaya, kişisel verilerin korunmasına, çalışma ve meslek yaşamının sürdürülmesine, evlat edinmeye, ana-babanın çocukla ilişkisine, göçmenlerin ve sığınmacıların haklarına, sağlıklı çevre hakkına ve mahkumların dış dünya ile ilişkilerine kadar genişletilmesine yol açmıştır ⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ Muhamed Al Fayed, Ali Fayed and Salah Fayed against The United Kingdom (no. 17101/90) [Rep.], 7.4.1993, prg. 36, 59, 73, 75-77.

⁸⁰² Fayed v. The United Kingdom (no. 17101/90), 21.9.1994, prg. 1, 65, 70, 75, 78, 82-83.

⁸⁰³ Bkz., yukarıda VIII. Bölümün 3. no.lu paragrafı.

⁸⁰⁴ Bkz., yukarıda VIII. Bölümün 2. no.lu paragrafı.

⁸⁰⁵ Harris, O'Boyle and Warbrick 501, 514-568; Mowbray 19.

1.6.1. Özel hayata saygı hakkı:

1.6.1.1. Kişi hakkında yürütülen güvenlik soruşturması sonucu elde edilen bilginin ilgili kişiden gizlenmesi:

Leander / İsveç davasında, deniz kuvvetleri müzesinde geçici olarak tekniker kadrosunda işe alınan ancak, hakkında yürütülen güvenlik soruşturması sonuçlanana kadar işten uzaklaştırılan ve güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması nedeniyle işine son verilen başvurucu, işine son verilmesine neden olan bilginin kendisinden gizlendiğini ileri sürerek AİHK'ya başvurmuştur. AİHK, 17.5.1985 tarihli raporunda, ihlal bulmamış ancak, konunun AİHM tarafından incelenmesi için, başvuruyu AİHM'ye götürmüştür.

AİHM, 26.3.1987 tarihli kararında, ulusal güvenliğin korunmasındaki kamu yararının, başvurunun özel hayatına saygı gösterilmesine ilişkin hakkına yapılan ciddi müdahale ile tartışılması gerektiğini vurgulamış ancak, kamu görevinde çalışmanın, AİHS tarafından korunan bir hak olmadığını ve başvurunun karşı karşıya kaldığı müdahalenin, kendi arzusuna göre yaşayacağı özel hayatına herhangi bir engel oluşturmadığını belirtmiş ve bu koşullar altında, devletin, ulusal güvenliğin korunması amacına yönelik tedbirler bağlamında takdir yetkisinin geniş tutulması gerektiğinin altını çizmiştir. AİHM, başvurucudan, kendisiyle ilgili bilginin gizlenmesinin, demokratik toplum açısından gerekli olmadığını söyleyemeyeceğini belirtmiş ve 1) ulusal polis kurulunda parlamenterlerin yer almasının; 2) en üst adli makamın (*Chancellor*), yetkilileri ve kamu görevlilerini hükümet adına denetlemesinin ve 3) parlamento ombudsmanı ile parlamento adalet komisyonunun denetim yetkilerine sahip olmalarının, yeterli güvence sağladığı gerekçesine dayanarak, ulusal güvenlikle ilgili kamu yararının, başvurunun çıkarına ağır bastığı sonucuna varmış ve özel hayat hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁸⁰⁶.

AİHM'nin bu kararında, dengelemenin, İsveç'in ulusal güvenlik çıkarının, başvurunun kendisiyle ilgili bilginin kendisine bildirilmesiyle ilgili çıkarına üstün tutulması yönünde yapıldığı görülmektedir. Ancak, dengelemenin bu yönde yapılması, zayıf gerekçelere dayandırılmıştır. Örneğin, ulusal güvenliğin korunması amacı ve

⁸⁰⁶ Leander v. Sweden (no. 9248/81), 26.3.1987, prg. 1-2, 10, 14, 17, 45-46, 59-60, 65-68.

demokratik toplum açısından gereklilik somutlaştırılmamıştır. Görüşümüze göre, zayıf gerekçelere dayanan Leander / İsveç kararı da, aşağıda 1.6.5.1. no.lu paragrafta sunulan, Klass ve diğerleri / Almanya kararında olduğu gibi, soğuk savaş koşullarının izlerini taşımaktadır.

1.6.1.2. Eşcinsel yaşantı ve özel hayata saygı hakkı:

1.6.1.2.(1) Norris / İrlanda davasında, İrlanda parlamentosunda senatör ve üniversitede hoca olan başvuru Norris, erkeklerin eşcinsel yaşantısını cezalandıran yasadan dolayı mağdur olduğu şikayetiyle AİHK'ya başvurmuş; AİHK da, 12.3.1987 tarihli raporunda, başvuru Norris'ın özel hayat hakkının ihlal edildiği görüşünü belirtmiş ve raporunu incelenmek üzere AİHM'ye götürmüştür.

AİHM, 26.10.1988 tarihli kararında, böyle bir yasanın mevcudiyetinin, başvuru Norris'ın özel hayatını sürekli olarak ve doğrudan doğruya etkilediğini; başvuru Norris'ın söz konusu yasadan dolayı cezalandırılmamış olmasının, hiçbir zaman cezalandırılmayacağı anlamına gelmediğini; bu nedenle, başvuru Norris'ın, yasadan doğan mağduriyetinin ortadan kalkmadığını belirtmiştir. AİHM devamla, “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” ve amaçla araç arasında orantı bulunmadıkça, genel ahlakın korunması amacıyla, özel hayat hakkına müdahale edilmesinin, demokratik toplum açısından gerekli olmadığı ilkesini hatırlatmış ve AİHK'nın da, bu ilke ışığında, İrlanda toplumunun büyük bölümünün, rızalı eşcinsel yaşantıya karşı düşmanca veya hoşgörüsüz baktığının veya toplumun bu tür yaşantıya karşı korunması için özel bir ihtiyaç bulunduğunun ileri sürülmediğini tespit ederek, yasanın getirdiği yasağın, güdülen amaçla orantılı olmadığı, bu nedenle de, yasanın yürürlükte kalmasının demokratik toplum açısından gerekmediği sonucuna vardığına atıfta bulunmuştur. AİHM, devletin, genel ahlakı koruma konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilse bile, bunun sınırsız olmadığı ve AİHS'ye uygunluğunun denetiminin AİHM'ye ait olduğunun altını çizmiştir. AİHM'ye göre, devletin, özel hayatın en mahrem alanına müdahale edebilmesi için çok ciddi nedenlerin varlığını ortaya koyması gerekir; yoksa, eşcinselliğin, toplumun bazı bireylerini rahatsız etmesi, yetişkinlerin rızalı eşcinsel ilişkilerini cezalandıran bir yasanın yürürlükte kalmasını gerektirmez. AİHM, son olarak, yasanın eşcinsellerin özel hayatına zarar verici etkilerinin (*detrimental effects*), yasanın yürürlükte kalmasına ağır bastığını belirtmiş ve başvuru Norris'ın, söz

konusu yasanın yürürlükte kalması nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁸⁰⁷.

AİHM'nin, yetişkin eşcinsellerin özel hayata saygı hakları kapsamındaki rızalı ilişkileri ile toplumun bazı kesimlerinin ahlak anlayışının çatışmasıyla ilgili Norris / İrlanda davasında, çatışan çıkarlar arasında dengeleme yaparken, özel hayata saygı hakkı lehine denge kurmak amacıyla, hükümetin zorlayıcı toplumsal ihtiyacı kanıtlayamadığı etmenini, terazinin özel hayata saygı hakkı ile ilgili kefesine ağırlık olarak koyduğu söylenebilir. Bu yorum bizi, AİHM'nin, bu davada, temel haklara ağırlık veren dengeleme modeline ⁸⁰⁸ uygun karar verdiği sonucuna götürür. Ancak, AİHM'nin, hükümetin dayandığı gerekçeleri yeterince kanıtlayamadığı etmenine odaklandığını göz önünde bulundurursak, yapacağımız yorum daha farklı olacaktır. Şöyle ki; AİHM'nin odaklandığı, hükümetin kanıtlama yetersizliği olmasaydı ve hükümet, zorlayıcı toplumsal ihtiyacı güçlü kanıtlarla ortaya koyabilseydi, o zaman, cezalandırıcı yasanın yürürlükte kalması nedeniyle, başvurunun özel hayata saygı hakkı ihlal edilmemiş olacaktı. Öyle ise, bu davada AİHM'nin, dengelemede, terazinin özel hayat hakkıyla ilgili kefesine, özel hayat hakkına öncelik verdiği için ağırlık koyduğu yorumu doğru değildir. Aynı nedenle, AİHM'nin bu davada, temel haklara ağırlık veren dengeleme modeline uygun karar verdiği sonucuna varılması da doğru olmaz. Tersine, AİHM'nin, bu kararında, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın kanıtlanıp kanıtlanmadığı noktasına odaklanması, temel hakla kamu çıkarını aynı değerde gördüğünü; dolayısıyla, yaptığı dengelemenin de, hiçbir çıkara / değere ve temel hakka öncelik / üstünlük tanımayan dengeleme modeliyle ⁸⁰⁹ örtüştüğünü göstermektedir.

1.6.1.2.(2) AİHM, askerlerin morallerini, dolayısıyla da savaş gücünü olumsuz etkileyecekleri gerekçesiyle, eşcinsellerin deniz kuvvetlerinden çıkarılmalarıyla ilgili Lustig-Prean ve Beckett / Birleşik Krallık davasında da, Norris / İrlanda davasında yaptığı gibi, hükümetin, eşcinsellerin deniz kuvvetlerinde görev yapmalarının, savaş gücünü olumsuz yönde etkileyeceklerini yeterince kanıtlayamadığını belirterek, başvuruçuların özel hayata saygı haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Norris v. Ireland (no. 10581/83), 26.10.1988, prg. 1, 8, 25-26, 29, 33-34, 38, 41-42, 44-47.

⁸⁰⁸ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.2. no.lu paragrafı.

⁸⁰⁹ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı.

⁸¹⁰ Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom (nos. 31417/96 and 32377/96), 27.9.1999, prg. 92, 98, 103, 105.

1.6.1.3. Cinsel kimlik hakkı:

1.6.1.3.(1) Rees / Birleşik Krallık davasına konu olayda, doğduğunda, nüfus kaydına dişi olarak kaydedilen başvuru, 28 yaşında transseksüel olarak hormon tedavisi görmüş, 29 yaşında adını değiştirip, erkek adı almış, 32 yaşında ise, cinsiyet değişikliği ameliyatıyla erkek olmuş ancak, nüfus kaydına ve pasaportuna erkek olarak yazılmamıştır. Başvuru, yasaların, özel hayat hakkına saygı çerçevesinde, güncel cinsel durumunu yansıtacak hukuki kimlik edinmesine yani, nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapılmasına izin vermediğinden yakınarak, AİHK'ya başvurmuştur. Başvuru, olası cinsiyet değişikliği kaydının üçüncü kişilerden gizlenmesini de istemiştir. AİHK, 12.12.1984 tarihli raporunda, başvurunun, AİHS md. 8'den doğan hakkının ihlal edildiği görüşünü açıklamış ve raporunu AİHM'ye götürmüştür.

AİHM 17.10.1986 tarihli kararında, başvuru lehine adil denge sağlanması amacıyla, önemli olmayan bazı ayarlamalar (*incidental adjustments*) yapılabileceğini, ancak, bunun ötesinde, Birleşik Krallığa, mevcut sistemde köklü değişiklik yapması yönünde yükümlülük yüklenemeyeceğini; başvurunun, nüfus kaydında, cinsiyetiyle ilgili istediği değişikliğin, yeni cinsiyetini belirtmekten başka bir işe yaramayacağını; buna karşılık, başvurunun isteği yönünde, cinsiyet değişikliği kaydının, üçüncü kişilerden gizlenmesinin, aile ve miras hukuku bakımından bazı sorunlar yaratabileceği gibi, bazı özel ve kamu kuruluşlarının çıkarları bakımından da sakıncalar doğurabileceğini ve dengeleme yaparken, söz konusu üçüncü kişilerin çıkarlarının da korunması gerektiğini belirterek, başvurunun özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ancak, AİHM, bu hükme vardıktan sonra, konunun ciddiyetinin ve başvuru durumunda olanların yaşadıkları sıkıntının farkında olduğunu; AİHS'nin, her zaman, günün koşullarına göre yorumlanması⁸¹¹ ve bilimsel ve sosyal gelişmeler ışığında, konu ile ilgili uygun yasal tedbirler alınması ihtiyacının göz önünde tutulması gerektiğini eklemeyi de ihmal etmemiştir⁸¹².

Bu davada AİHM, başvurunun çıkarı ve Birleşik Krallığın nüfus kayıtları ile ilgili sisteminin korunmasındaki kamusal çıkarı arasında dengeleme yapmış fakat, adil

⁸¹¹ AİHS'nin, günün koşullarına göre yorumlanması konusunda bkz., yukarıda dip-not 313 ve VIII. Bölümün 2. no.lu paragrafı (son paragraf).

⁸¹² Rees v. The United Kingdom (no. 9532/81), 17.10.1986, prg. 1, 12-14, 30-31, 34, 42-44, 46-47.

denge sonucuna ulaşmaktan kaçınmıştır. Zira, sonuçta, başvuru, erkek adı taşıdığı halde, nüfus kaydında kadın olarak gözükmeye devam etmek durumunda kalmıştır. AİHM'yi bu sonuca götüren gerekçeler, zayıf olarak nitelendirilebilir: Şöyle ki, gerekçede belirtilen sakıncalar somutlaştırılmamış, örneğin, başvuru, nüfus kaydında ad değişikliği yapılmasında herhangi bir sakınca bulunmazken, yapılabilecek cinsiyet değişikliğinin, üçüncü kişilerin çıkarlarına nasıl zarar verebileceği açıklanmamıştır.

Şayet, adil dengeyi hedefleyen bir dengeleme yapılmış olsaydı, cinsiyet değişikliği kaydının gizli tutulması isteği dışında, cinsiyet kaydının düzeltilmesi öngörülebilirdi. Böylelikle, hem, başvuru, güncel / gerçek durumu hukuki bir statüye kavuşturulmuş, hem, kayıt düzeninde olası karışıklıkların, hatta, kötü niyetli kullanımların önüne geçilmiş olurdu. Üç yargıcın (Bindschedler-Robert, Russo ve Gersing) karşı oy yazılarında ise, başvuru, isteği doğrultusunda, nüfus kaydında yapılacak cinsiyet değişikliğinin gizli tutularak, kendisine, güncel cinsiyetinin belirten bir belge verilmesi formülü benimsenmiştir ⁸¹³.

Görüldüğü üzere, bu olayda adil dengenin sağlanması için birkaç seçenek bulunmaktadır. Hal böyleyken, AİHM'nin, AİHK raporunun tam tersi yönde karar alarak, AİHS md. 8 çerçevesinde ihlal bulmaması, Birleşik Krallığın, nüfus kayıtları ile ilgili yasal düzeninin korunmasına ilişkin kamusal çıkarına öncelik tanınması olarak yorumlanabilir. Ancak, bu sonuç, AİHM'nin kendisini de tatmin etmemiş olmalı ki, hüküm verdikten sonra, geleceğe yönelik olarak, AİHS'nin günün koşullarına göre yorumlanmasını ve uygun yasal tedbir ihtiyacının gündemde tutulmasını öngörmüştür. Bu, bir bakıma, AİHM'nin, başvuru durumunda olan kişilerin sorununun adil bir dengeye kavuşturulmasını, ileriye atması anlamına da gelmektedir.

1.6.1.3.(2) Christine Goodwin davasında, cinsiyet değişikliği ameliyatı ile kadın olan başvuru, kimliğinin, yeni cinsiyetine göre değiştirilmediğinden yakınlara AİHK'ya başvurmuştur. AİHK, başvuruyu, 11 No.lu Protokol uyarınca AİHM'ye devretmiştir ⁸¹⁴.

⁸¹³ Kararın 16. sayfası.

⁸¹⁴ AİHK'yı kaldıran ve 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokolün 5/3 maddesi, AİHK tarafından kabul edilebilir bulunan ancak, incelenmesi tamamlanmamış başvuruların AİHM'ye devredilmesini öngörmüştür. 11 No.lu Protokol ile ilgili bilgi için bkz. dip-not 608.

AİHM Büyük Dairesi 11.7.2002 tarihli kararında, yukarıda sunulan, Rees / Birleşik Krallık kararı dahil, AİHM'nin çeşitli kararlarında transseksüellerin Birleşik Krallık'ta yaşadıkları olumsuzluklara değinilmiş ve uygun yasal tedbirler alınması ihtiyacının göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiş olmasına rağmen, olumlu yönde bir gelişme kaydedilmediğini tespit etmiştir. Büyük Daire, ihlal bulmadığı önceki karar ve gerekçeleriyle (*precedents*) bağlı olmadığını; AİHS'nin herşeyden önce, insan haklarını korumak için var olduğunu, özünde, insan haysiyetine (*human dignity*) ve özgürlüğüne saygının yattığını vurgulamıştır. Öte yandan, Birleşik Krallık'ta cinsiyet değişikliğinin yasak olmadığını, hatta, gerekli tedavi ve ameliyatın devlet tarafından karşılandığını belirlemiş; hal böyleyken, cinsiyet değişikliğinin hukuki sonuç doğurmasının engellenmesini mantık dışı bulduğunun; transseksüellerin yeni cinsiyetlerine hukuki statü tanınması konusunda Avrupa'daki uygulamaların çeşitlilik göstermesine dayanmanın doğru olmadığını ve transseksüellerin, iki cinsiyet arasında sıkışıp kalmalarının sürdürülemez olduğunun altını çizmiştir. Bu nedenle, daha fazla zaman geçirilmemesi gerektiğini; cinsiyet değişikliğine hukuki statü tanınmasının iç hukukta yaratacağı sorunların, üstesinden gelinemeyecek türden olmadığını; kaldı ki, cinsel kimliklerini büyük bedeller ödeyerek seçen transseksüellerin insan haysiyetine yakışır biçimde yaşayabilmeleri için, bazı zorluklara katlanılabileceğini; ayrıca, kamu yararının, yeni cinsiyete bağlı statü değişikliğine ağır basacak önemli bir etmen içermediğini belirtmiş ve terazinin ibresinin, adil denge ilkesi uyarınca, başvurucunun özel hayata saygı hakkı yönünde eğildiğine hükmetmiştir ⁸¹⁵.

AİHM Büyük Dairesi, Christine Goodwin / Birleşik Krallık davasında, yukarıda belirtilen, Rees / Birleşik Krallık kararıyla ileriye atılan sorunu, yeniden ileri bir tarihe atmadan, adil bir dengeye kavuşturmak istemiştir. Bu kararda, Rees / Birleşik Krallık kararının tersine, kamu çıkarına değil, bireyin, insan haysiyeti ve özgürlüğü ile ilgili çıkarına ağırlık verilmiş ancak, kamu çıkarı da göz ardı edilmemiştir. Nitekim AİHM Büyük Dairesi, kamu çıkarı açısından, bireyin çıkarına ağır basacak bir etmenin bulunmadığını vurgulamıştır. Buradan şu sonuç çıkarılabilir: Şayet, kamu çıkarı açısından, bireyin çıkarına ağır basacak bir etmen bulunsaydı, o zaman, terazinin ibresi kamu çıkarından yana dönebilirdi. Ancak, bu olasılıkta, AİHM Büyük Dairesinin, başvurucunun dava konusu çıkarının, insan haysiyeti ve özgürlüğü ile ilgili olduğunu

⁸¹⁵ Christine Goodwin v. The United Kingdom (no. 28957/95) [GC], 11.7.2002, prg. 1, 4, 12, 73-74, 78-79, 85, 90-93.

tespit ettikten sonra, kamu çıkarı lehine denge kurmasının - en azından - insan haysiyetinin üstünlüğü açısından savunulamayacağı, dolayısıyla, böyle bir dengenin de, adil bir denge ⁸¹⁶ olarak nitelendirilemeyeceği söylenebilir.

1.6.1.4. Sağlıkla ilgili kişisel bilgilerin gizliliği:

Z. / Finlandiya davasında, başvuru 'Z.', HIV virüsü taşıyıcısı olan kocası 'X.', tecavüz suçlarından yargılanırken günlük bir gazetede, kendisinin, 'X.'in karısı olduğuna ve HIV taşıyıcısı olabileceğine ilişkin haber yayımlandığını, bunun üzerine işinden çıkarıldığını, bunalıma girdiğini ve çalışamaz duruma düştüğünü; ayrıca, kocasıyla ilgili soruşturma sırasında, doktorların ifade vermeleri için zorlandıklarını, kendisinin de HIV taşıyıcısı olduğuna ilişkin bilgilerin derlendiğini ve bu bilgilerin 10 yıl sonra (2002'de) kamuya açıklanacağını; kocasının yargılandığı davada taraf olmadığı halde, bu durumun özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek AİHK'ya başvurmuştur. AİHK, 2.12.1995 tarihli raporunda, başvurunun kocasının yargılandığı davada, kendisiyle ilgili bilgilerin toplanması ve bunlar üzerindeki gizliliğin belli bir süre sonra kaldırılması konularındaki karar alma sürecine, kendi çıkarlarını koruyacak ölçüde katılmak gibi usuli haklara / güvencelere sahip olması gerektiğini ancak, bu olanağın kendisine tanınmadığını belirlemiştir. AİHK'ya göre, başvurunun kocasının tecavüz ettiği kişilerin çıkarlarının ve yürütülen soruşturmanın etkinliğine ilişkin kamu çıkarının, başvurunun özel hayat hakkıyla ilgili çıkarına ağır basmasına karşı, başvurucuya, özel hayata saygı hakkına müdahalenin asgari düzeyde tutulmasını sağlayacak yeterli güvenceler tanınmadığı için, çatışan çıkarlar arasında "uygun denge" (*proper balance*) kurulamamış olduğundan, başvurunun özel hayata saygı hakkı ihlal edilmiştir ⁸¹⁷.

AİHK, raporunu AİHM'ye götürmüş, AİHM de 15.2.1997 tarihli kararında, kişinin sağlığı ile ilgili verilerin mahremiyetinin, özel hayata saygı hakkı açısından önemli olduğunu, zira, söz konusu verilerin mahremiyeti güvence altına alınmazsa, kişilerin, gerekli tedavilerden kaçınabileceklerini, bunun ise, hem kişi, hem toplum üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabileceğini, dolayısıyla, burada, kişinin çıkarı kadar kamunun çıkarının da söz konusu olduğunu belirttikten sonra, bu çıkarlara karşı, suçların (başvurunun kocası 'X.'in işlediği suçların) soruşturulması ve kovuşturulmasındaki ve yargılamanın açık yapılmasındaki kamu çıkarının daha ağır basabileceğini kaydetmiş ve devletin,

⁸¹⁶ Adil denge kavramının tanımı için bkz., VII. Bölümün 4.1. no.lu paragrafı.

⁸¹⁷ Z. against Finland (no. 22009/93) [Rep.], 2.12.1995, prg. 19, 38, 49, 64-65, 82, 86-87, 145, 153-154, 166, 168.

çatışan bu çıkarlar arasında – çıkarların niteliği ile önemini ve hakka müdahalenin vahametini (*gravity*) göz önünde bulundurmak koşuluyla - adil denge kurup kurmamakta takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. AİHM, buradan hareketle, başvurucunun şikayetine yol açan olayı, öğelerine ayırarak şöyle değerlendirmiştir:

Başvurucunun kocasının yargılandığı davada, 1) doktorların, ifade vermeye zorlanmaları, diğer çıkarlara göre daha ağır basan kamusal bir çıkara ilişkindir ve söz konusu ifadelerin kamuya kapalı oturumda alınmış bulunması ve bu ifadelerle ilgili tutanakların gizli tutulmuş olması, başvurucunun sağlığı ile ilgili verilen kötüye kullanılmasına karşı yeterli güvence oluşturmaktadır; aynı olgu nedeniyle, kişilerin gerekli tedaviden kaçınmalarına yol açacak bir tehlike bulunmadığından, bu noktada, özel hayata saygı hakkı ihlal edilmemiştir; 2) başvurucunun sağlığı ile ilgili verilerin kocasının yargılanmasıyla ilgili dosyaya konması, biraz önce belirtilen kamusal çıkarın, başvurucunun çıkarına ağır basması nedeniyle, ihlal oluşturmamaktadır; 3) hükümet, başvurucunun sağlığı ile ilgili verilerin mahremiyetinin 10 yıldan fazla korunmaması konusunda, bunu haklı kılacak ağırlıkta, kamu çıkarına dayalı bir neden ortaya koyamamıştır; bu nedenle, bu noktada, başvurucunun özel hayata saygı hakkı ihlal edilmiştir; 4) aynı şekilde, başvurucunun kocasının yargılandığı davanın istinaf aşamasında verilen kararda, başvurucunun kimliğinin ve sağlık durumunun açıklanması ilgili olarak da, kamunun ağır basan bir çıkarının bulunduğu ortaya konulamamış olması nedeniyle, başvurucunun özel hayat hakkı ihlal edilmiştir ⁸¹⁸.

AİHM'nin bu kararında, özel hayat hakkı ile yargının etkin işleyişine ilişkin kamu çıkarının dengelenmesinde, kamu çıkarına ağırlık verdiği görülmektedir. Nitekim, AİHM, olayın öğelerini ayrı ayrı değerlendirirken vardığı hak ihlali sonuçlarını, ilgili kamu çıkarının ağır bastığının yeterince ortaya konamadığı olgusuna dayandırmakla, şayet tersi yapılabilseydi, ihlal bulunmadığına karar verebileceğini açıklamış olmaktadır. AİHM'nin bu yaklaşımının, dengelemede temel haklara ağırlık veren modelden ziyade, yukarıda belirtilen, Norris / İrlanda davasında olduğu gibi, temel hakla kamu çıkarını aynı değerde gören dengeleme modeliyle örtüştüğü düşünülmektedir ⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Z. v. Finland (no. 22009/93), 25. 2. 1997, prg. 1, 95, 97, 99, 103-105, 110, 112-113.

⁸¹⁹ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı.

1.6.1.5. Akıl sağlığı yerinde olmayan kişinin hak ehliyetinin kaldırılması:

A.N. / Litvanya davasında, akıl sağlığı yerinde olmayan (paranoid şizofreni) başvuru, annesinin isteği ve tanıklığı üzerine hak ehliyetinin kaldırıldığını ve karar kendisine tebliği edilmediği için itiraz etme olanağına sahip olamadığını, bu nedenlerle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek, AİHM'ye başvurmuştur.

AİHM 31.5.2016 tarihli kararında, özel hayata müdahaleyle ilgili karar alma sürecinin adil olması için, özel hayata saygı hakkı kapsamındaki çıkarlara saygı gösterilmesi ve akıl sağlığı yerinde olmayan kişilerin hak ihlallerine karşı zayıf bir konumda (*vulnerable*) olmaları da göz önünde bulundurularak, bu gibi kişilerin çıkarları ile diğer “meşru çıkarlar” (*legitimate interests*) arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu bağlamda, devletin takdir yetkisi dar tutulmalı; hak ehliyetinin kaldırılması için çok önemli nedenler bulunmalı; ayrıca, ilgili yasada, ehliyetsizlik derecelendirilmiş olmalı ve bu derecelendirme çerçevesinde, ehliyetin hangi kapsamda kaldırılacağına, kişinin özel durumuna göre, yani, bireyselleştirme yapılarak ⁸²⁰ karar verilmelidir. AİHM, sonucu, başvuru, hak ehliyetinin, belirtilen eksikliklerle kaldırılmasını, orantılılık (amaç-araç orantılılığı) ilkesine aykırı bularak bağlamış ve özel hayat hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁸²¹.

Bu kararda AİHM, akıl sağlığı yerinde olmayan kişinin çıkarlarıyla, diğer “meşru çıkarlar” arasında adil bir denge kurulması gerektiğini genel ilke olarak belirtmiş fakat sonuca, bu genel ilkeden yürüyerek varmamıştır. Bu yönüyle, adil denge ilkesi, A.N. / Litvanya kararında sadece kararda geçip, sonuca etkili olmayan yargıç görüşü (*obiter dictum*) olarak yer almıştır. Böyle olmakla birlikte, söz konusu *obiter dictum* nedeniyle, adil denge ilkesinin, akıl sağlığı yerinde olmayan kişinin hak ehliyetinin kaldırılmasıyla ilgili başka davalarda, genel ilke olarak uygulama alanı bulacağını söylemek yanlış olmaz. Öte yandan, A.N. / Litvanya davasında belirtilen eksikliklere rağmen, başvuru, hak ehliyetinin tamamen kaldırılmasının, amaç-araç orantısızlığı yarattığı da yadsınamaz. Yukarıda, adil denge ile orantılılık kavramı arasındaki ilişkiyle ilgili XIII. Bölümün 1.1. no.lu paragrafında açıkladığımız gibi, AİHM'nin, olayda, amaç-araç orantısızlığı bulması durumunda, bu noktada ihlal kararı verir ve adil dengeye

⁸²⁰ Bkz., yukarıda VII. Bölümün 6.1. ve 6.2. no.lu paragrafları.

⁸²¹ A.N. v. Lithuania (no. 17280/08), 31.5.2016, prg. 3, 10, 16, 74, 84, 101, 106, 116, 118, 123-125, 128.

yönelik dengeleme uygulamasına geçmez, zira, buna gerek kalmaz. Bu kararda da bunu görmekteyiz.

Son olarak, “meşru çıkarlar”la kastedilenin, kamusal ve / veya bireysel çıkarlar olabileceğini düşündüğümüzü kaydedelim.

1.6.1.6. Mahkumun, yapay dölleme (*artificial insemination*) yoluyla çocuk sahibi olma hakkı:

AlHM Büyük Dairesinin, 4.12.2007 tarihli Dickson / Birleşik Krallık kararıyla ilgili olay şöyledir: Adam öldürme suçu nedeniyle cezasını çekmekte olan başvuru, cezaevinde tanıştığı kadınla evlenmiş ve karısı tahliye olduktan sonra çocuk sahibi olmak istemiştir. Kendisinin tahliye olmasına en az 5 yıl vardır ve eşinin yaşı nedeniyle, başvuru tahliye edileceği tarihi beklemek istememektedir. Başvurucunun yapay dölleme yöntemiyle çocuk sahibi olmak isteği, yetkililer tarafından, başvuru normal ortamdaki ilişkilerinin test edilmediği; çocuk olursa, çocuğun mutluluğu / refahı (*welfare*) için yeterli olanakların sağlanamayacağı; annenin ve çocuğun, sosyal kurumlardan ancak küçük tutarlarda maddi destek görebileceği; çocukluğun önemli yaşlarının babasız geçeceği ve yapay dölleme yöntemine izin verilirse, başvuru cezasının cezalandırıcılığının ve caydırıcılığının dolanlı yoldan önüne geçileceği (*circumvent*) gerekçeleriyle reddedilmiştir.

AlHM Dairesi, başvuru konusu olayda ihlal bulmamıştır. AlHM Büyük Dairesi ise, AlHS güvencelerinin cezaevlerinde de geçerli olduğunun altını çizmiş ve bu güvencelerin kısıtlanmasının, ancak zorunlu ve mahkumiyetin kaçınılmaz sonuçlarından olması veya mahkumun içinde bulunduğu ortamla ilintili olması koşullarına bağlı olarak haklı görülebileceğini ve bu konuda, sadece kamuoyunun düşüncesine dayanarak hareket edilemeyeceğini belirtmiştir. Büyük Daire, çiftlerin, başvuru tahliye edilmesini beklemeden, çocuk sahibi olma şansını denemek istediklerini ve buna çok önem verdiklerini dikkate almış ve 1) yapay dölleme yönteminin, cezaevinde güvenlik sorunu yaratmayacağını; 2) yapay dölleme giderlerinin başvuru tarafından karşılanacak olması nedeniyle, devlete idari ve mali bir külfet yüklemeyeceğini; 3) Avrupa ülkelerinde uzun süreli hapis cezalarının özellikle son yıllarının, daha çok, rehabilitasyon amacına hizmet edecek biçimde geçirildiğini; 4) çocukların korunmasına ilişkin gerekliliğin, annenin, olaydaki gibi, çocuğuna özgürce bakabilecek durumda olması karşısında, eşlerin çocuk sahibi olma girişimlerinin engellenmesine neden

olamayacağı vurgulamıştır. Bu çerçevede Büyük Daireye, yetkililerin yapay dölleme yöntemine izin vermelerinin bağlı bulunduğu “istisnai koşullar” eşiğinin, kamu çıkarı ile başvurucunun çıkarı arasında olması gereken adil dengeyi bozacak düzeyde olduğu gerekçesiyle, ihlal kararı vermiştir ⁸²².

AİHM Büyük Dairesi, bu davada asıl konunun, yetkililer tarafından, başvurucunun çıkarı ile kamu çıkarı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı konusu olduğunun altı çizilmiştir (kararın 71. paragrafı). Büyük Daire kararında, başvuru mahkum olsa da, AİHS md. 8’den doğan haklarının kesintiye uğramadığının ve söz konusu haklarının sınırlanabilmesinin, yukarıda belirtilen koşullara bağlı olduğunun vurgulanması, dengeleme uygulaması açısından önemlidir. Buradan, kamu çıkarının ancak, belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda ağırlık kazanabileceği; başvurucunun AİHS md. 8’den doğan haklarına ise, kamu çıkarı karşısında öncelik tanındığı anlamı çıkarılabilir. Dolayısıyla, bu davada, Büyük Dairenin, temel haklara ağırlık veren dengeleme modelini (bkz., yukarıda VI. Bölüm, 6.2. no.lu paragraf) uyguladığı söylenebilir.

AİHM Büyük Dairesi, Dickson / Birleşik Krallık başvurusunu, özel hayata ve aile hayatına saygı haklarını birbirinden ayırmadan incelemiştir. Başvurunun, başvurusunu tek başına yaptığı ve başvurusunun odağına, çocuk sahibi olma isteğini koyduğunu dikkate aldığımızda, davanın daha çok, başvurucunun özel hayatına saygı hakkıyla ilgili olduğu söylenebilir. Bu nedenle, başvuruyu, özel hayata saygı hakkı başlığı altında ele almış bulunuyoruz.

1.6.2. Aile hayatına saygı hakkı:

1.6.2.1. Önceki evlilikten olan çocuğun, sonraki evlilik birliği içinde doğması nedeniyle, biyolojik babasının nüfus kaydına geçirilmemesi:

Kroon ve diğerleri / Hollanda davasında, başvurulardan Bn. Kroon’un evlilik birliği devam ederken, başka erkekle ilişkisinden doğurduğu çocuğun, bütün itirazlara rağmen, yasal karine gereği, nüfus kaydına, evli olduğu erkeğin çocuğu olarak kaydedilmiş olmasının ve biyolojik babanın, çocuğunu nüfus kaydına geçirememesinin, aile hayatına saygı hakkına aykırı olduğu ileri sürülerek AİHK’ya

⁸²² Dickson v. The United Kingdom (44362/04) [GC], 4.12.2007, prg. 10-13, 27, 44, 68, 71-72, 76, 82, 85 (HUDOC’ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

başvurulmuştur. AİHK, 7.4.1993 tarihli raporunda, başvuruçuların özel hayata saygı haklarının ihlal edildiği görüşünü belirtmiş ve raporunu AİHM'ye götürmüştür.

AİHM, 27.10.1994 tarihli kararında, aile hayatına saygı hakkının, sadece, evlilik birliği ile sınırlı olmadığını, aile bağları ile bağlı olup, birlikte yaşayanları da kapsadığını belirtmiş ve bireylerin çıkarları ile toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurulması gerektiğini vurgulamıştır. AİHM'ye göre, hiç kimsenin yararına olmayan bir yasal karinenin korunmasıyla ilgili toplumsal çıkarın, biyolojik ve sosyal gerçeklerle desteklenen bireysel çıkarlara ağır basmaması gerekir. Buna aykırı olarak, toplum çıkarıyla bireysel çıkarlar arasında adil bir denge kurulamadığı için, aile hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir ⁸²³.

AİHM'nin bu kararında, aile hayatıyla ilgili temel hakka ağırlık verildiği göze çarpmaktadır.

1.6.2.2. Ana-babanın çocukla ilişkisi ve çocuğun üstün yararı ilkesi:

1.6.2.2.(1) Ignaccolo-Zenide / Romanya davasında, başvuruç, 1) boşandığı kocasının, ortak çocukları olan iki kızını alıp ABD'ye gittiğini; 2) Metz (Fransa) ve California (ABD) mahkemelerinin, kızların başvuruçuyla oturmalarını öngördüğü kararlarının uygulanmadığını; 3) eski kocasının daha sonra, kızları alarak Romanya'ya göç ettiğini; 4) ABD ve Fransız yetkililerin, çocuk kaçırmayla ilgili Lahey Sözleşmesi ⁸²⁴ uyarınca, kızların başvuruçuya verilmelerini istediklerini; 5) Bükreş (Romanya) mahkemesinin de bu doğrultuda karar aldığını; 6) eski kocasının, kızlarının tek başına sorumluluğunu üstlenmek istemesi üzerine, bu defa, Bükreş mahkemesinin, çocukların üstün yararı ilkesine dayanarak, kızların sorumluluğunu tek başına eski kocasına verdiğini; 7) Metz mahkemesinin ise, bu sonucun, Lahey Sözleşmesine aykırı olduğunu bildirdiğini; 8) kızlarıyla 7 yıl sonra ve sadece 10 dakika görüşebildiğini ve bu görüşmede, kızlarının kendisine şiddetli tepki gösterdiğini ileri sürmüş ve lehindeki mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle, AİHS md. 8'den doğan haklarının ihlal edildiği şikayetiyle AİHK'ya başvurmuştur. AİHK, 9.9.1998 tarihli raporunda, AİHS md. 8'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Romanya hükümeti, raporu AİHM'ye götürmüştür.

⁸²³ Kroon and others v. The Netherlands (no. 18535/91), 27.10.1994, prg. 1, 8-10, 25-26, 28, 30-31, 40.

⁸²⁴ Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

AİHM 25.1.2000 tarihli kararında, 1) ana-babanın, çocuklarıyla birlikte olma hakları bulunduğu; 2) yetkililerin de bunu kolaylaştırmakla yükümlü oldukları; 3) ilgili herkesin, özellikle çocukların, hak ve çıkarlarının gözetilmesi gerektiği; 4) ana-babanın çocuklarıyla görüşmeleri, çocuğun hak ve çıkarları açısından sakıncalı olacaksa, yetkililerden, her iki çıkar arasında adil bir denge kurmalarının beklendiği belirtildikten sonra, bu olayda, Romanyalı yetkililerin pozitif yükümlülüklerini ve uyacakları usulleri belirleyen, Romanya'nın taraf olduğu çocuk kaçırmayla ilgili Lahey Sözleşmesi'ne aykırı davrandıkları gibi, kızların annelerine verilmeleri yönünde tedbir almayı da savsakladıkları tespit edilerek, başvurucunun AİHS md 8'den doğan haklarının ihlal edildiğine hükmedilmiştir ⁸²⁵.

Karar, her ne kadar, çocukların üstün yararını ilke olarak benimsediğini vurgulamışsa da, bu ilkeye değil, yetkililerin, Lahey Sözleşmesi uyarınca, kızların annelerine verilmesini öngören mahkeme kararlarını yerine getirmek için gerekli tedbirleri almamış olmalarına dayanmıştır. Bu durumda, uluslararası sözleşmeye uyulmasıyla ilgili kamu çıkarının, çocukların yararına üstün tutulduğu söylenebilir. Öte yandan, Lahey Sözleşmesinin gereklerinin yerine getirilmesinin başvurucunun çıkarına olduğu ve kızların, annelerinin yanına dönmek istemediklerinin belirlenmiş bulunduğu göz önüne alındığında, başvurucunun, kızlarının yararıyla çatışan hak ve çıkarının, Lahey Sözleşmesiyle desteklenerek, terazide ağır basması sağlanmıştır. Diğer deyişle, başvurucunun anne olarak hakları, Lahey Sözleşmesinin yardımıyla, kızlarının üstün yararının önüne geçmiştir. Bu sonuç, çocukların üstün yararı ilkesiyle bağdaşmadığı kadar, dengeleme açısından da eleştiriye açıktır; zira, çocukların üstün yararının, diğer çıkarlarla teraziye vurulup tartılmasıyla, söz konusu yararın "üstünlüğü" anlamını yitirmiştir. Nitekim, yargıç Maruste de, kısmi karşı oy yazısında, çocukların yararının diğer çıkarlara üstün tutulmasını öngören BM Çocuk Hakları Sözleşmesine ⁸²⁶ ve Çocukların Haklarının Uygulanmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesine ⁸²⁷ atıfta bulunarak, çocukların üstün yararı ilkesinin bir kenara itilmesini eleştirmiştir ⁸²⁸.

⁸²⁵ Ignaccolo-Zenide v. Romania (no. 31679/96), 25.1.2000, prg. 1, 9-10, 15, 24-26, 29-30, 32-33, 43, 45, 49, 52, 69-72, 86, 89, 93-95, 100, 113.

⁸²⁶ United Nations Convention on the Rights of the Child.

⁸²⁷ European Convention on the Exercise of Children's Rights.

⁸²⁸ Ignaccolo-Zenide / Romanya kararının 27. sayfası.

Son olarak şunu belirtmeliyiz: AİHM'in, bu davada, sadece, Lahey Sözleşmesine uyumla ilgili kamu çıkarına odaklandığı için, biz de bu kararı, AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin veya çıkarların kamu yararıyla çatışması durumundaki dengeleme uygulaması başlığı altında incelemiş bulunmaktayız.

1.6.2.2.(2) AİHM'nin 26.2.2002 tarihli Kutzner / Almanya kararında, zeka geriliği olan karı-kocanın iki kızıyla ilgili haklarının, bir sosyal çalışma görevlisinin raporu üzerine mahkeme kararıyla kaldırılması; kızların, kimlikleri ve yerleri belirtilmeyen iki ayrı koruyucu ailenin yanına verilmesi; ilk 6 ay, kızlarını görmelerinin engellenmesi, daha sonra da, sınırlandırılması ve zorlaştırılması olayı ile ilgili olarak, 1) çocukların daha elverişli bir ortamda yetişmelerinin, tek başına, ailelerinden zorla alınmalarını haklı kılmayacağını; 2) bu tedbirin uygulanabilmesi için, bunu haklı kılacak başka nedenlerin (örn., çocukların ihmal edilmesi veya çocuklara kötü muamele yapılması) bulunması gerektiğini; 3) çocukların aileleriyle birlikte yaşamaları esas olduğundan, bakım için ailelerinden alınmalarının, sadece geçici nitelikte bir tedbir olabileceğini; 4) yetkililerin, aile birliğinin sağlanması yönünde pozitif yükümlülükleri bulunduğunu; bu nedenle, koşullar elverdiğinde bu tedbire son vermelerinin bekleneceğini ancak, yetkililerin söz konusu pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken, her zaman, çocukların üstün yararını gözetmeleri gerektiğini ortaya koymuştur. AİHM, bu davada, iki kızın üstün yararı ile zeka geriliği olan ana-babanın, aile birliği bakımından çıkarlarının çatışmadığını, aksine, örtüştüğünü ancak, yetkililerin uygulamalarının, kızların, ana-babalarına ve birbirlerine, giderek daha çok yabancılaşmalarına yol açtığını ve aile birliğine bu tür müdahaleleri haklı kılacak bir neden bulunmadığını belirleyerek, AİHS md. 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir ⁸²⁹.

AİHM, Kutzner / Almanya kararında, olaydaki kızların aile birliğiyle ilgili üstün yararlarının, başvuru ana-babanın kızlarıyla ilişkilerini içeren haklarıyla örtüştüğü, dolayısıyla, arada çıkar çatışması bulunmadığı görüşünden hareket ederek, kızların söz konusu üstün çıkarını, ana-babanın haklarıyla bağdaştırmaya / buluşturmaya çalışmıştır. Bu konuda çıkar çatışması bulunmadığı varsayıldığı için, adil dengeye yönelik dengeleme de yapılmamıştır ⁸³⁰. Ancak, kızların üstün yararları sadece, aile birliği ile ilgili değildir; yetişme ve eğitimlerinin, elverişli bir ortamda sağlanması

⁸²⁹ Kutzner v. Germany (no. 46544/99), 26.2.2002, prg. 69, 74, 76, 79, 81-82.

⁸³⁰ Bkz., yukarıda, VII. Bölümün, 3.1. no.lu paragrafında sunulan, adil denge kavramının tanımı.

konusunda da üstün yararları bulunmaktadır. AİHM ise, kızların bu üstün yararının, tek başına, ailelerinden zorla alınmalarını haklı kılmayacağını vurgulamıştır ⁸³¹. Oysa, kızların, zeka geriliği olan ana-babanın yanında iyi yetiştirmeleri ve iyi eğitim almaları gerçekleşmeyebilir. Bu açıdan bakıldığında, kızların iyi yetiştirmeleri ve iyi eğitim almalarıyla ilgili üstün yararlarının, ana-babalarının, aile birliğine ilişkin haklarıyla çatıştığı görülür ve bu çatışmada, kızların üstün yararı - katı bir bakış açısıyla, dengeleme uygulamasının dışında tutulmayacaksa - çatışan çıkarları ayakta tutacak, adil dengeye yönelik bir dengeleme yapılabilir; şöyle ki, kızların yetiştirme ve eğitimlerinin daha elverişli bir ortamda sağlanması karşısında, yetkililere, ana-babalarıyla ve birbirleriyle yabancılaşmalarına engel olacak yükümlülükler yüklenebilir ve daha sık ve uzun süre birlikte olmaları öngörülebilir. Bu yaklaşımla, yine, başvuru ana-babanın AİHS md. 8'den doğan haklarının - yetkililerin uygulamaları nedeniyle, aile üyelerinin birbirlerine, giderek daha çok yabancılaştıkları gerekçesiyle - ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Böylelikle, bir yandan, kızların, daha elverişli ortamda yetiştirmelerine ilişkin üstün yararları, aile birleşmesi nihai amacıyla tehlikeye düşürülmemiş, diğer yandan da, ana-babanın hak ve çıkarları ayakta tutulmuş olur. Ancak, AİHM, kızların yetiştirmeleri ve eğitimleriyle ilgili üstün yararlarını, aile birliği ile ilgili diğer üstün yararlarından ayırmamış ve boşlukta bırakmıştır.

1.6.3. Yabancınn özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkı:

1.6.3.(1) Berrehab / Hollanda davasındaki olayda, Faslı olan ve Hollandalı bir kadınla evlenerek oturma izni alan, daha sonra da karısından boşanması nedeniyle oturma izni iptal edilen ancak, ortak çocukları olan kızını sık ve düzenli olarak görebilmesine, boşandığı karısı tarafından izin verilen başvuru, yeniden oturma izni almak için girişimde bulunmuş, fakat, yetkililer tarafından, ekonomik refah bağlamında ulusal çıkara aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiş ve sınır dışı edilmek üzere gözaltına alınmış; nihayet, kızı adına hareket eden boşandığı karısıyla birlikte, kızıyla bağlantılı özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkına dayanarak AİHK'ya başvurmuştur. Burada, başvuru baba ile küçük kızı arasında güçlü aile bağı bulunduğunu ve babanın, kızının geçim ve eğitim giderlerine katkı sağladığını kaydetmekte yarar vardır. AİHK, 7.10.1986 tarihli raporunda, özel hayata ve aile

⁸³¹ Bkz., kararın 69. paragrafı.

hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Rapor, AİHK ve Hollanda Hükümeti tarafından AİHM'ye götürülmüştür.

AİHM, 21.6.1988 tarihli kararında, Hollandalı yetkililerin göttükleri, ekonomik refahın korunması amacının meşru olduğunu; ayrıca, Hollanda'nın, göç ve oturma izni politikalarına karışamayacağını; ancak, başvuruçuların, aile ilişkilerinin sürdürülmesine ilişkin çıkarlarının da göz ardı edilemeyeceğini; dolayısıyla, ekonomik refahın korunmasına ilişkin kamu çıkarının, başvuruçuların aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin ciddiyeti ile karşılaştırılarak dengelenmesi gerektiğini belirtmiş ve söz konusu çıkarlar arasında uygun bir dengenin (*proper balance* ⁸³²) sağlanamamış olması nedeniyle, başvuruçuların aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁸³³.

AİHM, bu kararında, ekonomik refahın korunması gerekçesiyle, yabancının sınırdışı edilmesini meşru amaç olarak nitelendirmiş ancak, sınırdışı edilmesi halinde, başvuruçuların (baba ve küçük kızı) birbirleriyle olan ilişkilerinin, dolayısıyla, aile hayatlarının ciddi zarar görecektir olması nedeniyle, terazinin ibresini, aile hayatına saygı hakkı yönünde eğmiştir. Buradan, AİHM'nin, çatışan çıkarlardan birinin uğrayacağı zararın ciddiyetine göre dengeleme yaptığı anlaşılmaktadır. Buna göre, başvuruçuların, baba-kız olarak ilişkileri, ciddi ölçüde zarar görmeyecek olsaydı, AİHM'nin, bu defa, terazinin ibresini, ekonomik refahın korunmasına ilişkin kamu çıkarı yönünde eğebileceği tahmin edilebilir. Örneğin, başvuruçusu sınırdışı edildiğinde, kızı yetişkin veya evli olsaydı, AİHM, baba-kızın sık ve düzenli görüşmeyecek olmalarını, aile hayatına ciddi bir müdahale olarak nitelendirmeyebilirdi. Öte yandan, yukarıda kaydettiğimiz gibi, başvuruçusu baba ile küçük kızı arasında güçlü aile bağı bulunmasının ve babanın, kızının geçim ve eğitim giderlerine katkı sağlamasının, AİHM'nin dikkate aldığı etmenlerdir. Bu etmenlerin ne kadar önemli rol oynadığı, aşağıda sunulan, AİHK'nın Abdullah Yousef / Birleşik Krallık davasındaki raporunda görülecektir.

1.6.3.(2) Abdullah Yousef / Birleşik Krallık davasındaki olayda, Kuveytli olan ve İngiliz karısından boşanması üzerine oturma izni iptal edilen ve ülke dışına çıkarılan başvuruçunun, bu evliliğinden bir oğlu vardır. Aile mahkemesinin raporuna göre, başvuruçusu ile oğlu arasında güçlü sevgi bağı bulunmaktadır ve başvuruçunun ülkede

⁸³² "Uygun denge" terimi, "adil denge" terimi yerine kullanılmıştır; bkz., VII. Bölümün 5.1. no.lu paragrafı.

⁸³³ Berrehab v. The Netherlands (no. 10730/84), 21.6.1988, prg. 1, 8-12, 17-18, 21, 26, 29.

kalması, çocuğun yararına olacaktır. Ancak aile mahkemesi, bu tespitine rağmen, başvurucunun sınırdışı edilmesi gündemde olduğu için, çocuğa erişimi ile ilgili bir düzenleme öngörmemiştir. Başvurucunun, ülkede kalmak için yetkililer nezdinde yaptığı girişimler sonuçsuz kalmış ve başvuru sınırdışı edilmiştir. Bundan sonra başvuru da, oğlunu görmek için herhangi bir talepte bulunmamıştır. AİHK, 30.6.1992 tarihli raporunda, Berrehab / Hollanda davasında, başvuru babanın, kızının geçim ve eğitim giderlerine katkıda bulunabilecek ekonomik olanağa sahip bulunmasıyla, bu davada Yousef'in işsiz ve sosyal yardımla geçinen biri olmasını karşılaştırmış ve yetkililerin, asayişsizliğin önlenmesi ve ülkenin ekonomik çıkarının korunması gerekçeleriyle, başvurucunun sınırdışı edilmesini amaç-araç orantıllılığı bakımından uygun bulmuş ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna – oybirliği ile - varmıştır ⁸³⁴. AİHK raporu, AİHK veya hükümet tarafından AİHM'ye götürülmemiştir.

AİHK, her ne kadar, raporunun sonuç bölümünü, amaç-araç orantıllılığı ilkesiyle bağlamışsa da, aile mahkemesinin, başvurucunun ülkede kalmasının çocuğun yararına olacağına ilişkin tespitine rağmen, ülkenin ekonomik çıkarına ağırlık vermiş olduğu görülmektedir. Yetkililerin ileri sürdükleri gerekçelerden biri olan, asayişsizliğin önlenmesi gerekçesi ise, kanıtlara dayandırılmamıştır. Bu nedenle, AİHK'nın vardığı sonuçta en önemli etmen, oğlunun geçimine ve eğitimine parasal katkıda bulunamayacak işsiz ve sosyal yardıma muhtaç bir babanın ülkede kalmasının, ülke ekonomisine yük getirecek olmasıdır. Çocuğun, aile mahkemesi raporuyla tespit edilen yararı ise, ülke ekonomisiyle ilgili kamusal çıkar karşısında bir kenara itilmiştir. Bu sonuç, yani, söz konusu kamusal çıkarın, terazide, çocuğun üstün yararına ağır basması, adil denge ilkesi açısından sorunludur. Çocuğun üstün yararının, ülkenin ekonomik çıkarı ile adil denge ilkesine göre dengelenmesi, işsiz babaya iş bulunması ve çalıştığı sürece ülkede kalabilmesi öngörülerek sağlanabilirdi. Kuşkusuz, uygun başka seçenekler de bulunabilirdi. Böylece, hem çocuğun üstün yararı, hem ülke ekonomisinin korunmasına ilişkin kamusal çıkar ayakta tutulmuş olurdu.

⁸³⁴ Abdullah Yousef against The United Kingdom (no. 14830/89) [Rep.], 30.6.1992, prg. 2, 14, 19, 21-25, 34, 43.

1.6.4. Konuta saygı hakkı:

1.6.4.1. Sahip olunan tek konutun, izinsiz inşaat nedeniyle yıkılması:

AlHM, 21.4.2016 tarihli Ivanova ve Cherkezov / Bulgaristan kararında, Ivanova'ya miras kalan paylı arazide bulunan harap kulübeyi, Cherkezov'la birlikte oturabileceği tek katlı bir eve dönüştürmeleri ancak, bunu, inşaat izni almadan yapmış olmaları ve diğer pay sahiplerinin şikayeti üzerine de, yetkililer tarafından, evin izinsiz inşaat nedeniyle yıkılmak istenmesi olayı ile ilgilidir. Ivanova, yakındaki yazlık evlerde hizmet ederek geçimini sağlamakta, yılın büyük bölümünü işsiz olarak geçirmektedir. Cherkezov ise, kalp hastalığı nedeniyle çalışamaz durumdadır ve maluliyet aylığından başka bir geliri yoktur. Her iki başvurucunun, bu evden başka konutları olmadığı gibi, başka bir eve taşınıp, yaşamlarını sürdürebilme olanakları da bulunmamaktadır. Evin, inşaat izni olmaksızın yapıldığını belirleyen belediye, yıkım için işlemlere başlamış ancak, yıkımı gerçekleştirmemiştir. Başvurulan idare mahkemesi ise, 1) yasama organının, başvuruçuların durumunda olanların çıkarlarıyla, kamunun, inşaatların izne bağlı olarak yapılmasına ilişkin çıkarı arasında gerekli dengeyi kurmuş olduğunu; bu durumda, evin, bilerek, inşaat yasağına aykırı olarak yapılmış olmasının, yıkılması için yeterli bir neden oluşturduğunu; 2) başvuruçuların olanaksızlıklarının ve başvuruçulardan birinin sağlık durumunun kötü olmasının da, konuyla bir ilgisinin bulunmadığını belirterek, olumsuz karar vermiştir. İdare mahkemesinin, bu yönde başka kararları da mevcuttur.

AlHM'ye göre, konutun yitirilmesi, konuta saygı hakkı bakımından karşılaşılabilecek en ağır durumdur. Bu nedenle, kişilerin konutlarını, kamu yararına yönelik olarak yitirmeleriyle ilgili uygulamaların "orantılı" olup olmadığına bağımsız yargı organları karar vermelidir. Konut, yasadışı olarak inşa edilmişse ve yıkımdan zarar gören kişi / kişiler, yıkım uygulamasının "orantısız" olduğunu ileri sürerse, yargı organı, 1) inşaatın, yasadışı olduğu bilinerek yapıp yapılmadığını; 2) yasadışılığın ağırlığını; 3) konutun yıkılmasıyla korunmak istenen çıkarın niteliğini; 4) yıkımdan zarar gören kişilere, uygun barınma olanağının sağlanıp sağlanmadığını ve 5) yıkım yerine, etkisi daha hafif olacak başka yolların bulunup bulunmadığını (bu etmenler tüketici değildir) göz önünde tutarak, çatışan / yarışan çıkarları tartar (*weigh the competing interests*) yani, hangi çıkarın ağır bastığını bulmalıdır. Bu bağlamda, sırf yasa kuralına uygun davranılmış olması, konutun yıkımı uygulamasını haklı kılmaz. Konuta saygı hakkının, kişinin fiziki ve manevi bütünlüğüyle, başkalarıyla ilişkilerini sürdürmesiyle ve toplum içinde yerleşik

ve güvenli bir yere sahip olmasıyla ilgili olduğu ve kişiyi konutundan yoksun bırakmanın, onun kişisel alanına müdahale anlamına geldiği dikkate alındığında, farklı bir dengeleme yapılması gerekir. Yasama organı ise, bunları dikkate alarak dengeleme yapmadığı gibi, konuta saygı hakkından doğan çıkarları da hesaba katmamıştır. Aynı şekilde, yargı organı da, bunlarla ilgilenmemiş, hatta, yıkılmak istenen evin, başvuruçuların tek konutu olduğuna bile değinmemiştir. AİHM'ye göre, yıkımın geciktirilmesi bir çözüm değildir. Keza, konutsuz kalacak olan başvuruçular için sosyal hizmet görevlilerinin devreye sokulması da, yargı organının yapması gereken, evin yıkımının “orantılı” olup olmadığına ilişkin - başvuruçuların kişisel durumlarının değerlendirilmesini yani, bireyselleştirmeyi de içeren – kapsamlı incelemenin eksikliğini gideremez. Bu nedenlerle, söz konusu kapsamlı inceleme yapılmaksızın evin yıkımı gerçekleşirse, başvuruçuların konuta saygı hakları ihlal edilmiş olacaktır (olası ihlal; *potential violation* ⁸³⁵). AİHM, henüz yıkım gerçekleşmediği için, yapmış olduğu ihlal tespitini yeterli görmüş ve herhangi bir tazminata hükmetmemiştir ⁸³⁶.

Konuta saygı hakkıyla ilgili önemli öğeler içeren bu karar, adil denge ilkesi açısından irdelendiğinde şunları belirtebiliriz: Kararda, “orantılılık” kavramı, adil denge kavramıyla birlikte kullanılmıştır. Hemen belirtmekte yarar vardır ki, kararda kullanılan “orantılılık” kavramı, evin yıkımının, gerçekleştirilmek istenen kamu yararı açısından ölçüsüzlüğü / orantısızlığı anlamında amaç-araç orantılılığı (veya orantısızlığı) ile ilgilidir. Bu durumda, dava konusu olayda, 1) hem, kaçak olarak yapılan evin yıkılarak, başvuruçuların konutsuz bırakılması ile, Bulgaristan'da kaçak inşaata izin verilmemesine ilişkin kamu yararının gerçekleştirilmesi arasında, amaç-araç orantılılığı bakımından bir ölçüsüzlük / orantısızlık bulunduğu; 2) hem, başvuruçuların konuta saygı hakkı ile, söz konusu kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulamamış olduğu için, amaç-araç orantılılığı ile adil denge kavramlarının birlikte kullanılmasında bir yanlışlık bulunmadığını düşünmekteyiz. Görüşümüze göre, her iki kavramın birlikte kullanılması, yukarıda X. Bölümün 9.2. no.lu paragrafında yer alan tablodaki, amaç-araç orantılılığı ile adil denge ilkesine göre dengelemeyi içeren “dar anlamda orantılılık” (dengeleme) basamağını çağrıştırmaktadır. Benzer durumla, AİHM Büyük Dairesinin

⁸³⁵ Olası ihlal kavramı için bkz. dip-not 756.

⁸³⁶ Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria (no. 46577/15), 21.4.2016, prg. 7-11, 15, 37-40, 45, 53-54, 56-57, 59-62, 85.

19.2.2009 tarihli Kozacıoğlu / Türkiye kararında da karşılaşılmaktadır (bkz., aşağıda 1.11.5.(2) no.lu paragraf).

Olaya sadece adil denge kavramı / ilkesi açısından baktığımızda ise, şunları görmekteyiz: 1) AİHM, konutlarının yıkımından zarar gören kişilerin, uygulamanın “orantısız” olduğunu ileri sürererek yargı organına başvurmaları durumunda, yargı organının, yukarıda belirtilen etmenleri göz önünde bulundurarak, çatışan / yarışan çıkarları tartıp, ağır basanı bulması gerektiğini öngörmüştür (kararın 53. paragrafı). Bunun, adil denge arayışı olarak yorumlanması yanlış olmaz. 2) AİHM, Bulgar idare mahkemelerinin, yasama organının, başvuruçuların durumunda olanların çıkarlarıyla, kamunun, inşaatların izne bağlı olarak yapılmasına ilişkin çıkarı arasında gerekli dengeyi kurmuş olduğu görüşünü benimsememiştir; keza, yasama organının da, konutun yitirilmesinin ne anlama geldiğini düşünerek dengeleme yapmadığının ve konuta saygı hakkından doğan çıkarları da hesaba katmadığının altını çizmiştir (kararın 54. paragrafı). Bunun nedeni de, AİHM’nin, 1)’de belirtilen adil denge arayışında yatmaktadır. 3) AİHM, Bulgar idare mahkemelerinin, başvuruçuların kişisel durumlarını dikkate almadığını yani, bireyselleştirme yapmadığını eleştirmiştir (kararın 58-59 ve 61. paragrafları). Görüşümüze göre, yasanın bireyselleştirilerek uygulanmamış olmasının eleştirilmesi, hem, adi dengenin kurulamamış olmasına, hem, amaç-araç orantısızlığına yöneliktir.

Kararın, olası ihlal içermesi, şu sonuçları ortaya çıkarmıştır: 1) Yıkım gerçekleşmediği sürece, ihlal de oluşmayacaktır. 2) Başvuruçuların kişisel durumlarının değerlendirilmesini (bireyselleştirmeyi) içeren; bu bağlamda, uygun barınma olanağının sağlanıp sağlanmadığının ve yıkım yerine, etkisi daha hafif olacak başka yolların bulunup bulunmadığının incelenmesini gerektiren bir dengeleme yapılmadan evin yıkımı gerçekleştirilirse, ihlal oluşacaktır. Bu tablo karşısında, AİHM kararının, konuta saygı hakkı bakımından yerine getirilmesi için, ya evin yıkımından vaz geçilecek veya başvuruçulara, örneğin, oturacakları bir konut sağlandıktan sonra, izinsiz inşa edilen evin yıkımı gerçekleştirilecektir.

Sahip olunan tek konutun, izinsiz inşaat nedeniyle yıkılmasının, mülkiyet hakkı ile de ilgisi bulunmaktadır. Ivanova ve Cherkezov / Bulgaristan kararının, konu ile ilgili bölümü, aşağıda 1.11.13. no.lu paragrafta incelenmiştir.

1.6.4.2. Konutta arama ve belgelere / eşyalara el koyma:

IRA'ya ABD'den silah sağladığı iddiasıyla evi aranan, bazı belgelerine el konan ve iki saatliğine gözaltına alınan Bn. Murray, aile üyelerinden 5 kişi ile birlikte, konut hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Birleşik Krallık aleyhine AİHK'ya başvurmuş, AİHK ise, 17.2.1993 tarihli raporunda, konut hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmış ancak, raporunu AİHM'ye götürmüştür.

AİHM, 28.10.1994 tarihli kararında, Kuzey İrlanda'da yaşanan terör eylemlerini öne çıkararak, iki etmenin, yani, 1) demokratik toplumlarda, devletin, vatandaşlarını ve kurumlarını terör eylemlerine karşı korumakla sorumlu olmasının ve 2) terör suçları şüphelilerinin yakalanıp gözaltına alınmalarıyla ilgili özel sorunlar bulunmasının, terör suçlarını önlemek için etkin tedbir alma gerekliliğine (*necessity*) ilişkin kamu çıkarı ile AİHS'nin 8. maddesi kapsamındaki konut hakkı arasında adil bir denge kurulmasını "etkilediğini" (*affect*) belirtmiştir. AİHM, bu gerekçeyle, başvuruçuların konutuna girilmesini, konutta arama yapılmasını ve bazı belgelere el konulmasını, güdülen amaçla orantısız bulmamış (amaç-araç orantılılığı) ve AİHS md. 8'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir ⁸³⁷.

AİHM'nin bu kararında, Birleşik Krallığın, terörle mücadele tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin kamusal çıkarının, adil denge ilkesine göre dengelenmesinde, başvuruçuların AİHS md. 8'den doğan haklarına ağır basmasını sağlamak amacıyla, önce, Kuzey İrlanda'da yaşanan terör eylemlerini öne çıkardığı; sonra da, belirtilen iki etmenin, çatışan iki çıkar arasında kurulacak adil dengeyi "etkilediğini" vurguladığı gözlemlenmektedir. AİHM'nin, burada, "adil dengeyi etkilemek"ten kastının, "adil dengeyi olumsuz yönde etkilemek" olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, AİHM'nin, Birleşik Krallık güvenlik güçlerinin olayda uyguladığı terörle mücadele tedbirlerinin, güdülen amaçla orantılı olup olmadığını incelemesi de, kararın, önemli bir boyutudur. Görüşümüze göre, uygulanan tedbirin amaçla orantısız olduğu değerlendirilmiş olsaydı, dava, mevcut kararın aksine, AİHS md. 8'in ihlal edildiği tespitiyle sonuçlanabilirdi. Ancak, yukarıda belirtilenlerden, AİHM'nin bu sonucu hedeflemediği anlaşılmaktadır.

⁸³⁷ Murray v. The United Kingdom (no. 14310/88) [GC], 28.10.1994, prg. 1, 42, 44, 47, 83, 91-95 (bu kararın içeriği, 6 başvuruçulu ile ilgili olmasına rağmen, sadece "Murray" adına kaydedikmiştir).

1.6.5. Haberleşmeye saygı hakkı:

1.6.5.1. Haberleşmenin gizli izlenmesi / denetimi:

Klass ve diğerleri / Almanya davasında, başvuruçular, kişilere önceden veya sonradan bilgi vermeksizin haberleşmelerinin gizli izlenmesine / denetimine izin veren Alman posta ve telekomünikasyon yasasının AİHS md. 8'e aykırı olduğunu ileri sürerek, 1971 yılında AİHK'ya başvurmuşlardır. AİHK, 9.3.1977 tarihli raporunda, ihlal bulmadığını açıklamış ve konuyu AİHM'ye götürmüştür.

AİHM, 6.9.1978 tarihli kararında, hükümetin, söz konusu yasanın, başvuruçulara uygulanmadığını, dolayısıyla, mağdur sıfatı taşımadıklarını ve AİHS'nin, bireylerin, doğrudan mağdur olmadan, kamu çıkarına dayanarak, kamu adına soyut nitelikte başvuruda (*actio popularis*) bulunmalarına olanak tanımadığını savunduğunu kaydetmiştir. Kararda, bireylerin önceden veya sonradan bilgileri olmadan haberleşmelerinin izlenmesi / denetlenmesi olasılığı karşısında, bireysel başvuru mekanizmasının etkinliği açısından, doğrudan mağdur olmaları gerekmeksizin mağdur sıfatını haiz olabilecekleri belirtilmiştir. AİHM'ye göre, ulusal güvenlik, kamu düzeni ve suçun önlenmesi amaçlarıyla, haberleşmenin gizli denetimi, istisnai koşullar altında (*under exceptional conditions*), demokratik toplumun gereklerine aykırı olmayabilir ancak, devletlerin, demokratik toplumu savunmak adına, bu gerekçeleri ileri sürerek, uygun gördükleri her sınırlamayı yapmaya yetkileri bulunmamaktadır ve sınırlamanın kötüye kullanılmasını önlemek için uygun ve etkin güvence gerekir. Bu bağlamda, yargı denetimi tercih edilse de, haberleşmeyi gizli izleyen / denetleyen organdan bağımsız ve objektif karar verebilen organlar da, uygun ve etkin güvence oluşturabilir. AİHM, Almanya'da, yargısal görev için yeterli bulunan (*qualified for judicial office*) bir görevlinin ve yasanın öngördüğü kurul ile parlamento komisyonunun gerekli denetimi yapmalarını uygun ve etkin güvence olarak nitelemiş ve bu güvencenin, demokratik toplumun korunması (kamu yararı) amacıyla, haberleşmenin gizli izlenmesinin / denetiminin, kişilerin mahrem haberleşme hakları üzerinde yarattığı sınırlamayı dengelediği sonucuna varmış ve AİHK gibi, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁸³⁸.

⁸³⁸ Klass and others v. Germany (no. 5029/71), 6.9.1978, prg. 1, 10, 27, 30, 34, 36, 38, 48-50, 56, 59-60.

Bu kararda, kişinin mahrem haberleşme hakkının korunması için güvenceler öngörülmüş olsa da, soğuk savaş yıllarının - yukarına belirtilen - “istisnai koşulları”nın etkisiyle, Almanya’da haberleşmenin gizli izlenmesi / denetimi lehine ağırlık veren bir yorumla dengeleme yapıldığı gözlemlenmektedir.

1.6.5.2. Mahkumun mahrem yazışmasına saygı hakkı:

Evi ateşe vererek, bir aileden 6 kişiye uykuda öldürmek suçundan mahkum olan Campbell, cezaevinde avukatıyla, AİHK ile ve bir parlamenterle yazışmasına, mektuplarının açılarak müdahale edildiğinden şikayetle, Birleşik Krallık aleyhinde AİHK’ya başvurmuştur. AİHK, 12.7.1990 tarihli raporunda, başvurucunun avukatına ve AİHK’ya yazdığı mektupların açılmasıyla AİHS md. 8’in ihlal edildiği görüşünü belirtmiş ve bu raporunu AİHM’ye gtrmştir. Aynı şekilde, Birleşik Krallık da rapor hakkında karar vermesi için AİHM’ye başvurmuştur.

AİHM, 25.3.1992 tarihli kararında, hükümetin, cezaevinin güvenliği ile başvurucunun yazışmasının mahremiyeti arasında denge kurup kurmama konusunda takdir yetkisine sahip olması gerektiği yönündeki savunmasını kabul etmemiştir. AİHM’ye göre, yazışma dahil, avukat-müvekkil ilişkisinin mahremiyeti, kamu yararınadır ve ayrıcalıklıdır (*privileged*); bu durum, cezaevi koşullarında da geçerlidir; dolayısıyla, mahkumun avukatıyla yazışmasına müdahale, demokratik toplum açısından ancak, “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” (*pressing social need*) varsa olanaklıdır ve devletin bu konuda geniş bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Sonuç olarak, AİHM de AİHK gibi, başvurucunun gerek, avukatıyla, gerek AİHK ile yazışmasının mahremiyetine müdahale edilmiş olmasını, AİHS md. 8’in ihlali olarak nitelendirmiştir ⁸³⁹.

AİHM’nin bu kararında - açık ifadelerle olmasa da - cezaevi güvenliğinin sürdürülmesindeki kamu yararı [birinci kamu yararı] ile başvurucunun mahrem yazışma hakkı dengelenirken, avukat-müvekkil ilişkisinin mahremiyetiyle ilgili kamu yararı [ikinci kamu yararı], ayrıcalıklı sayılarak teraziye, başvurucunun lehine ağırlık olarak konmuştur. İki kamu çıkarının atışması ise, aşağıda, bu Bölümün 3. no.lu paragrafında ele alınmıştır.

⁸³⁹ Campbell v. The United Kingdom (no. 13590/88), 25.3.1992, prg. 1, 8, 27-28, 43-44, 46-48, 53-54, 64.

1.6.6. Sağlıklı çevre hakkı:

1.6.6.(1) Londra'daki Heathrow havaalanında uçakların gece trafiğinin, gürültü nedeniyle yakında yaşayanlara verdiği rahatsızlıkla ilgili Hatton vd. / Birleşik Krallık davasında, AİHM Dairesi, 2.10.2001 tarihli kararında, çevrenin korunması söz konusu olduğunda, ülkenin ekonomik refahının, başkalarının hakları karşısında ağır basması için yeterli bir gerekçe oluşturmadığını; devletin, bireylerin, konut, özel hayat ve aile hayatı haklarını koruyacak tedbirler alması gerektiğini ve bu haklara müdahale edilecekse, doğru / adil denge (*right balance*) sağlanması amacıyla, müdahalenin, en az kısıtlayıcı nitelikte olması; bunun için de, yetkililerden, alternatif çözümler arasında olabilecek en iyi çözümü bulmalarının beklendiğini vurgulayarak, olayda böyle bir adil dengenin kurulamadığı gerekçesiyle, başvuruçuların konut, özel hayat ve aile hayatı haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁸⁴⁰.

AİHM Dairesinin verdiği bu kararda, terazinin, bireylerin konut, özel hayat ve aile hayatı hakları ile ilgili kefesinin, devletin ekonomik çıkarları ile ilgili kefesine ağır basmasıyla adil dengenin sağlanabileceği görüşü benimsenmiştir.

Birleşik Krallık hükümetinin temyiz etmesi üzerine, AİHM Büyük Dairesi, 8.7.2003 tarihli kararında, ilk aşamada Daire tarafından verilen ihlal kararından dönmüş ve olayda, AİHS md. 8'in ihlalini oluşturacak bir müdahalede bulunulmadığına hükmetmiştir. AİHM Büyük Dairesinin gerekçesinde, 1) AİHS md. 8'de, temiz ve sessiz bir çevre hakkının açıkça öngörülmediğini; buna karşılık, AİHS md. 8/2'de sayılan, sınırlama nedenleri / koşulları arasında, ülkenin ekonomik refahının bulunduğunu; 2) çevre kirliliğinin ve gürültünün, AİHS md. 8'in kapsamına girmesi için, bireylerin, madde kapsamındaki, özel hayat hakkı ve konut hakkı gibi haklarının ciddi ölçüde etkilenmiş olmalarının gerektiğini; gürültünün, bölgede yaşayanların yüzde 2-3 oranında küçük bir azınlığında uyku bozukluğuna yol açtığını ancak, bu azınlık dışındakiler üzerindeki olumsuz etkilerinin de yadsınamayacağını; 3) devletin sorumluluğunun, kişilerin AİHS md. 8'den doğan haklarına saygı gösterilmesini sağlayacak herhangi bir düzenleme yapmamış olması durumunda söz konusu olabileceğini; oysa, gerekli düzenlemelerin yapılmış olduğunu; yetkililerin, ülkenin ekonomik çıkarlarını göz önünde tutarken, bölgede yaşayanları da aşırı gürültüden korumayı hedeflediklerini; 4) AİHS md. 8'den doğan haklarla, toplumun, ekonomik refahı bağlamındaki çıkarı arasındaki çatışmada

⁸⁴⁰ Hatton and others v. The United Kingdom (no. 36022/97), 2.10. 2001, prg. 97, 107.

sağlanacak adil dengenin, çatışan unsurların ağırlıklarına / önemlerine bağlı olduğunu; gürültü nedeniyle, bölgedeki konut fiyatlarının düşmediğini, dolayısıyla, yüzde 2-3 oranındaki küçük azınlığın, ekonomik zarara uğramadan başka yerlere taşınabileceklerini; 5) yetkililerin, düzenlemeleri, bölgede yaşayanlarla paylaşarak, şikayette bulunmalarına / itiraz etmelerine ve aldıkları sonuca göre, yargı organına başvurmalarına olanak tanıdıklarını belirtmiş ve bu tablo karşısında, devletin, çatışan unsurlar arasında adil denge sağlayamamış olmasını, takdir yetkisi kapsamında görmüş ve bölgede yaşayanların AİHS md. 8'den doğan haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir ⁸⁴¹.

AİHM Büyük Dairesinin, sağlıklı çevre hakkı konusunda önemli bir kararı olan, *Hatton vd. / Birleşik Krallık kararı*, çeşitli yönlerden eleştirilebilir ⁸⁴². Adil denge ilkesi yönünden eleştirilebilecek yönü ise, yetkililerin, çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurmamalarının, takdir yetkisi kapsamında olduğunun belirtilmiş bulunmasıdır (kararın 129. paragrafı). Aynı yaklaşımı, Z. / Finlandiya kararında da görmekteyiz: Bu kararda AİHM, devletin, çatışan çıkarlar arasında adil denge kurup kurmamakta takdir yetkisine sahip olmasının, çıkarların niteliği ile öneminin ve hakka müdahalenin vahametinin (*gravity*) göz önünde bulundurulması koşuluna bağlı olduğunu vurgulamıştır ⁸⁴³. *Hatton vd. / Birleşik Krallık kararı*nda da aynı çizgi sürdürülmüştür: Yukarıda açıklandığı gibi, yetkililer tarafından, uçakların gece trafiğinden kaynaklanan gürültünün, özel hayat ve konut hakkı üzerindeki olumsuz sonuçlarının vahamet düzeyinin araştırılıp araştırılmadığına bakılmış ve yetkililerin bulgularının, gürültünün olumsuz sonuçlarının vahim nitelikte olmadığını gösterdiği dikkate alınarak, ekonomik çıkarla dengeleme yapılmayabileceği görüşü benimsenmiştir. Altını çizmek isteriz ki, AİHM, Birleşik Krallığa, çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurup kurmamakta takdir yetkisi tanırken, aslında, kendisi, çatışan çıkarların ağırlığını / önemini karşılaştırarak dengeleme yapmış ve sonuçta, Birleşik Krallığın ekonomik çıkarına öncelik vermiş bulunmaktadır.

⁸⁴¹ *Hatton and others v. The United Kingdom* (no. 36022/97) [GC], 8.7.2003, prg. 1, 4, 7, 40, 86, 96, 116-121, 124-125, 127, 129-130.

⁸⁴² Örneğin, Letsas'ın eleştirisi için bkz., dip-not 77.

⁸⁴³ Bkz., bu Bölümün 1.6.1.4 no.lu paragrafı.

1.6.6.(2) Taşkın vd. / Türkiye davası, yetkililerin, 1) Bergama-Ovacık'ta faaliyet gösteren şirketin, siyanür kullanarak altın çıkarmasına, çevre etki değerlendirme (ÇED) raporunda çevreye ve insan sağlığına yönelik tehlikelerin belirtilmiş olmasına rağmen izin verilmesi; 2) Danıştay'ın, kamu yararına aykırılık gerekçesiyle, idare mahkemesinin, iptal davasının red kararını bozması ve yürütmenin durdurulması kararı vermesi; 3) söz konusu bozma kararı üzerine idare mahkemesinin de iptal kararı vermesi ve bu kararın Danıştay tarafından onaylanması; 4) Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararına rağmen, şirketin altın çıkarma faaliyetinin durdurulmasında gecikilmesi; 5) iptal kararına rağmen, ileri teknolojiler kullanarak tehlikenin azaldığına ilişkin yeni raporlara dayanarak, altın çıkarma faaliyetine yeniden izin verilmesi; 6) bu arada, Başbakanın müdahalesiyle Bakanlar Kurulunun, siyanür kullanarak altın çıkarma faaliyetine izin verilmesi yönündeki tavsiye kararı alması ile ilgilidir. AİHM, bu davadaki 10.11.2004 tarihli kararında, Danıştay kararından sonra, yetkililerin, altın çıkarma faaliyetine izin verebilmek amacıyla dayandıkları, tehlikenin düşük düzeyde olduğunu değerlendiren bilimsel raporları bir yana koyarak, idari yargının, yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarına hemen uyulmamasına veya yetkililerin, bu kararlara uymamak yönünde çaba göstermesine odaklanmış ve yargı kararlarına uyulmamasının, yargı organına başvurma sağladığı güvenceleri ortadan kaldırdığı gerekçesiyle, başvuruçuların özel hayata ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM'nin, Danıştay'ın, siyanür kullanarak altın çıkarma iznini kamu yararına aykırı bulmasının, başvuruçuların çıkarları ile kamu çıkarının dengelenmesinin bir sonucu olduğunu ve bu sonuç üzerine, devlete, takdir yetkisi tanınamayacağını vurgulamasına (kararın 117. paragrafı) dikkat çekmek isteriz ⁸⁴⁴.

Taşkın vd. / Türkiye kararı, birkaç bakımdan, Hatton vd. / Birleşik Krallık kararından farklıdır. Birinci fark, insan sağlığı açısından: Hatton vd. davasında, insan sağlığına yönelik tehlikeden söz edilmemiştir. Taşkın vd. davasında ise, ana konu, insan sağlığına yönelik tehlikedir. İkinci fark ise, çatışan çıkarları dengelediği varsayılan yargı organının kesin kararına uyulmamasıyla ilgilidir. AİHM, Taşkın vd. davasında bu noktaya odaklanmıştır. Hatton vd. davasında ise, yargı kararına uyulmaması söz konusu değildir.

⁸⁴⁴ Taşkın and others v. Turkey (no. 46117/99), 10.11.2004, prg. 112, 117, 119, 122, 124-126 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Adil denge ilkesi açısından, Taşkın vd. / Türkiye kararından iki sonuç çıkarılabilir: İnsan sağlığına yönelik bir tehlike söz konusuysa; 1) yargı organının, idari işlemin / eylemin kamu yararından yoksun olduğuna karar vermesi durumunda, kamu yararı ile çatışan çıkarları dengelediği ve bu dengeleme sonucunda, kamu yararı karşısındaki çıkarlara ağırlık verdiği varsayılır; bu nedenle, yetkililere, idari işlemi / eylemi sürdürüp sürdürmemeleri konusunda takdir yetkisi tanınmaz; 2) yargı organının, ilgili idari işlemin / eylemin kamu yararına olduğu yönünde karar vermesi durumunda ise, önce insan sağlığının üstün tutulup tutulmadığına bakılmalı; insan sağlığı üstün tutulmuşsa, çatışan diğer çıkarlar ayrıntılı olarak değerlendirilerek, adil bir denge kurmaya yönelik dengeleme yapılmalıdır.

1.7. AİHS md. 9 (Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü):

1.7.1. Demokratik ve çoğulcu toplumda din özgürlüğü:

1.7.1.(1) Kokkinakis / Yunanistan davasında, Yehova Şahidi inancında olan başvuru, bu inancından dolayı, defalarca, başkalarını kendi dini inancına çevirme (*proselytism*) suçundan tutuklandığından ve yargılanıp mahkum edildiğinden yakılarak, AİHK'ya başvurmuş; AİHK'nın 3.12.1991 tarihli raporunda, başvurunun, AİHS md. 9'la güvence altına alınan düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmış ve raporunu AİHM'ye götürmüştür.

AİHM, din özgürlüğü kapsamında, dini inancın, kişinin kimliğinin hayati nitelikteki bir ögesini oluşturduğunu ve kişinin, bu kimliğini açıkça gösterebilmesi (*manifest*) gerektiğini, ancak bunun, ateistler, kuşkucular ve ilgisizler için de geçerli olduğunu belirtmiş ve çeşitli inançlara sahip grupların aynı toplum içinde birarada var olabilmeleri (*coexist*) ve herkesin inancına saygı gösterilmesinin sağlanabilmesi için ilgili çıkarların uyumlaştırılmasının (*reconcile*) zorunlu bulunduğunu vurgulayarak, AİHK gibi, başvurunun md. 9'la güvence altına alınan özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır ⁸⁴⁵.

İlkesel nitelikteki bu karardan, çeşitli inançlara sahip grupların, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü bakımından eşit haklara sahip oldukları; bu nedenle, bunlardan birinin söz konusu özgürlüğünün sınırlandırılmasının, birarada var olmakla ilgili kamusal çıkarla bağdaşmayacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, AİHM konuya, başvurunun

⁸⁴⁵ Kokkinakis v. Greece (no. 14307/88), 25.5.1993, prg. 1, 6, 26-27, 31, 33, 50.

mensup olduğu grubun dini özgürlükten yoksun bırakılmasının, birarada var olmakla ilgili kamusal çıkarla çatıştığı bakış açısıyla yaklaşmış ve dini özgürlükten yoksun bulunan başvurucuya yasalarla tanınmayan dini özgürlüğün tanınmasını öngörerek, denge sağlamak istemiştir. Buradaki dengeleme, hakka / özgürlüğe sınır getirilmesiyle değil; tersine, esirgenen hakkın / özgürlüğün verilmesiyle ilgilidir ki, adil denge ilkesiyle, devletin, temel hakkın / özgürlüğün etkinliğini sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüğü arasındaki ilişkiyi çağrıştırmaktadır ⁸⁴⁶.

1.7.1.(2) AİHM'nin 22.1.2009 tarihli Bulgar Ortodoks Kilisesinin Ruhani Meclisi (Metropolit Inokentiy) vd. / Bulgaristan kararı, Bulgaristan'da demokratikleşme sürecinin başlamasıyla, Ortodoks cemaatinde bir grubun, patriği değiştirmek istemesi üzerine yaşanan bölünme karşısında yetkililerin tarafsız davranmayarak, söz konusu grubu, devletin atadığı patriğin liderliği altında birleşmeye zorlamaları ve atanmış patriğin, bu grubun üyelerini, Ortodoks cemaatinin kilise, manastır ve benzeri binalarından dışlaması ile ilgilidir,

AİHM kararında, 1) dini cemaatlerin özerk olmasının, demokratik toplumların bir niteliği olan çoğulculuğun gereği olduğu; 2) yasa ile öngörülmedikçe ve demokratik toplum açısından gerekli olmadıkça, devletin, dini cemaatlerin iç işlerine taraf tutarak müdahale etmesinin, AİHS md. 9'un ihlalini oluşturduğu; 3) dini cemaat içinde uzlaşmazlık varsa, devletin görevinin, çoğulculuğu ortadan kaldırmadan, çekişen grupların birbirlerine hoşgörü göstermelerini sağlamak olduğu vurgulandıktan sonra, müdahalenin yasal olması durumunda, yasallığın korunmasındaki (*securing legality*) kamu çıkarı ile bireyin veya örgütün (cemaat, kilise) hakları arasında adil bir denge kurulmasının beklendiği belirtilmiştir. AİHM, dini cemaatin, yetkililer tarafından, tek liderlik altında toplanmaya zorlanmasının, demokrasinin dokusunda bulunan çoğulculukla bağdaşmadığı gerekçesiyle, AİHS md 9'un ihlal edildiği sonucuna varmıştır ⁸⁴⁷.

Bulgar Ortodoks Kilisesinin Ruhani Meclisi (Metropolit Inokentiy) vd. / Bulgaristan kararında, adil denge kavramı ile ilgili ilkesel bir saptamada bulunulmuştur: O da, her durumda aranan / olması gereken yasallık ögesinin, temel hakka (burada, dini

⁸⁴⁶ Bkz., yukarıda XIII. Bölümün 1.3. no.lu paragrafı.

⁸⁴⁷ Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and others v. Bulgaria (nos. 412/03 and 35677/04), 22.1.2009, prg. 14, 19, 23-24, 42, 51-53, 56-57, 84, 101, 103, 114-115, 120-121, 132, 139, 142, 148-149, 159-160.

cemaatin / örgütün özerklik hakkı ⁸⁴⁸) müdahale edilmesine olanak tanınması halinde bile, yasallığın korunmasındaki kamu çıkarı ile müdahale edilen temel hak veya çıkar arasında adil bir denge kurulmasının gerekliliğidir. Bu davada AİHM, terazide, AİHS md. 9'dan kaynaklanan, dini cemaatin / örgütün özerklik hakkına ağırlık vermiştir. Bunda, kararın 121 ve 148. paragraflarında belirtildiği gibi, AİHS'nin demokratik toplumların ülkü ve değerlerini korumak ve ilerletmek için tasarlandığı; demokrasilerin ise, çoğulculuk ilkesinden soyutlanamayacağı görüşünün önemli rol oynadığı söylenebilir.

1.8. AİHS md. 10 (İfade özgürlüğü):

1.8.1. İfade özgürlüğü ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bağlamındaki kamu çıkarının çatışması:

AİHM, 13.9.2005 tarihli İ.A. / Türkiye kararında, yayınevi sahibi olan başvurucunun yayımladığı kitapta, yazarın, Muhammed hakkında kullandığı rencide edici ifadeler nedeniyle, savcının resen açtığı soruşturma sonucu yapılan yargılamada para cezasına çarptırılmasını olumlu olarak değerlendirmiştir. AİHM'ye göre bu olayda, AİHS ile güvence altına alınan iki temel hakkın (kişinin, dini konularda görüşlerini açıklama hakkı [1. temel hak] ve başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkı [2. temel hak]) çatışması vardır. Devlet, böyle bir çatışmada, ifade özgürlüğünü düzenlerken, kişilerin dini ve ahlaki alandaki vicdani kanaatlerine saldırı niteliğindeki açıklamalar konusunda geniş takdir yetkisine sahiptir ve olayda, ikinci hak lehine yapılan müdahalede zorlayıcı toplumsal ihtiyaç (*pressing social need*) bulunmaktadır. Bu nedenle, devlete tanınan takdir yetkisi aşılmamıştır. AİHM, kitabın toplatılmamış ve verilen para cezasının önemsiz bir tutarda olmasını da, orantılılık ilkesi (amaç-araç orantıllığı) açısından olumlu bulmuştur ⁸⁴⁹.

AİHM'nin bu kararında, AİHS'de güvence altına alınan iki temel hakkın çatışmasından söz edilmesi, bireyler arası hak / çıkar çatışması anlamında değildir. Buradaki çatışma, bireyin, ifade özgürlüğü kapsamında, dini konularda görüşlerini açıklama hakkı ile başkalarının kutsal sayılan konularla ilgili dini inanç ve vicdani kanaatlerin

⁸⁴⁸ Dini cemaatin / örgütün / kilisenin özerklik hakkının AİHS md 9'dan kaynaklandığı, AİHM Büyük Dairesinin, 12.6.2014 tarihli Fernandez Martinez / İspanya kararının 122 ve 139. paragraflarında açık biçimde belirtilmiştir (bkz., aşağıda, bu Bölümün 2.4.1.1. no.lu paragrafı).

⁸⁴⁹ İ.A. v. Turkey (no. 42571/98), 13.9.2005, prg. 5, 6-7, 25, 27, 30-32.

korunmasına ilişkin kamu çıkarı arasındaki çatışmadır. Burada, kamu çıkarının göstergesi, olayda, başvurucunun yayımladığı kitaptan rencide olduğunu ileri süren kimsenin bulunmaması, bu nedenle de, savcının, şikayet üzerine değil, resen soruşturma açmış olmasıdır. Çatışan diğer hakkın / çıkarın, bireysel nitelikte olduğunun göstergesi ise, gerek yetkililerin, gerek AİHM'nin, bireyin dini konularda görüşlerini açıklama özgürlüğünün korunmasında kamunun da çıkarı olduğu görüşüne ⁸⁵⁰ yanaşmamış ve bu özgürlüğü, bireysel bir hak olarak ele almış olmalarıdır.

Kararın, adil denge ilkesi açısından değerlendirilmesi ise, şöyle yapılabilir: Yetkililerin tercihi, dini inanç ve kanaatlerin korunması yönünde olmuşsa da, başvurucuya verilen para cezasının tutarının önemsiz ve yayımlanan kitapların toplatılmamış olması nedeniyle, başvurucunun ifade özgürlüğünün, özüne zarar vermeden sınırlanmış ve bu sayede ayakta kalmış olduğu söylenebilir.

1.8.2. Devlet memurunun (demokratik) anayasal düzene sadakat yükümlülüğü ve ifade özgürlüğü:

AİHM Büyük Dairesinin 26.9.1995 tarihli Vogt / Almanya kararı, Fransızca ve Almanca öğretmeni olan başvurucunun, komünist partisinde üyeliği, konumu ve parlamento seçimlerinde komünist partisinden aday olması nedeniyle devlet memurluğundan 1987 yılında (iki Almanya'nın birleşmesinden önce) çıkarılması konusuyla ilgilidir.

AİHM Büyük Dairesi, kararında, Almanya'nın geçmişte yaşadığı demokrasinin yıkılış sürecinin tekrar yaşanmaması için benimsediği, "kendini savunan demokrasi" anlayışı uyarınca, devlet memurlarının anayasal düzene sadakatle bağlı olmalarını öngördüğünü ve Alman yargı organlarının, söz konusu sadakat yükümlülüğünü, mutlak nitelikte görerek, özel hayatı da içine alacak genişlikte yorumladığını belirlemiştir. Ancak, Büyük Daireye göre, sadakat yükümlülüğü, her ne kadar AİHS md. 10/2'de yer alan, ifade özgürlüğünün, bazı yükümlülük ve sorumluluklar çerçevesinde kullanılabileceğine ilişkin hükmüne dayandırılabilse de, devletin meşru çıkarına olan bu yükümlülüğün, temel haklardan olan ifade özgürlüğü ile dengelenmesi gerekmektedir. Büyük Daire, başvurucunun, öğrencilere kendi görüşlerini aşılama (*indoctrinate*) çalışmadığını; zaten, Almanca ve Fransızca öğretmeni olduğu için, böyle

⁸⁵⁰ Bu görüş, 20.9.1994 tarihli Otto-Preminger-Institut / Avusturya kararında yer almıştır (bkz., bu Bölümün 3.3.2. no.lu paragrafı)

bir tehlikenin bulunmadığını ve aksi yönde bir şikayet ve kanıtın da mevcut olmadığını; başvurucunun, öğretmenlik görevini memnuniyet verici ölçülerde yerine getirdiğini ve gerek öğrenciler, gerek öğrencilerin aileleri, gerek meslektaşları tarafından saygı gördüğünü dikkate alarak; Alman AYM tarafından kapatılmamış olan komünist partisine sırf üye olduğu ve bu partiden parlamenter olarak seçilmek istediği için devlet memurluğundan çıkarılmasını demokratik toplum açısından gerekli görmemiş; amaç-araç orantılılığına uygun bulmamış ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Böylelikle, devletin çıkarı ile başvurucunun ifade özgürlüğü dengelenmiş olmaktadır ⁸⁵¹.

AlfHM Büyük Dairesinin bu kararı, iki Almanya birleşmeden (3.10.1990) önce, soğuk savaş devam ederken, Batı Almanya'da, sosyalist blokta yer alan Doğu Almanya'daki rejim benzeri bir rejim kurmayı amaçlayan komünist partisine üye olan devlet memuru öğretmenin, anayasal düzene sadakat yükümlülüğüne ilişkin kamusal çıkar ile ifade özgürlüğünün dengelenmesi gerektiğini vurgulaması ve demokratik toplum açısından gerekli olma koşulunu öne çıkarması, adil denge arayışı içinde olduğunu göstermektedir. Nitekim, varılan sonuç da, çatışan çıkarlar arasında, adil denge tanımına uygun bir dengenin sağlanması olmuştur. İfade özgürlüğüne ağırlık verilmiş olması ise, demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünün önemini ortaya koymuştur.

⁸⁵¹ Vogt v. Germany (no. 7851/91) [GC], 26.9.1995, prg. 41, 51, 53, 57-61.

AlfHM, 8.12.1999 tarihli Pellegrin / Fransa kararında, devletin, kamu hukuku çerçevesinde yetki kullanan devlet memuruna güven duymakta ve ondan, demokratik anayasal düzene sadakat göstermesini beklemekte menfaatinin bulunduğunu belirtmiş ve bu işlevde olan devlet memurlarının (*functional criterion* – işlev ölçütü), AlfHS md. 6/1'in sağladığı güvencenin kapsamı dışında tutulabileceğini kaydetmiştir (Pellegrin v. France (no. 28541/95), 8.12.1999, prg. 64-65, 67). AlfHM Büyük Dairesinin 19.4.2007 tarihli Vilho Eskelinen vd / Finlandiya kararında ise, Pellegrin / Fransa kararıyla getirilen işlev ölçütünün, AlfHS md. 6/1 güvencesini daralttığı; bunun, AlfHS'nin amaç ve hedefine uygun düşmediğini; AlfHS güvencelerinden herkesin yararlanması gerektiğini; kapsam dışı tutmak için haklı bir nedene dayanılmasının arandığını vurgulamış ve Pellegrin kararının işlev ölçütünü terk ederek, devlet memurları için AlfHS md. 6/1 güvencesinin dışına çıkılabilmesini iki koşula bağlamıştır: 1- İç hukukta, belli bir görev veya makamda olanların yargı yoluna gidemeyeceklerinin açıkça belirtilmiş olması; 2- kapsam dışı tutmanın, devletin menfaatine olduğunun, nesnel (*objective*) bakımdan haklı (*justified*) nedene dayanması. Bu iki koşul gerçekleşmezse, devlet memurunun, maaş, ödenek ve benzeri hakları açısından AlfHS md. 6/1'in sağladığı güvencenin kapsamı dışına tutulması için, kamu hukuku çerçevesinde yetki kullanması ve demokratik anayasal düzene sadakat yükümlülüğü altında olması yeterli görülmez (Vilho Eskelinen and others v. Finland (no. 63235/00) [GC], 19.4.2007, prg. 48-49, 56, 58-59, 62-63). AlfHM, 15.12.2020 tarihli Pişkin / Türkiye kararında, Venedik Komisyonunun, 667-676 sayılı OHAL KHK'ları hakkındaki görüşünde (12.12.2016 tarihinde yayımlanmıştır) yer alan, söz konusu OHAL KHK'larında, devlet memurunun, açık biçimde, demokratik düzene sadık olmadığına ilişkin olgular varsa, ancak o durumda görevine son verileceği yönünde değişiklikler yapılması konusundaki önerisine atıfta bulunmakla birlikte, Büyük Dairenin Vilho Eskelinen vd / Finlandiya kararında öngörülen iki koşulun birlikte (*cumulative conditions*) gerçekleşmesi gerektiğine işaret etmiştir (Pişkin v. Turkey (no. 33399/18), 15.12.2020, prg. 46, 50, 100-101 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır)).

1.8.3. İfade özgürlüğü ile devletin, AİHS md. 10'da yer alan, başkalarının şöhret veya haklarının korunması bağlamında, her türlü ırkçılık ve ayrımcılıkla mücadele edilmesine ilişkin çıkarının çatışması:

AİHM Büyük Dairesinin 23.9.1994 tarihli Jersild / Danimarka kararı, gazeteci olan başvurucunun, gençlerden oluşan ırkçı bir grubun temsilcileriyle yaptığı ve TV programında yayınladığı röportajın ırkçı söylemler içermesi ve bu söylemleri dengeleyici herhangi bir yorum yapılmamış olması nedeniyle para cezasına mahkum edilmesi ile ilgilidir. Danimarka Yüksek Mahkemesi, TV programında ırkçılar tarafından siyahlara ve göçmen işçilere yapılan hakaretlerin toplum tarafından öğrenilmesindeki çıkar ile hakarete uğrayan grupların korunmasına ilişkin çıkarı dengelemiş ve söz konusu hakaretlerin topluma duyurulmasını gerektirecek bir bilgi değeri (*information value*) içermediğini belirtmiş, ancak bunun, aşırı görüşlerin (*extremist views*) daha dengeli ve kapsamlı biçimde yayınlanmasını ve kamuoyunun ilgi duyduğu konularda yapılan toplantılardan doğrudan haber aktarılmasını engellememesi gerektiğini de eklemiştir.

Başvuru, o tarihte geçerli olan usule göre, AİHK'ye yapılmıştır. AİHK, 8.7.1993 tarihli raporunda, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna vardığını açıklamıştır. AİHK'ya göre, Danimarka'nın taraf olduğu BM'nin 21.12.1965 tarihli "Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına ilişkin Uluslararası Sözleşme"⁸⁵² md. 4 uyarınca üstlenmiş olduğu, ırkçı görüşlerin yayılmasının cezalandırılması yükümlülüğü ve cezalandırılacak suçlar arasında sayılan, bir ırkın üstünlüğü (*racial superiority*) ile bir ırka nefret duyma (*racial hatred*) suçlarının çok geniş kapsamlı oldukları göz önünde bulundurularak, başvurucunun, ifade özgürlüğü bağlamında bilgi yayma özgürlüğü ile, başkalarının şöhret ve haklarının korunmasına ilişkin çıkar arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir.

AİHM Büyük Dairesi ise, "Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına ilişkin Uluslararası Sözleşme"de yer alan bazı kavramları yorumlamanın, kendi işi olmadığını ancak, bu Sözleşmenin getirdiği yükümlülükle, ifade özgürlüğünü

⁸⁵² "International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination"; Türkiye 16.9.2002 tarihinde taraf olmuştur (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=en) (erişim 17.3.2023).

güvence altına alan AİHS md. 10'un uyumlu olduğunu belirtip, basın özgürlüğünün kapsamını ortaya koyduktan sonra, başvurucunun, ırkçı görüşleri yayıp yaymadığı noktasına odaklanmıştır. Büyük Daireye göre, başvuru, her ne kadar, röportajın kaydını, ırkçı söylemin yayılmasına yol açacak biçimde düzenlemişse de, TV programını, ırkçı söylemin yayılması amacıyla hazırlamamıştır; ayrıca, ırkçılığın ahlak dışı, tehlikeli ve hukuk dışı olduğu yorumunu ekleyerek röportajda geçen ırkçı söylemi dengelenmeye (*counterbalance*) çalışılmamış olması da, konuyla ilgili değildir; zira, bu tür yorumlar, yine ifade özgürlüğü kapsamında, tamamen gazetecinin takdirine bağlı olan bir konudur. Büyük Daire, röportaja katılan ırkçıların, ifade özgürlüğü kapsamında korunmayan ırkçı söylemleri nedeniyle mahkum edilmelerinde bir sorun bulunmadığını ancak, bunlarla birlikte, bir de, röportajı yapan gazetecinin, ırkçı söylemin yayılmasına aracılık ettiği gerekçesiyle mahkum edilmiş olmasının sorun yarattığını belirtmiş ve başvurucunun amacının, ırkçı söylemin yayılması olmadığı için, mahkumiyetinin, demokratik toplum açısından gerekli olmadığı ve başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla orantılı bir yaptırım olarak nitelendirilemeyeceği değerlendirmesiyle, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır ⁸⁵³.

Büyük Dairenin, ifade özgürlüğü ihlalinin, başvurucunun mahkumiyetinin demokratik toplum açısından gerekli bulunmadığı ve aynı zamanda, başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla da orantılı olmadığı (amaç-araç orantısızlığı) noktalarına bağlamış olması (kararın 37. paragrafı), adil denge ilkesine yönelik dengeleme yapmadığı anlamına gelmemektedir. Zira, Büyük Daire, başvurucunun mahkumiyetinin, neden, başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla orantılı olmadığını açıklamayarak, havada bırakmıştır. Bu nedenle, kararın bağlama noktasının amaç-araç orantılılığından çok, adil denge ilkesine yönelik dengeleme olduğu düşünülmektedir.

Karar, adil denge ilkesi açısından incelendiğinde, terazinin bir kefesine gazetecinin ifade özgürlüğünün, diğer kefesine de, ifade özgürlüğünü sınırlama nedenlerinden olan "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" (AİHS md. 10/2) bağlamında, devletin, BM Sözleşmesinden doğan, ırkçı görüşlerin yayılmasının cezalandırılması

⁸⁵³ Jersild v. Denmark (no. 15890/89) [GC], 23.9.1994, prg. 1, 9-12, 14, 18, 23, 25, 28, 30-37; Lawson and Schermers 581-582, 586 [n. 13].

yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin çıkarının konduğu görülmektedir. Burada, başkalarının şöhret ve haklarının korunmasının, BM Sözleşmesinin getirdiği cezalandırma yükümlülüğünden soyut olarak ele alınmasının doğru olmadığını düşünmekteyiz. Bu düşüncemizi, kararın 31. paragrafının son alt-paragrafında, ırkçılıkla ilgili BM Sözleşmesinin ve diğer uluslararası metinlerin getirdiği yükümlülükleri akılda tutarak, başvurucunun, ırkçı görüşleri yayma amacının bulunup bulunmadığının belirleneceğine ilişkin açıklamaya dayandırmaktayız. Bu nedenle, Jersild / Danimarka kararını “AİHM’nin, AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin veya çıkarların kamu yararıyla / çıkarıyla çatışması durumunda dengeleme uygulaması” başlığı altındaki bölümde incelemiş bulunmaktayız.

Terazideki iki ağırlığın nasıl dengelendiğine gelince, gazeteci olan başvurucunun ifade özgürlüğüne ağırlık verildiği açıktır. Büyük Daire, bunu sağlamak amacıyla, Danimarka yargı organının, mahkumiyet gerekçesi olarak kullandığı, başvurucunun ırkçı söylemleri dengeleyici herhangi bir yorum yapmamış olmasının, ifade özgürlüğü kapsamında, gazetecinin takdirine bağlı bir konu olduğunu belirterek, terazinin devletin cezalandırma yükümlülüğünü yerine getirmesine ilişkin çıkarını, konduğu kefeden çıkarıp bir yana bırakmış ve tamamen, başvurucunun ırkçı görüşleri yayma amacının bulunup bulunmadığı noktasına odaklanmıştır. Sonuçta, başvurucunun böyle bir amaç taşımadığını vurgulayarak, ifade özgürlüğünün ağır basmasını sağlamıştır.

1.8.4. İfade özgürlüğü ile devletin AİHS md. 8’de yer alan, başkalarının haklarının korunması bağlamında, soykırım inkarının suç olarak düzenlenmesine ilişkin çıkarının çatışması:

AİHM Büyük Dairesinin 15.10.2015 tarihli Perinçek / İsviçre kararı, Perinçek’in İsviçre’de yaptığı, 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin açıklamaları nedeniyle, İsviçre yargı organları tarafından para cezasına ve Ermeni derneğine tazminat ödemeye mahkum edilmesi olayı ile ilgilidir.

Kararda, İsviçre’nin, soykırımın inkarını (*denial of genocide*) suç olarak düzenlenmesine ve inkar eden kişiyi cezalandırarak, ülkedeki Ermeni azınlığın duygularının rencide edilmemesiyle ilgili haklarının korunmasına ilişkin çıkarları ile Perinçek’in ifade özgürlüğünün çatışmasının, İsviçre yargı organları tarafından

dengelenmediği belirlenmiş ve Perinçek'in para cezasına çarptırılmasının ve Ermeni derneğine tazminat ödemeye mahkum edilmesinin, demokratik toplum açısından gerekli olmadığı gerekçesiyle, Perinçek'in ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

AlHM Büyük Dairesinin, İsviçre yargı organlarının dengeleme yapmadığı sonucuna varmasında şu etmenler rol oynamıştır: 1) Başvurucunun açıklamaları nefret söylemi veya hakaret içermediğinden ifade özgürlüğü kapsamındadır; bu nedenle, cezalandırılması haklı değildir; 2) 1915 olaylarının üzerinden geçen zaman, acıların şiddetini hafifletmiştir; 3) başvurucunun açıklamaları İsviçre'de yapıldığı için, burada yaşayan Ermenilerle Türkler arasında ciddi bir sürtüşmeye yol açmayacağı gibi, Türkiye'de Ermeni karşıtlığının nedeni de değildir ve 4) soykırımın inkarının, İsviçre Ceza Kanununda yer aldığı biçimde düzenlenmesini gerektiren, belgeye veya yapılageliş kuralına dayalı uluslararası bir yükümlülük bulunmamaktadır ⁸⁵⁴.

Perinçek / İsviçre kararında ifade özgürlüğünün, terazide ağır bastığı görülmektedir. Ancak, Büyük Dairenin, açıklamanın yapıldığı ülkeyi bir etmen olarak göz önünde bulundurduğuna bakılacak olursa, benzer açıklamaların, her zaman ve her yerde, terazide ağır basmayabileceği ve açıklamaların ağırlıklarının, yapıldıkları ülkeye göre değişkenlik gösterebileceği sonucu çıkarılabilir. Bu çerçevede, Perinçek'in nefret söylemi veya hakaret içermeyen açıklamalarının İsviçre'de yapılmış ve söz konusu açıklamaların bu ülkede ciddi bir sürtüşmeye yol açmayacak ve Türkiye'de Ermeni karşıtlığına da neden oluşturmayacak olması, bir ağırlık olarak, Perinçek'in ifade özgürlüğü kefesine konmuş; böylelikle, Perinçek'in ifade özgürlüğünün ağır basması sağlanmıştır.

Kararın 251 ve 274. paragraflarında, ifade özgürlüğü ile ilgili, AİHS'nin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan sınırlama nedenlerinden, "başkalarının haklarının korunması" nedeninin, bu dava bağlamında, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkıyla ilgili, AİHS'nin 8. maddesinin 2. paragrafındaki sınırlama nedenlerinden, "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" nedeniyle örtüştüğünün belirtilmesi, davanın, başvurucunun ifade özgürlüğü ile İsviçre'de yaşayan Ermeni azınlığın AİHS md. 8'den kaynaklanan haklarının çatıştığı izlenimi verse de, bunun doğru olmadığını

⁸⁵⁴ Perinçek v. Switzerland (no. 27510/08) [GC], 15.10.2015, prg. 22, 32, 226, 228, 230, 233-234, 239, 244, 246-247, 250-252, 259, 268, 274, 276, 278-281, 291 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

düşünmekteyiz. Zira, burada, Perinçek'in ifade özgürlüğü ile İsviçre'de yaşayan Ermeni azınlığın haklarının, devletin, soykırım inkarını suç olarak düzenlemesi ve inkar edeni cezalandırmakla ilgili çıkarından soyut olarak çatıştığı söylenemez. Bu nedenle, Perinçek / İsviçre kararını, "AİHM'nin, AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin veya çıkarların kamu yararıyla / çıkarıyla çatışması durumunda dengeleme uygulaması" başlığı altındaki bölümde incelemiş bulunuyoruz.

1.9. AİHS md. 11 (Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü):

1.9.1. Çalışanın, belirli bir sendikaya üye olmaya zorlanması:

Young, James ve Webster / Birleşik Krallık davası, üç sendikanın işverenle yaptığı anlaşmada, işverenin, bu sendikalardan birine üye olmayan işçiyi çalıştırmaması (*closed shop*) öngörülüğünden, söz konusu sendikalardan birine üye olmayan başvuruçuların işten çıkarılması olayı ile ilgilidir.

AİHM, 13.8.1981 tarihli kararında, AİHS md. 11 kapsamında, örgütlenme (burada, sendikalaşma) özgürlüğünün, 1) örgüt dışında kalma veya örgüte üye olmama özgürlüğünü (negatif sendika özgürlüğü) de içerdiğini; 2) başvuruçuların bu tutumunun, işçilerin çoğunluğu tarafından benimsenmemesinin belirleyici bir etmen olmadığını, zira, demokrasilerde, her zaman çoğunluğun görüşlerinin egemen olması yerine, çoğunluğun görüşlerinin kötüye kullanılmasını önleyecek ve azınlığa adil (*fair*) ve uygun (*proper*) davranılmasını sağlayacak bir dengenin kurulmasının istendiğini belirterek, başvuruçuların, belirli sendikalara üye olmamaları nedeniyle işten çıkarılmalarının, demokrasilerden beklenen (adil ve uygun) dengeye aykırı olduğunu vurgulamış ve başvuruçuların örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Birleşik Krallık Hükümeti, AİHM'nin, incelemeleri sırasında örgütlenme özgürlüğüne müdahale edildiğini belirlemesi üzerine, müdahaleyi savunmayacağını açıklamış, ancak, AİHM, incelemelerine resen (*of its own motion*) devam ederek, söz konusu hükme varmıştır^{855, 856}.

⁸⁵⁵ Young, James and Webster v. The United Kingdom (nos. 7601/76; 7806/77), 13.8.1981, prg. 12, 51-52, 56, 57-58, 62-63, 65.

⁸⁵⁶ Sendika üyesi olmayan işçinin işyerinde çalıştırılmamasına ilişkin anlaşmanın (*closed shop*) yasak olması gerektiği, hemen aşağıda incelenen, 15.5.2018 tarihli Association of Academics / İzlanda kabul edilemezlik kararının 23. paragrafında, sendika özgürlüğünün temel öğelerinden biri olarak sayılmıştır.

AİHM, bu davada, demokratik toplumdan beklenen dengeye işaret ederken, adil denge ilkesiyle, demokratik toplum açısından gereklilik koşulunu biraraya getirmiştir. Bu durum, adil denge ile demokratik toplum açısından gerekli olma koşulunun, iç içe olma özelliğini ⁸⁵⁷ ortaya koymaktadır.

AİHK, Sigurour Sigurjonsson / İzlanda davasında, taksicilik ruhsatı alabilmek için, ilgili sendikaya üye olunması koşulunu, AİHM'nin, Young, James ve Webster / Birleşik Krallık kararındaki gerekçelerle AİHS md. 11'e aykırı bulmuş ve raporunda, başvurucunun sendikaya üye olmama özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna vardığını belirtmiştir. AİHK raporunda, kamu kuruluşu niteliğindeki örgütlerin AİHS'nin kapsamı dışında olduğu; olaydaki sendikanın ise, kamu kuruluşu niteliği taşımadığı görüşüne de yer verilmiştir ⁸⁵⁸. Kaydedelim ki, rapor AİHM'ye götürülmemiştir.

1.9.2. Toplu pazarlık ve grev devam ederken çıkarılan yasa ile zorunlu tahkimin devreye sokulması ve grevin durdurulması:

AİHM'in 15.5.2018 tarihli Association of Academics / İzlanda kabul edilemezlik kararında olay şöyledir: Üyeleri, kamu görevlisi ve üniversite mezunu olan ve birçoğu sağlık sektöründe çalışan kişilerden oluşan, başvuru sendikalar birliğine (Association) üye sendikaların, işverenle (devlet) başlattığı toplu pazarlık, birlik tarafından sürdürülmüş ancak, toplu pazarlığın sonuçsuz kalması üzerine, birliğe üye 18 sendikanın 17'si grev kararı almış; devletin uzlaştırma ve arabuluculuk görevlisi (Conciliation and Mediation Officer) ile yapılan toplantılardan da bir sonuç elde edilememiştir. Bunun üzerine 8 sendika, süresiz olarak greve başlamışlardır. Greve, birlik dışından hemşireler sendikası da katılmıştır. Grev, ihtilaf konusu yeni yasa çıkarılana kadar sürmüştür. Söz konusu yasa, iş bırakma dahil bütün toplu işçi eylemlerini (collective actions) yasaklamış ve 15 gün içinde bir toplu sözleşme imzalanmazsa, ücret ve çalışma koşullarının (employment terms), görevlendirilecek zorunlu tahkim kurulu (arbitration tribunal) tarafından belirlenmesini ve bu kurulun kararlarının, toplu sözleşme hükümleri gibi bağlayıcı olmasını öngörmüştür. Nitekim, belirtilen sürede toplu sözleşme imzalanamadığından, tahkim kurulu tarafından ücret ve çalışma koşullarında değişiklik yapılarak, son toplu sözleşme yeniden yürürlüğe

⁸⁵⁷ Bkz., yukarıda, XIII. Bölümün 1.5. no.lu paragrafında incelenen, "Adil denge ile demokratik toplum açısından gerekli olma koşulu arasındaki ilişki".

⁸⁵⁸ Sigurour Sigurjonsson against Iceland (no. 16130/90) [Rep.], 15.5.1992, prg. 53, 58, 63, 68, 70-71.

konmuştur. Başvurucu sendikalar birliği, yargı organından, üye 18 sendikanın, yürürlükteki diğer yasalar uyarınca, toplu işçi eylemleri yapabileceğinin tespit edilmesini istemiş fakat olumlu bir sonuç alamamıştır. İzlanda Yüksek Mahkemesi, sürdürülmek istenen grevin, sadece kamu güvenliği için değil, sağlık hizmetine ihtiyaç duyan herkes için tehdit oluşturduğuna ve yeni yasanın, sadece grev yapan 8 sendikaya değil, birliğe üye sendikaların tamamına (18 sendikaya) uygulanmasında orantısızlık bulunmadığına hükmetmiştir.

Başvurucu sendikalar birliği, AİHM'ye, asıl (birincil) şikayet olarak, yeni yasanın öngördüğü zorunlu tahkim süreci ile grev hakkı sınırlandırıldığı için, birliğe üye sendikaların üyelerinin çıkarlarını korumanın yanıltıcı bir görüntü (*illusory*) düzeyine düşürüldüğünü; bu nedenle de, birliğe üye bütün sendikaların AİHS md. 11'den doğan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmış olduğunu öne sürmüş ve bu bağlamda ihlal kararı verilmesini istemiştir. Başvurucu sendikalar birliği, AİHM'nin bu şikayeti reddetmesi durumunda, basamaklı / ikincil şikayet (terditli şikayet; *alternative complaint / pleading*) olarak, grev yapan sendikaların dışında kalan sendikaların AİHS md. 11'den doğan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmış olduğunun belirlenmesini ve buna göre ihlal kararı vermesini istemiştir.

AİHM, sendikal haklar bağlamında, AİHS md. 11'in, tüketici olmamakla (*not exhaustive*) birlikte, şu temel öğeleri kapsadığını belirtmiştir: 1) Sendika kurmak ve sendika üyesi olmak; 2) belirli bir sendikanın üyesi olmayan işçinin işyerinde çalıştırılmamasına ilişkin anlaşma (*closed shop*) yapılmasını yasaklamak; 3) sendikanın, üyelerinin çıkarları ile ilgili olarak ortaya koyacağı görüşleri dinlemesi için işvereni ikna etmeye yönelik çalışma içinde olmak ve 4) işverenle toplu pazarlık yapmak. AİHM'ye göre, grev dahil, toplu işçi eylemleri, AİHS md. 11 kapsamındaki temel öğeler arasında sayılmasa da, bu maddenin koruduğu sendikal faaliyetin bir parçasıdır. Sendikal özgürlüğün ve sendika üyelerinin çalışma koşullarına ilişkin çıkarlarının korunması için devlete tanınan takdir yetkisi ise, (i) sendika hakkına uygulanan sınırlamanın niteliği ve kapsamı; (ii) karşı çıkılan sınırlamanın amacı ve (iii) sendika hakkının sınırlanmadan kullanılması durumunda, başkalarının bu hakla çatışan hak ve çıkarlarının uğrayacağı zarar göz önünde bulundurularak belirlenir.

AİHM, İzlanda Yüksek Mahkemesinin, sürdürülmek istenen grevin sadece kamu güvenliği için değil, sağlık hizmetine ihtiyaç duyan herkes için tehdit oluşturduğu

değerlendirmesine saygı gösterip uymuştur (*deference*). AİHM'ye göre, başvuru sendikalar birliğine üye sendikalar, işverenle toplu pazarlık yaparak, sendikal haklar bağlamında AİHS'nin md. 11'in kapsadığı temel ögelerin, konuyla ilgili, işvereni ikna etmeye yönelik çalışma içinde olmak ve işverenle toplu pazarlık yapmak ögelerinden (3) ve 4) no.lu ögeler) yararlanmış bulunmaktadır. Ayrıca, yeni yasa yürürlüğe girene kadar 67 gün grev yapılabilmiş; toplu pazarlık ise, yeni yasa yürürlüğe girdikten sonra, hakem kurulu görevlendirilene kadar 15 gün daha sürdürülebilmektedir. Ancak, nasıl, her toplu pazarlığın, toplu sözleşme ile sonuçlanmasının bir hak olduğu yorumu yapılamıyorsa, grevin de, grev yapan sendikaya galibiyet hakkı (*right to prevail*) sağlayacağı ileri sürülemez. Bu nedenle, grev ve toplu pazarlıkla, istenen sonuca ulaşılamamış olması, bu hakların yanıltıcı birer görüntü düzeyinde olduğu biçiminde yorumlanamaz. Öte yandan, başvuru birliğin, yeni yasanın, grev yapan sendikaların dışında kalan sendikalara uygulanmasıyla ilgili basamaklı / ikincil (terditli) şikayetine yanıt olarak, bu uygulamanın, grev yapmayan sendikaların, diğerleriyle birlikte grev kararı almış bulunmaları; dolayısıyla, yeni yasa yürürlüğe girdikten sonra, her an greve başlayacak durumda olmaları nedeniyle, gerekli olduğu belirtilmiştir. AİHM, sonucu bağlarken, İzlanda Yüksek Mahkemesinin, çatışan çıkarları, AİHM kararlarında yer alan ilkeler doğrultusunda dengelediğini ve adil bir denge sağladığını vurgulamış ve başvuruyu, açıkça temelden yoksun (*manifestly ill-founded*) bularak, kabul edilemezlik kararı vermiştir ⁸⁵⁹.

Bu kararı, adil denge ilkesi açısından irdelediğimizde, öne çıkan ilk özelliğinin, sağlık hizmetine ihtiyaç duyanların sağlık haklarına ilişkin kamu yararı ile başvuru sendikalar birliğinin sendikal hakların kullanılmasına ilişkin çıkarının çatışmasında, İzlanda Yüksek Mahkemesinin yaptığı dengelemeye saygı gösterip uyması (*deference*) olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme, her ne kadar, başvuru çıkarının, hem kamu güvenliğiyle, hem sağlık hizmetine ihtiyaç duyanların sağlık haklarıyla çatıştığını belirtmiş ve AİHM de buna uymuş olsa da, söz konusu çıkar / hak çatışmasının kamu güvenliği ile herhangi bir ilişkisi ortaya konmamıştır. Bu nedenle, çatışmada kamu güvenliğinin yer almadığını düşünmekteyiz. AİHM, Yüksek Mahkemenin yaptığı dengelemeyi uygun bulurken, şu argümanları, terazinin kamu yararı kefesine ağırlık olarak koymuştur: 1) Her toplu pazarlığın, toplu sözleşme ile; her

⁸⁵⁹ Association of Academics v. Iceland (no. 2451/16) [Dec.], 15.5.2018, prg. 1,3-6, 8-10, 15, 17, 21, 23-25, 30-35.

grevin de galibiyetle sonuçlanması gerekmemektedir; 2) grevi yasaklayan yasa yürürlüğe girene kadar grev yapılabilmış; toplu pazarlık da, yasa yürürlüğe girdikten sonra 15 gün daha sürdürülebilmıştır; dolayısıyla, sendikal haklar kullanılabilmıştır; 3) grevi yasaklayan yasa yürürlüğe girmeden önce, başvuru sendikalar birliği ile işveren (devlet) arasında toplu sözleşme üzerinde uzlaşma sağlanması için sarfedilen çabalar tükenmiş; bu nedenle, yasanın, grevi yasaklayıp, tahkimi zorunlu kılması ve grev yapmayan sendikalara da uygulanması haklı olmuştur. AİHM'nin, bu kabul edilemezlik kararıyla, sağlık hizmetine ihtiyaç duyanların sağlık haklarına ilişkin kamu yararına ağırlık vermeye yöneldiğini söylemek yanlış olmaz. Ayrıca, AİHM, esas hakkında karar (*judgment*) vermek yerine, kabul edilemezlik kararı (*decision*) vermekle, temyiz yolunu kapatmıştır zira, kabul edilebilirliğe ilişkin olumlu veya olumsuz kararlar kesin nitelikte olup, temyiz edilemezler ⁸⁶⁰.

1.10. AİHS md. 13 (İç hukukta etkin çözüm yolu hakkı):

İç hukukta etkin çözüm yolu hakkı, AİHS'nin güvence altına aldığı bütün hak ve özgürlükleri kapsar. Buna, taraf olunan Ek Protokollerin güvence altına aldığı hak ve özgürlükler de dahildir. Devlet, AİHS md. 13 uyarınca, söz konusu hak ve özgürlüklerin ihlali nedeniyle mağdur olduğunu ileri süren özel veya tüzel kişilerin veya grupların, yakındıkları ihlalin iç hukukta giderilmesi / düzeltilmesi için başvurabilecekleri etkin çözüm / çare yolları geliştirmek ve sunmakla yükümlüdür ^{861, 862}. Her ne kadar, AİHS md. 13'ün, AİHS ve Ek Protokollerin güvence altına aldığı hak veya özgürlüklerle bağlantılı olarak ileri sürülmesi gerekse de, ileri sürülebilmesi için, bağlantılı olduğu hak veya özgürlüğün ihlal edilmiş olması gerekmemektedir ⁸⁶³. Buna örnek olarak, AİHM'nin, avukatlık firmasının bürosunun aranması ve bilgisayar sürücüsüne el konması ile ilgili, 20.12.2016 tarihli Lindstrand Partners Advokatbyrå AB / İsveç kararı gösterilebilir. Bu kararda, arama ve el koymanın, ülkenin refahını koruma amacı bakımından orantısız olmadığı gerekçesiyle, AİHS md. 8'in ihlal edilmediğine; ancak,

⁸⁶⁰ Kabul edilebilirlikle ilgili olumlu (kabul edilebilir) veya olumsuz (kabul edilemez) kararlar (*decisions on admissibility*), kesin nitelikte olup, AİHM Büyük Dairesine temyiz (*Referral to the Grand Chamber*) edilemezler. Zira, AİHS'nin, temyizi düzenleyen 43. maddesinde sadece, Dairelerin verdiği esas hakkındaki kararların (*judgments*) temyiz edilebileceği belirtilmiştir.

⁸⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 627-630; Harris, O'Boyle and Warbrick 745-763.

⁸⁶² Bkz., yukarıda, AİHM'nin ikincilliği ilkesiyle ilgili, IX. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı.

⁸⁶³ Aynı durum, AİHS md. 14 için de geçerlidir; bkz., aşağıda, bu Bölümün 1.12. no.lu paragrafı.

arama emrine karşı herhangi bir itiraz yolu bulunmadığı gerekçesiyle, AİHS md 8'le bağlantılı olarak, md. 13'ün ihlal edildiğine hükmedilmiştir ⁸⁶⁴.

1.10.1. Yukarıda 1.2.2.(1) no.lu paragrafta incelenen AİHM Büyük Dairesinin 15.11.1996 tarihli Chahal / Birleşik Krallık kararında, yargı organının, işçileri bakanı (*Home Secretary*) bir kişiyi sınırışı etme kararı aldığında, bunun, sadece, yasanın doğru yorumlanmamış veya uygulanmamış veya bu kararın, başka hiçbir bakan tarafından yapılmayacak kadar akıldışı (*irrational*) veya sapkın (*perverse*) olması durumunda iptal edebileceği; buna karşılık, söz konusu kişinin sınırışı edilmesini gerektiren suçtan bağımsız olarak, bu kişinin gönderileceği ülkede işkence ve kötü muameleye maruz kalabileceği riski ile ilgili olguları araştırmaya yetkili olmadığı belirlenmiştir. Büyük Daire, belirlenen bu temele dayanarak ve buna ek olarak da, yargı organının, sadece, işçileri bakanının, sınırışı etme kararı verirken, başvurucunun maruz kalabileceği işkence ve kötü muamele riskini, ulusal güvenlikle ilgili kamu çıkarıyla dengeleyip dengelemediğine odaklanmış olması nedeniyle, iç hukukta, bu konuda etkin bir iç hukuk yolu bulunmadığı sonucuna varmış ve AİHS md. 13'ün ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁸⁶⁵.

Karar, adil denge ilkesi açısından değerlendirildiğinde, Büyük Dairenin, yargı organının, sadece, işçileri bakanının, başvurucunun sınırışı edilmesi durumunda, işkence ve kötü muamele görebileceği riskini, ulusal güvenlikle ilgili kamu çıkarıyla dengelenmiş olup olmadığına odaklanmış olmasını, iç hukuk yolunun etkinliğine aykırı bulurken, yargı organlarının, işkence ve kötü muamele yasağı gibi, mutlak hakları üstün tutması ve bu hakların teraziye vurulmaması gerektiğinin altını çizmiş olmaktadır. Büyük Dairenin bu yaklaşımı, iç hukukta etkin çözüm yolu hakkı açısından, yukarıda VI. Bölümün 6.3. no.lu paragrafında sunulan, üstün çıkarları / değerleri ve mutlak hakları dengeleme uygulamasının kapsamı dışında tutan dengeleme modelini benimsediğini göstermektedir.

⁸⁶⁴ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB v. Sweden (no. 18700/09), 20.12.2016, prg. 102 ve 125.

⁸⁶⁵ Chahal v. The United Kingdom (no. 22414/93) [GC], 15.11.1996, prg. 66, 151, 153.

1.11. Ek 1 No.lu Protokol md. 1 (Mülkiyet hakkı ya da, Ek 1 No.lu Protokol md. 1’de belirtildiği üzere, “Mülkün / Mal varlığının / Mülkiyetin korunması”) ⁸⁶⁶:

Ek 1 No.lu Protokol md. 1’de yer alan mülkiyet hakkı, adil denge kavramının en çok işlendiği hakların başında gelmektedir. Mowbray, bunu, mülkiyet hakkının, adil denge kavramı için önemli bir temel oluşturmaya bağlamakta ve gerekçe olarak da, mülkiyet hakkını düzenleyen maddenin metninde, devletin, mülkiyet hakkının kullanımını, kamu yararı uyarınca denetleyebileceğinin öngörülmüş olduğunu göstermektedir. Mowbray’e göre bu durum, iki çıkarın uzlaştırılmasını / bağdaştırılmasını (*reconcile*) yani, dengelenmesini gerektirmektedir ⁸⁶⁷.

1.11.1. Devletin haksız kazanç sağlaması:

AlHM Büyük Dairesinin 5.1.2000 tarihli Beyeler / İtalya kararında ele alınan olay, İsviçreli başvurucunun, (i) İtalyan bir aracından, Van Gogh’un bir tablosunu – yasa uyarınca yetkililere bildirimde bulunması gerekirken, bunu yapmaksızın - satın alması (1977); (ii) 6 yıl sonra (1983) gerekli bildiri yapıp, söz konusu tabloyu, aldığı fiyattan daha yüksek bir fiyata Venedik’teki bir koleksiyoncuya satmak istediğini bildirerek, yasanın yetkililere tanıdığı önalım hakkının (*right of pre-emption*) kullanılabilmesi için çağrı yapması; (iii) bundan 5 yıl geçtikten sonra (1988) da, Venedik’teki koleksiyoncuya satması üzerine, yetkililerin önalım hakkına dayanarak, başvurucunun 1977’de satın aldığı fiyata, tabloyu almalarıyla ilgilidir. Başvurucu, sahip olduğu tabloyu, İtalyan yetkililerin Ek 1 No.lu Protokolün güvence altına aldığı mülkiyet hakkına aykırı olarak kamulaştırdığından yakınmıştır.

AlHM Büyük Dairesi, 1) devletin, ülkesinde bulunan ve dünya kültür mirasına dahil sanatsal varlıkları evrensel kültürün yararı için, kamunun erişimine açık tutmasını sağlayacak düzenlemeler yapmasının meşru olduğunu; 2) başvurucunun, yetkililerin önalım hakkını kullanmalarını engellemek amacıyla, 6 yıl gecikmeyle yetkililere

⁸⁶⁶ Ek 1 No.lu Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının, malik olmadan elinde bulundurma ve kullanma (*possession*) hakkını ve iç hukukta, yasaya veya yargı kararlarına dayalı olduğu için “meşru” olarak beklenen hakları / çıkarları (örn., yasadan doğan miras hakkı, emeklilik hakkı veya sözleşmeden doğan alacak hakkı) da kapsadığını belirtelim. Buna karşılık, kar / kazanç beklentisi veya uzun zaman önce sona ermiş mülkiyet hakkının yeniden canlanacağı umudu gibi “spekülatif” beklentiler ve umutlar veya “mal” ya da “şey” olarak nitelendirilemeyen ve değeri parayla ölçülemeyen varlıklar (örn., embriyo), mülkiyet hakkının kapsamında değildir (Parrillo v. Italy (no. 46470/11) [GC], 27.8.2015, prg. 211-213, 215). Geniş bilgi için bkz., Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* 123-124, 131-210, 231-407.

⁸⁶⁷ Mowbray 5.

bildirimde bulunmasının, kendisi aleyhinde olumsuz bir etmen olarak değerlendirilebileceğini; 3) buna karşılık, yetkililerin, kamu yararı söz konusuysa, zamanlıca (*act in good time*), amaca uygun (*appropriate*) ve azami tutarlı (*utmost consistency*) biçimde harekete geçmeleri gerekirken, 5 yıl hareketsiz kalmalarının ve bu süre içinde başvurucuyu belirsizlik içinde bırakmalarının, başvurucunun aleyhine bir durum yarattığını; 4) olayda, yetkililerin, başvurucunun bildiriminden 5 yıl sonra önalım hakkını ileri sürerek, tabloyu, piyasa değerinin altındaki bir bedelle almalarının, adil denge ilkesine aykırı olarak, başvurucuya aşırı bir külfet yüklediğini, devlete ise, haksız kazanç sağladığını belirterek, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁸⁶⁸.

Bu kararda, AİHM Büyük Dairesinin, olayla ilgili bütün etmenleri göz önünde bulundurarak sonuca vardığını görüyoruz. Yapılan dengelemede, başvurucunun terazideki durumunu bozan olumsuzluğa oranla, yetkililerin 5 yıl gecikerek harekete geçmeleriyle ilgili olumsuzluğun, onların terazideki durumunu daha fazla bozduğu görüşünün hakim olduğu anlaşılmaktadır. Diğer deyişle, terazinin bir kefesinde, bireylerden beklenen, kurallara uyma yükümlülüğü, diğer kefesinde ise, kamusal yetki kullananlardan beklenen, kamusal çıkarları - iyi yönetim ilkelerine uyarak - koruyup gözetme yükümlülüğü karşılıklı olarak tartıldığında, ikinci yükümlülükle ilgili, iyi yönetim ilkesine aykırı olumsuzluklar, terazinin ibresini, bu yükümlülük aleyhine çevirir. Dava konusu olayda, başvurucunun, devletin, iyi yönetim ilkesine uymadan ileri sürdüğü kamu yararı karşısında, tabloyu piyasa fiyatına satabilecek olmasına ilişkin çıkarının, belirtilen nedenle ağır bastığı görülmektedir.

1.11.2. İyi niyetle edinilen kullanım hakkının, yetkililer tarafından yanlışlık yapıldığı gerekçesiyle geri alınması:

AİHM'nin, 20.10.2011 tarihli Rysovskyy / Ukrayna kararında, başvurucuya 1992'de tarım yapması için tahsis edilen arazinin, idare tarafından verilmemesi, buna karşılık, yargı organının, tahsis kararının geçerli ve icra edilebilir nitelikte olduğuna hükmetmesi ve nihayet, 1992 tahsis kararı üzerinden 6 yıl geçtikten sonra, idarenin, mahkeme kararına aykırı olarak, yanlışlık yapıldığı gerekçesiyle tahsis kararını iptal etmesi olayı incelenmiştir.

⁸⁶⁸ Beyeler v. Italy (no. 33202/96) [GC], 5.1.2000, prg. 9-10, 13, 17, 30, 36, 78, 109-110, 113, 116, 118-122.

AİHM'ye göre, iyi yönetim (*good governance*) ilkesi gereğince, yetkililer, kamu yararı amacıyla temel hakları etkileyecek kararlar alırken, zamanlıca (*act in good time*), uygun ve tutarlı biçimde (*in an appropriate and consistent manner*), şeffaf ve açık uygulamalarla (*transparency and clarity of the operations*), yanlışlık riskini en aza indirgeyerek (*minimize the risk of mistakes*) ve hukuk güvenliğini (*legal certainty*) gözeterek davranmak zorundadırlar. İdare, yaptığı yanlışlığın bedelini, iyi niyetli kişilere ödetmemelidir. Tahsisle ilgili kararın, yine idare tarafından iptali ile ilgili prosedürün yasallığı (hukuka uygunluğu; *lawfulness*), olay bir bütün olarak ele alındığında, yetkililerin, kamu yararı ile başvurucunun çıkarı arasında adil denge sağlayıp sağlamadıkları konusuna sıkı sıkıya bağlıdır. Yetkililerin, iyi yönetim ilkesiyle bağdaşmayan biçimde, idarenin yaptığı yanlışlığı 6 yıl geçtikten sonra düzeltmek istemeleri ve birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının yarattığı – AİHM kararına kadar yaklaşık 20 yıl süren – belirsizlik ve hüsrana (*frustration*), başvuru açısından aşırı bir külfet oluşturmuş ve bu külfet, başvuruca tahsis edilen arazi üzerindeki hakkını - herhangi bir bedel ödemeksizin - kullandırmayarak, daha da ağır bir hale getirilmiş ve böylelikle, mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir ⁸⁶⁹.

Bu kararda, AİHM'nin, iyi yönetim ilkesiyle bağdaşmayan uygulamaların, temel hak sahibi üzerinde aşırı bir külfet oluşturabileceği görüşünü benimsediğini görmekteyiz. AİHM bu görüşüyle, kötü yönetimin, temel hakkı etkilediği ölçüde, bu hakkın sahibi üzerinde aşırı külfet oluşturabileceğini; bunun sonucunda ise, temel hak sahibinin çıkarı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengeye aykırılık oluşacağını anlatmış olmaktadır. Burada, dikkatimizi çeken bir husus da, AİHM'nin, tahsisle ilgili kararın idare tarafından iptali ile ilgili prosedürün yasallığını gündeme getirmesine rağmen, bu noktada olumlu veya olumsuz bir görüş oluşturmayıp, yasallık konusunu adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı konusuna bağlamış olmasıdır. Görüşümüze göre, AİHM, yasallık konusunda bir görüş oluştursaydı, olaydaki olgular çerçevesinde, büyük olasılıkla olumsuz bir görüş olurturacak yani, tahsis kararının iptali ile ilgili prosedürü yasallık ögesinden yoksun bulacak; bu noktada ihlal kararı verecek, dolayısıyla da, adil denge ilkesine uygunluğun incelenmesi aşamasına geçilmeyecekti ⁸⁷⁰. AİHM'nin bu yolu izlemeyerek, iyi yönetim ilkesini, adil denge

⁸⁶⁹ Rysovskyy v. Ukraine (no. 29979/04), 20.10.2011, prg. 6-10, 19, 57, 68-71, 74-78.

⁸⁷⁰ Hukuka uygunluğun / yasallığın, adil denge ilkesinin irdelenmesinden önce inceleneceği, yukarıda X. Bölümün 7.2.1., 7.2.2. ve 7.2.3. no.lu paragraflarında açıklanmıştır,

ilkesiyle ilişkilendirip bir sonuca varmak isteğini düşünmekteyiz. Kaydedelim ki, AİHM'nin bu yaklaşımı, yasallık ögesini dışlayan bir yaklaşım değildir, zira, yasallık / hukuka uygunluk, zaten, iyi yönetim ilkesinin bütünü içinde var olan bir ögedir.

1.11.3. Ülkeye kaçak olarak sokulan malların sahibine geri verilmemesi:

Agosi / Birleşik Krallık davası, maden arıtma işi yapan Alman şirketi Agosi'den 120 bin Sterlin değerinde eski Alman altın paraları alan ve karşılıksız çek veren 'X' ve 'Y' adlı kişilerin, söz konusu altın paraların İngiltere'ye ithali yasak olduğu için, bu paraları ülkeye kaçak olarak sokarken yakalanmaları ve paralara gümrükte el konmasıyla ilgilidir. Agosi, satış sözleşmesinde yer alan, alacağının tamamı ödenene kadar söz konusu altın paraların mülkiyetinin kendisinde kalacağına ilişkin hükme dayanarak ve yapılan kaçakçılıkla bir ilgisinin bulunmadığını belirterek, gümrük idaresinden, el konulan altın paraların kendisine geri verilmesini istemiş ancak, isteği reddedilmiş, yargılama süreci de aleyhine sonuçlanmıştır. Başvuruyu inceleyen AİHK ise, 11.10.1984 tarihli raporuyla, gümrükte el konulan paraların, kaçakçılıkla ilgisi olmayan başvurucuya geri verilmesi gerektiği görüşünden hareketle, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmış ancak, raporunu AİHM'ye götürmüştür.

AİHM, konuyu, Ek 1. No.lu Protokolün mülkiyet hakkıyla ilgili 1. maddesinin 2. paragrafında yer alan, “devletin, mülkiyetin kullanımının denetlenmesi için kamu yararı açısından gerekli gördüğü yasaları uygulama hakkı” kapsamında ele almış ve kamu yararı ile bireysel çıkar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM'ye göre, gümrükte el konulan paralar bağlamında, 1) ithal yasağı getiren yasanın uygulanmasıyla ilgili kamu yararı ve söz konusu paraların sahibinin mülkiyet hakkı arasında adil dengenin sağlanması için, paraların sahibinin (Agosi), ithal yasağı getiren yasanın çiğnenmesinde kusurlu olup olmadığı; 2) kusuru varsa, özensiz davranma dahil, kusurunun derecesi veya en azından, ilgili yasaya karşı tutumu ve kusursuz olduğunu kanıtlama olanağının tanınıp tanınmadığı dikkate alınmalıdır. 3) Agosi'nin kusurlu olup olmadığı, varsa, kusurunun derecesi veya gümrük yasasına karşı tutumu, gümrük yetkilisinin, el konulan paraları geri verme konusundaki kararıyla ilgilidir ve gümrük yetkilisinin bu kararı, amaca uygun bir yargısal denetime tabidir. 4) Agosi ise, yetersiz bulduğu için bu yargısal yolu kullanmamıştır. AİHM, bu dört noktayı belirledikten sonra, AİHK'nın raporundaki

değerlendirmesinin aksine, Agosi'nin mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir ⁸⁷¹.

AlHM'nin bu kararı, kabul edilebilirlik açısından eleştirilebilir: Kararda, Agosi'nin kaçakçılıkla ilgili herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığının, gümrük yetkilisinin, el konulan paraları geri verme konusundaki kararının ilgili yargı organında etkin biçimde denetlenirken belirlenebileceğinin belirtilmesi, sonra da, Agosi'nin söz konusu yargı yoluna gitmediğinin kaydedilmesi, kabul edilebilirlik koşulları açısından çelişkili bir durum yaratmıştır. Görüşümüze göre, amaca uygun ve etkin bir iç hukuk yolunun varlığı benimsendikten ve bu yolun tüketilmediği ortaya konduktan sonra, davanın, kabul edilemez bulunması, usul bakımından daha tutarlı olurdu.

Adil denge ilkesi açısından ise, kararın İngiliz gümrük yasasıyla korunmak istenen ithal yasağına ilişkin kamu yararına ağırlık verdiği söylenebilir. AlHM'nin, kabul edilebilirlik koşulu olan iç hukuk yolunun tüketilmediği olgusunu bir kenara itmiş olması karşısında, gümrük yetkilisinin, el konulan paraları geri vermeyi reddederken, Agosi'nin kaçakçılık olayında kusurlu olup olmadığını incelememiş olmasını, gümrük yetkilisinin söz konusu kararının yargı denetimine tabi olduğunu belirterek geçiştirmesi, hatta, bunu, Agosi'nin aleyhinde değerlendirerek, terazinin kamu yararı kefesine ağırlık olarak koyması, dengelemenin doğru yapılmadığını düşündürmektedir. Görüşümüze göre, olayda başvuru aşırı külfet altında bırakıldığı için, mülkiyet hakkının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılması, adil denge ilkesi açısından daha doğru olurdu.

1.11.4. Mülkiyet hakkına bedelsiz / tazminatsız olarak son verilmesi:

AlHM Büyük Dairesinin 30.6.2005 Jahn vd. / Almanya kararında incelenen olay şöyledir: İki Almanya'nın birleşmesinden önce, "doğu Almanya" olarak anılan Demokratik Alman Cumhuriyetinde (*German Democratic Republic – GDR*), 1945'te çıkarılan toprak reformu yasasıyla, başvuru sahiplerinin murislerine, tasarruf hakkı kısıtlanmış olarak tahsis edilen araziler, birleşme görüşmelerinin yürütüldüğü "geçiş döneminde" yürürlüğe konulan bir yasa ("Modrow yasası" – Mart 1990) ile söz konusu araziler üzerindeki kısıtlamalar kaldırılarak, arazilerin kullanıcılarına mülkiyet hakkı tanınmıştır. İki Almanya'nın birleşmesi görüşmeleri ⁸⁷² sırasında iki Alman devleti

⁸⁷¹ Agosi v. The United Kingdom (no. 9118/80), 24.10.1986, prg. 1, 13-15, 17-21, 44, 47, 51-56, 59-60, 62.

⁸⁷² İki Almanya'nın birleşmesi için görüşmeler, iki Alman devleti ve 4 işgalci güç yani, Fransa, İngiltere, ABD ve SSCB arasında yapılmıştır (Jahn and others v. Germany (nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01) [GC], 30.6.2005, prg. 63).

tarafından yapılan “Ortak Açıklama”da (Haziran 1990), mülkiyet sorunlarının çözümünde, çatışan çıkarlar arasında, toplum tarafından kabul edilebilir bir denge (*socially acceptable balance*) kurulacağı bildirilmiştir. Birleşme gerçekleşikten sonra, Federal Alman Parlamentosu, “Modrow yasası”nın çıkarıldığı tarihte ve ondan önceki 10 yıl içinde, “doğu Almanya”da tarım, ormancılık veya gıda sektöründe çalışmayanların veya tarım kooperatiflerine üye olmayanların, arazilerini geri vermelerini öngören bir yasayı yürürlüğe koymuş (Temmuz 1992) ve herhangi bir bedel / tazminat ödenmesini öngörmemiştir.

AlHM Dairesi, başvurucların mülkiyet haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AlHM Büyük Dairesi ise, 1) iki Almanya’nın birleşmesi ve demokratik rejime geçiş gibi benzersiz ve istisnai durumlarda, mülkiyet hakkından bedelsiz / tazminatsız olarak yoksun bırakmanın olanaklı olduğunu; 2) “doğu Almanya” hukuk sisteminde, tarım arazilerinin, sadece tarım yapanların veya tarım kooperatifine üye olanların kullanımında kalabileceğinin öngörülmüş bulunduğunu ve 3) 1990 “Modrow yasası”nın “geçiş dönemi”nde ve demokratik yoldan oluşmamış bir yasama organı tarafından çıkarıldığını belirledikten sonra, Federal Alman Parlamentosunun 1992 yasası ile, “Modrow yasası” uyarınca beklenmedik / umulmadık biçimde (*windfall*) edinilen mülkiyet hakkı nedeniyle oluşan haksızlığı, sosyal adaleti sağlamaya yönelik olarak ve fazla zaman geçirmeden – bedel / tazminat ödemeksizin - düzeltmek istemesinin, mülkiyet hakkı sahipleri ile sosyal adalete yönelik kamu yararı arasında gözetilmesi gereken adil denge ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığını vurgulamış ve başvurucların mülkiyet haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir ⁸⁷³.

Büyük Dairenin bu kararında, mülkiyet hakkı bağlamında adil dengenin sağlanmış olması için, mülkiyet hakkı sahibine aşırı bir külfet yüklenmemiş olması koşulunun arandığı belirtilmiş ve bu koşulun, başvuruclar açısından gerçekleştiği sonucuna varılmıştır. Büyük Daireyi bu sonuca götüren gerekçeler kısaca şunlardır: 1) Başvuruclar, “Modrow yasası” ile beklenmedik / umulmadık biçimde mülkiyet hakkı edinmişlerdir; 2) başvurucların tarım yapmamaları veya tarım kooperatifine üye olmamaları nedeniyle, bu yasadaki önceki “doğu Alman” hukuk sisteminde söz konusu arazileri ellerinde tutabilmiş olmaları, yetkililerin ihmalci davranmalarının ürünüdür ve

⁸⁷³ Jahn and others v. Germany (nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01) [GC], 30.6.2005, prg. 14-15, 20-21, 23, 63-65, 68-69, 77, 94, 96, 100, 102-108, 114, 116-117.

belirtilen nedenlerle, “Modrow yasası” sonrasında da ellerinde tutabilecekleri kesin değildir (kararın 103-104 ve 116. paragrafları); 3) bu veriler dikkate alındığında, başvuruçuların 1992 yasası uyarınca, bedelsiz / tazminatsız olarak mülkiyet haklarını geri vermeleri, başvuruçulara yüklenen aşırı bir külfet olarak nitelendirilemez.

Yargıç Pavlovschi, kısmi karışı oy yazısında, kararın, ne “denge”, ne “adil olma” öğelerini içerdiğini belirtmiş; kararda yer alan, “Modrow yasası”nın demokratik yoldan oluşmamış bir yasama organı tarafından çıkarıldığı görüşünün ise, “doğu Almanya”nın yasama organının 1945-1990 yılları arasında çıkardığı bütün yasaların sorgulanıp gözden geçirilmesini gerekli kılacağını, bunun da kargaşaya yol açabileceğini ifade etmiştir ⁸⁷⁴.

Görüşümüze göre, kararın adil denge açısından değerlendirilmesi gereken önemli etmenlerden biri, başvuruçuların, tarım yapmamaları ve tarım kooperatifine üye olmamaları olgusudur. Bu etmen, terazinin kamu yararı kefesine ağırlık olarak konmuş ve denge kamu yararı lehinde oluşmuştur. Tarım yapmayan ve tarım kooperatifine üye olmayan başvuruçuların, “doğu Almanya” yetkililerinin ihmali sonucunda kendilerine miras kalan arazileri ellerinde tutabilmiş oldukları savı doğru olabilir ancak, yetkililerin ihmalinin başvuruçular aleyhinde yorumlanıp sonuç doğurması doğru değildir.

Adil denge açısından değerlendirilmesi gereken ikinci önemli etmen ise, başvuruçuların tarım yapmamaları ve tarım kooperatifine üye olmamaları nedenlerine bağlı olarak, “Modrow yasası” sonrasında da arazilerini ellerinde tutabileceklerinin kesin olmadığı görüşüdür. Oysa, kararda da belirtildiği gibi, “Modrow yasası”, iki Almanya’nın birleşmesi için görüşmelerin yapıldığı geçiş döneminde çıkarılmış olup, bundan birkaç ay sonra yapılan “Ortak Açıklama”da, birleşme sonrası mülkiyet sorunlarının çözümünde, çatışan çıkarlar arasında, toplum tarafından kabul edilebilir bir denge kurulacağı bildirilmiştir. Bunun anlamı, birleşmeden sonra, “Modrow yasası”ndan kaynaklanan belirsizliklerin / olumsuzlukların giderilmesi de dahil olmak üzere, yeni düzenlemeler yapılacak olmasıdır. Diğer deyişle, “Modrow yasası”ndan kaynaklanan belirsizliklerin / olumsuzlukların kalıcı olmadığı bellidir; dolayısıyla, başvuruçuların, “Modrow yasası”ndan sonra da arazilerini ellerinde tutabileceklerinin kesin olmadığı görüşü, bir olguya dayalı olmayıp, sadece bir varsayımdan ibarettir. Bizce, varsayımların, dengelemede kullanılması ve ağırlık olarak terazinin kefesine

⁸⁷⁴ Jahn vd. / Almanya kararının 37-38. sayfaları.

konması yanlıştır. Oysa, bu kararda varsayım, kamu yararı kefesine ağırlık olarak konmuştur.

Büyük Daire, başvuruçuların ihlal edildiğini ileri sürdükleri temel hakkın mülkiyet hakkı olduğunu kabul etmiştir (kararın 79-80. paragrafları). Bu kabulden sonra, iki Almanya'nın birleşmesi gibi benzersiz ve istisnai durumlarda, mülkiyet hakkından bedelsiz / tazminatsız olarak yoksun bırakmanın olanaklı olduğunu açıklaması, hakkın özünün korunması bakımından sorunludur. Zira, olayda, başvuruçuların mülkiyet haklarına tamamen son verilmiş ve herhangi bir ödeme yapılmamıştır yani, başvuruçuların elinde hiçbir şey kalmamıştır. Bu durum, dengeleme kavramıyla da bağdaşmamaktadır zira, temel hak ayakta tutulamamış yani, dengeleme yapılamamıştır.

Ayrıca, kararda, “benzersiz ve istisnai durumlar”da, mülkiyet hakkının bedelsiz / tazminatsız olarak sonlandırılabilmesinin belirtilmiş olması, mülkiyet hakkının korunması bakımından sakıncalıdır. Bu yaklaşıma dayanarak, hayatın akışı içinde, karşılaşılabilecek çeşitli “benzersiz ve istisnai” sayılabilecek durumların, mülkiyet hakkının bedelsiz / tazminatsız olarak sonlandırılmasına bahane oluşturması olasıdır. Kapsamı belirsiz olan, “benzersiz ve istisnai durumlar” kavramının yaratabileceği sakıncalar bir yana, bu davada, bir de bu kavram, terazinin kamu yararı kefesine ağırlık olarak konmuş ve adil denge ilkesi bütünüyle dışlanmıştır.

Adil dengeye yönelik dengelemeden söz edilecekse, “benzersiz ve istisnai durumlar”da bile, temel hakkı ayakta tutulacak çözümler üretilmelidir. Mülkiyet hakkı bağlamında akla gelen ilk çözüm, mülkiyet hakkından yoksun bırakılana bedel / tazminat ödenmesidir. Sosyal adaleti sağlamaya yönelik olması gibi nedenlerle, kamu yararının belirgin biçimde ağır bastığı durumlarda, mülkiyet hakkından yoksun kalını, bedelsiz / tazminatsız bırakmak yerine, mülkün gerçek değerinin altında ödeme yapılabilmesine olanak tanınabilir. AİHM'nin de, bu yönde çeşitli kararları bulunmaktadır ⁸⁷⁵.

⁸⁷⁵ Bu kararlardan ilki, James vd. / Birleşik Krallık kararıdır (bkz., James and others v. The United Kingdom (no. 8793/79), 21.2.1986, prg. 54).

1.11.5. Kamulaştırmalarda, taşınmazın piyasa değerinin altında bedel / tazminat ödenmesi:

1.11.5.(1) AİHM Büyük Dairesi, Vistins ve Perepjolkins / Letonya davasında, devletin liman genişletmek için yaptığı kamulaştırmada çok düşük (sembolik / “yok” denecek kadar az) bedel / tazminat ödenmesini mülkiyet hakkı açısından değerlendirirken, kamulaştırmalarda (veya mülkiyetten yoksun bırakma işlemlerinde), taşınmazların piyasa değerinin altında bedel / tazminat ödenmesini şu koşullara bağlamıştır: Kamulaştırmanın (veya mülkiyetten yoksun bırakma işlemlerinin), 1) ekonomik reformla veya 2) sosyal adaleti geliştirmeye yönelik uygulamalarla veya 3) siyasi veya ekonomik rejim değişikliği ile bağlantısı olmalıdır. AİHM’nin, ödemenin, daha da aşağıda yani, çok düşük (sembolik / “yok” denecek kadar az) tutarda yapılmasını uygun görmesi ise, söz konusu tutarın kamulaştırma (meşru amaç) için neden gerekli olduğunun gösterilmesi koşuluna bağlıdır.

Başvuru konusu olayda, başvurularda kamulaştırma bedeli olarak, taşınmazların değerlerinin çok düşük olduğu 1940 yılı (kamulaştırma bedelinin / tazminatının belirlendiği 1997 yılından 57 yıl önceki tarih) esas alınmış ve taşınmazların piyasa değerlerinin 1/350 ve 1/1000 oranlarının altında ödeme yapılmıştır. Büyük Daire, bu kadar düşük tutarları, hiç ödeme yapılmayan Jahn vd. / Almanya kararının öğeleriyle karşılaştırmış ve Vistins ve Perepjolkins kamulaştırma olayındaki uygulamanın, Jahn vd olayındaki uygulamanın aksine, sosyal adalete yönelik olmadığını, sadece, bütçe yetersizliğine dayandığını belirlemiştir. Büyük Daireye göre, ne bütçe yetersizliği, ne söz konusu arazilerin başvurularda kalma sürelerinin (3 yıl) azlığı, ne bu süre içinde vergi ödememiş ve yatırım yapmamış olmaları; ne liman işletmesinden aldıkları - güncel değerlendirmelere dayalı - kiraların doyurucu sayılabilecek düzeyde olması, kamulaştırma bedellerinin / tazminatlarının bu ölçüde düşük tutulmasını haklı kılar. Bu etmenler, olsa olsa, kamulaştırma bedellerinin / tazminatlarının gerçek piyasa değerleri üzerinden yani, tam olarak değil, biraz indirimli olarak ödenmesini haklı kılar. Hükümetin savunmasında yer verilen, başvurularda söz konusu arazileri “bağış” gibi, bedel ödemeden edindikleri savı da yerinde bulunmamış, yine, Jahn vd. olayından farklı olarak, söz konusu arazilerin, beklenmedik / umulmadık biçimde (*windfall*) değil, başvurularda yaptıkları hizmetler karşılığında edinildiği vurgulanmıştır. Jahn vd olayından farklı diğer öge ise, Jahn vd. olayında, demokratik yoldan oluşmuş parlamentonun, (Federal Alman Parlamentosu), demokratik yoldan oluşmamış bir

parlamentonun (“doğu Almanya” parlamentosu) “Modrow yasası” ile yaptığı haksızlığı fazla zaman geçirmeden gidermiş olması karşısında; Letonya’nın demokratik rejime geçtikten sonra oluşmuş parlamentosunun, 1997 yılında (bağımsızlığın kazanılmasından 5 yıl sonra), başvurucları aşırı külfet altında bırakan kamulaştırma işlemini onaylamış ve haksızlığı giderecek herhangi bir düzeltme yapmamış olmasıdır. Büyük Daireye göre, devletin bütçe olanakları elverişli olana kadar, başvurucların arazilerinin başka arazilerle takas edilmesi veya düşük kira ile arazi tahsisi gibi seçeneklerin düşünülmemiş ve devletin elde ettiği avantaj ile başvurucların içine düşürüldüğü dezavantajlı durumun dikkate alınmamış olması sonucunda başvuranlar aleyhinde oluşan aşırı külfet, kamu yararı ve mülkiyet hakkı arasında olması gereken adil dengenin kurulmasına engel olmuş; devlet de, kamulaştırma ile sağlayacağı kamu yararına daha ılımlı (*less drastic*) uygulamalarla ulaşamayacağını ortaya koyamamış; böylelikle, mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir ⁸⁷⁶.

Kaydedelim ki, önceki aşamada AIHM Dairesi, Büyük Dairenin, kamulaştırma bedellerinin / tazminatlarının gerçek piyasa değerlerinden biraz indirim yapılarak ödenmesine dayanak olarak gördüğü etmenleri, mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucu yönünde kullanmıştır (Büyük Daire kararının 70. paragrafı). Kuşkusuz, Büyük Daire kararından sonra bu kararın hükmü kalmamıştır

Büyük Dairenin, mülkiyetten yoksun bırakma konusunda ilkesel nitelikte olan bu kararı adil denge ilkesi açısından incelendiğinde, temel haklara ağırlık vererek dengeleme uygulaması yapılan modele ⁸⁷⁷ uygun biçimde dengeleme yapıldığı ve bütçe yetersizliği ortamında kamu yararına yönelik uygulamalarda bile mülkiyet hakkının korunmasına ağırlık verildiği görülmektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken, Büyük Dairenin, liman genişletme amacı için gerçekleştirilen kamulaştırmanın, sosyal adaleti sağlamaya yönelik bir uygulama olmadığına altını çizdiğini hatırlatmak isteriz. Görüşümüze göre, dava konusu olaydaki kamulaştırma işlemi, devletin / kamunun yararına liman genişletmesi için değil de, sosyal adaleti sağlamaya yönelik (örn., topraksız tarım işçisine yönelik toprak reformu veya konutu bulunmayanlara konut edindirme projesi gibi) bir uygulama olsaydı, yine, durum değişmeyecek ve Jahn vd. /

⁸⁷⁶ Vistins and Perepjolkins v. Latvia (no. 71243/01) [GC] (Merits), 25.10.2012, prg. 21-27, 67, 70, 77, 94, 108, 110-113, 118-119, 121, 123-131. Ayrıca, bkz., yukarıda V. Bölümün 5.5. paragrafı.

⁸⁷⁷ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.2. no.lu paragrafı.

Almanya kararında gördüğümüz, mülkiyet hakkına bedelsiz / tazminatsız son verme sonucu benimsemeyecekti. Bunun nedeni, yukarıda belirtildiği gibi, olgular bakımından, her iki dava arasında derin farklılıklar bulunmasından başka, temel hakkın özü çiğnenmeden ayakta tutulmak istenmesidir.

1.11.5.(2) AİHM Büyük Dairesinin 19.2.2009 tarihli Kozacıoğlu / Türkiye kararı, 1906 yılında inşa edilmiş, mimari ve tarihi değeri olan ve kültürel varlık olarak nitelendirilen taş yapı binanın kamulaştırılması üzerine, kamulaştırma bedelinin arttırımı davası sonucunda verilen ve binanın tarihi ve kültürel özelliklerini hesaba katan bilirkişi raporlarına dayalı kararın, Yargıtay tarafından bozulması ile ilgilidir.

Büyük Daire, kültürel varlık olarak nitelenen taşınmazların kamulaştırılmalarıyla ilgili kamu yararının, yasama organı tarafından geniş bir takdir yetkisiyle belirlenebileceğini ve makul bir temele dayandığı sürece, buna, AİHM'nin saygı göstereceğini (*deference*) vurgulamıştır. Olayda, binanın mimari ve tarihi değeri hesaba katılmaksızın kamulaştırma bedelinin belirlenmesi ise, AİHM'nin, Daire düzeyinde verdiği karar gibi, adil denge ilkesine aykırıdır ve bu dengenin sağlanması için, kamulaştırma bedelinin, binanın özellikleri dikkate alınmış olarak, makul bir tutarda olması gerekir. Her ne kadar, kamulaştırma bedelinin, her zaman - örneğin, kültürel varlıklar söz konusu olduğunda - piyasa değeri ile aynı olması gerekme de, adil denge ilkesi uyarınca, mülk sahibinin, aşırı bir külfet altında bırakılmaması gerekir. Başvurucu ise, olayda, aşırı bir külfet altında kalmıştır. Büyük Daire, bu gibi binaların değerinin belirlenmesinin güç olduğunu kabul etmekle birlikte, bu güçlüğü, binanın özelliklerinin tamamen göz ardı edilmesini haklı kılmadığının altını çizmiştir. Büyük Daireye göre, başvurusunun kamulaştırma nedeniyle mülkiyet hakkını yitirmesi ve gözetilen kamu yararı arasında olması gereken “orantının” sağlanabilmesi için, kamulaştırma bedelinin, binanın özellikleri makul ölçüde hesaba katılarak belirlenmesi gerekir. Bu yapılmadığı için, başvurusunun mülkiyet hakkı ihlal edilmiş bulunmaktadır ⁸⁷⁸.

Bu kararda, “orantılılık” kavramı ile adil denge kavramı birlikte kullanılmıştır. Şöyle ki, kararda kullanılan “orantılılık” kavramı, binanın mimari ve tarihi özellikleri hesaba katılmaksızın belirlenen kamulaştırma bedelinin, gerçekleştirilmek istenen, kültür varlıklarının korunmasına ilişkin kamu yararı açısından orantısızlığı anlamında amaç-

⁸⁷⁸ Kozacıoğlu v. Turkey (no. 2334/03) [GC], 19.2.2009, prg. 10-13, 17, 21, 53, 55-56, 64-65, 67, 72-73 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

araç orantılılığı (veya orantısızlığı) ile ilgilidir. Öte yandan, bu orantısızlık, aynı zamanda, başvurucunun mülkiyet hakkına ilişkin çıkarıyla, kültürel varlıkların korunmasına ilişkin kamu çıkarı arasında olması gereken adil denge ile de ilgilidir. Gerek, amaç-araç orantılılığı kavramı, gerek, adil denge kavramı için belirleyici olan etmen ise, başvurucuya, makul olmayan tutarda kamulaştırma bedeli ödenmesi nedeniyle, aşırı bir külfet altında kalmış olmasıdır. Bu, her iki kavramın olgusal temelini oluşturmaktadır. Görüşümüze göre, her iki kavramın birlikte kullanılması, yukarıda X. Bölümün 9.2. paragrafında yer alan tablodaki, amaç-araç orantılılığı ve adil denge ilkesine göre dengelemeyi içeren “dar anlamda orantılılık” (dengeleme) basamağı ile uyumludur. Ancak, söz konusu tablodan anlaşılabileceği gibi, her iki öge arasında sıra düzeni ilişkisi (bkz., XIII. Bölümün 1.1. no.lu paragrafı) bulunduğu da göz ardı edilmemelidir. Buna göre, amaç-araç orantısızlığı belirlendiğinde, bu noktada ihlal kararı verilebilir ve adil denge ilkesine göre yapılacak dengeleme aşamasına geçilmesine gerek kalmaz. Kararda ise, bu sıra düzenine uyulmadan, her iki ögeyle ilgili olumsuzluğa yani, amaç-araç orantısızlığına ve adil denge ilkesine aykırılığa dayanarak ihlal kararı verildiğini gözlemlemekteyiz.

Karara, sadece adil denge ilkesi açısından bakacak olursak, yukarıda belirtildiği gibi, başvurucunun, makul olmayan tutarda kamulaştırma bedeli almakla, aşırı bir külfet altında bırakılmış olmasının, terazide, başvurucunun mülkiyet hakkına ilişkin çıkarının, kültürel varlıkların korunmasına ilişkin kamu yararı karşısında ağır basmasına neden olduğunu görürüz. Bu sonucun, temel haklara ağırlık vererek yapılan dengeleme uygulaması modeline (bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.2. no.lu paragrafı) uygun düştüğünü kaydetmeliyiz.

1.11.6. Kamulaştırmaz el atma yoluyla, elektrik dağıtım şirketi lehine oluşturulan irtifak hakkı nedeniyle, taşınmazın düşen değeri için ödenecek tazminatın yüzde 2 oranıyla sınırlı tutulması:

AİHM'nin 31.5.2016 tarihli Kahyaoğlu vd. / Türkiye kararı, elektrik dağıtım şirketi TEİAŞ lehine oluşturulan irtifak hakkı nedeniyle, taşınmazın değerinin yüzde 9 oranında düştüğü belirlenmişken, değer kaybının en çok yüzde 2 oranında karşılanacağını öngören, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca, taşınmazın değer kaybının bu oranda tazmin edilmesi olayı ile ilgilidir.

AİHM, kamulaştırmaz el atma yönteminin, öngörülemezliğe ve keyfiliğe açık olduğunu ve kamulaştırma yönteminin alternatifi olamayacağını; taşınmazın değer kaybının yani, gerçek zararın yüzde 9 olmasına rağmen, sadece yüzde 2 oranında tazminat ödenmesinin, başvuruçuların, korunması gereken mülkiyet hakkına ilişkin çıkarları ile elektrik dağıtım şirketi lehine oluşturulan irtifak hakkına ilişkin kamu yararı arasında olması gereken adil dengeye aykırı olduğunu belirtmiş ve başvuruçuların mülkiyet haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁸⁷⁹.

Burada, AİHM dengeleme yaparken, gerçek zararın karşılanmamış olmasını, başvuruçular lehine ağırlık oluşturan bir etmen olarak kullanmış ve elektrik dağıtım şirketi lehine oluşturulan irtifak hakkı ile ilgili kamu yararı lehine, gerçek zararda herhangi bir indirim yapmamıştır. Yapılan bu dengelemenin, temel haklara ağırlık vererek yapılan dengeleme uygulaması modeline (bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.2. no.lu paragrafı) uygun olduğu söylenebilir.

1.11.7. Acele kamulaştırmada enflasyonu karşılayacak gecikme faizi ödenmemesi:

AİHM, 6.12.2016 tarihli Dökmeci / Türkiye kararında, baraj ve hidroelektrik santrali yapımı amacıyla, başvuruçunun acele kamulaştırma yöntemiyle kamulaştırılan arazisi için yapılan ilk ödeme tarihi ile, idarenin – 11 ay geçtikten sonra - açtığı dava üzerine yargı organının, kamulaştırılan arazinin gerçek değerini belirlediği tarih arasında geçen zaman içinde, kamulaştırma bedelinin, enflasyon nedeniyle uğradığı %7.7'lik kaybın, gecikme faizi ile karşılanmamış olmasını, başvuruçuyu aleyhine, adil denge ilkesine aykırı olarak oluşan aşırı bir külfet olarak nitelendirmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Kaydedelim ki, başvuruçunun, bireysel başvuruda bulunduğu AYM, kamulaştırma bedelinde enflasyon nedeniyle oluşan %7.7 oranındaki değer kaybını, aşırı bir külfet olarak saymamıştır. AİHM, başka davalarda, %7.7 oranının üzerindeki değer kayıplarını aşırı külfet olarak nitelendirmemiş olmasını, o davalarda başvuruçuların, enflasyonun değer kaybına yol açtığı dönem içinde taşınmazlarını kullabilmış olmalarına bağlamıştır. Bu davada ise, başvuruçunun acele kamulaştırma

⁸⁷⁹ Kahyaoglu et autres c. Turquie (no. 37203/05), 31.5.2016, prg. 6-7, 9, 12, 14, 17, 25, 31, 33, 37, 39-40 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır). AYM, 23.2.2017 tarihli Abdülkerim Çakmak vd başvurusunda, başvurudaki olay ve olguları, aynı konudaki AİHM'nin, Kahyaoglu vd. / Türkiye kararı ile karşılaştırmış ve Abdülkerim Çakmak vd başvurusunda değer kaybının yüzde 2'den fazla olmadığını bilirkişi raporuyla belirlenmiş olması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur (Abdülkerim Çakmak ve diğerleri başvurusu (no. 2014/1964), 23.2.2017, prg. 8, 28-29, 58, 60-62).

yöntemiyle kamulaştırılan arazisine hemen el konmuş ve başvurucuya araziden yararlanma olanağı tanınmamıştır. AİHM ayrıca, idarenin, taşınmazın gerçek değerinin belirlenmesi için gerekli davayı, 11 ay geçtikten sonra açmış olmasıyla ilgili gecikmenin, idare lehine yorumlanamayacağını da vurgulamıştır⁸⁸⁰.

Bu davada AİHM'nin yaptığı dengelemede, kamulaştırma bedelinin, geçen zaman içinde enflasyon nedeniyle %7.7 oranında değer kaybına uğramasını aşırı külfet olarak nitelendirmesi, başvurucunun mülkiyet hakkına ilişkin çıkarı lehine bir ağırlık oluşturmuştur. AİHM, söz konusu oranın, terazide başvuru lehine yeterince ağırlık oluşturmayabileceğini düşünerek, bunun yanına, başvurucunun, ödemeler arasında geçen süre içinde araziden yararlanamamış olmasını ve idarenin, arazinin gerçek değerinin belirleneceği davayı gecikerek açmış olmasını da katmıştır. Burada AİHM'nin, temel hakka üstünlük tanıdığını söyleyebiliriz.

1.11.8. Mülkiyet hakkı yitirilen taşınmazın değerinin tazmin edileceğinin devlet tarafından yükümlenmiş olmasına karşın, taşınmazın değerinin çok altında tazminat ödenmesi ve fark tutarının ödenmesinden kaçınılması:

AİHM Büyük Dairesinin 22.6.2004 tarihli Broniowski / Polonya kararında incelenen başvurunun konusu şöyledir: 1944 yılında yapılan antlaşmalarla, SSCB'ye terkedilen bölgeden Polonya'ya dönenlerin (*repatriated*) geride bıraktığı taşınmazların Polonya tarafından tazmin edileceği üstlenilmiş ve bu yükümlülük, iç hukukta yapılan yasal düzenlemelere de yansıtılmıştır. Tazmin yöntemi olarak, geride bırakılan taşınmazların değerinin, 1) devletten satın alınacak taşınmaz için ödenecek bedelden veya 2) devlete ait taşınmazın 99 yıla kadar süreli kullanımı (*perpetual use*) için ödenecek ücretten düşülmesi biçiminde, iki yöntem benimsenmiştir. Başvurucunun anneannesinin SSCB topraklarında bıraktığı taşınmazlar miras yoluyla annesine kaldığında, annesi, ikinci yonteme göre, taşınmazlarının değerinin çok altında (yaklaşık %2 düzeyinde) bir miktar tazminat almıştır. Taşınmazlar, başvurucuya miras kalınca başvuru, yasanın, ödenmemiş tazminat tutarlarının başka taşınmazlarla dengelenmesini (*offset*) öngörmüş olduğuna dayanarak, fark tutarının ödenmesini istemiştir. Yetkililer ise, devletin elinde, fark tutarının başka taşınmazlarla dengelenmesi için kullanılabilecek yeteri kadar taşınmaz bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Polonya AYM'nin 2002 yılında,

⁸⁸⁰ Dökmeci c. Turquie (no. 74155/14), 6.12.2016, prg. 7, 9, 12-13, 16-17, 19-20, 26, 28, 36, 49, 54-55, 58-60 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

SSCB'ye terkedilen topraklarda bırakılan taşınmazlar için ödenmesi yükümlenilen tazminatlarla ilgili alacak hakkının (*right to credit*), ilgili yasalarla kullanılmaz hale getirilmesini anayasaya aykırı bulmuş; bunun üzerine, 2003 yılında çıkarılan bir yasa ile, geçmişte, herhangi bir tutarda tazminat almış olanlara başka ödemeye yapılmayacağı hükmüne bağlanmıştır. Daha önce tazminat almamış olanlara ise, 50,000 Ziloti'yi aşmamak üzere, geride bırakılan taşınmazın değerinin %15'i tazminat olarak ödenmiştir.

AlHM Büyük Dairesi, 19.12.2002 tarihli kabul edilebilirlik kararında (*decision on admissibility*), Polonya'nın, mülkiyet hakkını içeren, AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokole taraf olduğu (10.10.1994) ve başvurunun yapıldığı (12.3.1996) tarihlerde, başvurunun yasadan doğan tazminat hakkının geçerliliğini sürdürdüğünü, dolayısıyla, başvuruyu incelemeye, zaman bakımından yetkili (*competence / jurisdiction ratione temporis* veya *temporal jurisdiction*) olduğunu belirlemiştir ⁸⁸¹.

Büyük Daire, 22.6.2004 tarihli esas hakkındaki kararında (*judgment*) ise, 1) başvurunun, ödenmesi gereken tazminat tutarıyla, annesinin aldığı tutar arasındaki fark için – mülkiyet hakkı niteliğinde - alacak hakkı bulunduğunu; 2) söz konusu alacak hakkını, AYM ve Yüksek Mahkemenin de tespit ettiğini ancak, bu yargı kararlarına rağmen, 2003 yılında çıkarılan yasa ile, başvurunun bu hakkının elinden alındığını; 3) her ne kadar, Polonya'nın demokrasiye geçiş sürecinde ortaya çıkan sorunları çözmek için yaptığı düzenlemelerin meşru olduğu ve yaklaşık 80,000 kişiyi ilgilendiren bu sorunun çözümünde çeşitli zorlukların bulunduğu kabul edilse de, başvurunun, tazminat alacağı hakkından yoksun bırakılmasıyla, hakkın özünün çiğnenmesi sonucunda, altında kaldığı aşırı külfetin, hiçbir kamu çıkarı açısından haklı görülemeyecek bir dengesizlik oluşturduğunu belirtmiş ve bu durumun, adil denge ilkesine aykırı olması nedeniyle, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁸⁸².

Görüşümüze göre, adil denge ilkesi açısından, AlHM Büyük Dairesi, Polonya'nın, demokrasiye geçiş sürecinde çözmek durumunda olduğu çeşitli ciddi sorunları ve yaklaşık 80,000 kişiyi ilgilendiren alacak hakkını da içeren sosyal ve ekonomi politikalarına ilişkin kamu çıkarı ile çatışan, alacak hakkı bağlamındaki mülkiyet hakkının ayakta tutulmasını sağlayacak bir denge arayışı içinde olmuştur. Kararda,

⁸⁸¹ Broniowski v. Poland (31443/96) [GC] [Dec.], 19.12.2002, prg. 74-76.

⁸⁸² Broniowski v. Poland (31443/96) [GC], 22.6.2004, prg. 11, 15-18, 35, 41-42, 116-117, 122, 125, 130, 145, 154, 158, 169-172, 174-176, 185-187.

mülkiyet hakkının kamu çıkarı ile çatışması durumunda, adil denge ilkesinin uygulanmasının zorunlu (*requisite fair balance*) olduğunun vurgulanması (kararın 162 ve 176. paragrafları), belirtilen yaklaşımı yansıtmaktadır. Büyük Dairenin bu yaklaşımında, hakkın özünün çiğnenmiş olması yani, alacak hakkının önce kullanılamaz hale getirilmesinin, sonra da tamamen ortadan kaldırılmasının, önemli rol oynadığı düşünülmektedir.

Bu kararda, adil denge ilkesi açısından belirtilmesi gereken iki önemli nokta daha bulunmaktadır: 1) Yasamanın ve yürütmenin, sosyal ve ekonomi politikalarıyla ilgili kamu çıkarını [birinci kamu çıkarı] ileri sürerek yaptığı, yargı kararlarına aykırı işlem ve uygulamaların, yargının güvenilirliği, saygınlığı ve etkinliği (*credibility, authority and effectiveness of the judiciary*) ile ilgili kamu çıkarına [ikinci kamu çıkarı] zarar vermesi ve her iki kamu çıkarı çatıştığında, AİHS'nin temel ilkeleri (örn., hukuk devleti ilkesi) uyarınca, yargının güvenilirliğinin, saygınlığının ve etkinliğinin sürdürülmesine ilişkin kamu çıkarına üstünlük tanınması (kararın 175. paragrafı). Bu nokta, Büyük Dairenin, yasama ve yürütme organlarının, yargı kararlarına uymalarına ne kadar önem verdiğini göstermektedir. Dengeleme bağlamında ise, üstünlük tanınan ikinci kamu çıkarının, terazinin mülkiyet hakkı ile ilgili kefesine ağırlık olarak konduğunu ve böylelikle, başvurusunun mülkiyet hakkının terazide ağır basmasının sağlandığı da eklenmelidir. Söz konusu iki kamu çıkarının çatışması konusuna, bu Bölümün, aşağıdaki 3. no.lu paragrafında ayrıca yer verilmiştir. 2) SSCB topraklarından Polonya'ya dönenlerin geride bıraktıkları taşınmazlar için ödenen tazminatlara farklı oranlar uygulanmıştır; bir gruba, taşınmaz değerlerinin %15'i oranında tazminat ödenirken, başvurusunun annesine %2 gibi çok küçük oranda tazminat ödenerek, iş kapatılmak istenmiş ve bunu haklı kılacak güçlü bir neden (*cogent reason*) ortaya konmamıştır (kararın 186. paragrafı). Büyük Daire, ödenecek tazminatlar için farklı oranlar uygulandığını tespit etmiş ancak bundan, ayrımcılık yasağı açısından bir sonuç çıkarmamıştır. Bununla birlikte, bu farklı uygulamanın, kararı, adil denge ilkesine aykırılık oluşturan bir etmen olarak etkilediğini düşünmekteyiz.

1.11.9. Kamulaştırılmasına izin verilen ancak kamulaştırılmayan taşınmaz üzerinde inşaat yapılmasının yasaklanması:..

AİHM'nin, "adil denge" teriminin kullanıldığı ilk kararlarından ⁸⁸³ olan 23.9.1982 tarihli Sporrong ve Lönnroth / İsveç kararı, hükümetin, başvuruçuların taşınmazlarının da içinde bulunduğu bazı taşınmazların kamulaştırılmaları için Stokholm belediye meclisine verdiği iznin, süre uzatımlarıyla, Sporrong açısından 25 yıl, Lönnroth açısından ise, 12 yıl sürmesi ve bu süre içinde inşaat yapmanın yasak olmasıyla ilgilidir. Başvuruçular, başka haklarla birlikte, mülkiyet hakkına da dayanarak AİHK'ya başvurmuşlar, AİHK ise, 8.10.1980 tarihli raporunda, mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Söz konusu rapor, AİHK ve hükümet tarafından AİHM'ye götürülmüştür.

AİHM, adil denge ilkesinin AİHS'nin bütünü içinde var olduğu (mündemiç olduğu; *inherent*) görüşünden ⁸⁸⁴ hareketle, bu ilkeye uyulmasının zorunlu olduğunu belirterek, iç hukukta, kamulaştırmaya ilişkin kamu çıkarı ile başvuruçuların mülkiyet hakkı arasında adil bir dengenin sağlanmış olup olmadığını araştırmış; kamulaştırma izinleri, bir başvuruçucu için 25, diğer başvuruçucu için 12 yıl devam ederken, yetkililerin, kamu çıkarı ile başvuruçuların çıkarlarını makul aralıklarla karşılaştırıp değerlendirmemiş olmalarını göz önünde bulundurarak, taşınmazları kullanma ve onlardan yararlanma haklarının engellenmiş olmasını adil denge ilkesine aykırı bulmuş ve başvuruçuların mülkiyet haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, başvuruçuların söz konusu süreler içinde taşınmazlarını kullanamamış ve onlardan yararlanamamış olmaktan dolayı zarara uğramış olup olmadıklarını incelemeyi gereksiz bulmuş; kullanım ve yararlanma haklarının engellenmiş olmasını, kendi başına adil dengeyi bozan bir durum olarak nitelendirmiştir ⁸⁸⁵.

AİHM'nin, mülkiyet hakkı ile ilgili birçok kararında atıfta bulunulan, ilkesel nitelikteki Sporrong ve Lönnroth / İsveç kararında, adil denge ilkesine uyulmasının zorunlu olduğunun belirtilmiş (kararın 69. ve 73. paragrafları) olması önemlidir. Diğer önemli husus da, AİHM'nin, mülkiyet hakkının sağladığı kullanım ve yararlanma haklarının

⁸⁸³ Bkz., yukarıda VII. Bölümün 5.1. no.lu paragrafı.

⁸⁸⁴ Bkz. X. Bölümün 2. No.lu paragrafı.

⁸⁸⁵ Sporrong and Lönnroth v. Sweden (nos. 7151/75; 7152/75), 23.9.1982, prg. 2, 53, 55-56, 69-74.

engellenmesini kendi başına adil dengeyi bozan bir ihlal nedeni sayması ve bunun için, herhangi bir zararın doğmuş olmasının, koşul olarak aranmamış olmasıdır. Mülkiyet hakkı için sergilenen bu tutumun, diğer temel haklar için de geçerli olması gerektiği savunulabilir.

AİHM'nin, başvuruçuların taşınmazlarını kullanma ve onlardan yararlanma haklarının, hükümetin belediye meclisine tanıdığı kamulaştırma izinleri süresince engellenmesini, Ek 1. No.lu Protokolün mülkiyet hakkı ile ilgili 1. maddesinin 2. paragrafında yer alan, "devletin, mülkiyetin kullanımının denetlenmesi için kamu yararı açısından gerekli gördüğü yasaları uygulama hakkı"nın kapsamına sokmadığı da ayrıca kaydedilmelidir.

1.11.10. Kamulaştırma kararı alınan ve tapu kaydına şerh konulan fakat kamulaştırılmayan taşınmaz için tazminat ödenmemesi:

AİHM'nin 6.12.2011 tarihli Ayangil vd. / Türkiye davası, başvuruçuların, 1) imar şuyulandırması sonucunda oluşturulan parsel içinde kalan arazileri için, okul yapılacağı gerekçesiyle, 1967'de kamulaştırma kararı alındığı ve tapu kaydına şerh konulduğu ancak, okul yapıldığı halde, okulun bahçesi içinde kalan arazilerinin ve bu arazi içinde bulunan evin 33 yıl boyunca kamulaştırılmadığı ve tapu kaydından da şerhin kaldırılmadığı; 2) bu şerh nedeniyle, taşınmazlarından diledikleri gibi yararlanamadıkları ve evin değer kaybına uğradığı fakat, zararlarını karşılayacak herhangi bir tazminat ödenmediği şikayeti ile ilgilidir. Başvuruçular, tazminat davası açmışlar ancak, ilk derece mahkemesinin olumlu kararını Yargıtay, idarenin, okul bahçesi içinde kalan evin kullanılmasını engellemediği, bunun için ortada fiili kamulaştırma bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur.

AİHM, başvuruçuların, 1) taşınmazları üzerindeki haklarını her an kaybedebilecekleri – yıllarca süren - bir belirsizlikle karşı karşıya kaldıklarını vurgulamış; 2) iç hukukta fiili kamulaştırma olarak tanımlanmayan olayı, fiili kamulaştırma olarak nitelendiremeyeceğini, ancak, iç hukukta, arazinin fiili işgaline ve evin değer kaybına karşı bir çözüm (*redress*) bulunmamasını, mülklerin tam olarak kullanılması hakkına zarar verdiğini; 3) hiçbir haklı nedeni yokken tazminat ödenmemesinin ise, adil denge ilkesine aykırı olduğunu belirtmiş ve başvuruçuların mülkiyet haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır ⁸⁸⁶.

⁸⁸⁶ Ayangil and others v. Turkey (no. 33294/03), 6.12.2011, prg. 6, 8-11, 14-15, 24, 41, 45-46, 51, 53-55 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

AlHM, başvuruçuların taşınmazlarından tam olarak yararlanıp yaralanamadıklarına bakmış; sınırlı olarak ve belirsizlik içinde kullanmalarını ise, mülkiyet hakkının kapsamı açısından yeterli görmemiştir. Kullanımı sınırlayan olgular (arazinin ve evin okul bahçesi içinde kalması ve tapu kaydında şerh bulunması) nedeniyle doğan zararın tazmin edilmemiş olmasını da dengeyi bozan bir etmen olarak değerlendirmiştir.

AlHM'nin çeşitli kararlarında, hükümetler tarafından ileri sürülen bütçe yetersizliği nedeninin, mülkiyet hakkının sınırlandırılması için haklı bir neden oluşturmadığı görüşünü benimsediğini⁸⁸⁷, burada eklemekte yarar bulunmaktadır.

1.11.11. Kamu alacaklarını tahsil etmek amacıyla uygulanan ihtiyati tedbirin gereğinden uzun sürmesi ve mülkiyet hakkını korumaya yönelik usuli güvencelerin yokluğu:

AlHM'nin 5.3.2019 tarihli Uzan vd. / Türkiye kararı, çeşitli yolsuzluk iddialarıyla, Uzan ailesi üyelerinin ve İmar Bank'ın yöneticilerin mal varlıklarına konan ihtiyati tedbirlerin, söz konusu kişiler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı ve beraat kararları bulunduğu halde, kaldırılmaması ve uygulamanın 10-15 yıl sürdürülmesi, bunun ise, 4 milyar Avro'dan fazla olan kamu alacaklarının tahsili için yapıldığı konusıyla ilgilidir.

AlHM, bu davada, ihtiyati tedbir uygulamalarının gereğinden fazla sürdürülmesinin, başvuruçulara aşırı birer külfet oluşturup oluşturmadığına odaklanmış ve aşırı külfet yüklenmesinin, adil denge ilkesine aykırı olacağını belirtmiştir. AlHM'ye göre, alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını sağlamaya yönelik ihtiyati tedbir uygulamaları kamu yararınadır ancak, gerek kalmadığı anlaşılan uygulamalara son verilmelidir. Haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına ve beraatlerine karar verilen başvuruçular açısından, ihtiyati tedbir uygulamalarının sürdürülmesine gerek kalmadığı anlaşılmış olmalıdır. Oysa, bu uygulamalar, kamu alacakları tahsil edilene kadar sürdürüleceği gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmamıştır. AlHM, ihtiyati tedbir uygulamalarının, 1) 10-15 yıl süresince, bireyselleştirmeden, katı biçimde yürütüldüğünü; 2) bazı başvuruçuların, ilgili ceza yargılamalarında "dava dışı" tutulmaları nedeniyle, söz konusu yargılamalarda, mülklerinin akıbetiyle ilgili alınacak kararlar konusunda –

⁸⁸⁷ Broniowski v. Poland (31443/96) [GC], 22.6.2004, prg.160-161, 186; Vistins and Perepjolkins v. Latvia (no. 71243/01) [GC] (Merits), 25.10.2012, prg. 129; N.K.M. v. Hungary (no. 66529/11), 14.5.2013, prg. 72, 75. Ayrıca bkz., VII. Bölümün 6.4. no.lu (N.K.M. / Macaristan kararı ile ilgili bölüm) ve bu Bölümde 1.11.5.(1) (Vistins ve Perepjolkins / Letonya kararı) ile 1.11.14. (Belane Nagy / Macaristan kararı) no.lu paragraflar.

silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak – yargılamalara katılmalarının ve herhangi bir usuli girişimde bulunmalarının engellenmiş olduğunu; 3) başvuruçuların mülkleriyle ilgili ihtiyati tedbir uygulamalarının, temelde, aile bağlarına dayandığını, adil denge ilkesi bakımından olumsuz etmenler olarak kaydetmiştir. AİHM'nin, dosya içeriğinde, 4 milyar Avrodan fazla tutardaki kamu alacaklarının, başvuruçuların mülkiyet haklarının korunmasından daha çok korunmaya değer nitelikte olduğunu gösteren bir bilgi bulunmadığını vurgulaması kararın önemli bir ögesidir ⁸⁸⁸.

Uzan vd. / Türkiye kararı adil denge ilkesi açısından irdelendiğinde, yukarıda belirtilen olumsuz etmenlerin, terazide, başvuruçuların kefesine konduğunu ve başvuruçuların mülkiyet haklarının, 4 milyar Avro'yu geçen kamu alacaklarına ilişkin kamu yararı karşısında ağır bastığını görmekteyiz. AİHM'nin bu sonucu hedeflediği, karar metninde yer alan, “dosya içeriğinde, 4 milyar Avrodan fazla tutardaki kamu alacaklarının, başvuruçuların mülkiyet haklarının korunmasından daha çok korunmaya değer nitelikte olduğunu gösteren bir bilgi bulunmadığı” vurgusundan (kararın 212. paragrafının son cümlesi) da anlaşılmaktadır. Ancak, AİHM'yi bu sonuca götüren olumsuz etmenler de göz ardı edilmemelidir.

1.11.12. Devletin, tapu sicilinin düzgün tutulmasıyla ilgili sorumluluğu, taşınmaz satın alanın tapu siciline güvenmesi ve kayıtlardaki yanlışlık nedeniyle uğradığı zarar:

AİHM'nin, 7.7.2017 tarihli Gürtaş Yapı Ticaret ve Pazarlama A.Ş. / Türkiye kararında, emlak alım-satımı işiyle uğraşan başvuruçucu şirketin satın aldığı arazinin yüzölçümünün tapu siciline yanlış kaydedildiğine; gerçekte satın alınan arazinin yüzölçümünün, kayıtlı yüzölçümünün yarısından da az olduğuna; başvuruçunun, devletin, tapu siciliyle ilgili sorumluluğunu düzenleyen MK'nın ilgili maddesine dayanarak idareye karşı açtığı tazminat davasında, zararının, ilk derece mahkemesi tarafından yaklaşık 45,000 Avro olarak belirlendiğine ancak, Yargıtay'ın, başvuruçunun, tapu sicilinde bulunan haritayı inceleyerek, yüzölçümüyle ilgili yanlışlığı görebileceği gerekçesiyle bu kararı bozduğuna ilişkin şikayeti ele alınmıştır.

AİHM, MK'da, devletin, tapu sicilinin düzgün tutulmasıyla ilgili sorumluluğunun düzenlendiğini; dolayısıyla, başvuruçunun, iyi niyetle tapu siciline tam olarak

⁸⁸⁸ Uzan et autres c. Turquie (nos. 19620/05, 41487/05, 17613/08 et 19316/08), 5.3.2019, prg. 6-11, 14-17, 21, 170, 195, 201-203, 205-206, 212-213, 215-216 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

güvenebileceğini belirtmiştir. Buna rağmen, yargı organlarının, tapu siciline tam olarak güvenmeyip, satın alınacak arazinin yüzölçümünün haritadan kontrol edilmesini öngörmelerinin, söz konusu haritada, parsellerin fiziki sınırlarının gösterilmediği olgusu ile bağdaşmadığı ve başvurunun zararının yaklaşık 45,000 Avro tutarında olduğunun belirlenmiş bulunması karşısında, başvurunun ağır bir külfet altında bırakılmış olduğuna; bu nedenle, adil denge ilkesine aykırılık olduğuna ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁸⁸⁹.

Burada AİHM, devletin, tapu sicilini düzgün tutmakla ilgili sorumluluğunun, taşınmaz satın alanın, tapu sicili kapsamındaki harita gibi belgeleri incelemekle ilgili özen gösterme yükümlülüğünü karşılaştırmış ve devletin sorumluluğunun öncelik taşıdığı görüşünü benimsemiştir. AİHM'nin bu görüşü, başvurunun inceleyebileceği haritanın, parsellerin fiziki sınırlarını göstermediği, dolayısıyla, satın alınan arazinin gerçek yüzölçümünün, bu haritadan anlaşılmasının kolay olmadığı olgusuyla birleşince, terazide, başvurunun zararının karşılanmasıyla ilgili çıkarı ağır basmıştır.

1.11.13. Sahip olunan tek konutun, izinsiz inşaat nedeniyle yıkılması:

AİHM, yukarıda 1.6.4.1. no.lu paragrafta incelenen, Ivanova ve Cherkezov / Bulgaristan davasındaki olayda, Ivanova, pay sahibi olduğu - ve diğer başvuru ile birlikte izinsiz olarak inşa ettiği – evin yıkılması için alınan kararın, mülkiyet hakkına “orantısız” bir müdahale oluşturduğunu ileri sürmüştür.

AİHM, Ivanova'nın, sahip olduğu pay nedeniyle, mülkiyet hakkına dayanabileceğini ve evin yıkımının da, mülkiyet hakkının kullanımının denetimi niteliğinde bir müdahale olduğunu kabul etmiştir. AİHM'ye göre, konu, izinsiz inşaat gibi, imar planıyla ve devletin, mevcut binaların geliştirilmesi politikasıyla ilgili ise, takdir yetkisi geniş tutulur ve imar planlarının, her özel duruma uyarlanması yani, bireyselleştirilmesi aranmaz. AİHM, Ivanova'nın, kurallara aykırı olduğunu bilerek, izinsiz inşaat yapmasını ve yetkililerin fazla zaman geçirmeden yıkım kararı almış olmasını göz önünde bulundurarak, başvurunun, izinsiz inşa edilen ev üzerinde mülkiyet hakkına ilişkin çıkarı ile, kamunun izinsiz bina yapımının önlenmesine ilişkin çıkarını karşılaştırmış ve sonuçta, başvurunun çıkarının, söz konusu kamu çıkarına ağır basmadığına,

⁸⁸⁹ Gürtaş Yapı Ticaret ve Pazarlama A.Ş. c. Turquie (no. 40896/05), 7.7.2015, prg. 5, 9, 12, 15, 19, 46, 58-59, 61 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

dolayısıyla, izin alınmadan inşa edilen evin yıkım kararının uygulanması durumunda, başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edilmeyeceğine hükmetmiştir ⁸⁹⁰.

Görüldüğü gibi, AİHM, konuta saygı hakkı bağlamında ihlal kararı verirken (bkz., yukarıda 1.6.4.1. no.lu paragraf), mülkiyet hakkı bağlamında, terazinin, izinsiz inşaatların önlenmesine ilişkin kamu çıkarını üstün tuttuğu kefesine, 1) imar planlarının bireyselleştirerek uygulanmasının olanaklı olmadığına; 2) başvurunun kurallara aykırı olduğunu bilerek izinsiz inşaat yapmasına ve 3) yetkililerin de zaman geçirmeden yıkım kararı almış olmalarına ilişkin etmenleri koymuş ve söz konusu kamu çıkarının, mülkiyet hakkı karşısında ağır basmasını sağlamıştır.

Kararın, mülkiyet hakkı ile ilgili hükmüne göre, inşaat izni olmadan yapılan evin yıkılması durumunda, mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olmayacaktır. Bu hüküm uyarınca, evin yıkımının sorunsuzca gerçekleştirilebileceği düşünülebilir ancak, buna, AİHM'nin, konuta saygı hakkı bağlamında öngördüğü olası ihlal engeldir; meğer ki, başvurularda, oturacakları bir konut sağlansın (bkz., yukarıda 1.6.4.1. no.lu paragraf).

1.11.14. Yasanın, sosyal yardım ve emeklilik koşullarını değiştirmesi

AİHM Büyük Dairesinin 13.12.2016 tarihli Belane Nagy / Macaristan kararında, gerekli yasal koşul ve kriterlere uygun olduğu için, yaklaşık 10 yıl süreyle malullük aylığı alan başvurunun malullük aylığının, kamu bütçesini korumak amacıyla çıkarılan yeni yasanın getirdiği hizmet süresi ve malullük derecesi ile ilgili yeni koşul ve kriterlere uygun olmadığı gerekçesiyle, kesilmesi olayı incelenmiştir.

AİHM Büyük Dairesi, insanların, devletin üstlendiği finansal yükümlülüğe güvenerek dayanması durumunda – kişisel koşullarında değişiklik olmadığı sürece - devletin, bu insanların zararına ve geçmişe yürürlü olarak, söz konusu yükümlülüğünü ortadan kaldırmasının, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu ve iç hukukta, böyle keyfi davranışları engelleyecek önlemlerin bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Büyük Daire bunu, kararın başka bir yerinde, başvurunun, “yasanın sözüne” (*promise of law*) güvenmekte haklı olduğunu belirterek de özetlemiş bulunmaktadır. Büyük Daire, emekli aylığının, tamamen kesilmeden, makul (*reasonable*) bir oranda azaltılmasının, ilke olarak, mülkiyet hakkına aykırı olmayabileceğini kaydetmiştir. Adil denge ilkesine uyum açısından ise, 1) emeklilik aylığı ile ilgili hak kaybının, ayrımcılık temeline

⁸⁹⁰ Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria (no. 46577/15), 21.4.2016, prg. 63, 68-69, 73-76.

dayanıp dayanmadığı; 2) yeni yasa çıkarılmışsa, geçiş hükümlerine yer verilip verilmediği; 3) emeklilik aylığının, başvurucunun tek geçim kaynağı olup olmadığı; 4) uygulamanın keyfiliğe dayanıp dayanmadığı ve 5) emekli aylığı alan kişinin iyi niyetli olup olmadığı gibi etmenlerin önemli olduğunun altını çizilmiştir. Büyük Daire, malullük aylığının devam edeceği konusunda meşru beklenti (*legitimate expectation* ⁸⁹¹) içinde olan, başka geliri bulunmayan, geçimini sağlayabileceği bir iş bulması zor olan ve malül olması nedeniyle zayıf durumda (*vulnerable*) olanların grubu içinde yer alan iyi niyetli başvurucunun, öngörülemez ve geçmişe yürürlü yeni yasa ile malullük aylığından tamamen yoksun bırakıldığını belirlemiş; yeni yasanın, geçiş hükümleriyle, başvuru durumunda olanlar için bireyselleştirme yapmamış olması nedeniyle, başvurucunun aşırı bir külfet altında kaldığı; bu durumun ise, amaç-araç orantınlılığı ve adil denge ilkesiyle bağdaşmadığı; bu nedenlerle, başvurucunun, meşru beklenti bağlamındaki mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır ⁸⁹².

Burada, durumu yasal koşul ve kriterlere uygun olan başvurucunun, tek geçim kaynağı olan malullük aylığını almaya devam edeceğine ilişkin meşru beklentisine rağmen, almakta olduğu malullük aylığının, yeni koşul ve kriterler ileri sürülerek tamamen kesilmesi, iyi niyetli başvuru aleyhinde aşırı bir külfet olarak nitelendirilmiş ve bu külfet, kamu bütçesini korumakla ilgili kamu yararı karşısında başvurucunun mülkiyet hakkının ağır basmasını sağlamıştır. Öte yandan, kararda, mülkiyet hakkına aykırı olmayabileceği belirtilen, malullük aylığının tamamen kesilmesi yerine, “makul” bir oranda indirim yapılması olasılığı gerçekleşseydi, dengeyi bozan aşırı külfet oluşur muydu, sorusu akla gelmektedir. Görüşümüze göre, bu soru, yukarıda, AİHM'nin önem verdiği belirtilen etmenler ışığında şöyle yanıtlanabilir: Başvurucunun tek geçim kaynağı olan aylıkta yapılan indirim, başvurucunun geçimini, sağlığını bozacak ölçüde zorlaştırırsa, başvurucunun aşırı bir külfet altında kalacağı, dolayısıyla, yapılan indirim oranının “makul” sayılamayacağı söylenebilir ⁸⁹³.

Bu kararda, aşırı külfet kavramı, yukarıda incelenen, AİHM Büyük Dairesinin 19.2.2009 tarihli Kozacıoğlu / Türkiye kararında gördüğümüz gibi (bkz., bu Bölümde 1.11.5.(2)

⁸⁹¹ Kararda meşru beklenti tanımı şöyle yapılmıştır: Sadece umuttan ibaret olmayan, yasaya veya yargı kararı gibi bir temele dayanan somut beklenti (Belane Nagy v. Hungary (no. 53080/13) [GC], 13.12.2016, prg. 75).

⁸⁹² Belane Nagy v. Hungary (no. 53080/13) [GC], 13.12.2016, prg. 11-12, 14-16, 22, 45, 78, 86, 89, 94, 97, 105, 117, 123-126.

⁸⁹³ Bu görüşümüzü, 23.4.2002 tarihli Larioshina v. Russia [Dec.] ve 18.6.2009 tarihli Budina v. Russia [Dec.] kararlarının desteklediğini düşünmekteyiz (bkz., III. Bölümün 3. no.lu paragrafı (son bölüm)).

no.lu paragraf) hem, amaç-araç orantısızlığını, hem, adil denge ilkesine aykırılığı ortaya koymak için kullanılmıştır. Bunda bir yanlışlık yapıldığını veya karışıklık olduğunu düşünmüyoruz, zira, her iki kavram, bu kararda da, Kozacıoğlu / Türkiye kararında olduğu gibi, aşırı külfet olgusu temelinde olumsuz yönde nitelendirilmektedir. Ancak, Kozacıoğlu / Türkiye kararı ile ilgili değerlendirmemizde belirttiğimiz gibi, dar anlamda orantılılık (dengeleme uygulaması) basamağının iki ögesi olan, amaç-araç orantılılığı ile adil denge ilkesi (bkz., yukarıda X. Bölümün 9.2. no.lu paragrafında yer alan tablo) arasında sıra düzeni ilişkisi bulunduğu hatırlanacak olursa (bkz., XIII. Bölümün 1.1. no.lu paragrafı), amaç-araç orantısızlığı belirlendiğinde, bu noktada ihlal kararı verilebileceği; dolayısıyla, adil denge ilkesine göre yapılacak dengeleme aşamasına geçilmesine gerek kalmayacağı görüşümüzü yinelemek isteriz. Kararda ise, böyle yapılmadığını, her iki kavramla ilgili olumsuzluğa, yani, amaç-araç orantısızlığına ve adil denge ilkesine aykırılığa dayanarak ihlal kararı verildiğini gözlemlemekteyiz.

1.11.15. Yasanın, sosyal adaleti sağlamak amacıyla, sözleşme ile belirlenen kira tutarlarında indirim yapılmasını öngörmesi:

1.11.15.(1) Mellacher vd. / Avusturya davasında, başvuruçular, sözleşme ile belirlenen kira tutarlarında yasa ile indirim yapılmasının, mülkiyet haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek AİHK'ya başvurmuşlardır. AİHK, 11.7.1988 tarihli raporunda, mülkiyet hakkının bir kısım başvuruçular açısından ihlal edildiği sonucuna varmış ve raporunu AİHM'ye götürmüştür.

AİHM, ilgili yasanın kira tutarlarında indirim yapması ile, başvuruçuların gelirlerinin bir bölümünden yoksun bırakılmalarını, mülkiyet hakkının kullanımının denetlenmesi açısından ele almıştır. AİHM'ye göre, kira tutarlarında indirim yapılmasına ilişkin yasanın, makul bir temele dayanmadığı açıkça ortada olmadığı olmadığı sürece, yasama organının bu konudaki kararına saygı gösterilmesi (*deference*) gerekir; söz konusu yasanın gerekçesine bakıldığında, güdülen amacın, benzer nitelikteki konutlar arasındaki haksız orantısızlığın azaltılmasına, spekülasyonun önüne geçilmesine ve dar gelirlilerin konut bulmalarını kolaylaştırmaya yönelik olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, güdülen amaç, meşru ve kamu yararadır. Bu çerçevede, AİHM, kira tutarlarının denetim altına alınması için, yasama organının, yürürlükteki kira sözleşmelerine sosyal adaleti sağlamak amacıyla müdahale etmesinin, kamu yararı ve

başvurucuların mülkiyet hakkı arasında olması gereken adil dengeye aykırı olmadığına hükmetmiştir ⁸⁹⁴.

Yargıç Cremona, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Bernhardt ve Spielmann, AİHM'nin bu kararına karşı oy yazısı yazmışlar ve kira tutarlarında indirim yapan yasanın, büyük şehirler ve taşra arasındaki piyasa farklılıklarını dikkate almaksızın gelişigüzel hazırlanmış olduğunu ve AİHK raporunda yer aldığı gibi, başvurulardan bazılarının, indirimden sonra aldığı kira tutarlarının, taşınmazın bakım giderlerini karşılayıp karşılamadığı ve ortalama kiracının, indirilen kira tutarının üzerinde ödeme yapabiliş yapamayacağı incelenmeden hükme varılmasını, kamu yararı ve başvurucuların mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengeye aykırı bulduklarını belirtmişlerdir ⁸⁹⁵.

Görüşümüze göre, Avusturya'nın, kira tutarlarında indirim yapılmasını öngören yasasının gerekçesinde belirtilen amaçlardan, dar gelirlilerin konut bulmalarını kolaylaştırma amacı bağlamındaki kamu yararının meşruluğu tartışılmaz olmakla birlikte, mülkiyet hakkıyla söz konusu kamu yararı arasında adil bir denge kurulabilmesi için bireyselleştirmeye ⁸⁹⁶ yer verilmesi gerekirdi.

Bu kararın önemli bir özelliği de, devletin, sözleşme özgürlüğüne yasa ile müdahale etmesinin, sosyal adalete yönelik olması durumunda, genellikle meşru görüleceği izlenimi vermesidir.

1.11.15.(2) AİHM Büyük Dairesinin 19.6.2006 tarihli Hutten-Czapska / Polonya kararı, AİHK'ya yapılan ancak, 11 No.lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle AİHM'ye devredilen ⁸⁹⁷ 1) başvurunun, kiraların, taşınmazın bakım giderlerine bile yetmeyecek kadar düşük düzeyde tutulması ve kira sözleşmelerinin sona erdirilmesinin kısıtlanması; 2) bu durumdan, başvurunun da içinde olduğu yaklaşık 100,000 taşınmaz sahibinin olumsuz; 600.000 ila 900,000 arası kiracının ise, olumlu etkilenmesi; 3) son çıkarılan yasanın (Aralık 2004) herhangi bir iyileşme sağlamadığı;

⁸⁹⁴ Mellacher and others v. Austria (nos. 10522/83; 11011/84; 11070/84), 19.12.1989, prg. 1, 37-38, 43-45, 47, 51, 53, 55-57; Lawson and Schermers 346-347.

⁸⁹⁵ Mellacher vd. / Avusturya kararının 29. sayfası.

⁸⁹⁶ Bkz., VII. Bölümün 6.4. no.lu paragrafı (N.K.M. / Macaristan kararı ile ilgili bölüm).

⁸⁹⁷ AİHK'yı kaldıran ve 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokolün 5/2 maddesi, henüz kabul edilebilir bulunmamış başvuruların AİHM'ye devredilmesini öngörmüştür. 11 No.lu Protokolle ilgili bilgi için bkz. dip-not 608.

4) Polonya AYM'sinin de, kiracılarla taşınmaz sahiplerinin çıkarlarını dengeleyici bir karar alamadığı konularıyla ilgilidir. Başvurucu, kira tutarları ve kira sözleşmelerinin sona erdirilmesi üzerindeki kısıtlamanın, mülkiyet hakkına aykırı olduğundan yakınmıştır.

AlHM Dairesi 22.2.2005 tarihinde, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Hükümetin kararı temyiz etmesi üzerine başvuru AlHM Büyük Dairesinin önüne gelmiştir.

AlHM Büyük Dairesi, daha önce Daire'nin, başvurudaki şikayet konusu olayın, Polonya'nın, mülkiyet hakkına yer veren, Ek 1 No.lu Protokole taraf olduğu tarihten (10.10.1994) önce başlamış ve söz konusu tarihten sonra da devam etmiş olmasını⁸⁹⁸ dikkate alarak, başvuruyu incelemeye zaman bakımından yetkili (*jurisdiction ratione temporis*) olduğuna ilişkin kabul edilebilirlik kararına atıfta bulunmuş ve Dairenin yaptığı gibi, esas hakkında karar verene kadar, Polonya'da gerçekleşen, başvuru konusunu etkileyebilecek yasal ve yargısal gelişmeleri değerlendireceğini belirtmiştir. Nitekim, Büyük Daire, karar tarihine yakın tarihlerde, Polonya AYM'sinin, başvurusunun şikayet konusunu destekler nitelikte verdiği iptal ve tavsiye kararlarını değerlendirmesine almıştır. Büyük Daireye göre, mülkiyet hakkı ile ilgili ihlal, 1) kira tutarları üzerindeki kısıtlamalardan ziyade, kiraların belirlenmesiyle ilgili kurallardan; 2) kira sözleşmelerinin sona erdirilmesi üzerindeki kısıtlamalardan; 3) yasanın, taşınmaz sahiplerine yüklediği bakım giderlerinin karşılanabilmesinin zorluklarından ve 4) bu yükü hafiletecek olanakların bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Büyük Daire, AlHM'nin, konut sorunuyla ilgili çeşitli kararlarında (örn., yukarıda incelenen, Mellacher vd. / Avusturya kararı), devletin, sosyal adaletle ilgili kamu yararı açısından kira tutarlarını denetim altında tutmasının adil denge ilkesine aykırı olmadığı sonucuna vardığını hatırlatmış ancak, bunların hiçbirinde, taşınmaz sahiplerinin, bu davada olduğu kadar aşırı bir külfet altında bırakılmadığını kaydetmiştir. Büyük Daireye göre, korunmak istenen grubun çıkarı veya genel olarak toplumun çıkarı ne kadar önemli olursa olsun, hiçbir grup bu davada görüldüğü kadar aşırı bir külfet altında bırakılmamalıdır; aslında, kamunun yararı, sosyal ve parasal külfetin adil dağılımını (*fair distribution of the social and financial burden*), gerektirir. Hükümet, başvurusunun

⁸⁹⁸ Aynı durum, Broniowski / Polonya davası için de geçerlidir (bkz., yukarıda 1.11.8. no.lu paragraf .

mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge sağlayamamıştır. Bu nedenle, başvurucunun mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir ⁸⁹⁹.

Hutten-Czapska / Polonya kararının sonucu ile yukarıda sunulan Mellacher / Avusturya kararında varılan sonucun farklı olmasında, kararda da belirtildiği gibi, taşınmaz sahiplerinin çıkarları üzerindeki bir dizi baskıdan oluşan külfetin aşırılığı rol oynamıştır. Kararda, sosyal ve parasal külfetlerin dağılımının adil olmasında kamunun yararı bulunduğu vurgulanması da, gerek, adil denge ilkesi açısından, gerek, kamu yararı kavramının yöneleceği hedef açısından ilkesel bir önem taşımaktadır. Görüşümüze göre, Büyük Dairenin burada ortaya koyduğu kamu yararı anlayışı, Jeremy Bentham'ın, kamu yararının, ancak, en çok sayıda insana sağlanacak yarara yönelik olması durumunda gerçekleşebileceği anlayışına ⁹⁰⁰ alabildiğine uzak; buna karşılık, Rawls'ın, yarışan taleplerin “uygun dengesi” (*proper balance*) ve toplumsal avantajların “uygun bölüşümü” (*appropriate division*) olarak sunduğu adalet anlayışına ⁹⁰¹ olabildiğince yakındır.

Kaydedelim ki, karardaki dengeleme uygulaması, başvurucunun, yasa ile kullanılamaz hale getirilen mülkiyet hakkını ayakta tutmaya yönelmiş olması nedeniyle de, adil denge ilkesine uygundur.

1.11.16. Çevrenin korunmasına yönelik olarak, devletle yapılan satış sözleşmesiyle tanınan inşaat izni hükümlerine uyulmaması:

AlHM, birlikte başvuran (*consorts*) Richet ailesi ve Le Ber / Fransa davasında, başvurularda miras kalan adanın bir bölümünün devlete satılması, kendilerine kalan bölümünde ise, inşaat yapılmasına izin verilmesi için yapılan sözleşmeye rağmen, bir süre sonra yürürlüğe konulan imar kuralları uyarınca, söz konusu adada inşaatın yasaklanması ile ilgili olarak, başvuruçuların, sözleşmeden doğan inşaat yapma haklarının – herhangi bir uzlaşma sağlamaksızın veya tazminat ödemeksizin - engellenmesini, adada çevrenin korunması bağlamındaki kamu yararı ile başvuruçuların çıkarları arasında kurulması gereken adil dengeye aykırı bulmuş ve

⁸⁹⁹ Hutten-Czapska v. Poland (no. 35014/97) [GC], 19.6.2006, prg. 1, 3-4, 6-7, 13-14, 19, 78, 81, 124, 126, 130, 136, 141-142, 148, 154, 194, 214-215, 218-219, 224-225.

⁹⁰⁰ Bkz., yukarıda IV. Bölümün 3.2.1. no.lu paragrafı.

⁹⁰¹ Bkz., yukarıda VIII. Bölümün 1.2. no.lu paragrafı (Rawls'la ilgili bölüm).

mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir ⁹⁰². Bu kararda, çevrenin korunması gibi önemli bir kamu yararının, sözleşmeden doğan ve çevrenin korunması ile bağdaşmayabilecek inşaat yapma hakkının dengelendiği ve çevrenin korunması amacıyla dahi olsa, sözleşmeden doğan haklara müdahale edilmesinin benimsenmediği görülmektedir.

Görüşümüze göre bu karar, sözleşme hükümlerine ve dolayısıyla da, sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesini onaylayan Mellacher vd. / Avusturya kararından sapma olarak nitelendirilmemelidir. Zira, Mellacher vd. / Avusturya kararında sosyal adaletin gözetilmesi önemli bir rol oynamıştır. Buna karşılık, Richet ailesi ve Le Ber / Fransa kararında sosyal adalet etmeni bulunmamaktadır. Buradan, AİHM'nin, sosyal adaleti, çevre korumacılığının üstünde tuttuğu sonucuna varılamayacağı, bu noktada bir sonuca varmak için, ilgili daha çok kararın karşılaştırılmasının gerektiği; bunun ise, ayrı bir inceleme konusu olduğu düşünülmektedir.

1.11.17. Kıyıların korunması ve mülkiyet hakkı:

AİHM'nin 6.10.2016 tarihli Malfatto ve Mieille / Fransa kararı, 1964 yılında, Akdeniz kıyısında 63 dönüm büyüklüğündeki arsanın parsellere bölünmesine izin verildikten sonra, 1979 yönergesi ve 1986 yasası ile 100 metrelik kıyı şeridi içinde bulunan arazilerde inşaat yasağı getirilmesi; bu yasağın, başvuruçuların arazilerine de uygulanması ve başvuruçulara herhangi bir tazminat ödenmemesi olayı ile ilgilidir.

1972 yılında Malfatto'ya ait parsellerden birini satın alan M.T. adlı kişi, arsasının üstüne ev yapmış ve orada yaşamaya başlamıştır. Valiliğin, 1982 yılında yayımladığı arazi kullanım planının, idari yargıda iptali için 1984 yılında dava açılmış, olumlu sonuç alınmış ancak, 1986 yasasının yürürlüğe girmesinden sonra, 1989 yılında, ev inşaatı için istenen izin alınamamış, bu defa, idari yargı da olumlu karar vermemiştir. Bunun üzerine, tazminat davası açılmış ancak, inşaat yasağının, ülkenin bütün kıyıları için geçerli olduğu, başvuruçuların da, aşırı bir külfet altında kalmış olduklarını kanıtlayamadıkları gerekçesiyle, olumsuz sonuçlanmıştır.

AİHM, devletin, 1) kıyıların ve çevrenin korunması ve imar planlarının hazırlanması konularında geniş takdir yetkisine sahip olduğunu; 2) mülkiyet hakkının kamusal

⁹⁰² Consorts Richet et Le Ber c. France (no. 18990/07 et 23905/07), 18.11.2010, prg. 17, 19, 25, 30, 37, 96, 98, 114, 120-124.

alandaki kullanımının, tazminat ödenmeksizin sınırlanabileceğini, ancak, bunun, adil denge ilkesi açısından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve 3) Fransız Danıştayının, imar planlarıyla ilgili yasanın sadece, kamu yararıyla orantılı olmayan aşırı bir külfet söz konusuysa, tazminat ödeneceğini öngördüğüne ilişkin yorumuna dayanmış ve bu yorumun, mülk sahipleri ile kamunun çatışan çıkarlarını dengelemeye olanak sağladığını belirtmiştir. AİHM ayrıca, yetkililerin, kıyı şeridinde inşaat yasağı ile ilgili tutumlarının, keyfi veya makul olmayan biçimde nitelendirilemeyeceğinin de altını çizmiştir. AİHM, 1972 yılında M.T.'nin, Malfatto'dan satın aldığı parselde ev yapıp içinde yaşamakta olduğunu örnek olarak göstererek, Malfatto'nun, 1964 yılından, ev inşaatı için izin alamadığı 1989 yılına kadar hareketsiz kalmış olmasını ve bu süre içinde, kazanılmış hak olduğunu ileri sürdüğü inşaat yapma hakkını kullanma yönünde herhangi bir girişimde bulunmamış olmasını, aleyhte yorumlamış ve Malfatto'nun, uzun yıllar boyunca, mülkiyet hakkını kullanmaktan kaçındığı kanısına varmıştır. AİHM'ye göre, arsanın parsellere bölünmesine izin verilmiş olması, inşaat iznini otomatik olarak sağlamaz; ayrıca, başvuruçular, inşaat çalışmaları için herhangi bir masrafta da bulunmamışlardır. Bu koşullarda, tazminat ödenmemiş olması, adil denge ilkesine aykırı değildir ⁹⁰³.

AİHM'nin, bu kararda, Fransız yetkililerin kararlarına saygı gösterip uymuş olduğu (*deference*) ve mülkiyet hakkı ile çatışan, kıyıların korunmasıyla ilgili kamu yararına ağırlık verdiği görülmektedir. Bunu sağlamak için, Malfatto'nun, uzun süre inşaat yapma hakkını kullanmadığı, oysa, onlardan arsa satın alan M.T.'nin bu süre içinde kendisine ev yapıp oturduğu; başvuruçuların da, inşaat çalışmaları için herhangi bir masraf yapmadıkları olguları, kıyıların korunmasıyla ilgili kamu yararı kefesine ağırlık olarak konmuş; başvuruçuların aşırı bir külfet altında kalmadıkları görüşü benimsenerek, adil denge ilkesi açısından, inşaat yasağının yol açtığı değer kaybı gibi zararların tazmin edilmemiş olmasında aykırılık görülmemiştir.

Bu kararın, yine, koyların korunmasındaki kamu yararı ile mülkiyet hakkının çatışması ile ilgili 11.10.2005 tarihli N.A. vd. / Türkiye kararında, başvuruçulara tazminat ödenmemiş olmasının, adil denge ilkesine aykırı bulunmasıyla çelişki içinde olduğu düşünülebilir. Ancak, N.A. vd. / Türkiye kararında, Malfatto ve Mieille / Fransa

⁹⁰³ Malfatto et Mieille c. France (nos. 40886/06 et 51946/07), 6.10.2016 (Fransızca), prg. 8-9, 13-20, 22, 30-32, 47-48, 64-71.

kararından farklı olarak, tazminat ödenmeksizin tapunun iptali, taşınmazın Hazine adına kaydedilmesi ve yetkilerin verdiği inşaat izniyle yapılan inşaatın yıkılması söz konusudur⁹⁰⁴.

Görüşümüze göre, Malfatto ve Mieille / Fransa kararında dayanan, başvuruçuların uzun yıllar, arsalarında inşaat yapmaya yönelik olarak herhangi bir girişimde bulunmamış olmalarının, bu haklarını kullanmaktan kaçındıkları biçiminde yorumlanması, yasal bir temele dayanmamaktadır. Ayrıca, AİHM, bu yorumuyla, başvuruçuların, söz konusu süre içinde inşaat yapmaya hakları olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Bu noktada iki soru akla gelmektedir: 1) Başvuruçuların, söz konusu süre içinde inşaat yapma hakları, mülkiyet hakkı kapsamında mıdır? 2) Öyle ise, bu hakkın ortadan kaldırılması, öngörülebilir bir hukuki işlemle mi gerçekleşmiştir? Kanımızca, ilk soruya olumlu, ikinci soruya ise, olumsuz yanıt verilebilir. Bu durum, kıyıların korunmasına ilişkin kamu yararına karşı, başvuruçuların mülkiyet haklarının ağır basmasını sağlamasa da, arsaların değer kaybını makul ölçülerde karşılayacak bir tazminatın ödenmesini gündeme getirir ve görüşümüze göre, bunun yapılması, adil denge ilkesine daha uygundur. Böylece, inşaat yapma hakkının, öngörülemez biçimde tamamen ortadan kaldırılmasıyla ve arsaların - geçici olmayan - değer kaybına uğramasıyla oluşan zarar, makul ölçülerde hafifletilerek, kamu yararıyla adil bir denge kurulmuş olabilecektir.

Bu görüşümüzü, AİHM'nin, 7.6.2018 tarihli O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd / İrlanda kararına dayandırabiliriz: Söz konusu kararda, 1) balıkçılık yapan başvuruçu şirketin, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) (*Court of Justice of the European Union – CJEU*) kararı uyarınca, yetkililerin 2008 yılında, midye toplamayı yasaklamalarından doğan zararın tazmin edilmemesini; 2) yasağın sadece 2008 yılına ait olduğu; 3) aynı yıl, başka balıkçılık faaliyetlerine devam edilebildiği; 4) 2009 yılında ise, şirketin midye toplama ile ilgili yasağının kalktığı ve 5) yakınılan yasağın uygulamaya konulacağına, ABAD kararının yayımı ile öngörülebilir olduğu etmenleri dikkate alınarak, ihtilaf konusu yasağın ve uğranılan zararın geçici olması karşısında,

⁹⁰⁴ N.A. and others v. Turquie (no. 37451/97), 11.10.2005, prg. 10, 12-13, 18, 21-22, 26-28, 31, 39, 41-42 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

başvurucu şirketin aşırı bir külfet altında kalmış sayılamayacağı gerekçesiyle, adil denge ilkesine aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır⁹⁰⁵.

O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd / İrlanda kararının sonucuyla aynı sonucu paylaşan Malfatto ve Mieile / Fransa kararında, birinci kararda dikkate alınan, öngörülebilirlik ve zararın geçiciliği etmenleri eksiktir. Dolayısıyla, her iki kararın aynı sonucu paylaşması, adil denge ilkesi açısından sorunludur.

1.11.18. Şirket karından, kar paylaşım vergisi ve ek emekliliğe katkı payı zammı ödenmesi:

AlHK, Svenska Managementgruppen AB / İsveç başvurusunda, 1) şirket karının bir bölümünün, kar paylaşım vergisi (*profit sharing tax*) ve binde 2 ila 5 oranında ek emekliliğe katkı payı zammı (*increase in the supplementary pension charge*) olarak ödenmesini, Ek 1. No.lu Protokolün mülkiyet hakkı ile ilgili 1. maddesinin 2. paragrafında yer alan, “devletin vergilerin veya diğer parasal katkıların (keseneklerin) (*contributions*) ödenmesi için gerekli gördüğü yasaları uygulama hakkı”nın kapsamına sokmuş ve 2) şirketin elde ettiği kar üzerindeki mülkiyet hakkı ile vergi toplamaya ve emeklilik olanaklarını geliştirmeye yönelik kamu yararı arasında çatışma olmadığını ve AlHM'nin Sporrang ve Lönnroth / İsveç kararı ile benzerlik bulunmadığını belirterek, 2.12.1985 tarihinde kabul edilemezlik kararı vermiştir^{906, 907}.

AlHK her ne kadar, çıkar çatışması bulunmadığını belirterek, adil denge ilkesine yönelik dengeleme yapmaktan kaçındığı izlenimi vermişse de, kararın son paragraflarında, kar paylaşım vergisini ve çok küçük oranlardaki ek emekliliğe katkı payı zammını “orantısız” bulmadığını vurgulamakla, gerçekte, dengeleme yapmış olmaktadır. Kaydedelim ki, burada kullanılan “orantılılık” kavramı, amaç-araç orantılılığı anlamında değil, adil denge arayışını içeren dar anlamda orantılılık yani, dengeleme anlamındadır (bkz., X. Bölümün 9.2. no.lu paragrafında yer alan tablo).

⁹⁰⁵ O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland (no. 44460/16), 7.6.2018, prg. 10, 12, 14-15, 17, 19, 67, 104, 117, 122, 130.

⁹⁰⁶ Svenska Managementgruppen AB v. Sweden (no. 11036/84) [Commission Dec.], 2.12.1985, s. 217, 220-223.

⁹⁰⁷ Kabul edilemezlik kararı kesin nitelikte olduğundan, başvuru AlHM'ye götürülmemiştir.

1.12. AİHS md. 14 (AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanımının sağlanmasında ayrımcılık yapılmasının yasak olması [işlemde eşitlik ⁹⁰⁸] – kısaca, ayrımcılık yasağı):

Bilindiği üzere, AİHS md. 14’ün uygulama alanı, sadece, AİHS ve Ek Protokollerin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. Bu bağlamda, ayrımcılık yasağı sadece, söz konusu hak ve özgürlüklerin kullanımıyla ilişkili / bağlantılı olarak uygulanabilir; kendi başına uygulanamaz. Ancak, AİHS md. 14’ün ihlal edilmiş olması için, ilişkili olduğu hak ve özgürlüklerin de ihlal edilmiş olması gerekmez ^{909, 910, 911}.

AİHM, ayrımcılığın tanımını şöyle yapmaktadır; aynı durumda olan kişileri, nesnel (*objective*) ve makul olarak haklı bir neden bulunmaksızın, farklı uygulamaya tabi tutmak ⁹¹². Bu tanımdan, AİHS ve Ek Protokollerin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin, farklı kişi veya gruplara, farklı düzeylerde uygulanması veya bir kişi veya gruba hiç uygulanmaması anlaşılmaktadır. Dengeleme ve adil denge ilkesine uyulması sorunu da, söz konusu farklı uygulama olgusuna bağlı olarak gündeme gelir. Dengeleme gerektiren çatışma ise, hak ve özgürlükten az yararlanan veya hiç yararlanamayan kişi veya grupla (dezavantajlı kişi veya grup), bunlardan daha çok yararlanması sağlanan kişi veya grup (avantajlı kişi veya grup) arasında değildir; bunlar sadece, dengesizliği belirlemek için birbirleriyle karşılaştırılırlar. Çatışma, dezavantajlı kişi veya grupla kamu çıkarı arasındadır ve söz konusu dengesizlik kendiliğinden oluşmamış; kamu çıkarı ileri sürülerek, yetkililer (yasaya organı vs) tarafından yani, devlet eliyle oluşturulmuştur. Ayrımcılığın giderilmesi / düzeltilmesi de, pozitif yükümlülük çerçevesinde devlete düşer. Devletin bu bağlamdaki pozitif

⁹⁰⁸ Gölcüklü, Gözübüyük 400.

⁹⁰⁹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 632-633; Lawson and Schermers 82-83 [n. 23, 27]; Jacobs, White and Ovey 554; Harris, O’Boyle and Warbrick 767.

⁹¹⁰ Aynı durum, AİHS md. 13 için de geçerlidir; bkz., yukarıda, bu Bölümün 1.10. no.lu paragrafı.

⁹¹¹ Her hangi bir hak ve özgürlüğe bağlı olmaksızın, genel nitelikli ayrımcılık yasağı AİHS’ye Ek 12 No.lu Protokol’de düzenlenmiştir (Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok 632; Harris, O’Boyle and Warbrick 801). Türkiye bu Ek Protokol’e taraf değildir (25 Mayıs 2023). Türkiye’nin taraf olduğu, 1966 tarihli Kişisel (Medeni) ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin (*International Covenant on Civil and Political Rights*) 26. maddesi de, yasa önünde genel eşitliği öngörmüştür (Lawson and Schermers 175 [n. 5]; Jacobs, White and Ovey 567; Harris, O’Boyle and Warbrick 764).

⁹¹² Harris, O’Boyle and Warbrick 766; ayrıca, Glor v. Switzerland (no. 13444/04), 30.4.2009, prg. 71.

yükümlülüğü, AİHS md. 14'ün metninden açık olarak olarak anlaşılmaktadır: “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma (...) hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır (*shall be secured without discrimination*)”. Dezavantajlı gruplar yararına, onların durumunu kolaylaştırmak ve daha iyi bir konuma getirmek (*favor or promote the interests of disadvantaged groups*) amacıyla, ayrımcılığı gidermenin / düzeltmenin ötesinde – tersine (*reverse*) veya pozitif ayrımcılık anlamında – ek hak / çıkar / ayrıcalık / olanak tanımak, AİHS çerçevesinde kalındığı sürece, ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmaz ⁹¹³.

Yukarıda belirtilenler ışığında, ayrımcılık yasağı bağlamında dengeleme ve adil denge ilkesine uyulması konusunun, sadece, hak ve özgürlüklerin veya çıkarların, kamu yararıyla / çıkarıyla çatışması ile ilgili karar örneklerinin incelendiği bu alt-bölümde ele alınmasının uygun olacağı düşüncesindeyiz.

1.12.1. AİHM’nin, adil denge kavramını ilk kez karar metninde kullandığı ⁹¹⁴, 23.7.1968 tarihli Belçika’daki eğitim dilleri kararı, aynı zamanda, eğitim hakkı ile ilgili de ilk karardır. Bu eski fakat ilkesel nitelikteki kararın ayrımcılıkla ilgili yaklaşımı adil denge ilkesi açısından incelendiğinde, ayrımcılık yasağının ihlal edilmemiş olması için, iki ilkeye uygun davranılmış olmasının öngörüldüğü öncelikle belirtilmelidir. Söz konusu iki ilke şunlardır: 1) Varlıkları kaçınılmaz olan farklı olguların (*essentially different factual circumstances*) objektif yani, keyfi olmayan biçimde değerlendirilmesi ve 2) kamu yararı / çıkarı ile kişinin AİHS ve Ek Protokoller tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge sağlanması. İki ilke birbirini tamamladığı için, her ikisine birlikte uyulması gerekmektedir ⁹¹⁵. Birinci ilkede kastedilen farklı olgular, rastgele oluşmuş veya bozuk bir işleyişin sonucu olarak ortaya çıkmış farklılıklar değil, ana dili gibi, “varlıkları kaçınılmaz olan” olgusal farklılıklardır ve bunların, keyfi olmayan biçimde değerlendirilmesi gerekir. Ancak, bu yetmez; ikinci ilke uyarınca, çatışan çıkarlar arasında adil bir denge de kurulmalıdır.

Belçika’daki eğitim dilleri başvurusunun yapıldığı dönemde, devletin benimsediği uygulama, yasanın, a) Hollandacayı (*Dutch*) tek geçerli dil (tek dil) olarak öngördüğü bölgelerde (*unilingual regions*) eğitimin Hollandaca; b) Fransızca’yı tek geçerli dil olarak

⁹¹³ Harris, O’Boyle and Warbrick 799, 801.

⁹¹⁴ Bkz., VII. Bölümün 5.1. no.lu paragrafı.

⁹¹⁵ Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium (nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) (Merits), 23.7.1968, s. 40.

öngördüğü bölgelerde ise, eğitimin Fransızca yapılmasıdır. Bunda güdülen amaç, tek dilin geçerli olduğu bölgelerde dil yeknesaklığı (*linguistic homogeneity*) sağlamaktır.

AİHM bu başvuruda, eğitim dillerini düzenleyen yasanın uygulanmasından doğan, aşağıdaki altı durumu incelemiştir:

1) Birinci durum: Yasanın, Hollandacayı tek geçerli dil olarak öngördüğü bölgede oturan ve Fransızca konuşanların çocukları, bu bölgedeki Hollandaca eğitim yapan devlet ilkokullarına gitmek durumundadır. Bölgede Fransızca eğitim yapan ilkokullar ise, paralı özel okul niteliğinde olup, devlet desteği alamamaktadırlar. Bu nitelikleri nedeniyle, pek az aile, çocuklarını bu ilkokullara gönderebilmektedir. Fransızca eğitim yapan devlet ilkokulları da, bu ailelerin yaşadıkları bölgelere uzak yerlerde olmaları nedeniyle, çocuklar ve aileleri, yolculuk külfetiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Aynı uygulama, yasanın, Fransızca'yı tek dil olarak öngördüğü bölge için de geçerlidir yani, bu bölgede oturan ve Hollandaca konuşanların çocukları da, Fransızca eğitim yapan devlet okullarına gitmek durumundadır.

AİHM'e göre, çeşitli gruplar arasında farklı uygulama yapılıyorsa, varlıkları kaçınılmaz olan farklı olguların objektif yani, keyfi olmayan biçimde değerlendirilmesine dayandığı ve kamu yararı / çıkarı ile kişinin AİHS (Ek 1 No.lu Protokol ve diğer Ek Protokoller dahil) tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge sağlandığı sürece, ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş sayılamaz. Burada söz konusu olan birinci durumda, her iki "tek dil" bölgesinde aynı uygulama geçerli olduğundan, ayrımcılık yasağı ihlal edilmemiştir.

AİHM, birinci durumla ilgili kararında, güdülen amaç (dil bölgelerinde dil yeknesaklığı) doğrultusunda yapılan düzenlemenin, acımasız (*harsh*) etkileri olduğunu kabul etmiş ancak, söz konusu amaca daha yumuşak düzenlemelerle ulaşıp ulaşılamayacağı konusunda görüş belirtmekten kaçınmış ve yetkililerin bu konuyu araştırıp araştırmadıklarıyla da ilgilenmemiştir.

Adil denge ilkesi açısından değerlendirme:

AİHM, birinci durumda, her iki dil bölgesinde aynı uygulamanın geçerli olmasını, ayrımcılık yapılmadığı sonucuna varmak için yeterli görmüştür. Bu sonuç, farklı uygulamanın keyfi olmayan bir değerlendirmeye tabi tutulmasıyla ilgili birinci ilkeye uygundur. Adil denge ilkesi açısından ise, her iki dil bölgesinde, çatışan kamu çıkarıyla,

ailelerin, çocuklarını kendi dillerinde okula göndermeleriyle ilgili çıkarları, paralı özel okul niteliğindeki ilkokullara gönderme olanağının tanınması ile – zayıf biçimde de olsa – dengelenmiş görünmektedir. Öte yandan, AİHM'nin, “acımasız” olduğunu belirttiği söz konusu uygulamanın etkilerinin daha “yumuşak” çözümlerle hafifletilip hafifletilemeyeceği konusu üzerinde durulmamış olması, adil denge ilkesi açısından eksiklik oluşturmaktadır.

2) İkinci durum: Brüksel'e komşu, özel statüdeki 6 yerel yönetim bölgesinde (*commune*), geleneksel olarak Hollandaca kullanılmaktadır. Bu bölgeler için geçerli olan özel statüye göre, idari işlerde çift dil yani, Fransızca ve Hollandaca kullanılır; eğitim dili ise, Hollandacadır. Devletin anaokullarında ve ilkokullarında Fransızca eğitim yapılabilir ancak bu da, 6 yerel yönetim bölgesinden biri olan, ilgili bölgede yaşayan 16 aile reisinin istekte bulunmasına bağlıdır. Ayrıca, Fransızca eğitimin yanında Hollandaca eğitim zorunludur. Buna karşılık, aynı bölgelerde devletin, Hollandaca eğitim yapan okullarında Fransızca eğitim seçmelidir.

AİHM'ye göre, bu farklı uygulama, ayrımcılık olarak nitelendirilemez zira, belirtilen farklı uygulama, Hollandacanın, söz konusu bölgelerde geleneksel olarak kullanılan dil olmasına dayanmaktadır.

Adil denge ilkesi açısından değerlendirme:

AİHM, ikinci durumda, geleneksel dil bağlamındaki kamu çıkarıyla, Fransızca eğitim hakkına ilişkin çıkarın, Fransızca eğitimin tamamen dışlanmayıp seçmeli olarak yapılmasıyla dengelenmiş olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu çözümün, çatışan her iki çıkarın ayakta kalmasını sağladığı için, dengeleme uygulamasına uygun olduğu düşünülmektedir. Ayrıca, burada, insan haysiyetine aykırı veya hakkın özünü çiğneyen veya demokratik toplum açısından gerekli olmadığı ileri sürülebilecek bir sonuç⁹¹⁶ da söz konusu olmadığından, yapılan dengelemenin, adil denge ilkesiyle de uyumlu olduğu söylenebilir.

3) Üçüncü durum: Brüksel büyük şehir sınırları içinde yaşayanların çocuklarının eğitim dili, anadillerine veya kullanmaya alışık oldukları dile göre, Fransızca veya Hollandaca olarak belirlenir. Brüksel büyük şehir sınırları dışındaki yerleşim yerlerinde oturup,

⁹¹⁶ Bkz. VII. Bölümün 4.1. no.lu paragrafında yer alan adil denge tanımımız.

öğrenim için Brüksel'e gelen çocuklar ise, geldikleri bölgede geçerli olan dilde eğitim yapan okula gidebilirler.

AlHM, bu çocukların tabi olduğu uygulamada farklılık bulunmadığı için, ayrımcılık yasağına aykırılık görmemiştir

Adil denge ilkesi açısından değerlendirme:

Üçüncü durumda, farklı uygulama bulunmadığından, adil denge ilkesi açısından da tartışmalı bir sorun yoktur.

4) Dördüncü durum: Brüksel'e komşu 6 yerel yönetim bölgesi dışında kalan 2 bölgede (*Louvain* ve *Heverlee*), yasa uyarınca Hollandacanın tek geçerli dil olmasına rağmen, bu iki bölgede Fransızca eğitim yapan okullar da korunmuştur. Bunun nedeni, Louvain Üniversitesinin akademik ve idari kadrolarındaki görevlilerinin ve öğrencilerinin çift dilli (Hollandaca ve Fransızca) olması ve bu Üniversitenin çift dilde eğitim yapan özelliğinin sürdürülmek istenmesidir. Dolayısıyla, bu Üniversitenin Fransızca kullanan akademik ve idari kadrolarındaki görevlilerinin ve öğrencilerinin çocukları, her iki bölgede de, Fransızca eğitim yapan okullara gitme hakkına sahiptir. Buna karşılık, Louvain Üniversitesiyle belirtilen bağı bulunmayan ve söz konusu iki bölgede yaşayan ailelerin çocukları ise, bu hakka sahip değildir.

AlHM, bu farklı uygulamayı da, Louvain Üniversitesinin çift dilde eğitim yapan özelliğinin sürdürülmesinin, güdülen meşru bir amaç olduğu gerekçesiyle, ayrımcılık olarak nitelendirmemiştir.

Adil denge ilkesi açısından değerlendirme:

AlHM'nin, dördüncü durumda, hükümetin, Louvain Üniversitesinde çift dilli eğitimin sürdürmesiyle ilgili kamu çıkarına ağırlık vermesine saygı gösterip uyduğu (*deference*) görülmektedir. Ancak, bu uygulamayla, Fransızca eğitim görme hakkı dışlanmış olmaktadır. Bu aleyhteki durumu dengelemek için, Fransızca eğitim yapan özel okullara izin verilmesi gibi bir tedbirin düşünülmemiş olması, adil denge ilkesi açısından sorunludur.

5) Beşinci durum: İkinci durumda belirtilen 6 yerel yönetim bölgesi dışında, Fransızcanın veya Hollandacanın tek geçerli dil olarak öngörüldüğü bölgelerde oturan ve Hollandaca konuşan çocukların, söz konusu 6 yerel yönetim bölgesindeki

Hollandaca eğitim yapan okullara gitmeye haklarının bulunmasına karşılık, aynı hak, Fransızca konuşan çocuklara tanınmamıştır.

AİHM burada, yerleşim yeri (ikametgah) koşulunun (*residence condition*) sadece Fransızca için öngörüldüğünü ve bu koşulun, okulların yararıyla veya idari veya mali nedenlerle ilgili olmayıp, eğitimde Fransızca aleyhine ayrımcılık temelinde konduğunu belirleyerek, eğitim hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Adil denge ilkesi açısından değerlendirme:

Beşinci durumdaki farklı uygulamanın, eğitim hakkı bağlamında ayrımcılık olarak nitelendirilmesi, gerek, farklı olguların objektif biçimde değerlendirilmesi ilkesiyle, gerek, adil denge ilkesiyle uyumludur. Şöyle ki, (1) Hollandaca ve Fransızca dillerinin kaçınılmaz varlıkları karşısında, eğitim bakımından bu dillerden Fransızcanın ayrı tutularak, Hollandaca ile aynı olanaklardan yararlandırılmaması, objektif bir değerlendirmeye dayanmamaktadır; (2) her tek dil bölgesinde dil yeknesaklığının sağlanması amacıyla da örtüşmeyen, Fransızca'yı dışlayan uygulamanın, kamu çıkarıyla ilişkisi kuşkuludur. Şayet, kamu çıkarı yoksa, olmayan kamu çıkarıyla eğitim hakkının çatışmasından söz edilemeyeceğinden, dengeleme yapılması da olanaklı değildir; dolayısıyla, bu olasılıkta, ayrımcılık yasağının ihlali sadece ilk ilkeye dayanır. Şayet, Fransızcanın dışlanmasını gerektiren ağırlıklı bir kamu çıkarı varsa – bunun, hükümet tarafından ortaya konması gerekir – bu kamu çıkarıyla çatışan Fransızca dilinde eğitim hakkını ayakta tutacak adil bir denge kurulması beklenir ki, Fransızca dilinde eğitim yapılmasına olanak tanınmaması karşısında, bunun yapılmadığı açıktır. Dolayısıyla, bu olasılıkta ayrımcılık yasağının ihlali iki ilkeye de dayanmaktadır.

6) Altıncı durum: Belçika'da, orta öğretimden sonra yükseköğretime gidebilmek için, orta öğrenimden alınan bitirme belgesinin yetkili bir kurul tarafından incelenerek denkliğinin onaylanması (*homologation*) gerekmektedir. Onay işleminin olumlu veya olumsuz olması, öğrenimle ve dille ilgili koşulların yerine getirilmiş olmasına bağlıdır. Onay alamayanların, yükseköğretime gidebilmek için ek bir sınava girip başarılı olmaları gerekir.

AİHM, eşit olmayanlara eşit uygulama yapılmamasının, ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle, bu uygulamanın ayrımcılık sayılamayacağına hükmetmiştir⁹¹⁷.

Adil denge ilkesi açısından değerlendirme:

AİHM'nin, altıncı durumda dayandığı, eşit olmayanlara, eşit uygulama yapılmamasının ayrımcılık oluşturmayacağına ilişkin gerekçe, varlıkları kaçınılmaz olan farklılıkların objektif biçimde değerlendirilmesi ve adil denge ilkelerine uyulduğu sürece, geçerli olabilir. Belirtildiği gibi, ortaöğrenim bitirme belgeleri, öğrenim ve dille ilgili koşulların yerine getirilip getirilmediğine göre onaylanmaktadır. Bu süreçte, öğrenimle yani, bilgi düzeyi ile ilgili değerlendirme objektif biçimde yapılabilir fakat, dil koşuluyla ilgili değerlendirme, varlıkları kaçınılmaz olan iki dilden birinin, objektif ölçülere dayanmaksızın dışlanmasıyla sonuçlanmaktadır; dışlanan dilin ise, diğeriyle eşit olmadığı ileri sürülemez. İki dilden birinin dışlanmasını gerektiren bir kamu çıkarı varsa, bunun hükümet tarafından ortaya konması gerekir ki, kararda bunu görememekteyiz. Yine de, iki dilden birinin dışlanmasını gerektiren bir kamu çıkarının varlığı ileri sürülürse, bu kamu çıkarı ile dışlanan dilde eğitim hakkı arasında adil denge ilkesine uygun olarak dengeleme yapılması kaçınılmazdır. Bu yapılmamıştır.

1.12.2. AİHM'nin 28.11.1984 tarihli Rasmussen / Danimarka kararında, başvurucunun, evlilik birliği içinde doğan çocuğun babalığının (soybağının) reddi ile ilgili davasının zamanaşımına tabi olduğuna; buna karşılık, benzer koşullarda analığın reddi davası açılmasının herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı olmadığına ilişkin şikayeti incelenmiştir. Başvurucu, söz konusu yasal durumun, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS md. 8) bağlamında, cinsiyet ayrımcılığına yol açtığını ileri sürmüştür.

AİHM, şikayet konusu yasanın, babalığın reddi davası için zamanaşımı öngörürken, analığın reddi davası için herhangi bir zamanaşımı süresi öngörmemiş olmasının, yasanın, hukuk güvenliğini (*legal certainty*) sağlama ve çocuğun üstün yararını koruma amacından kaynaklandığı görüşünü benimsemiş ve zamanaşımı süresinin, kadından çok erkek için gerekli olduğunu belirtmiştir. AİHM, Danimarka hükümetinin

⁹¹⁷ Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) (Merits), 23.7.1968, s. 33-35, 39-41, 45-48, 52, 54, 56-57, 65-68, 82-83.

savunmasında ve başvuruyu ilk aşamada inceleyen AİHK'nın 5.7.1983 tarihli raporunda yer alan, eşlerin ayrılmaları durumunda, çocukların velayetinin genellikle anaya verilmesi nedeniyle, çocukla babanın soybağının kısa sürede belirlenmesinin, çocuğun yararına olduğu görüşüne katılmış ve dava zamanaşımı bakımından eşler arasındaki farklı muamelenin (*difference of treatment*) ayrımcılık oluşturmadığına karar vermiştir ⁹¹⁸.

Bu davada, başvurucunun, zamanaşımına tabi babalığın reddi davasının – analığın reddi davasında olduğu gibi - zamanaşımına tabi olmamasına ilişkin çıkarının, ananın çıkarı ile değil; hukuk güvenliğini sağlamaya ve çocuğun çıkarını korumaya yönelik kamu çıkarı ile çatışması söz konusudur. Her iki çıkarın çatışması, dengelenerek çözümlenmiştir. Dengelemede, başvurucunun çıkarı karşısında, kamusal çıkar ağır basmıştır zira, söz konusu kamusal çıkar paketinin içinde, korunurken üstün tutulması (*prevail*) gerektiği belirtilen, çocuğun çıkarı bulunmaktadır. Dengeleme sonucunda ise, çok istisnai durumlara özgü olabilen analığın reddi davasına ve bu davaya göre, daha sık karşılaşılabilen babalığın reddi davasına uygulanan zamanaşımı farklılığı - cinsiyet temelinde farklı muamele olarak nitelendirilebilse de - haklı görülerek, giderilmemiştir.

1.12.3. Aşağıda, AİHS md. 11 (Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü) (2.6.2. no.lu paragraf) ve Ek 1 No.lu Protokol md. 1 (kısaca, mülkiyetin korunması hakkı) (2.7.2. no.lu paragraf) başlıkları altında incelediğimiz Chassagnou vd. / Fransa kararında, ayrımcılık yasağının, söz konusu iki temel hakla ilişkili olarak iki kez ihlal edildiğine hükmedilmiştir:

1.12.3.(a) Kararda, AİHS md. 11'in uygulanmasında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna, 20 hektardan küçük arazilerin sahipleri için, yetkili avcılık derneğine üye olma zorunluluğu öngörülürken, bu miktardan büyük arazilerin sahiplerinin bu zorunluluktan ayrı tutulmaları olgusuna dayanılarak varılmıştır. Gerekçe ise, bu farklı uygulamanın bir açıklamasının bulunmamasından ibarettir ⁹¹⁹.

Büyük Daire, bu eksiklik karşısında her hangi bir dengeleme yapmamıştır. Bu da anlaşılır bir durumdur, zira, herhangi bir açıklamanın bulunmaması, keyfiliği çağırıştırır ve keyfiliğin olduğu yerde, ihlal sonucuna varılması için başka bir adım

⁹¹⁸ Rasmussen v. Denmark (no. 8777/79), 28.11.1984, prg. 18, 26-27, 34, 39, 41-42.

⁹¹⁹ Chassagnou and others v. France (no. 25088/94, 28331/95 and 28443/95) [GC], 29.4.1999, prg. 121.

atılmasına veya başka bir basamağa geçilmesine gerek yoktur. Ancak, şu olasılığı düşünmekte yarar vardır: Şayet, bu farklı uygulamanın, keyfilik kaygısını ortadan kaldıracak bir açıklaması bulunsaydı ve bu açıklama, AİHM'nin farklı uygulamalar için öngördüğü koşullardan biri olan, “makul bir açıklama”⁹²⁰ niteliğinde olsaydı, o zaman AİHM, farklı uygulamaya saygı gösterip uymak (*deference*) durumunda mı kalacaktı? Bizce “makul açıklama”, AİHM'yi adil denge ilkesine göre dengeleme yapmaktan alıkoymamalıdır. Nitekim, 23.7.1968 tarihli Belçika'daki eğitim dilleri kararında, çeşitli gruplar arasında farklı uygulama yapılıyorsa, adil denge ilkesinin gözetilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁹²¹. Dolayısıyla, söz konusu farklı uygulama için makul sayılabilecek bir açıklama bulunsa da, burada olduğu gibi, derneğe üye olmama hakkını tamamen ortadan kaldıran bir dengesizlik karşısında, başvuruçuların derneğe üye olmama hakkı ile kamu çıkarı arasında dengeleme yapılmasının ve söz konusu temel hakkın ayakta tutulmasının kaçınılmaz olacağı düşünülmektedir.

1.12.3.(b) Karardaki ikinci ayrımcılık yasağı ihlali, Ek 1 No.lu Protokol md. 1'le ilgilidir. Büyük arazi sahiplerinin avlanma hakkını yetkili derneğe devretmek zorunda olmamalarına karşın, küçük arazi sahiplerinin buna zorunlu tutulmaları, ayrımcılık yasağına aykırı görülmüştür. Büyük Daire, uygulama ayrımcılığının haklı sayılması için gerekli olan, meşru amaçla (kamu yararı) bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında orantı (amaç-arac orantıllılığı) bulunması gerektiğini; olayda ise, bu orantının bulunmadığını ve yetkililerin, söz konusu farklı uygulama için, “baskın” (*preponderant*) bir kamu yararının varlığını ileri süremediklerini vurgulayarak, ihlal bulunduğuna hükmetmiştir⁹²².

Burada da yine, “baskın” bir kamu yararı var olsaydı ve bu nedenle, farklı uygulama haklı görülseydi bile, temel hakkı tamamen ortadan kaldıracak bir dengesizliğe izin verilebilir miydi, sorusu akla gelmektedir. Bizce, bu olasılıkta da adil denge ilkesine göre dengeleme yapılması gerekmektedir. Hatta, amaç-arac orantısı bulunsa da, bu yapılmalıdır. Zira, yukarıda (XIII. Bölümün 1.1. no.lu paragrafı) açıklandığı gibi, sıralamada, adil dengenin belirlendiği dengeleme uygulaması, amaç-arac

⁹²⁰ Harris, O'Boyle and Warbrick 772.

⁹²¹ Harris, O'Boyle and Warbrick 774; ayrıca, *Glor v. Switzerland* (no. 13444/04), 30.4.2009, prg. 73.

⁹²² *Chassagnou and others v. France* (no. 25088/94, 28331/95 and 28443/95) [GC], 29.4.1999, prg. 90-95.

orantılılığından sonra gelir ve ancak, amaç-araç orantılılığı yoksa, dengeleme aşamasına geçilmesine gerek kalmadan ihlal kararı verilebilir.

1.12.4. AİHM'nin 30.4.2009 tarihli Glor / İsviçre kararında, şeker hastası başvurusunun, askerlik hizmeti veya onun yerine başka kamu hizmeti yapmak istemesine ve hafif özürlü (*minor disability*) sayılmasına rağmen, askerlikten muaf tutulması ve daha ağır düzeyde özürlü olanlardan muafiyet vergisi alınmazken, kendisini zorlayacak miktarda muafiyet vergisi ödemekle yükümlü kılınması karşısında, 1) devletin takdir yetkisinin geniş olmadığı; 2) askerlik hizmetinde başvuru durumunda olanlara uygun hafif işlerde görevlendirme olanağının tanınmamış olmasının, amaç-araç orantılılığı ile bağdaşmadığı; 3) ödenecek vergi miktarının, başvurusunun mütevazı (*modest*) ücretine göre azımsanamayacak ölçüde olduğu belirtilerek, adil denge ilkesine uyulmadığı gerekçeleriyle, AİHS md. 8'le ilişkili olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği hükmüne varılmıştır⁹²³.

Bu sonuçta rol oynayan önemli etmenler, askerlik hizmetinde başvuru durumunda olanlara uygun hafif işlerde görevlendirme olanağının tanınmaması ve alınan verginin, başvurusunun geçimini zorlaştıracak ölçüde olmasıdır. Bu iki etmen aynı zamanda, başvurusunun çıkarının, kamu yararıyla çatışmasında dengesizliğe yol açan ve dengeleme ihtiyacı doğuran etmenlerdir. Kararın 85. paragrafında, askerlik hizmeti yapmak isteyen başvurusunun, kamu yararı uyarınca, askerlikten muafiyet vergisi ödemekle yükümlü kılınmasının eleştirilmesi de bu görüşümüzü desteklemektedir.

2. AİHM'nin, AİHS'deki hak ve özgürlüklerin veya çıkarların birbiriyle çatışması durumunda dengeleme uygulaması:

Bu başlık altında, özel kişilerin karşılıklı olarak, AİHS'ye dayalı temel haklarına ilişkin çıkarları arasında oluşan çatışmalara örnekler vermeye çalışacağız. Altını çizmekte yarar vardır ki, burada söz konusu olan, belirtilen çıkarların çatışmasıdır; yoksa, AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin birbiriyle çatışması değildir. Bazı durumlarda, çatışmanın, özel kişilerin karşılıklı çıkarları arasında mı, yoksa, özel kişilerin çıkarıyla, kamu çıkarları arasında mı olduğu konusunda duraksama (tereddüt) olabilir. Buna örnek olarak, yukarıda, bu Bölümün 1.8.1. no.lu paragrafında sunulan İ.A. / Türkiye kararı gösterilebilir.

⁹²³ Glor v. Switzerland (no. 13444/04), 30.4.2009, prg. 44, 73, 77, 79, 82, 84-85, 89, 93-94, 96, 98.

AİHM Büyük Dairesi, 29.4.1999 tarihli Chassagnou vd. / Fransa kararında, özel kişilerin, AİHS'ye dayalı temel haklarına ilişkin çıkarlarının karşılıklı olarak çatışmaları durumunda, aralarında denge kurmak için sürekli bir çaba gösterilmesinin demokrasinin temelini oluşturduğunu belirtmiştir ⁹²⁴.

Son olarak, özel kişilerin, AİHS'ye dayalı temel haklarına ilişkin çıkarlarının karşılıklı olarak çatışmaları bağlamında, AİHS'de (taraf olunan Ek Protokoller dahil) güvence altına alınan hak ve özgürlükler arasında normatif açıdan (biçimsel kurallar olarak) önem sırası (iyerarşi) bulunmadığını hatırlatmakta yarar vardır. Ancak, söz konusu hak ve özgürlüklerin, normatif açıdan eşit konumda olmaları, AİHS tarafından korunan, yaşam hakkı gibi değerlerin üstün konumda tutulmalarına engel oluşturmaz ⁹²⁵.

2.1. AİHS md. 2 (Yaşam hakkı):

AİHM kararlarında, yaşam hakkı ile AİHS'nin güvence altına aldığı diğer hak / özgürlük / çıkarların karşıtlaşmasına, sadece, ceninin yaşam hakkı ile, ifade özgürlüğünün veya kadının özel hayat hakkının çatışması durumunda rastlanmaktadır.

2.1.1. AİHM, hamile kadınlara İrlanda dışındaki kürtaj olanakları konusunda bilgilendirme ve danışmanlık hizmeti verilmesine getirilen sınırlama ile ilgili 29.10.1992 tarihli Open Door and Dublin Well Woman / İrlanda kararında, hükümetin, doğmamış çocuğun (ceninin) yaşam hakkı ile ifade özgürlüğünün dengelenemeyeceğine ilişkin savunması, AİHM tarafından kabul görmemiş ve devletin, ahlaki değerlerin korunmasıyla ilgili takdir yetkisinin, sınırsız ve denetlenemez olmadığı ve demokratik toplumların, çoğulculuk gereği, şok eden ve rahatsız eden düşüncelere karşı hoşgörü göstermek durumunda olduğu gerekçeleriyle, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır ⁹²⁶.

Görüldüğü gibi, AİHM bu kararında, ceninin yaşam hakkı ile ifade özgürlüğünü karşılaştırarak dengelemekten kaçınmış ve ceninin yaşam hakkı konusunu

⁹²⁴ Chassagnou and others v. France (no. 25088/94, 28331/95 and 28443/95) [GC], 29.4.1999, prg. 113; Gerards, *General Principles* 187.

⁹²⁵ Bkz., yukarıda IX. Bölümün 2. no.lu paragrafı ve dip-not 502.

⁹²⁶ Open Door Dublin and Dublin Well Woman v. Ireland (nos. 14234/88; 14235/88), 29.10.1992, prg. 67-68, 71, 80; Lawson-Schermers 475.

tartışmaksızın, doğrudan ifade özgürlüğüne yönelmiş ve kararını bu özgürlük kapsamında vermiştir.

2.1.2. AİHM'nin 5.9.2002 tarihli Boso / İtalya kabul edilemezlik kararında, kadının, kocasının karşı çıkmasına rağmen, kadının ruhsal ve fiziksel sağlığına öncelik veren İtalyan mevzuatı çerçevesinde kürtaj olmasını, ceninin yaşam hakkının, AİHS md. 2 kapsamında korunup korunmadığının belirlenmesine gerek olmadığı ve hükümetin, ceninin korunması ile kadının hak ve çıkarlarını dengelerken takdir yetkisini aşmadığı gerekçeleriyle, AİHS md. 2'ye aykırı bulmamıştır⁹²⁷.

2.1.3. AİHM Büyük Dairesinin, 8.7.2004 tarihli Vo / Fransa kararında ise, doğmamış çocuğun (ceninin), AİHS md. 2 kapsamında korunan "kişi" olarak nitelenemeyeceği ve şayet, ceninin yaşam hakkı varsa, annenin hak ve çıkarları karşısında sınırlı olduğu belirtilmiştir⁹²⁸.

AİHM Büyük Dairesi, bu kararıyla, Boso / İtalya kabul edilemezlik kararında sergilediği, ceninin yaşam hakkının, AİHS md. 2 kapsamında korunup korunmadığını belirlemekten kaçınan yaklaşımını terketmiş ve ceninin yaşam hakkı ile annenin hak ve çıkarları karşılaştırıldığında, anneninkilerin ağır bastığını ortaya koymuştur.

2.2. AİHS md. 3 (İşkence yasağı):

Bu yasağın, başka kişilerin AİHS'de güvence altına alınan hak / özgürlük ve çıkarlarıyla çatıştığına ve bu çatışmayı dengeleme yoluyla durdurmaya (çözümlemeye) yönelik olarak, AİHM'nin herhangi bir kararı bulunmamaktadır.

2.3. AİHS md. 6 (Adil yargılanma hakkı):

AİHM'nin 26.3.1996 tarihli Doorson / Hollanda kararı, uyuşturucu satıcılarına karşı yapılan operasyonda, kimliklerinin gizlenmesini isteyen iki tanığın ifadeleri üzere, başvurunun mahkum olmasının, adil yargılanma hakkına aykırı olduğu şikayetiyle ilgilidir.

AİHM, 1) istinaf aşamasında, söz konusu iki tanığın kimliklerinin açıklanması dışında, başvurunun avukatı tarafından sorgulanıp, her soruyu yanıtladıklarını belirledikten

⁹²⁷ Boso v. Italy (no. 50490/99) [Dec.], 5.9.2002, kararın "The Law / En Droit" bölümünde prg. 1; Mowbray 8.

⁹²⁸ Vo v. France [GC] (no. 53924/00), 8.7.2004, prg. 80; Mowbray 8-9.

sonra, 2) tanıkların tehdit edildikleri ileri sürülmemiş olmasına rağmen, uyuşturucu satışı gibi suçlarda, tanıkların can güvenliklerinin, özgürlüklerinin ve özel hayatlarının tehlike altında olduğu gerçeğinden hareketle, bu olaydaki iki tanığın hak ve çıkarlarının, başvurunun savunma hakkına ağır bastığını, ancak, 3) tanıkların kimliklerinin gizlenmesinin, başvurunun savunma hakkı açısından yarattığı zorluğun da dengelenmesi gerektiğini belirtmiş; 4) istinaf aşamasında, söz konusu tanıkların başvurunun avukatı tarafından sorgulanabilmiş olmasının savunma zorluğunu yeterince dengelediğini; ayrıca, 5) başvurunun sadece, kimlikleri gizlenen tanıkların ifadelerine dayanarak mahkum edilmiş olmamasının da diğer dengeleyici etmen olduğunu kabul etmiş ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir ⁹²⁹.

Burada, başvurunun, adil yargılanma hakkı kapsamındaki savunma hakkı ile, tanıkların güvenlik, özgürlük ve özel hayat haklarıyla ilgili çıkarlarının çatıştığına dikkat çekmek isteriz.

2.4. AİHS md. 8 (Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı):

2.4.1. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı:

2.4.1.1. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile dini cemaatin / kilisenin AİHS md. 9'dan kaynaklanan özerklik hakkının çatışması:

AİHM Büyük Dairesinin, 12.6.2014 tarihli Fernandez Martinez / İspanya kararı, Papalığa evlilik izni için başvuran, başvurusuna cevap verilmemesi üzerine izin almadan evlilik yapan; Katolik kilisesinin, gebelikten korunma, doğum kontrolü, çocuk aldırma ve papazların bekar kalmaları ile ilgili görüşlerine karşı açıklamalarda bulunan; din dersi öğretmeni olan ve devlet okulunda her yıl yenilenebilen sözleşmeye bağlı olarak din ve ahlak dersi veren Katolik papaz, Papalık tarafından 13 yıl sonra evlilik izni verilip, papazlık haklarını yitirdiğinin bildirilmesi ve buna bağlı olarak, sözleşmesi yenilenmeyerek işine son verilmesi olayı ile ilgilidir.

AİHM Büyük Dairesi, 1) özel hayata saygı hakkının mesleki faaliyeti kapsadığını ancak, başvurunun bu faaliyetini sürdürebilmesinin, öngörülen koşullara uyması halinde, sözleşmesinin, piskopos tarafından yenilenmesine bağlı bulunduğunu; 2) başvurunun, dini hukukun kendisine yüklediği sadakat borcunu ve sonuçlarını biliyor

⁹²⁹ Doorson v. The Netherlands (no. 20524/92), 26.3.1996, prg. 68, 70-76, 83.

olması gerektiğini; 3) verdiği derslerin, Katolik doktrinine aykırı olmamasının, sadakat borcunun yerine getirilmesi açısından yeterli olmadığını; 4) kilisenin, din dersi verecek öğretmeni seçme konusunda özerk olduğunu; 5) bu davada, her ikisi de AİHS'nin eşit koruması altında olan, başvurunun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile, kilisenin özerklik hakkının çatıştığını; bu nedenle dengelenmeleri gerektiğini; 6) dini cemaatin / kilisenin özerkliğinin, cemaat içinde karşı görüş hakkını (*right of dissent*) içermediğini; dolayısıyla, dini yetkililerin, cemaat içindeki karşı görüşlere tepki göstermeye haklarının bulunduğunu; 7) buna karşılık, dini cemaatin / kilisenin özerkliğini tehlikeye düşüreceği ileri sürülerek, cemaat üyelerinin özel hayata ve aile hayatlarına saygı haklarının sınırlanabilmesinin, tehlikenin ciddiyetinin kanıtlanmasına, güdülen amaçla orantılı olmasına ve amacını aşmamasına bağlı bulunduğunu; 8) öte yandan, temel hakkın (burada, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı), özgür iradeyle yapıldığı ve belli ölçüler içinde kaldığı (*to a certain degree*)⁹³⁰ sürece, sözleşme ile sınırlanabileceğini; 9) her ne kadar, başvuru, devlet okulunda öğretmenlik yapıyor, bu nedenle, ücretini devletten alıyor olsa da, Avrupa Konseyine üye devletlerin çoğunda geçerli olan uygulama uyarınca, görevlendirme ve görevine son verme konularında, devletle birlikte kilisenin de yetkili olduğunu; 10) daha az kısıtlayıcı bir tedbirin (*a less restrictive measure*) uygulanması durumunda ise, bunun, kilisenin inanılabilirliğinin (*credibility*) korunması açısından, göreve son verme ile aynı etkiyi gösteremeyeceğini ve 11) yerel yargı organlarının, kilise hukuku da dahil olmak üzere, bütün etmenleri göz önünde bulundurarak, başvurunun ve kilisenin çatışan çıkarlarını dengelediğini belirterek, başvurunun özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır⁹³¹.

Kilise ve dini cemaatlerin özerkliği açısından çeşitli ilkeler içeren bu kararı adil denge ilkesi açısından incelediğimizde, şöyle değerlendirebiliriz: AİHM Büyük Dairesi, dengelemede, dini cemaatin / kilisenin özerkliğine temel hak ağırlığı tanırken, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, özgür iradeyle yapılan sözleşme ile sınırlanabileceğini kabul ederek, bu temel hakkın ağırlığını azaltmış ve terazide dini cemaatin / kilisenin özerkliğinin ağır basmasını sağlamıştır.

⁹³⁰ "Belli ölçüde olmak"tan, hakkın özüne dokunulmamasını anlamaktayız.

⁹³¹ Fernandez Martinez v. Spain (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014, prg. 12-13, 15, 109, 111, 118, 121-122, 127, 130-131, 134, 137-139, 142, 145, 147, 150, 152.

Görüşümüze göre, burada, gerek, dini cemaatin / kilisenin özerkliğinin temel hak sayılması, gerek, temel hak olmasında kuşku bulunmayan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının sözleşme ile sınırlanabileceğinin benimsenmesi sorunludur. Her ne kadar, temel hakkın sözleşme ile sınırlanmasının belli ölçüler içinde kalması gerektiği belirtilmiş olsa da, “belli ölçüler”in kapsamı açıklığa kavuşturulmadığından, bu koşulun uygulama alanı belirsiz bırakılmıştır. Aynı şekilde, çatıştığı temel hakla (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) özerkliğinin tehlikeye düştüğünü ileri sürerek söz konusu hakka sınırlama getirilmesini isteyen dini cemaata / kiliseye, ileri sürülen tehlikenin ciddiyetini kanıtlama yükümlülüğü yüklenmiş gibi gözükse de, bu yükümlülük ortada bırakılmış; zira, ileri sürülen tehlikenin ciddi olup olmadığı incelenmemiştir.

Bütün bunlara bakarak, AİHM’nin, başvurucunun özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkıyla karşılaştırıldığında, dini cemaatin / kilisenin özerkliğine daha fazla ağırlık verdiği söylenebilir. Oysa, söz konusu özerklik temel hak sayılsa bile, bu nitelikteki özerkliğin sağlanmasının veya sürdürülmesinin, çatıştığı diğer temel hak tarafından tehlikeye düşürüldüğü gerekçesiyle diğer temel hakkın sınırlanabilmesi için, AİHM Büyük Dairesinin kendi koyduğu, “tehlikenin ciddiyetini kanıtlama yükümlülüğü” araştırılmış ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olduğu tespit edilmiş olsaydı, terazide, dini cemaatin / kilisenin özerklik hakkının ağırlığı azalabilirdi. Keza, temel hakkın (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının) sözleşme ile sınırlanabilmesi için, AİHM Büyük Dairesinin koyduğu “belli ölçüler içinde olma” koşulunun, temel hakkın özünün korunması anlamına geldiği belirtilse ve bu doğrultuda uygulama yapılsaydı, başvurucunun özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkı, olayda olduğu gibi, bütünüyle ortadan kaldırılamayacaktı. Sonuç olarak, Fernandez Martinez / İspanya kararında, dini cemaatin / kilisenin özerklik hakkı ile başvurucunun özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkıyla doğru biçimde dengelenmediği düşünülmektedir.

Karara karşı oy yazan yargıçlar da, yapılan dengelemeyi doğru bulmamış ve eleştirmişlerdir. Sekiz yargıç (Spielman, Sajo, Karakaş, Lemmens, Jaderblom, Vehabovic, Dedov ve Saiz Arnaiz), ortak karşı oy yazılarında, dini cemaatların özerkliğinin mutlak olmayıp, kararlarının sonuçlarının, devletin sivil (dini nitelikte olmayan) mahkemelerinin denetimine tabi olduğunu ve söz konusu denetimin, AİHS dahil, yürürlükte olan yasalar uyarınca yapılması gerektiğini kaydederek, alternatif çözümlerin (en az kısıtlayıcı tedbirlerin) düşünülmemiş ve başvurucunun görevine son verilmesinin, başvurucunun özel hayatı üzerinde yarattığı olumsuz etkinin

önemsenmemiş olmasını eleştirilmişlerdir ⁹³². Yargıç Sajo ise, ayrıca yazdığı karşı oy yazısında, dini cemaatin / kilisenin özerkliğinin, ülkede geçerli yasal düzene aykırı olamayacağını ve dini bir rejimin egemenliğine yol açamayacağını vurgulamıştır ⁹³³. Yargıç Dedov da, ayrıca yazdığı karşı oy yazısında, temel hakkın, herhangi bir kuruluşun özerkliğine üstün tutulması gerektiği görüşünü savunmuştur ⁹³⁴.

2.4.1.2. Çocuğun, biyolojik ana-babasının belirlenmesi ve kimliğinin, biyolojik ana-babası belirtilerek oluşturulması:

2.4.1.2.(1) Mikulic / Hırvatistan davasında, evlilik dışı çocuk olan başvurucunun, biyolojik babası olduğunu ileri sürdüğü kişi, yasaların DNA testine zorlayan herhangi bir hüküm içermemesinden yararlanarak, DNA testinden sürekli olarak kaçınmıştır. Başvurucu da, açtığı babalık davasının etkisiz kaldığını ve yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle, kimliğinin belirlenmesiyle ilgili olarak, uzun süre belirsizlik içinde kaldığını ileri sürerek, AİHM'ye başvurmuştur.

AİHM, 1) aile hayatı kavramının kapsamının, sadece evlilik birliği ile sınırlı olmadığına, fiili (*de facto*) aile bağlarının da kavramın kapsamına girdiğini belirttikten sonra, AİHS md. 8 ile güvence altına alınan özel hayat hakkı çerçevesinde herkesin, biyolojik babasının belirlenmesini isteme hakkı bulunduğunun altını çizmiş; 2) başvurucunun kimliğinin belirlenmesi için, biyolojik babasıyla ilgili gerçeğin ortaya çıkmasındaki hayati çıkarı (*vital interest*) karşısında, biyolojik baba olduğu ileri sürülen kişinin, DNA testi dahil, her çeşit tıbbi testten kaçınma hakkına sahip olduğunu belirtmiş ve 3) biyolojik babasının belirlenmesi için çabalayan başvurucunun çıkarı ile biyolojik baba olduğu ileri sürülen kişinin DNA testinden kaçınma hakkı arasında adil bir denge kurulabilmesi için, bağımsız bir organın biyolojik babayı belirlemesi gibi usuli güvencelere yer verilmiş olmasının gerektiğini vurgulamıştır. AİHM, olayda, başvuru lehine söz konusu usuli güvenceler bulunmadığı için, başvurucunun AİHS md. 8'le korunan özel hayat hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır ⁹³⁵.

⁹³² Fernandez Martinez / İspanya kararı, s. 49, prg. 21; s. 53-54, prg 35.

⁹³³ Fernandez Martinez / İspanya kararı, s. 59, prg 4.

⁹³⁴ Fernandez Martinez / İspanya kararı, s. 65.

⁹³⁵ Mikulic v. Croatia (no. 53176/99), 7.2.2002, prg. 47, 49, 51, 54-55, 62, 64-66.

Burada AİHM, Hırvatistan yasalarına göre uygulanan usulle, çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulamadığını tespit ettiği halde, bu durumu, çıkarlar arasında “orantısızlık” olarak nitelemiştir (kararın 65. paragrafı). Kaydedelim ki, ilgili paragrafta geçen “orantısızlık” teriminin, amaç-araç orantısızlığı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, burada kullanılan “orantısızlık” terimi, “adil denge ilkesine aykırılık” teriminin yerine geçmiştir ⁹³⁶.

AİHM’nin bu kararında, kişinin, ana-babası belirtilerek kimlik bilgilerinin tam olmasına ilişkin çıkarına ağırlık verdiği görülmektedir. Nitekim, söz konusu çıkarı “hayati” olarak nitelemiş, bu nedenle de, teraziye, başvuru lehine usuli güvence ağırlığı koymuştur.

2.4.1.2.(2) Odievre / Fransa davasında, doğduğunda annesi tarafından bakım kurumuna terk edilen, 4 yaşındayken annesinin rızasıyla Odievre ailesine evlatlık verilen ve annesinin adı gizlenen başvuru, 33 yaşına geldiğinde, biyolojik ana-babasıyla ilgili bilgilere ulaşmak için dava açmış fakat sonuç alamamış ve AİHK’ya başvurmuştur. Başvuru, 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren ve AİHK’yı kaldıran 11. No.lu Protokol ⁹³⁷ uyarınca AİHM’ye devredilmiştir.

AİHM, 1) kişinin, biyolojik ana-babasını öğrenme hakkının, AİHS md. 8’le korunduğunu ancak, başvurunun bu hakkının, annesinin, kadın olarak, hastane ortamında sağlıklı doğum yapabilmek amacıyla adının gizli tutulmasına ilişkin çıkarı ile çatıştığını belirtmiş; 2) öte yandan, başvurunun biyolojik ana-babasını öğrenmesinin, biyolojik babanın, biyolojik kardeşlerin ve evlat edinen ailenin, AİHS md. 8 kapsamındaki özel hayat ve aile hayatı hakları açısından sakıncalı sonuçlar doğurabileceğini; dolayısıyla, bu çıkarların da çatışabileceğini eklemiştir. AİHM’ye göre, ilgili Fransız yasası, yaşam hakkının korunması temelinde, hamileliğin sağlıklı geçmesi, doğumun hastane ortamında yapılması, kürtajın, özellikle de, yasadışı kürtajın önlenmesi ve yeni doğan bebeğin uygun / güvenli olmayan ortamlarda terkedilmesinin önüne geçilmesi ile ilgili kamu çıkarını gözeterek, annenin adının ve doğumun gizlenmesine izin vermiştir. AİHM, ayrıca, başvurunun yapıldığı tarihten 4 yıl sonra yürürlüğe giren (2002) yeni yasa ile, kişinin biyolojik ailesinin belirlenmesini kolaylaştırıcı bağımsız bir organ oluşturulduğunu ve başvurunun da, bu yeni organdan yararlanabileceğini

⁹³⁶ Orantılılık kavramı için bkz., yukarıda X. Bölümün 9.1., 9.2. ve XIII. Bölümün 1.1. no.lu paragrafları.

⁹³⁷ 11 No.lu Protokol için bkz., dip-not 608.

kaydetmiştir. AİHM'ye göre, Avrupa ülkelerinde, konu ile ilgili uygulamanın çeşitlilik göstermesi ve aralarında görüş birliği bulunmaması da önem taşımaktadır. Bu çerçevede AİHM, Fransız yasalarının, çatışan söz konusu çıkarlar arasında adil bir denge sağlamış olduğu sonucuna varmış (*deference*) ve olayda, ihlal bulmamıştır ⁹³⁸.

Yedi yargıç (Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Barreto, Tulkens ve Pellonpaa), karara ekledikleri ortak karşı oy yazısında, olayda, adil dengenin sağlanmamış olduğu görüşünü savunmuşlardır. Bu yargıçlara göre, çatışan çıkarlar, iki yetişkine değil, bir çocukla bir yetişkine aittir ve çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulması, çıkarlardan birinin - mutlak biçimde - diğerinin önüne geçirilmesi olarak anlaşılmamalıdır. Fransız yasaları, çatışan söz konusu çıkarlar arasında adil bir denge kuramamıştır, zira, anneye tanınan karar verme yetkisiyle, biyolojik ailesi hakkında sahip olması gereken bilgiden yoksun bırakıldığı için ömrü boyunca bu eksiklikten dolayı acı çekecek bir çocuk dünyaya gelmiş olacaktır. Kamu çıkarı bakımından ise, annenin kimliğinin ve doğumun gizli tutulmasından vaz geçilmesi durumunda, yasadış kürtajın ve yeni doğmuş bebeği öldürme (*infanticide*) olaylarının artacağına ilişkin güvenilir veri bulunmamaktadır. Yedi yargıca göre, Fransız yasalarının getirdiği sistem, çocuk haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelere de aykırıdır; AİHM, diğer Avrupa ülkelerinin bu konuda görüş birliği içinde olmadığına dayanmak yerine, AİHS'de güvence altına alınan hakları geliştirmeye bakmalıdır. 2002'de yürürlüğe giren yeni yasanın getirdiği bağımsız organ da yeterli güvence sağlamamaktadır. Annenin kimliği üzerindeki gizlilik kalkmadıkça, başvuru aleyhindeki dengesizlik devam eder ⁹³⁹.

Belirtilen ortak karşı oy yazısında, AİHM'nin kimliğinin gizlenmesini isteyen annenin çıkarlarını, çocuğun annesinin kimliğini öğrenme hakkının önüne geçirdiği eleştirilmekte ve adil olan dengenin, çocuğun hakkına ağırlık verilmesi yönünde oluşması gerektiği savunulmaktadır. Görüşümüze göre, ne kararda saygı gösterilip uyulan (*deference*) Fransız yasalarının uygulanmasıyla ortaya çıkan denge ya da dengesizlik; ne ortak karşı oy yazısında öngörülen denge, çatışan çıkarların her birini az-çok ayakta tutan bir adil dengeyi yansıtmaktadır zira, ya annesinin kimliğini öğrenmek isteyen başvurucunun hakkı ya da, kimliğinin gizlenmesini isteyen annenin hakkı tercih edilmekte; çatışan diğer hak / çıkar elenmekte ve sonuçta, çıkarlardan her

⁹³⁸ Odièvre v. France (no. 42326/98), 13.2.2003, prg. 1, 4, 10-14, 24, 29, 44-45, 47, 49.

⁹³⁹ Kararın 40. sayfasında yen alan, ortak karşı oy yazısının, 6-7, 9, 15, 16, 20-21. paragrafları.

ikisi değil, sadece biri ayakta kalabilmektedir. Oysa, adil denge ilkesine yönelik dengelemede, her iki çıkarın da ayakta kalması beklenir. Kuşkusuz, çocuk haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerin getirdiği yükümlülükler, yoruma yer bırakmayacak kadar açıksa, görüşümüzde belirttiğimiz dengeleme değil, taraf olunan uluslararası sözleşmelerin öngördüğü yükümlülükler yerine getirilmelidir.

2.4.1.3. Ana veya babanın cinsiyet değiştirmesi durumunda çocuğun doğum kaydı ve üstün yararı:

AlHM'nin 4.4.2023 tarihli O.H. ve G.H. / Almanya kararı, O.H.'nin, 2013 yılında oğlu G.H.'ye hamile kalmadan önce cinsiyet değişikliğinin yasal olarak tanınmış olması (2011) nedeniyle, G.H.'nin doğum kaydına, yeni ad ve cinsiyetiyle "baba" olarak yazılmasını istemesi ve bu isteğinin, Alman yetkililer tarafından reddedilmesi ile ilgilidir. O.H., sperm bağıışı ile hamile kalmış ve bağıışçı, doğacak çocuğun babalık hakkını ileri sürmeme koşuluna razı olmuştur. O.H. ile oğlu G.H., aynı şikayetlerle başvuruda bulunmuşlardır, ancak, G.H., başvuru tarihinde 5 yaşındadır.

AlHM, Alman yetkililerin, 1) O.H.'nin cinsiyet değişikliğinden sonraki güncel cinsiyeti ile ilgili hakkını; 2) G.H.'nin biyolojik ana-babasını öğrenme hakkını ve bu ana-babasına bozulmayan bağlarla bağlanma ve onların sağlayacağı bakım ve öğrenime ilişkin çıkarını; 3) nüfus kayıtlarının tutarlı, tam ve doğru bilgi içermesiyle ilgili kamu çıkarını dengelemek durumunda olduğunu belirtmiş ve çocuğun çıkarının her durumda üstün tutulması gerektiğinin altını çizmiştir.

AlHM, Alman Federal Mahkemesinin, G.H.'nin doğum kaydında, annesi O.H.'nin ilk cinsiyetinin gösterilmesi durumunda, O.H.'nin kendi cinsiyetini belirleme hakkının (*droit d'autodétermination*) zarar görebileceğini ancak, bu hakkın mutlak nitelikte bir hak olmayıp, çocuğun ve kamunun, biraz önce değinilen çıkarlarıyla dengelenmesi gerektiğini belirttiğini tespit etmiştir. AlHM ayrıca, Federal Mahkeme'nin, G.H.'nin çıkarlarının, nüfus kayıtlarının güvenilirliğine ve tutarlılığına ve hukuk güvenliğine ilişkin kamu çıkarlarıyla belli bir ölçüde örtüştüğü görüşüne de yer vermiştir.

AlHM'ye göre, devlet, AlHS md 8'e aykırı olmamak koşuluyla, yasa çıkararak, özel hukuk alanının önemli konularını düzenleyebilir ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla, mutlak nitelikte kurallar koyabilir; bunu yaparken de, her çatışan çıkarı dengelemek durumunda değildir. AlHM, O.H. ve G.H. aynı şikayetlerle başvuruda

bulunmuş olmalarına rağmen, her iki başvuruçunun hak ve çıkarlarının karşılıklı olarak çatıştığı görüşündedir; nitekim, Federal Mahkeme de, bu davayı, biyolojik ananın, bu niteliği ile bağdaşmayacak biçimde, doğum belgesine “baba” olarak kaydedilmesinin, çocuğun (G.H.) temel haklarına zarar verip vermeyeceği açısından incelemiştir.

AİHM’ye göre, O.H.’nin cinsiyet değişikliğinden önceki adının, oğlu G.H.’nin doğum kaydına yazılması, G.H.’nin yararınadır zira, böylelikle, annenin cinsiyet değişikliğinin ortaya çıkmasını önlenmiş olacaktır. Ayrıca, Federal Mahkemenin belirttiği üzere, gerektiğinde, ana-baba adını göstermeyen doğum kaydının sağlanmasının olanaklı olması, cinsiyet değiştiren O.H.’nin karşılaşılabileceği bazı olumsuzlukları azaltabilecek ve sınırlı sayıdaki olasılıklara indirgeyebilecek niteliktedir. AİHM bu çerçevede, Alman yargı organlarının, 1) O.H.’nin haklarını, 2) çocuğun çıkarlarının üstün tutulması ilkesi doğrultusunda, G.H.’nin çıkarlarını ve 3) kamunun çıkarlarını adil bir biçimde dengelemiş olduğuna hükmetmiş ve AİHS md. 8’in ihlal edilmediği sonucuna varmıştır ⁹⁴⁰.

Bu kararda, AİHM’nin, Alman yargı organlarının kararlarına saygı gösterip uyduğu (*deference*) görülmektedir. Ayrıca, karar, iki ilginç özelliğe sahiptir; 1) birlikte başvuruda bulunan ve aynı şikayeti paylaşan iki başvuruçunun (G.H. başvuru tarihinde 5 yaşındadır) hak ve çıkarlarının birbiriyle çatıştığı ve 2) Alman Federal Mahkemesinin değerlendirmesine uyarak, iki başvuruçunun ve kamunun birbiriyle çatışan hak ve çıkarlarının dengelendiğinin belirtilmiş olmasıdır. Kararın 1) no.daki özelliği, AİHM’nin, başvuruda yer alan olguların hukuki nitelemesini yapmakta tek yetkili olmasına ⁹⁴¹ bağlanabilir. Kararın 2) no.lu özelliği hakkında ise, şunlar söylenebilir: Üçlü veya çoklu hak / çıkar çatışması olabilir ancak, bu olayda sadece, iki başvuranın kendi aralarındaki çıkar çatışmasından söz edilebilir zira, cinsiyet değiştiren O.H.’nin hak ve çıkarları, kamu çıkarlarıyla değil, diğer başvuruçunun olan oğlu H.G.’nin hak ve çıkarlarıyla dengelenmiştir. Nitekim, kararın 113. paragrafında açıkça, H.G.’nin, biyolojik annesini öğrenme hakkı söz konusuysa, H.G.’nin hakkının, O.H.’nin cinsiyet değişikliğini gizleme hakkını sınırlayacağı belirtilmiştir. Zaten, kararda, O.H.’nin hak ve çıkarlarının, kamu çıkarı ile dengelendiğinden de söz

⁹⁴⁰ O.H. et G.H. c. Allemagne (nos. 53568/18 et 54741/18), 4.4.2023 (Fransızca), prg. 6-8, 113, 115, 117, 121, 123-125, 128, 131-132, 134 (karar henüz kesinleşmemiştir; 15.6.2023).

⁹⁴¹ Radomilja and others v. Croatia (nos. 37685/10 and 22768/12) [GC], 20.3.2018, prg. 114, 126.

edilmemiştir. AİHM'nin, saygı duyup uyduğu (*deference*) Alman yargı organlarının, O.H. ile oğlu G.H.'nin çatışan çıkarları için yaptıkları dengelemede ise, şu bakış açısı etkin olmuştur: G.H.'nin doğum belgesinde ana-baba adlarının yazılmadan düzenlenmesi olanağının bulunması, pek çok durumda, O.H.'nin cinsiyet değiştirdiğinin ortaya çıkmasını önlemeye yarar; geriye kalan sınırlı sayıdaki olasılıkta ise, cinsiyet değişikliğinin ortaya çıkmasına, O.H.'nin, çocuğun üstün yararı karşısında katlanması, adil denge ilkesine aykırı olmaz. Görüldüğü gibi, Alman yargı organlarının yaptıkları dengelemede, çocuğun üstün yararı ağır basmış, AİHM de, bu nedenle, söz konusu dengelemeye saygı göstererek uymuştur (*deference*).

2.4.1.4. Ana-babanın çocukla ilişkisi ve çocuğun üstün yararı:

2.4.1.4.(1) Keegan / İrlanda davasında, başvuru, hamile bıraktığı ve ayrıldığı nişanlısından kızı olduğunu ancak, ayrıldığı nişanlısının, kızını 1.5 aylıkken evlatlık verdiğini ve kızının velayetini almak istemesine rağmen, yargı organının, velayeti, evlatlık edinen ailede bıraktığını ileri sürerek, AİHK'ya başvurmuştur. AİHK, 17.2.1993 tarihli raporunda, başvuruçunun AİHS md. 8'den doğan hakkının ihlal edildiğini belirtmiş ve raporunu AİHM'ye götürmüştür.

AİHM, toplumsal çıkarla, bireyin çıkarı arasında adil bir denge kurulması gerektiğine ilişkin ilkesini tekrar etmiş ve yasanın, başvuruçunun haberi ve rızası olmadan küçük kızının velayetinin başkalarına verilmesine olanak tanımasının sorun yarattığına dikkat çekmiştir. AİHM'ye göre, sorun, evlat edinenlerin velayetiyle ilgili karardan geri dönülmesi durumunda, çocuğun yeni ailesiyle zaman içinde gelişen bağlarının zarar görmesine; başvuruçunun da, velayet çekişmesinde dezavantajlı bir konuma düşmesine yol açacak olmasıdır. Hükümetin, çocuğun iyiliği / mutluluğu (*welfare* ⁹⁴²) için aile bağlarına saygı ilkesinden ayrılmayı gerektirecek haklı bir neden ortaya koyamadığından, başvuruçunun, biyolojik baba olarak, küçük kızıyla ilişkisine saygı gösterilmemiş olması gerekçesiyle, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁹⁴³.

Keegan / İrlanda kararında, biyolojik babanın küçük kızıyla aile bağı bağlamındaki çıkarı ile küçük kızı evlat edinenlerin çıkarının çatıştığı ve bu çatışmanın

⁹⁴² "Welfare" sözcüğü için bkz., dip-not 176'daki açıklamalar.

⁹⁴³ Keegan v. Ireland (no. 16969/90), 26.5.1994, prg. 1, 32, 49, 55.

dengelenmesinde, biyolojik babanın aile bağı ile ilgili çıkarına ağırlık verildiği gözlemlenmektedir. Ancak, kararın 55. paragrafında, hükümetin, çocuğun iyiliği / mutluluğu (*welfare*) için aile bağlarına saygı ilkesinden ayrılmayı gerektirecek haklı bir neden ortaya koyamadığı vurgulandığına göre, çocuğun iyiliği / mutluluğu gerektiriyorsa, aile bağlarına saygı ilkesinden uzaklaşılabileceği anlaşılmaktadır. Bu da, çocuğun yararının, diğer çıkarlara üstün tutulacağı ilkesiyle örtüşmektedir.

2.4.1.4.(2) AİHM'nin, 23.9.1994 tarihli Hokkanen / Finlandiya kararında, 1.5 yaşındayken annesi ölen ve büyük anne ve büyük babası tarafından bakılan küçük kızın, babası (başvurucu) ile görüşmesinin mahkeme kararına rağmen engellenmesi; küçük kızın bakımı görevinin ise, mahkeme kararıyla önce babaya, sonra da, büyük anne ve büyük babaya verilmesi olayı incelenmiştir.

Kararda, 1) yetkililerin, küçük kızın babasıyla görüşmesini sağlamakta etkisiz kalmalarının, başvurucunun AİHS md. 8'den doğan hakkını ihlal ettiği; buna karşılık, 2) mahkeme, küçük kızın bakımını kimin üstleneceğine karar verene kadar, yetkililerin, küçük kızın büyük anne ve büyük babasına bağlı olması nedeniyle, onların yanında kalmasının daha yararlı olacağını düşünerek, başvurucunun, küçük kızını yanına almasını sağlamaktan kaçınmalarının, başvurucunun hakkını ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. AİHM, kararın gerekçesinde, yetkililerin, çocukla ana-babanın biraraya gelmesini kolaylaştırma yükümlülüğünün mutlak olmadığını; çocuğun üstün yararı ile başkalarının çıkarları düşünüldüğünde, bu yükümlülüğün zor kullanarak yerine getirilmesinin sınırlı olduğunu; ana-babanın çocukla temasının (*contact*), çocuğun üstün yararı ve başkalarının çıkarları ile çatışması durumunda, yetkililerin dengeleme yapması gerektiğini vurgulamıştır⁹⁴⁴.

AİHM, bu davada, yetkililerin, babanın, küçük kızıyla birlikte yaşama hakkına karşı, küçük kızın üstün yararını gözeterek, büyük anne ve büyük babasının yanında kalıp, orada bakım görmesini sağlamalarını haklı bulmuş ve adil denge açısından olumlu karşılamıştır. Burada, diğer hak ve çıkarlarla karşılaştırıldığında, çocuğun üstün yararına ağırlık verildiği görülmektedir.

2.4.1.4.(3) Johansen / Norveç davasında, 16 yaşında evden ayrılan ve 17 yaşında ilk çocuğu olan oğlunu doğuran; geçimini sağlayan sosyal yardım kuruluşlarıyla iyi

⁹⁴⁴ Hokkanen v. Finland (no. 19823/92), 23.9.1994, prg. 8, 18, 20-22, 25, 29, 52, 58, 62-64.

ilişkiler içinde olamayan ve sonradan doğurduğu kızı, yetkililer tarafından koruyucu aileye (*foster parents*) verilip, anne olarak haklarından yoksun bırakılan ve bu duruma son verilmesi için yaptığı talepleri reddedilen başvuru, bunun, AİHS md. 8'e aykırı olduğunu ileri sürerek AİHK'ya başvurmuştur. AİHK, 17.1.1995 tarihli raporunda, başvuruçunun anne olarak haklarından yoksun bırakılmasının AİHS md. 8'den doğan hakkının ihlal edildiği görüşünü belirtmiştir. AİHK raporu, AİHK ve Norveç hükümeti tarafından AİHM'ye götürülmüştür.

AİHM, çocuğun çıkarlarının, diğer çıkarlara göre daha önemli olduğunu vurgulamış ve yetkililerin, çocuğun çıkarlarının korunması açısından, bakımının sağlanması konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduklarını; buna karşılık, yetkililerin, ana-babanın, çocuklarına erişim hakları dahil, çocuklarıyla ilgili hakları konusunda takdir yetkilerinin sıkı denetime tabi olması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, konuyu iki boyutta incelemiş ve 1) küçük kızın bakımı için koruyucu aileye verilmesini haklı bulmuş; 2) başvuruçunun kızına erişim hakkı dahil, kızıyla ilgili hakları açısından ise, AİHS md. 8'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM'nin ikinci sonuca varırken dayandığı gerekçeler şöyledir: a) Çocuğun bakımıyla ilgili çıkarı ile ana-babanın, çocukla birleşip, aile birliği oluşturmalarıyla ilgili çıkarları arasında adil bir denge kurulmalıdır; b) bu dengede, ana-babanın, çocuğun sağlığına ve gelişmesine zarar verebilecek istemlerine ağırlık verilmez; c) çocuğun çıkarları, ana-babanın çıkarlarına ağır basar; bu davada, çocuğun üstün yararı, başvuruçunun, kızına yeterli bir eğitim olanağı sağlaması durumunda, yetkililerin aile birleşmesini gerçekleştirme yükümlülüğünden kaçınmalarını haklı kılmaz⁹⁴⁵.

Bu kararda, ilke olarak, çocuğun üstün yararı ile ana-babanın çocukla ilişkileri bağlamındaki hakları çatıştığında, çocuğun üstün yararının ağır basacağı vurgulanmış ancak, olayda, küçük kızın yetişmesi ve eğitimi ile ilgili belirli olanakların sağlanması koşuluyla, annenin arzu ettiği aile birleşmesinin çocuğun üstün yararına aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Burada, her iki çıkarın ayakta tutulmaya çalışıldığı bir dengeleme örneği görmekteyiz.

2.4.1.4.(4) AİHM Büyük Dairesinin 10.9.2019 tarihli Strand Lobben vd. / Norveç kararında incelenen olay, epilepsiden kaynaklanan beyin hasarı olan, kalacağı evi bulunmayan, doğuracağı çocuğun babasıyla iyi ilişkiler içinde olmayan başvuru

⁹⁴⁵ Johansen v. Norway (no. 17383/90), 7.8.1996, prg. 1, 9, 46-47, 50, 64, 73, 78, 83-85.

anne adayının, çocuğuna bakamayacağını belirtmesi ve yetkililerden yardım istemesi üzerine bakımevine alınması; başvurucunun, zayıf bünyeli doğan çocuğuna bakamadığının ve çocuğun durumunun giderek kötüleştiğinin gözlemlenmiş olmasına dayanarak, önce bakım (zorunlu bakım) için, sonra da evlat edinmeleri için koruyucu aileye verilmesiyle ilgilidir.

Yetkililer, çocuğun annesine geri verilmesi durumunda ihmale uğrayacağı ve zarar göreceği görüşüyle yasal yollara başvurmuşlar ve olumlu sonuç almışlardır. Yüksek Mahkeme, çocuğun, biyolojik annesinden çok, koruyucu annesine bağlandığını da dikkate alarak, koruyucu ailede kalmasına ve biyolojik annesiyle belirli aralıklarla ve sınırlı süreyle birlikte olmasına karar vermiştir. Başvurucu anne, çocuğu geri almak ve koruyucu aileye evlatlık olarak verilmesini engellemek için hukuki süreç başlatmış ancak, yargı organı, başvuru annenin, çocuğun sorumluluğunu taşıyamayacağını gözlemlenmiş olduğu ve çocuğun 3 haftalık bebekliğinden itibaren koruyucu ailenin yanında kaldığı; bu nedenle, bu aile ile güçlü bağlar kurduğu ve evlat edinilmesi durumunda, aidiyet duygusunun daha güçleneceği, iyi bakım göreceği ve huzur içinde olacağı gerekçeleriyle, başvuru annenin aleyhinde karar vermiş, Yüksek Mahkeme de kararı onaylamıştır. Başvurucu anne, çocuğun zorunlu bakımına son verilmesi isteğinin reddedilmesinin, ana-baba sorumluluğunu (*parental responsibility*) üstlenmesine olanak tanınmamasının ve çocuğun, koruyucu aile tarafından evlat edinilmesine izin verilmesinin, kendisi, çocuğu, ikinci eşinden olan çocuğu ve kendi annesi ve babası açısından AİHS md 8'in ihlalini oluşturduğunu ileri sürerek AİHM'ye başvurmuştur.

AİHM Dairesi, yetkililerin çocuğun üstün yararını gözettileri, dolayısıyla ihlal bulunmadığı yönünde karar vermiştir.

AİHM Büyük Dairesi ise, çocuğun zorunlu bakımı için koruyucu ailenin yanında kalması ve koruyucu aile tarafından evlat edinilmesine, yetkililer tarafından izin verilmesi ile ilgili ilkeleri şöyle koymuştur: 1) AİHS md. 8, ana-babaya, çocuğun sağlığına ve gelişmesine zarar verecek sonuçlar doğuracak isteklerde bulunma hakkı tanımamıştır. 2) Çocuğun üstün yararı ile ana-babanın çıkarları çatıştığında, çocuğun üstün yararı, niteliğine ve önemine göre ağır basabilir (*may override*). 3) Çocukla ana-babası arasındaki ilişkinin sürdürülmesi için herşey yapılmalı ve uygunsa, ailenin yeniden oluşturulması (*rebuild*) sağlanmalıdır. 4) Çocuğun zorunlu bakımının geçici bir tedbir niteliğinde olması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır. 5) Yetkililer, aile

birleşmesini sağlayacak çözümler bulmakta gecikirlerse, bundan dolayı, çocukla biyolojik ailesi arasındaki bağların kopmuş olmasından sorumlu olurlar. 6) Buna karşılık, çocuğun, geçen zaman içinde duygusal olarak bağlandığı koruyucu ailesinden koparılmamasıyla ilgili çıkarı, biyolojik ailenin çocukla birleşmesine ilişkin çıkarına ağır basar.

AİHM Büyük Dairesi, yukarıdaki ilkeler ışığında, şu tespitlere göre karar vermiştir: 1) Çocuğun koruyucu aile tarafından evlat edinilmesi ve bunun sonucu olarak, biyolojik annesinin velayetine (*guardianship*) son vermesiyle ilgili yargılama sürecinde, başvuru annenin gerekli bakımı sağlayıp sağlayamayacağı ve çocuğun bünyesinin zayıf olup olmadığı konularında eski bilirkişi raporlarıyla yetinerek, aile birleşmesinin olanaklı olup olmadığı yeterince incelenmemiş ve sadece, çocuğun çıkarlarına odaklanılmıştır. 2) Bu ağır müdahalede, yerel yargı organı tarafından ilgili bütün etmenler gereği gibi değerlendirilmemiş, dolayısıyla, çocuğun çıkarlarıyla biyolojik annesinin çıkarları gerçek anlamda dengelenmemiştir. Bu nedenle, hem başvuru anne, hem adına başvuru yapılan çocuk açısından AİHS md. 8 ihlal edilmiştir⁹⁴⁶.

AİHM Büyük Dairesinin oldukça yeni olan bu kararına konu olan başvuru ilginç özellikler içermektedir: Başvuru anne, kendi çıkarıyla, adına başvuru yaptığı çocuğunun çıkarının birbiriyle çatışma içinde değil, aynı yöne, yani, aile birliğine yönelik olduğu görüşünü ileri sürerek başvuruda bulunmuştur. Norveç hükümeti ise, yerel yargı organı tarafından velayet hakkı kaldırılan annenin, çocuğu adına başvurma yetkisinin bulunmadığını savunmuştur. AİHM Büyük Dairesi, bu savunmayı kabul etmemiş, çocuğun bazı çıkarlarının AİHS güvencelerinden yoksun bırakılması riskine karşı, velayet hakları bulunmasa da, biyolojik anne ve / veya babanın çocuk adına AİHM'ye başvuruda bulunulabileceğini, ayrıca, bu davada, çocuğun çıkarları ile biyolojik annesinin çıkarlarının çatışma içinde olmayıp, örtüştüğünü (*overlap*) belirtmiştir⁹⁴⁷. Velayet hakkı bulunmayan biyolojik ana / babanın, çocuk adına AİHM'ye başvuruda bulunabilmelerinin, çocuğun AİHS'den doğan hakları açısından bir güvence olduğu doğrudur. Ancak, AİHM Büyük Dairesinin, bu davada annenin ve çocuğun çıkarlarının çatışmadığını baştan belirledikten sonra, yukarıda belirtildiği gibi, çocuğun

⁹⁴⁶ Strand Lobben and others v. Norway (no. 37283/13) [GC], 10.9.2019, prg. 1, 3, 12, 15, 18-19, 22, 24, 26, 31, 34-35, 65, 75, 101, 106, 109, 120-121, 140, 160, 206-208, 217, 220, 222-226.

⁹⁴⁷ Strand Lobben vd. / Norveç kararının 157-159. paragrafları.

çıkartlarıyla biyolojik ailesinin çıkartlarının gerçek anlamda dengelenmediği gerekçesiyle ihlal kararı vermesi çelişkili olmuştur zira, hatırlatmakta yarar vardır ki, dengeleme uygulaması, sadece çatışan çıkartlar / haklar arasında gerçekleştirilen bir süreçtir.

Kararın irdelenmesi açısından, anne ile çocuğun çıkartlarının örtüştüğü mü yoksa, çatıştığı mı sorularının yanıtlanmasında yarar vardır. Bu bağlamda, karşımıza iki olasılık çıkmaktadır: 1) Koruyucu ailenin yanında kalması ve onlar tarafından evlat edinilmesi, çocuğun yararına ise, çıkartı, annesinin birleşmeye ilişkin çıkartıyla çatışır. 2) Annesiyle birleşmesi, çocuğun daha çok yararına ise, çıkartı, annesinin birleşmeye ilişkin çıkartıyla örtüşür. Büyük Dairenin, ikinci olasılığı öne çıkardığı yani, çocuğun annesiyle birleşmesine öncelik tanıdığı anlaşılmaktadır. Bu olasılıkta, dengelenmesi gereken bir çıkart çatışması bulunmamaktadır. Kararda, hem başvuru annenin, hem adına başvuru yapılan çocuğun, aynı nedenle, yani, yerel yargı organı tarafından ilgili bütün etmenlerin gereği gibi değerlendirilmemiş olması nedeniyle, AİHS md. 8'den doğan haklarının ihlal edildiğinin belirtilmesi de çıkart çatışmasının bulunmadığını göstermektedir. Diğer yandan, birinci olasılıkla ilgili olarak, çocuğun yaşamının çok büyük bölümünü koruyucu ailenin yanında geçirmesi ve bu aileyle duygusal bağlar geliştirmiş olması konusu, Büyük Daire tarafından bir sonuca bağlanmadan ortada bırakılmıştır. Böylece, birinci olasılık kapsamında, başvuru anneyle çocuğun çıkartlarının çatıştığı sonucuna varılmasından kaçınılmıştır.

Şayet, birinci olasılıkta, annenin ve çocuğun çıkartlarının çatıştığı kabul edilseydi, dengeleme uygulamasıyla her iki çıkartı ayakta tutan ihlal kararı, a) biyolojik annenin, çocuğuyla birleşebilmesi için ilgili bütün etmenlerin yerel yargı organı tarafından gereği gibi değerlendirilmemiş olması nedeniyle, annenin AİHS md. 8'den doğan hakkının ihlal edildiği; b) buna karşılık, çocuğun yaşamının çok büyük bölümünü koruyucu ailenin yanında geçirmiş ve bu aileyle duygusal bağlar geliştirmiş olması nedeniyle, bu aileden koparılmasının çocuk açısından ihlal oluşturmadığı, biçiminde olabilirdi. Sadece biyolojik anne açısından verilen böyle bir ihlal kararı, biyolojik anne ile çocuğu arasındaki ilişkinin sıkılaştırılmasını sağlayacak önlemlerin alınmasının öngörülmesiyle de tamamlanabilirdi. Böylece, her iki çıkart da ayakta tutulmuş olurdu. Bu bağlamda, başvuru annenin, kendi çıkartıyla, adına başvuru yaptığı çocuğunun çıkartının birbiriyle çatışma içinde değil, aynı yöne, yani, aile birliğine yönelik olduğuna ilişkin sunum ve nitelemesi, AİHM açısından bağlayıcı olmadığı için, AİHM'nin, bizim

çözümlememize uygun ihlal kararı vermesinin önünde usuli bir engel oluşturmadığını kaydetmeliyiz. Zira, AİHM, başvurucunun yaptığı nitelermeye göre değil, başvurudaki olgulara göre kendi yapacağı nitelermeye dayanarak sonuca varma yetkisine sahiptir ⁹⁴⁸. Ayrıca, bizim önerdiğimiz çözümlemenin, çocuğun üstün yararına daha uygun düştüğünü düşünmekteyiz.

2.4.1.5. Geçmişini öğrenme hakkı:

Gaskin / Birleşik Krallık davasında, annesi öldükten sonra bebeklik çağında çocuk bakımevine alınan ve zaman zaman çeşitli koruyucu ailelerin yanında kalan ve bakımevinde kötü muamele gördüğünü iddia eden başvuru, kendisini çok genç yaşta suç işlemeye yönelten sorunlarının üstesinden gelebilmek için, nerede, hangi koşullarda yaşadığını ve kimlerin kendisine neler yaptığını yani, geçmişini ayrıntılarıyla öğrenmek istediğini ancak buna izin verilmediğini; bu nedenle, AİHS md. 8'den doğan hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek, AİHK'ya başvurmuştur. AİHK, 13.11.1987 tarihli raporunda, AİHS md. 8'in ihlal edildiği görüşünü bildirmiştir. Rapor, AİHK ve hükümet tarafından AİHM'ye götürülmüştür.

AİHM, konuya, başvurucunun geçmişini öğrenme hakkı ile, başvurucunun kayıtlarının oluşmasına katılan doktor, sağlık görevlisi, öğretmen, okul yetkilisi, sosyal hizmet görevlisi, koruyucu aile, denetimli serbestlik görevlisi gibi katılımcıların (*contributors*) kimliklerinin gizlenmesine ilişkin çıkarlarının çatıştığı bakış açısıyla yaklaşmıştır. Olayda, 46 katılımcıdan sadece 19'u kimlikleri üzerindeki gizliliğin kaldırılmasına rıza göstermişlerdir. AİHM'ye göre, başvurucunun geçmişini öğrenme hakkıyla, başvuruyla ilgili kayıtların oluşmasına katılan katılımcılardan kimliklerinin açıklanmasını istemeyenlerin çıkarları arasında denge, ancak, bu konuda karar vermeye yetkili bağımsız bir organın bulunması durumunda sağlanmış olur; bu sağlanmadığı için, başvurucunun AİHS md. 8'den doğan, geçmişini öğrenme hakkı ihlal edilmiştir ^{949, 950}.

⁹⁴⁸ Guerra and others v. Italy (no. 116/1996/735/932) [GC], 19.2.1998, prg. 44.

⁹⁴⁹ Gaskin v. The United Kingdom (no. 10454/83), 7.7.1989, prg. 1, 10-11, 15, 31, 44, 47, 49.

⁹⁵⁰ Gaskin / Birleşik Krallık kararının, ihlal bulgusunun belirtildiği 49. paragrafında, "dengeleme" kavramı yerine "orantılılık" kavramı kullanılmıştır. Bunun, kararın mantık zincirine göre yanlış olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca, "orantılılık"tan, güdülen amaçla, kullanılan araç karşılaştırıldığında söz edilebilir ki (bkz., yukarıda X. Bölümün 9.1., 9.2. ve XIII. Bölümün 1.1. no.lu paragrafları), AİHM olayda, böyle bir karşılaştırma yapmamıştır.

Gaskin / Birleşik Krallık davasındaki olayın bir boyutu da, başvuru ile ilgili kayıtların oluşmasına katkıda bulunanların kimliklerinin gizlenmesine ilişkin kişisel çıkarları ile kayıtların / belgelerin, gerçekleri doğru olarak ortaya koymalarındaki kamu çıkarının “yarışması”dır⁹⁵¹. Nitekim, hükümet de, savunmasında bu kamu çıkarına yer vermiştir (kararın 44. paragrafı). Ancak, AİHM’nin söz konusu kamu çıkarını yarış dışı bıraktığı ve sadece, çatışan kişisel çıkarlara odaklandığı görülmektedir. AİHM’nin, bu davada, kamu çıkarını yarış dışı bırakması, kişisel hak ve çıkarları ön planda tutmak istemesi olarak yorumlanabilir.

2.5. AİHS md. 10 (İfade özgürlüğü):

2.5.1. İfade özgürlüğünün, özel hayata saygı hakkı ile çatışması:

AİHM Büyük Dairesinin 7.2.2012 tarihli Von Hannover / Almanya (No. 2) kararı, Monaco Prensesi Caroline von Hannover ve kocası Prens Ernst August von Hannover’in, sokakta yürüyüş yaparken çekilmiş fotoğraflarıyla birlikte, Prens Rainier’in sağlığının bozuk olduğu bilgisini içeren yazının, iki Alman dergisinde yayımının engellenmesi isteminin, Alman yargı organları tarafından reddedilmesi olayı ile ilgilidir. Alman yargı organlarının söz konusu istemi reddetmeleri, 1) bir bilginin değeri, kamuoyunu ilgilendirmesi ve kamuoyunun özgürce oluşmasına katkı sağlaması bakımından ne kadar fazla ise, bunun karşısında, kişilerin özel hayat haklarını koruma gereğinin o ölçüde azalacağı; 2) Monako’yu yöneten Prens Rainier’in sağlık durumunun kamuoyunu ilgilendiren bir konu olduğu ve 3) fotoğrafın gizlice çekildiğine ilişkin bir kanıt bulunmadığı gibi, uygunsuz bir ortamda da çekilmediği gerekçelerine dayanmaktadır.

Büyük Daire de Alman yargı organlarının belirtilen gerekçelerini benimsemiş ve bu yargı organlarının, eşit ölçüde korunmaları gereken, basın ifade özgürlüğü (basın

⁹⁵¹ “Yarışma” kavramı için bkz., yukarıda V. Bölümün 1.1., 1.2. ve IX Bölümün 1. paragrafları.

özgürlüğü) ile Von Hannover'lerin özel hayata saygı hakları ⁹⁵², arasındaki çatışmayı, AİHM kriterlerine ⁹⁵³ uygun biçimde dengelediklerini belirtmiştir ⁹⁵⁴.

Büyük Daire, ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkının çatışması konusunda ilkesel nitelikteki bu kararında, ifade özgürlüğünün demokratik toplum açısından önemini vurguladıktan (kararın 101-102. paragrafları) sonra, Alman yargı organlarının, Von Hannover'lerin bir fotoğrafı ile birlikte bir yazının iki dergide yayımlanmasının engellenmesi isteminin reddine ilişkin kararlarına saygı gösterip uymakta (*deference*) sakınca görmemiştir. Büyük Daire, bunu yaparken, eşit ölçüde korunması gerektiğini belirttiği, çatışan iki temel haktan ifade özgürlüğü (basın özgürlüğü) kefesine, kamuoyunun ilgi duyduğu bir konuda bilgi edinme hakkına sahip olduğu etmenini koyarak, terazinin ifade özgürlüğü (basın özgürlüğü) yönünde ağır basmasını sağlamıştır.

2.5.2. İfade özgürlüğünün, mülkiyet hakkı ile çatışması:

AİHM'nin 6.5.2003 tarihli Appleby / Birleşik Krallık kararı, başvuruçuların, mülkiyeti özel bir şirkete ait, çeşitli mağazalardan oluşan alış-veriş alanının giriş (*entrance*) ve geçitlerinde (*passageways*), yerel yöneticilerin, şehrin tek oyun alanı olan yere inşaat yapılmasına izin vermelerini protesto etmek için pankart açıp masa kurarak bildiri dağıtmalarının ve imza toplamalarının, özel şirketin güvenlik görevlileri tarafından engellenmesi olayı ile ilgilidir.

AİHM, ifade özgürlüğünün, demokratik toplum açısından önemini ve devletin bu özgürlüğü sağlamak yönünde potitif yükümlülüğü bulunduğunu vurguladıktan sonra, 1) ifade özgürlüğünün, her istenen yerde tartışma yapılan toplantı (*forum*) düzenleme hakkı veya özel mülklere ve hükümet binaları gibi kamusal alanlara serbest giriş hakkı vermediğini belirtmiş; 2) ancak, bir mülke girişin engellenmesi, ifade özgürlüğünün etkin biçimde kullanılmasını olumsuz etkiliyorsa, diğer deyişle, bu özgürlüğün özüne zarar veriyorsa, o zaman, devletin, ifade özgürlüğünü sağlamak için, pozitif

⁹⁵² Bkz., yukarıda dip-not 496.

⁹⁵³ AİHM'nin çeşitli kararlarında, ifade özgürlüğü ile özel hayat hakkı arasındaki çatışmanın dengelenmesi için öngördüğü kriterler, bu kararın, 108-113. paragraflarında derlenmiştir. Söz konusu kriterlere, davaya özgü başka kriterler de eklenebilmektedir. Bkz., Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (no. 931/13) [GC], 27.6.2017, prg. 165-166.

⁹⁵⁴ Von Hannover v. Germany (nos. 40660/08 and 60641/08) (No. 2) [GC], 7.2.2012, prg. 1, 42-43, 49, 51, 74, 101-102, 106-107, 117-120, 122-124-126 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

yükümlülüğünün devreye gireceğini ve devletin bu pozitif yükümlülüğü uyarınca, mülkiyet hakkını düzenlemesi gerekeceğini eklemiştir. AİHM, olayda, başvuruçuların ifade özgürlüklerinin kullanılmasının sadece, alış-veriş alanının giriş ve geçitlerinde engellendiği; buna karşılık, görüşlerinin açıklanması ve kamuya aktarılması için, kapı-kapı dolaşıp bildiri dağıtmak dahil, çeşitli medya olanaklarından yararlanmak gibi seçenekleri özgürce kullanabilecekleri gerekçelerine dayanarak, devletin ifade özgürlüğünü sağlayacak pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmesinde kusuru bulunmadığı; dolayısıyla, başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır ⁹⁵⁵.

Karar, adil denge ilkesi açısından incelendiğinde, ifade özgürlüğünün özünün zarar görüp görmediği konusuna odaklanıldığı anlaşılmaktadır. AİHM'ye göre, başvuruçuların ifade özgürlüklerini kullanabilecekleri başka seçeneklerin bulunması nedeniyle, mülk sahibi şirkete ait alış-veriş alanının giriş ve geçitlerinde, pankart açıp masa kurarak bildiri dağıtmalarının ve imza toplamalarının engellenmesinde, ifade özgürlüklerinin özüne zarar verilmediğinden, şirketin mülkiyet hakkının kullanımıyla ilgili bir dengeleme (sınırlama) yapılmasına gerek duyulmamıştır. Bundan, tersi durumda, mülkiyet hakkının kullanımının sınırlandırılması yoluna giderek, çatışan, ifade özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasında dengeleme yapılacağı ve ifade özgürlüğünün özü korunarak ayakta kalmasının sağlanabileceği sonucu çıkarılabilir.

2.5.3. İfade özgürlüğünün, tüketicilerin ve şirketlerinin çıkarlarıyla çatışması:

AİHM Büyük Dairesinin 30.6.2009 tarihli Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) / İsviçre (No. 2) kararı, yukarıda (XIII. Bölümün 1.3. no.lu paragrafı) da belirtildiği gibi, kapalı alanda yapılan besiciliğe karşı çıkan ve sağlık, hayvanlar ve çevre için daha az et yenmesini öğütleyen bir reklamın TV'de yayınlanmasına izin verilmemesinin, ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna hükmedilmesiyle ilgilidir. Kararda, reklamın yayınlanmasının, et tüketicilerinin ve et üretimi ve ticaretiyle uğraşan şirketlerin çıkarları nedeniyle sürekli olarak yasaklanmasının haklı bir yönünün bulunmadığı belirtilmiştir ⁹⁵⁶. Bu değerlendirme, Büyük Dairenin, reklamın yayınlanmasına ilişkin

⁹⁵⁵ Appleby and others v. The United Kingdom (no. 44306/98), 6.5.2003, prg. 11-14, 16, 34, 39, 41, 47-50; Mowbray 23.

⁹⁵⁶ Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2) (no. 32772/02) [GC], 30.6.2009, prg. 96; Mowbray 29.

ifade özgürlüğü ile tüketicilerin ve şirketlerin söz konusu çıkarları çatıştığında, ifade özgürlüğünü üstün tuttuğunu göstermektedir.

2.6. AİHS md. 11 (Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü):

2.6.1. Mezarlıkta toplanacak bir gruba karşıt olan başka bir grubun toplanmasının, mezarlık ziyaretine gelenleri huzursuz edeceği gerekçesiyle yasaklanması:

AİHM'nin, 29.6.2006 tarihli Öllinger / Avusturya kararında, bir grubun, dini bir günde, mezarlıkta, II. Dünya Savaşında ölen Nazi askerlerini anma toplantısı düzenleyeceği yer ve saatte, içinde, başvurunun da bulunduğu daha küçük ikinci bir grubun, bu toplantıyı protesto etmek amacıyla, pankartsız ve sessiz olarak, Naziler tarafından öldürülen Yahudileri anma toplantısı yapmak istediğinin bildirilmesi üzerine, bu ikinci grubun toplantısının, geçmiş yıllarda oluşan huzursuzluklar anımsatılarak, mezar ziyaretine gelenleri rahatsız edeceği gerekçesiyle yasaklanması olayı incelenmiştir. Avusturya AYM, başvurunun şikayetini reddetmiştir.

AİHM, bir yanda, parlamenter olan başvurunun yer aldığı ikinci grubun toplantı ve ifade özgürlüğü ile, diğer yanda, Nazi yandaşı karşıt grubun toplantı özgürlüğünün ve mezar ziyaretine gelenlerin ibadet etme özgürlüğünün çatıştığını belirtmiş; karşıt grupların her karşılaşmasında gerginlik ve hararetli atışmalar olabileceği düşüncesiyle, toplantı yasağı getirilmesinin, toplumları, değişik görüşleri duyma olanağından yoksun bırakacağının altını çizmiş ve yetkililerin, başvurunun parlamenter olduğunu ve Nazi yandaşlarının toplantısını protesto etmek ve kamuoyunun ilgi duyduğu bu konuda görüş açıklamak hakkına sahip olduğunu dikkate almadıklarını eklemiştir. AİHM, Avusturya AYM'nin, başvurunun yapmak istediği toplantının, Nazi yandaşlarının anma toplantısını değil, mezar ziyaretine gelenlerin ibadet etme özgürlüklerini korumak amacıyla yasaklandığını belirttiğini anımsatmış; buna karşılık, 1) yasaklanan toplantının mezar ziyaretine gelenlere yönelik olmadığını; 2) küçük bir grup tarafından pankartsız ve sessiz bir toplantı yapılacağını bildirilmiş olduğunu ve 3) geçmiş yıllarda, iki grup arasında gerginlik ve atışma olmuşsa da, şiddete dönüşmediğini kaydetmiştir. Bu çerçevede AİHM'ye göre, yetkililerin, toplantının yapılacağı yere polis gönderip, iki grubu birbirinden uzak tutarak, mezar ziyaretine gelenlerin haklarını korumak yerine, başvurunun küçük grubunun protesto toplantısını yasaklamaları, bu grubun çıkarlarına çok az; mezar ziyaretine gelenlerin çıkarlarına ise, çok fazla ağırlık yüklemişlerdir; bu nedenle, başvurunun çıkarları ile mezar ziyaretine gelenlerin

çıkarları arasında adil bir denge kurulamamış ve başvurucunun toplantı özgürlüğü ihlal edilmiştir⁹⁵⁷.

AİHM bu kararda, başvurucunun iki temel özgürlüğünün (md. 10 ve md 11) karşısında diğer iki temel özgürlüğün (mezar ziyaretine gelenler bakımından md. 9; Nazi yandaşlarının toplantısı bakımından md. 11) yer alıp çatıştığını ve dengelemenin, bunlar arasında yapılması gerektiğini belirtmiştir (kararın 34. paragrafı). Ancak, AİHM'nin, dengelemeyi sadece, başvurucunun toplantı özgürlüğü ile, mezar ziyaretine gelenlerin ibadet etme özgürlüğü arasında yaptığını gözlemlemekteyiz. Zira, AİHM, başvurucunun ifade özgürlüğü ile ilgili şikayetini incelemeye gerek görmemiş (kararın 52-53. paragrafları); öte yandan, Avusturya AYM'nin, başvurucunun yapmak istediği toplantının yasaklanmasının, Nazi yandaşlarının toplantısını korumaya yönelik olmadığına ilişkin tespitine uyararak (*deference*), bu grubun çıkarını, dengeleme sürecinin dışına çıkarmıştır. Geriye kalan iki çıkarın adil bir dengeye kavuşturulup kavuşturulmadığı ise, terazideki kefelerine konulan ağırlıklara göre değerlendirilmiştir: AİHM'ye göre, yetkililer, başvurucunun toplantı özgürlüğü kefesine gerekli ağırlıkları koymamışlardır. AİHM ise, 1) başvurucunun yapmak istediği protesto toplantısının, küçük bir grupta, pankartsız ve sessiz biçimde gerçekleştirilecek olmasını; 2) önceki yıllarda, aynı anma toplantılarında iki grup arasındaki gerginlik ve atışmanın şiddete dönüşmemiş olmasını ve 3) başvurucunun parlamenter kimliğini, başvurucunun toplantı özgürlüğü kefesine ağırlık olarak koymuş ve bu kefenin, mezar ziyaretine gelenlerin ibadet özgürlüğünden başka bir ağırlığı bulunmayan diğer kefeye ağır basmasını sağlamıştır.

2.6.2. İlgili derneğe üye olmama özgürlüğü ile dernek üyelerinin haklarının çatışması:

AİHM Büyük Dairesinin 29.4.1999 tarihli Chassagnou vd / Fransa kararının, AİHS md. 11'le ilgili bölümünde, Fransa'nın belli bölgelerinde 20 hektardan küçük olan veya insanların ve av hayvanlarının geçmesini engelleyecek özellikte çitle çevrili olmayan arazilerin sahiplerinin, yetkili avcılık derneğine – avlanmaya etik bakımdan karşı olsalar da - üye olmak ve bunun sonucunda da, arazilerinde avlanılmasına – itiraz hakkı

⁹⁵⁷ Öllinger v. Austria (no. 76900/01), 29.6.2006, prg. 8-11, 15, 25, 34, 36, 40-41, 43-53.

bulunmaksızın - izin vermek zorunda bırakılmalarının, AİHS md. 11'in ihlalini oluşturup oluşturmadığı incelenmiştir.

AİHM Büyük Dairesi, 1) demokrasilerde azınlığın korunması gerektiğini; 2) avlanmanın, Fransız devriminden önce sadece soylulara tanınan bir hak iken, devrimden sonra tüm yurttaşlara tanınan bir hak olduğunu; 3) avlanma hakkının, AİHS tarafından korunan hak ve özgürlükler arasında yer almadığını ancak, 4) söz konusu hakkın, AİHS md. 11/2'de yer alan sınırlama nedenlerinden, "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" kapsamında düşünülebileceğini; 5) bunun ise, başvuruçuların, ilgili avcılık derneğine üye olmama özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracağını; oysa, bir temel hakkın, "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" nedeniyle kısıtlanabilmesi için, "yaşamsal nitelikte zorlayıcı bir neden" in (*indisputable imperative*) bulunmasının arandığını; 6) incelenen olayda ise, bu nitelikte zorlayıcı bir nedenin bulunmadığını; 7) buna rağmen, başvuruçuların, amaç ve faaliyetine karşı oldukları bir derneğe üye olmama özgürlükleri ile, derneğe üye olan başkalarının avlanma haklarıyla ilgili çıkarları arasında denge kurulmamış olduğunu; bu nedenle, başvuruçuların AİHM md. 11'den kaynaklanan özgürlüklerinin ihlal edildiğini belirtmiştir ⁹⁵⁸.

Chassagnou vd. / Fransa kararında, temel haklardan olan dernek özgürlüğünün (burada, üye olmama özgürlüğü), AİHM Büyük Dairesi tarafından temel hak olmadığı belirtilen avlanma hakkıyla çatıştığı ve dengelenmek istendiği görülmektedir. Avlanma hakkı, AİHS md. 11/2'de yer alan sınırlama nedenlerinden, "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" kapsamında olduğu değerlendirildiği için terazinin kefesine konmuştur. Dernek özgürlüğüne ilişkin temel hak ise, terazinin diğer kefesine konurken, bir temel hakkın, "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" için kısıtlanabilmesinin, ancak "yaşamsal nitelikte zorlayıcı bir neden" bulunması koşuluna bağlı olduğu belirtilerek, temel hakkın söz konusu sınırlama nedeniyle kısıtlanması zorlaştırılmış, dolayısıyla, temel hakkın ağır basması sağlanmıştır. Burada, AİHM Büyük Dairesinin, dernek özgürlüğünü, temel hak niteliği taşımayan avlanma hakkıyla dengelemek istemesinin, hiçbir çıkara / değere ve temel hakka öncelik / üstünlük tanımayan dengeleme modeliyle ⁹⁵⁹ örtüştüğünü kaydetmeliyiz.

⁹⁵⁸ Chassagnou and others v. France (no. 25088/94, 28331/95 and 28443/95) [GC], 29.4.1999, prg. 11-12, 46, 111-117; Mowbray 23-24.

⁹⁵⁹ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı.

2.7. Ek 1 No.lu Protokol md. 1 (Mülkiyet hakkı ya da, Ek 1 No.lu Protokol md. 1’de belirtildiği üzere, “Mülkün / Mal varlığının / Mülkiyetin korunması”):

2.7.1. Kiracının oturma hakkı ve konutun ihtiyaç nedeniyle tahliyesi:

2.7.1.(1) AİHK, I. / İtalya başvurusunda, kiracının kiraladığı konutu, taşınmaz sahibinin ihtiyacı nedeniyle tahliye etmesi ile ilgili yargı kararının uygulanmasının, yasama organının deprem nedeniyle çıkardığı kararnameler çerçevesinde 16 ay süreyle durdurulmasının, taşınmazın kullanım hakkının engellenmesi bağlamında mülkiyet hakkına aykırı olduğu iddiasını değerlendirirken, 1) uygun dengenin (*proper balance*) sağlanıp sağlanmadığını irdemiştir; 2) kiracının oturma hakkı ile taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkına ilişkin çıkarlarını karşılaştırmıştır; 3) her iki çıkarın da aynı derecede korunmaya layık olduğunu belirtmiştir ve 4) yasama organı tarafından, kiralanan konutların tahliye edilmelerine ilişkin yargı kararlarının uygulanmasının durdurulmasının etkilerinin 6 ayda bir gözden geçirildiğini dikkate alarak, makul (*reasonable*) bir dengenin sağlanmış olduğu gerekçesiyle 3.3.1986 tarihinde kabul edilemezlik kararı vermiştir ⁹⁶⁰.

AİHK’nın bu kabul edilemezlik kararında, iki bireysel çıkarın çatışmasının dengelenerek çözümlendiği görülmektedir. Burada, AİHK’nın, İtalyan yasama organının, durumu 6 ayda bir gözden geçirmesini dikkate alması, İtalyan yasama organının yaptığı dengelemeye saygı gösterip uyması (*deference*) olarak yorumlanmamalıdır; zira, İtalyan yasama organı herhangi bir dengeleme yapmamış, sadece, konutların tahliye edilmelerine ilişkin yargı kararlarının uygulanmasının durdurulmasının etkilerini 6 ayda bir gözden geçirmiştir. Söz konusu gözden geçirme, AİHK’nın yaptığı dengeleme için gerekli bütün etmenlerin değerlendirilmesinden ibarettir.

AİHK, kiracının oturma hakkı ile taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkına ilişkin çıkarlarının aynı değerde olduğunu vurgulaması, dengeleme işleminin, terazinin, her iki çıkarın bulunduğu kefelerinin aynı hizada durduğu koşullarda yapılacağının işaretidir. Buna göre, AİHK, terazinin aynı hizada duran kefelerinden, 1) kiracı kefesine, depremin yarattığı olağanüstü hali ve tahliyeye ilişkin yargı kararlarının uygulanmasının

⁹⁶⁰ I. v. Italy (no. 11381/85) [Commission Dec.], 3.3.1986, s. 210, 212-213

durdurulmasının 6 ayda bir gözden geçirilmesini; 2) taşınmaz sahibinin kefesine ise, konut ihtiyacı etmenini koyarak dengeleme yapmıştır. Dengeleme işleminin sonucu ise, kiracının kefesine konulan ağırlıklar nedeniyle bu kefenin ağır basması olmuştur.

Kaydedelim ki, burada AİHK kararında belirtilmemiş olsa da, kiracının, taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı karşısındaki hakkı, görüşümüze göre, AİHS md. 8'le güvence altına alınan, konuta saygı hakkıdır.

Bu başvuruda AİHK'nın, kabul edilemezlik kararı yerine, ihlal bulunmadığına ilişkin rapor hazırlanmış olmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz, zira, AİHK, başvurunun esasını incelemiş ve esasa ilişkin değerlendirmesi sonucunda kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bu durum karşısında, AİHK'nın esas hakkında rapor hazırlaması beklenirdi. AİHK'nın, bu yola gitmemesinin, ihlal bulunmadığına ilişkin raporunun AİHM'ye götürülmesi olasılığını ortadan kaldırmaya yönelik olduğunu akla getirmektedir; zira, kabul edilemezlik kararı kesin nitelikte olduğundan, AİHM'ye götürülemez.

Her ne kadar, kararın son cümlelerinde, taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkının, güdülen meşru amaç doğrultusundaki kamu çıkarıyla tartıldığı belirtilmiş olsa da, AİHK'nın dengeleme işlemine, iki bireyin çıkarlarının aynı değerde (eşit) olduğunu vurgulayarak başlamasının, bu başvuruyu bireysel çıkarla kamu çıkarının çatışması kapsamında değil, bireysel çıkarların birbiriyle çatışması kapsamında ele alınmasını haklı kıldığı görüşündeyiz.

2.7.1.(2) AİHK'ya yapılan, Z. ve E. / Avusturya başvurusunda, aynı apartmanda, aynı tuvaleti kullanan giriş katındaki iki küçük daire dahil, birden çok dairesi bulunan karı-kocadan Z.'nin trafik kazası geçiren ve bakıma muhtaç hale gelen yaşlı ana-babasını birinci kattaki büyük dairede oturtmak istemesi üzerine açılan tahliye davasının, istinaf aşamasında, başvuruçuların, bakıma muhtaç ana-babalarını kendi oturdukları daireye yerleştirerek bakmalarının daha doğru olacağı gerekçesiyle kesin olarak reddedilmesinin, mülkiyet hakkına aykırı olduğu iddia edilmiştir.

AİHK ise, 1) ucuz kiralık konut sayısının yetersiz olduğu yerlerde, kiracıların çıkarlarının korunmasının kamu yararına olduğu; 2) bu durumda, kiracıların sözleşme ilişkisine son vererek tahliye edilmelerinden başka çözümler aranması gerektiği ve 3) başvuruçulardan Z.'nin bakıma muhtaç ana-babasının, başvuruçuların oturduğu, uygun koşullardaki daireye yerleştirilmelerinin neden imkansız olduğunun

kanıtlanamadığı gerekçeleriyle, 13.10.1986 tarihinde kabul edilemezlik kararı vermiştir ⁹⁶¹.

Z. ve E. / Avusturya başvurusunda, tahliye edilmek istenen kiracının çıkarı ile taşınmaz sahibi olan başvuruçuların çıkarlarının çatıştığı ve bu çıkarlar karşılıklı olarak tartıldığında, başvuruçulara yönelik uygulamanın “orantılı” olduğu sonucuna varıldığı belirtilmiştir (kararın 75. sayfasının son paragrafı). Bu ifadeden, “orantılı” sözcüğünün, “dengeli” sözcüğü yerine kullanıldığı anlaşılabılır. Dengeleme işleminde ise, terazinin kiracı kefesine ağırlık olarak, 1) kamu yararına ilişkin ve 2) bakıma muhtaç ana-babanın başvuruçuların dairesine yerleştirilmelerinin neden imkansız olduğunun kanıtlanamamış olmasına ilişkin iki etmen konularak, dengenin, kiracı lehine olması sağlanmıştır. Öte yandan, AİHK’nın, bu kararıyla, Avusturyalı yetkililerin, ucuz kiralık konut ihtiyacında olan kesimleri koruyarak sosyal dengenin sürdürülmesine veya düzeltilmesine yönelik düzenlemelerine saygı gösterip uyduğu (*deference*) da kuşkusuzdur.

Burada da yine, AİHK kararında belirtilmemiş olsa da, kiracının, taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı karşısındaki hakkı, yukarıda I. / İtalya başvurusunda belirttiğimiz gibi, AİHS md. 8’le güvence altına alınan, konuta saygı hakkıdır.

Bu başvuruda da AİHK’nın, başvurunun esasını incelemiş bulunması nedeniyle, kabul edilemezlik kararı yerine, ihlal bulunmadığına ilişkin rapor hazırlaması beklenirdi. Ancak, AİHK, I. / İtalya başvurusunda yaptığı gibi, kesin nitelikte kabul edilemezlik kararı vererek, konunun AİHM’ye götürülmesi olasılığını ortadan kaldırmıştır.

2.7.2. Arazi üzerindeki mülkiyet hakkının, başkalarının avlanma hakkı ile sınırlanması:

AİHM Büyük Dairesinin 29.4.1999 tarihli Chassagnou vd / Fransa kararının, başvuruçuların mülkiyet hakkı ile ilgili bölümünde, Fransa’nın belli bölgelerinde 20 hektardan küçük olan veya insanların ve av hayvanlarının geçmesini engelleyecek özellikte çitle çevrili olmayan arazilerin sahiplerinin, yetkili avcılık derneğine istekleri dışında üye yapılmakla, arazilerinde avlanılmasına – itiraz hakkı bulunmaksızın ve

⁹⁶¹ Z. and E. v. Austria (no. 10153/82) [Commission Dec.], 13.10.1986, s. 69-71, 75-76.

tazminat almaksızın - izin vermek zorunda olmalarının, mülkiyet hakkının ihlalini oluşturup oluşturmadığı incelenmiştir.

AlHM Büyük Dairesi, belirtilen koşullarda başvuruçuların arazilerinde avlanma haklarını yetkili derneğe devrederek, avlanmaya izin vermek zorunda bırakılmalarının, mülkiyet hakkı ile kamu çıkarı arasında olması gereken dengeyi bozduğuna; bu nedenle, başvuruçuların mülkiyet haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir ⁹⁶².

AlHM Büyük Dairesi, her ne kadar, başvuruçuların mülkiyet haklarıyla kamu çıkarının çatıştığı anlamına gelen bir sonuca varmışsa da, bu sonuç, yanıltıcı bir çatışma görüntüsüne dayanmaktadır. Şöyle ki, kararın 79. paragrafında, olaydaki kamu çıkarının, düzensiz avcılığın önlenmesi ve av hayvanları mevcudunun akılcı kullanımıyla ilgili olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, başvuruçuların kendi arazilerinde, rızaları olmadan avcılığa izin vermeye zorlanmaları, ilgili yasanın, derneğe üye kişilerin avlanma haklarına öncelik tanınmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu kişilerin avcılık haklarına yasa ile öncelik tanınmış olmasaydı, başvuruçuların mülkiyet hakları, düzensiz avcılığın önlenmesine ve av hayvanları mevcudunun akılcı kullanımına ilişkin kamu çıkarıyla karşı karşıya gelmeyecek ve yanıltıcı bir çatışma görüntüsü de ortaya çıkmayacaktı. Bu çerçevede, gerçek çatışmanın, başvuruçuların mülkiyet hakları ile özel kişilerin avlanma hakları arasında olduğu düşünülmektedir.

AlHM Büyük Dairesi, Chassagnou vd. / Fransa kararının, yukarıda AlHS md. 11 altında sunulan bölümünde görülen, temel hakla, temel nitelikte olmayan hakkı dengeleyerek, temel hakka üstünlük tanımayan dengeleme modeliyle örtüşen yaklaşımını, kararın, mülkiyet hakkı ile ilgili bölümünde de sergilemiştir.

3. AlHM'nin, kamu yararlarının / çıkarların bir yandan birbiriyle, diğer yandan AlHS'de güvence altına alınan hak veya özgürlükle çatışması durumunda dengeleme uygulaması:

En başta belirtelim ki, burada, çatışan kamu yararlarının / çıkarlarının dengelenerek ayakta kalmalarının yani, bunlar arasında adil denge sağlanması değil; yukarıda V. Bölümün 6.1. no.lu paragrafında belirtildiği gibi, çatışanlardan birinin, diğerine üstün tutulması söz konusudur. Kamu çıkarları arasındaki çatışmanın nasıl

⁹⁶² Chassagnou and others v. France (no. 25088/94, 28331/95 and 28443/95) [GC], 29.4.1999, prg. 11-12, 46, 70, 74, 79, 82, 85.

Gözlemlerimize göre, kamu çıkarlarının birbiriyle çatışmasının gündeme geldiği AİHM kararlarında, iki veya daha çok kamu çıkarının, bir yandan, birbiriyle çatışırken, diğer yandan da, bunlardan birinin veya birkaçının, AİHS’de güvence altına alınan hak veya özgürlükle çatıştığı görülür. Bu durumda AİHM, çatışan kamu çıkarları arasında üstün tuttuğunu, korumak istediği hak veya özgürlüğün kefesine ağırlık olarak koyarak, söz konusu hak veya özgürlüğün, çatıştığı diğer kamu çıkarı karşısında ağır basmasını sağlar. Aşağıda sunduğumuz karar örnekleri, üstün tutulan kamu çıkarının işlevi ile ilgili gözlemlerimizi doğrulamaktadır.

3.1.1. Yargının güvenilirliğine, saygınlığına ve etkinliğine ilişkin kamu çıkarı ile sosyal ve ekonomi politikalarıyla ilgili kamu çıkarının çatışması:

266

Bölümün, 1.6.6.(2) no.lu paragrafında incelenen Taşkın vd. / Türkiye kararı ⁹⁶³). Biz de bu nedenle, belirtilen kamu çıkarı ve sosyal ve ekonomi politikalarıyla ilgi kamu çıkarı arasındaki çatışma konusunu, mülkiyet hakkı ile ilgili başlık altında değil, adil yargılanma hakkı başlığı altında ele almış bulunuyoruz. Ancak, yeri gelmişken kaydedelim ki, AİHS'nin, ifade özgürlüğü ile ilgili 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan, “yargıya duyulan güven ve saygının sürdürülmesi” (*maintain the authority of the judiciary*) ibaresi, 10. maddeye özgü olduğu için, bu madde kapsamında ele alınır (bkz., aşağıda 3.3.1 no.lu paragrafta incelenen, The Sunday Times / Birleşik Krallık kararı).

Adil denge ilkesi açısından, Broniowski / Polonya kararında çatışan iki kamu çıkarından ikincisinin üstün tutulmasının yarattığı görünüm şöyledir: 1) İki kamu çıkarının çatışması, her ikisinin de ayakta kalmasını sağlayacak biçimde dengeleme uygulamasıyla değil, birinin üstün tutulması yoluyla çözümlenmiş ve temel hakkın (burada, başvurucunun mülkiyet hakkı) ağır basmasını sağlamak için, onunla ilgili kefeye ağırlık olarak konmuştur. Bu uygulama, yukarıda, 3. no.lu paragrafta sunduğumuz çerçeveye uymaktadır.

3.2. AİHS md. 8 (Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı):

Yukarıda, bu Bölümün 1.6.5.2. no.lu paragrafında incelenen AİHM'nin Campbell / Birleşik Krallık kararında cezaevi güvenliğinin sürdürülmesindeki kamu yararı [birinci kamu yararı] ile çatışan, avukat-müvekkil ilişkisinin mahremiyetiyle ilgili kamu yararı [ikinci kamu yararı], ayrıcalıklı sayılarak üstün tutulmuş ve teraziye, başvurucunun (mahkum), birinci kamu yararı ile çatışan, AİHS md. 8 kapsamındaki, avukatıyla mahrem yazışma hakkı lehine ağırlık olarak konmuş ve bu temel hakkın ağır basması sağlanmıştır.

3.3. AİHS md. 10 (İfade özgürlüğü):

3.3.1. Toplumun, bilgi / haber alma özgürlüğüne ilişkin kamu çıkarı ile, yargının güvenilirliğinin ve saygınlığının sürdürülmesine ilişkin kamu çıkarının çatışması:

Thalidomide adlı sakinleştirici ilacın sakat çocuk doğumlarına neden olduğuna ve ödenecek tazminatlara ilişkin gazete makalesinin yayımının mahkeme kararıyla durdurulduğu şikayetiyle ilgili, The Sunday Times / Birleşik Krallık davasında AİHM

⁹⁶³ Taşkın and others v. Turkey (no. 46117/99), 10.11.2004, prg. 135-138 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

26.4.1979 tarihli kararıyla, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varırken, şu gerekçelere dayanmıştır: 1) Hükümetin, söz konusu makalenin yayımının mahkeme kararıyla durdurması sonucunda, kamunun ifade özgürlüğünün korunmasındaki çıkarı ile, yine kamunun, yargının düzgün işleyişi ile ilgili çıkarının dengelenmiş olduğuna ilişkin savunması yerinde değildir zira, buradaki sorun, ifade özgürlüğünün sınırlama nedenlerinin dar yorumlanması ve sınırlamanın demokratik toplum açısından gerekli olup olmadığı konularıyla ilgilidir. 2) Mahkemelerin düzgün işleyişi, AİHS md. 10/2'de yer alan, toplumda yargıya duyulan güven ve saygının sürdürülmesi (*maintain the authority of the judiciary*) ibaresinin kapsamındadır ve kamunun çıkarıdır [birinci kamu çıkarı] ancak, bu çıkarın gerçekleşmesi, aydınlanmış (bilgilenmiş) bir toplumun işbirliğini (*co-operation of an enlightened public*) gerekli kılar. Bu bağlamda, yayımı durdurulan makalede konu edilen, Thalidomide adlı sakinleştirici ilaçla ilgili olguları ve mağduriyetlerin giderilmesi için önerilen çözümleri öğrenmekte, sadece, bu ilacın mağdurlarının ailelerinin değil, toplumun genelinin de hayati çıkarı bulunmaktadır [ikinci kamu çıkarı]. Bu nedenle, toplumun söz konusu bilgilerden yoksun bırakılması ancak, yargıya duyulan güven ve saygının sarsılacağına mutlak (*absolute*) / kesin olması durumunda olanaklıdır. Olayda ise, kamunun, ifade özgürlüğü kapsamındaki bilgi / haber alma özgürlüğüne ağır basacak başka bir kamusal çıkar bulunmamaktadır; dolayısıyla, söz konusu özgürlüğün sınırlandırılmasında, demokratik toplum açısından gereklilik koşulu gerçekleşmemiştir^{964, 965}.

Karar, ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumda, sadece bireysel özgürlük olarak görülemeyeceğini zira, bu özgürlüğün sağlanmasında, kamunun da çıkarının bulunduğunu vurguladığı için ayrı bir öneme sahiptir. Bu davada AİHM, ifade özgürlüğü bağlamındaki kamu çıkarını, yargının güvenilirliğinin ve saygınlığının sürdürülmesindeki kamu çıkarıyla karşılaştırmış ve Birleşik Krallık hükümetinin savunmasında yer alan görüşün tersine, ifade özgürlüğü bağlamındaki kamu çıkarına ağırlık vermiştir. AİHM'nin, toplumun genelinin erişmekte / öğrenmekte hayati çıkarı bulunan bilgilerden yoksun bırakılmasına, sadece, yargının güvenilirliğinin ve saygınlığının sarsılacağına mutlak (*absolute*) / kesin olması durumunda olanak tanınması da bunu göstermektedir.

⁹⁶⁴ The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1) (no. 6538/74), 26.4.1979, prg. 38, 55, 57, 65-68.

⁹⁶⁵ Jiseng 16.

Karar, adil denge ilkesi açısından irdelendiğinde, toplumun hayati çıkarı bulunan bilgileri edinmesiyle / öğrenmesiyle ilgili kamu çıkarının [ikinci kamu çıkarı] üstün tutulduğu ve bilgi / haber alma özgürlüğü kefesine ağırlık olarak konularak, bu özgürlüğün ağır basmasının sağlandığı görülmektedir. Ancak, söz konusu ikinci çıkarın üstün tutulması, yargının güvenilirliğinin ve saygınlığının [birinci kamu çıkarı] sarsılacağına mutlak / kesin olması durumunda gerçekleşmez ve bilgi / haber alma özgürlüğünün kefesine ağırlık olarak konulmaz; bu defa, denge değişir ve özgürlükle çatışan birinci kamu çıkarı ağır basar.

3.3.2. İfade özgürlüğüne ilişkin kamu çıkarı ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile ilgili kamu çıkarının çatışması:

Otto-Preminger-Institut / Avusturya davasında, bir filme, içeriğinde hristiyanlığın kutsal sayılan değerlerine hakaret (*blasphemy*) edildiği gerekçesiyle el konup yasaklanmış olması, AİHK'ya başvuru konusu yapılmış, AİHK da, 14.1.1993 tarihli raporunda, filmin yasaklanmasını orantısız ve demokratik toplum açısından gereksiz bularak, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği görüşüne yer vermiştir. Rapor AİHM'ye götürülmüş,

AİHM, 20.9.1994 tarihli kararıyla AİHK'nın tersine, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Kararın dayandığı gerekçeler şöyle özetlenebilir: 1) Bu davada, başvuru kuruluşun ifade özgürlüğü kapsamında, tartışmalı (*controversial*) görüşlerin topluma iletilmesi ve bunun sonucunda, ilgilenen kişilerin bu görüşleri öğrenme hakları ile başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakları arasındaki çatışmada denge sağlanmalıdır. 2) Filmin oynatılmak istendiği bölgede, dini duyguları güçlü insanların çoğunlukta olması nedeniyle, yetkililerin aldıkları yasaklama önlemi, kamu düzeninin bozulmadan sürdürülmesine yönelik olup, devlete tanınan takdir yetkisinin sınırları içindedir; dolayısıyla, ifade özgürlüğü ihlal edilmemiştir ⁹⁶⁶.

Yargıç Palm, Pekkanen ve Makarczyk'in karşı oy yazılarında, AİHS'nin güvence altına aldığı din özgürlüğünün, dini duyguların korunmasını kapsamadığını; hoşgörünün iki yönlü olduğunu; demokratik toplumlarda, dini konularda ifade özgürlüğünün

⁹⁶⁶ Otto-Preminger-Institut v. Austria (no. 13470/87), 20.9.1994, prg. 31-32, 55-57.

sınırlanmasının sadece, dinin, başkalarının din özgürlüğünü reddetme noktasına varan kötüye kullanımında olanaklı olduğunu ifade etmişler ve karara katılmamışlardır ⁹⁶⁷.

Kararı, doktrinden Tsakyrakis ile Klatt ve Meister de eleştirmişlerdir. Tsakyrakis'e göre, ifade özgürlüğü karşısında bazı düşünce ve duygulara ağırlık verilmesi, ifade özgürlüğünü güçsüz bırakır. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün karşısına başka bir ağırlık konulmamalıdır ⁹⁶⁸. Tsakyrakis'in bu görüşü, yazarın, ifade özgürlüğünün teraziye konulmamasını ve dengeleme uygulamasının dışında tutulmasını öngördüğü biçiminde yorumlanabilir. Klatt ve Meister ise, AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin eşit ağırlıkta olmaları nedeniyle, gerek, AİHM'nin, din özgürlüğünü dini duyguları kapsayacak genişlikte ele almasını, gerek, Tsakyrakis'in ifade özgürlüğünü üstün tutmasını yanlış bulmaktadırlar. Onlara göre, karşı oy yazan yargıçların, ifade özgürlüğü için belirledikleri çerçeve de doğru değildir; bu davada yapılması gereken, sınırlamanın ağırlığını tartmak olmalıdır. Dava konusu filme el konup yasaklanması ağır (*serious*) bir sınırlama niteliğindedir; dolayısıyla, terazide ağır basacak olan, ifade özgürlüğüne uygulanan sınırlamadır ⁹⁶⁹. Klatt ve Meister'in bu yaklaşımı, müdahalenin yoğunluğuna / şiddetine odaklanan, birinci dengeleme modeliyle örtüşmektedir ⁹⁷⁰.

Burada ilginç olan, karşı oy yazan yargıçların, Tsakyrakis'in ve Klatt ve Meister'in, konuya üç ayrı yönden yaklaşarak aynı noktada yani, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği noktasında birleşmiş olmalarıdır.

Biz bu davada, nelerin çatıştığının belirlenmesinin öncelik taşıdığını düşünmekteyiz. Bu olayda, hem bireysel haklar, hem kamu çıkarları çatışmıştır. Nitekim, AİHM'ye göre, tartışmalı görüşlerin topluma iletilmesi ve bunun sonucunda, ilgilenen kişilerin bu görüşleri öğrenmesi, başvuru kuruluşun ifade özgürlüğünün [birinci özgürlük] kapsamında olduğu kadar, toplumun bilgi edinme ve haber alma bağlamında, kamu çıkarıyla da ilgilidir [birinci kamu çıkarı]. Keza, başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne [ikinci özgürlük] saygı gösterilmesinde de kamu çıkarı bulunmaktadır [ikinci kamu çıkarı]. AİHM, birbirine eşit değerle / ağırlıkta gördüğü iki bireysel çıkarı karşılıklı olarak teraziye koymuş ancak, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ağır

⁹⁶⁷ Kararın 20. sayfasında 6-7. paragraflar.

⁹⁶⁸ Tsakyrakis 482-483.

⁹⁶⁹ Klatt and Meister 705-707.

⁹⁷⁰ Bkz., VI. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı.

basmasını sağlamak için, bu özgürlükle bağlantılı olan ikinci kamu çıkarını, ağırlık olarak, ikinci özgürlüğün kefesine yerleştirmiştir. AİHM'nin bu tutumuna bakarak, çatışan iki özgürlük arasında tercihini, ikinci özgürlükten yana kullandığı sonucuna varmaktayız. AİHM, filmin oynatılmak istendiği bölgede yasaklanmasını, o bölgede dini duyguları güçlü insanların çoğunlukta olmasıyla ilişkilendirerek, kamu düzeninin bozulmadan sürdürülmesi nedenine bağlamış olmakla da, din özgürlüğüne saygı gösterilmesini sağlamakla ilgili ikinci kamu çıkarını, birinci kamu çıkarına göre üstün tuttuğunu ortaya koymuştur.

Görüşümüze göre, terazide dengenin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünden yana ağır basması, filmin oynatılacağı bölgede dini duyguları güçlü insanların çoğunlukta olması nedeniyle kamu düzeninin bozulabileceği varsayımına dayalıdır. Bunun bir varsayım olduğu ortadadır zira, kararda, kamu düzeninin bozulabileceğine ilişkin bir belirtiden veya bulgudan söz edilmemiştir. Öte yandan, AİHM, ifade özgürlüğü kefesine konulması gereken önemli bir etmeni de göz ardı etmiştir: O etmen, ifade özgürlüğüne müdahalenin (filmin yasaklanmasının) ağırlığıdır. Bu durumda, AİHM, eksik bir değerlendirme yapmış ve bir varsayımı, ifade özgürlüğü aleyhine ağırlık olarak terazinin kefesine koymuş olmaktadır. Terazinin kefesine varsayımın ağırlık olarak konmasının yanlışlığı yanında, çatışan bireysel çıkarlardan / özgürlüklerden birinin (ifade özgürlüğünün) ayakta kalamamış olması da, dengeleme kavramıyla uyusmamaktadır. Dolayısıyla, Otto-Preminger-Institut / Avusturya kararında, her ne kadar, çatışan çıkarların dengelendiğinden söz edilmiş olsa da, bu, doğru değildir; dengeleme yapılamamıştır.

Bizce dengeleme şöyle yapılabilirdi: Terazinin kefelerinde her hangi bir varsayımın yer verilmez ve AİHM'nin göz ardı ettiği, müdahalenin ağırlığı etmeni, ifade özgürlüğü ile ilgili kefeye konur; böylece, bu kefe ağır basar. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ayakta kalabilmesi için de, en az kısıtlayıcı tedbir (*less restrictive measure*) yöntemine başvurulması önerilebilir. Bu bağlamda, filme el konulup yasaklanması yerine, örneğin, filmin sadece belirli sinemalarda, geç saatlerde oynatılması, bu sinemalara, belirli yaşın altında izleyici alınmaması ve TV kanallarında gösterilmemesi gibi tedbirler düşünülebilir.

XV. BÖLÜM: AİHM KARARLARININ YERİNE GETİRİLMELERİ / İCRA EDİLMELERİ (EXECUTION) AŞAMASINDA ADİL DENGE İLKESİNİN YERİ

Hemen belirtmeliyiz ki, AİHM kararlarının yerine getirilmeleri / icra edilmeleri, AİHS md. 46 uyarınca, koşulsuz bir yükümlülüktür ve bu yükümlülüğün herhangi bir çıkarla (örn., kamu çıkarı) dengelenmesi söz konusu değildir. Kaldı ki, AİHS'nin bütün yükümlülüklerini egemen rızasıyla üstlenmiş bir hukuk devletinde, AİHM'nin, insan haklarına ilişkin ihlal kararlarını yerine getirmenin yani, insan hakları ihlallerini giderecek ve bunların tekrarını önleyecek önlemleri almanın, herhangi bir çıkarla çatışma içinde olduğu ileri sürülemez.

Burada söz konusu olan, yetkililerin, ihlali giderecek ve tekrarını önleyecek araçları – takdir yetkileri çerçevesinde – seçerken, adil denge ilkesine uymalarıdır. AİHM'nin, 18.12.1986 tarihli Johnston vd. / İrlanda kararında, bu husus vurgulanmıştır⁹⁷¹. AİHM'nin bu vurgusunun, “tavsiye” niteliğinde olduğu söylenebilir; zira, bu vurguya, kararın hüküm fıkrasında (*operative part*) yer verilmemiştir. Buna karşılık, örneğin, AİHM Büyük Dairesinin 19.6.2006 tarihli Hutten-Czapska / Polonya kararında, hükümetin, konut sahiplerinin kira alacaklarını aşırı ölçüde sınırlandıran ve mülkiyet hakkının ihlaline yol açan düzenlemeleri, adil denge ilkesine göre düzeltmesi gerektiği karar metninde vurgulandığı gibi, hüküm fıkrasında da belirtilerek, Polonya açısından bağlayıcı kılınmıştır^{972, 973}. Burada, yetkililerin, konut sahiplerinin kira alacaklarının aşırı ölçüde sınırlandırılması bağlamındaki ihlali giderecek ve tekrarını önleyecek düzenlemeler yaparken yani, gerekli araçları seçerken, adil denge ilkesini gözetmeleri gerektiği kastedilmiştir.

⁹⁷¹ Johnston and others v. Ireland (no. 9697/82), 18.12.1986, prg. 77.

⁹⁷² Hutten-Czapska v. Poland (no. 35014/97) [GC], 19.6.2006, prg. 239 ve hüküm fıkrasında 4. no.lu paragraf.

⁹⁷³ AİHM'nin, tespit ettiği ihlalin giderilmesi ve tekrarının önlenmesi için, hükümetin alması gereken bireysel ve genel tedbirleri öngören (*consequential orders*) çeşitli kararları bulunmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz., Harris O'Boyle and Warbrick 170-173.

AİHM'nin bu tür kararlar alabileceği, tazminatlarla (“adil tazmin” veya “adil tatmin”) ilgili uygulama yönergesinin (*Practice Direction – Just Satisfaction Claims* – 3.6.2022) 28. maddesinde de belirtilmiştir; (https://echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf) (erişim 15.2.2023). Aynı hüküm, AİHM İçtüzüğü'nün, çeşitli değişikliklerden önceki (1.1.2020 tarihli) Türkçe metninin ekinde bulunan “Adil Tazmin Talepleri” başlıklı uygulama yönergesinin 23. maddesinde yer almıştır; (https://echr.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf) (erişim 15.2.2023).

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, AİHK kararlarının yerine getirilmeleri / icra edilmeleri aşamasında adil denge ilkesinin yerinin, ihlali giderecek / düzelterek aracın seçimi ile ilgili olduğu söylenebilir.

Kaydedelim ki, AİHM kararlarının yerine getirilmesi / icra edilmesi, devletin haksız eylemlerinden (*wrongful acts*) doğan uluslararası sorumluluğu; buna bağlı olarak, haksız eylemden (ihlalden) önceki durumu sağlama (eski hale getirme; *restitution*, *restitutio in integrum*), uluslararası sözleşmelere iyi niyetle uyma ve yargı sistemini AİHS hükümlerini hayata geçirecek yönde düzenlemeler yapma yükümlülükleri ile de ilgilidir ⁹⁷⁴.

XVI. BÖLÜM: SONUÇ

1. Genel değerlendirme:

AİHM, adil denge ilkesinin, AİHS'nin bütünü içinde var olduğunu (mündemiç olduğunu) (*inherent*) benimsemekte ve bunu çeşitli kararlarında belirtmiş bulunmaktadır ⁹⁷⁵. AİHM'nin, adil denge ilkesini bu konumda görmesi, onu, alışılmış bir çözüm yolu niteliğine büründürmüş ve genel ilke olarak uygulanmasına yol açmıştır ⁹⁷⁶. Tsakyrakis'e göre, adil denge ilkesinin, genel ilke olarak uygulanması, AİHS'nin, bireylerin temel haklarının güvence altına alınması ve korunmalarının sağlanması işleviyle bağdaşmamaktadır. Zira, adil denge ilkesine yönelik olsa da, dengeleme uygulaması, bir yandan, çatışan çıkarların / hakların ayakta kalmalarını sağlarken, diğer yandan, söz konusu çıkarları / hakları belirli sınırların içine çeker yani, sınırlar. Bu sonuç ise, üstün çıkarlar / mutlak haklar açısından kabul edilemez ^{977, 978}. Tsakyrakis'in bu görüşüne karşı şu açıklamayı yapabiliriz: Adil denge ilkesi için önerdiğimiz tanım ⁹⁷⁹ benimsenirse, bu tanıma uygun olarak yapılan dengeleme

⁹⁷⁴ Bu konular ve AİHM'nin bazı durumlarda, ihlalin giderilmesi için yapılması gerekenleri / alınması gereken önlemleri öngörmesi (*consequential order*) ile ilgili açıklamalar için bkz., Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2) (no. 32772/02) [GC], 30.6.2009, prg. 86-90, 97.

⁹⁷⁵ Bkz., yukarıda X. Bölümün 2. no.lu paragrafı ve XIV. Bölümün 1.11.9. no.lu paragrafında sunulan, Sporrang ve Lönnroth / İsveç kararının 69. ve 73. paragrafları.

⁹⁷⁶ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 1.5.2. no.lu paragrafı.

⁹⁷⁷ Tsakyrakis 475-476.

⁹⁷⁸ Bkz., dip-not 157 ve IX. Bölümün 2. no.lu paragrafı.

⁹⁷⁹ Adil denge ilkesinin tanımı için bkz., VII. Bölümün 4.1. no.lu paragrafı.

uygulamasında, mutlak haklar teraziye vurulmaz; tersi olursa, çatışan çıkarlar / haklar arasında kurulan denge, tanımımız açısından adil nitelikte sayılmaz. Dolayısıyla, adil denge ilkesi için önerdiğimiz tanıma uygun dengeleme yapılırsa, Tsakyrakis'in karşı çıktığı konunun alanı, mutlak haklar dışındaki temel haklarla sınırlı kalır.

2. AİHS'nin çeşitli maddeleri çerçevesinde değerlendirme:

2.1. AİHM'nin, adil denge ilkesinin uygulandığı kararlarının çoğu, AİHS md. 8 (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ve Ek 1 No.lu Protokol md 1 (mülkiyet hakkı) ile ilgidir ⁹⁸⁰. Bu kararlar, söz konusu temel hakların, kamu çıkarıyla veya başka bir temel hakla çatıştığı durumlarda karşımıza çıkmakta ve AİHM'nin genellikle, temel hakları kamu çıkarlarına eşit gören yani, temel haklara üstünlük tanımayan dengeleme modelini ⁹⁸¹ benimseyen bir yaklaşım içinde olduğu izlenimi vermektedir (örn., Norris / Birleşik Krallık kararı ⁹⁸²). Buna karşılık, sosyal adalet söz konusu olduğunda, mülkiyet hakkı karşısında, sosyal adaletle ilişkin kamu çıkarına ağırlık verildiği görülmektedir (örn., Mellacher vd. / Avusturya kararı ⁹⁸³). Bu yaklaşımın ise, üstün çıkarları dengeleme uygulamasının kapsamı dışında tutan modele ⁹⁸⁴ yakın olduğu söylenebilir.

2.2. Adil yargılanma hakkı (AİHS md 6) da, çeşitli kamu çıkarlarıyla veya özgürlük, güvenlik ve özel hayat gibi diğer temel haklarla çatışmaya, dolayısıyla, dengelemeye zemin oluşturmuştur ⁹⁸⁵. Bu zeminde AİHM'nin, adil yargılanma hakkı karşısında, terazide, gerek, kamu çıkarına, gerek, diğer temel haklara ağırlık vermekten kaçınmadığı gözlemlenmektedir. Hukuk devletinde, mutlak nitelikte olmasa da, ayrıcalıklı bir konumda olduğu tartışmasız olan, savunma hakkı karşısında bile, özgürlük, güvenlik ve özel hayat gibi diğer temel haklara ağırlık verilebilmesi, AİHM'nin adil denge ilkesini, herhangi bir tanıma bağlı olmaksızın uyguladığının bir

⁹⁸⁰ Bkz., yukarıda XIV. Bölümün 1.6. ve 1.11. no.lu paragrafları.

⁹⁸¹ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı.

⁹⁸² Bkz., yukarıda XIV. Bölümün 1.6.1.2.(1) no.lu paragrafı.

⁹⁸³ Bkz., yukarıda XIV. Bölümün 1.11.15.(1) no.lu paragrafı.

⁹⁸⁴ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.3. no.lu paragrafı.

⁹⁸⁵ Bkz., yukarıda XIV. Bölümün 1.5. ve 2.3. no.lu paragrafları.

göstergesidir. Ancak, bu gibi durumlarda, AİHM'nin, savunma hakkı yararına bazı usuli güvenceler aradığını da ekleyelim.

2.3. AİHM'nin, AİHS md. 10 (ifade özgürlüğü) ve md. 11 (toplantı ve örgütlenme özgürlüğü) bağlamında, adil denge ilkesini uyguladığı kararların bazıları ilgili temel hakkın kamu çıkarıyla; bazıları da, ilgili temel hakkın başka temel haklarla çatışmalarının çözümünü içermektedir.

2.4. AİHM'nin, birkaç kamu çıkarının bir yandan kendi aralarında, diğer yandan, adil yargılanma hakkı (AİHS md. 6), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS md. 8) ve ifade özgürlüğü (AİHS md 10) ile çatıştığı olaylarda da, adil denge bağlamında çözüm aradığı kararları bulunmaktadır ⁹⁸⁶. AİHM'nin yaklaşımı, bu davalarda da, yukarıda belirtilenlerden farklı bir özellik göstermemektedir.

2.5. AİHM'nin, mutlak hak niteliğindeki AİHS md. 3 (işkence yasağı) ile ilgili bazı davalarda da dengeleme yaptığı görülmüştür (örn., Soering / Birleşik Krallık ve N. / Birleşik Krallık kararları) ^{987, 988}. Bu davalarda dengeleme, sadece kamu çıkarlarıyla yapılmıştır. İşkence yasağının, başka bir temel hakla karşılaştırılıp dengelendiğine rastlanmamıştır.

Soering / Birleşik Krallık davasında, olası ihlal (*potential violation*) kararı verilmekle, mutlak hakkın, kamu çıkarına üstün tutulduğu doğru olsa ve karar, bu yönüyle olumlu olarak değerlendirilse de, bu sonuca adil denge ilkesine uygun biçimde ulaşıldığı söylenemez. Bunun nedeni, mutlak hakkın teraziye vurulmuş olmasıdır. N. / Birleşik Krallık davasında ise, mutlak hak teraziye vurulmakla kalmamış, devletin ekonomik çıkarı mutlak hakka üstün tutulmuştur ⁹⁸⁹. Bu örneklerden anlaşılacağı üzere, AİHM, mutlak hakları kamu çıkarı ile dengelemekten kaçınmamakta hatta, terazide, devletin ekonomik çıkarına ağırlık verebilmektedir. AİHM'nin bu yaklaşımı, adil denge ilkesi için yaptığımız tanımla uyumlu değildir.

⁹⁸⁶ Bkz., yukarıda XIV. Bölümün 3. no.lu paragrafı.

⁹⁸⁷ Bkz., yukarıda XIV. Bölümün 1.2.1. ve 1.2.3.(2) no.lu paragraflar.

⁹⁸⁸ Bu konuda ayrıca bkz., IX. Bölümün 2. ve 6.2. no.lu paragrafları ve Mowbray 12.

⁹⁸⁹ Bkz. yukarıda XIV. Bölümün, 1.2.1. ve 1.2.3.(2) no.lu paragrafları.

2.6. AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili 5. maddesi kapsamındaki kararlarda, söz konusu temel hakkın, sadece, maddenin 1. fıkrasında tüketici olarak sayılmış bulunan nedenlere dayalı olmak koşuluyla, kamu çıkarlarıyla dengelendiğini gözlemlemekteyiz⁹⁹⁰. Ancak, AİHM'nin, dengeleme adına, AİHS md. 5/3'de yer alan, yakalanan kişinin, bir yargıcın veya yargısal yetkiye sahip bir yetkilinin önüne "hemen / derhal" (*promptly*) götürülmesini öngören hükmünü, Brogan vd. / Birleşik Krallık kararında esnetmesini⁹⁹¹, bir çelişki ve adil denge ilkesine aykırılık olarak kaydetmeliyiz.

3. Sonuçlar:

3.1. Vardığımız ilk sonuç, AİHM'nin, Rawls, Dworkin ve Habermas gibi özgürlükçü ve bireylerin çıkarlarını üstün tutan ve adil denge ilkesine yönelik olsa da, temel hakların ve özgürlüklerin dengelenmesini, dolayısıyla, sınırlandırmasını benimsemeyen düşünürlerin⁹⁹² çizgisinde olmadığıdır.

3.2. İkinci sonuç, AİHM'nin, adil denge ilkesini belli bir tanıma sıkı sıkıya bağlı biçimde değil de, olaya / davaya özgü (*ad hoc*) biçimde uyguladığıdır. Buna ek olarak, AİHM'nin, bazı istisnalar dışında, genellikle, AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri kamu çıkarlarıyla aynı değerde görerek dengeleme yaptığı; bu uygulamanın ise, temel haklara üstünlük tanımayan dengeleme modeline⁹⁹³ uygun düştüğü belirtilebilir. AİHM'nin bu yaklaşımı, sadece temel hakla kamu çıkarının çatıştığı durumlara özgü değildir; temel hakkın, temel hak niteliği taşımayan bir hakla / çıkarla çatıştığı durumlarda da aynı modele uygun davrandığına rastlanmaktadır⁹⁹⁴. Öte yandan AİHM, birçok kararından da anlaşılacağı üzere, ifade özgürlüğüne (AİHS md. 10) ve bu temel hakkın uzantısı olan, toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne (AİHS md. 11) özel bir önem / ağırlık vermektedir. Bu nedenle, söz konusu iki özgürlükle ilgili davalarda yapılan dengelemenin, temel haklara ağırlık veren dengeleme modeliyle⁹⁹⁵

⁹⁹⁰ Bkz., yukarıda XIV. Bölümün 1.4.1.(2) no.lu paragrafı (A. vd. / Birleşik Krallık kararı).

⁹⁹¹ Bkz., yukarıda XIV. Bölümün 1.4.2. no.lu paragrafı (Brogan vd. / Birleşik Krallık kararı).

⁹⁹² Bkz., yukarıda, III. Bölümün 2.4.; IV. Bölümün 3.1.; V. Bölümün 5.1., 5.3.; VI. Bölümün 2.2.1. no.lu paragrafları.

⁹⁹³ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı.

⁹⁹⁴ Örn., Chassagnou vd / Fransa kararı; bkz., yukarıda XIV. Bölümün 2.6.2. ve 2.7.2. no.lu paragrafların son bölümleri.

⁹⁹⁵ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.2. no.lu paragrafı.

uyumlu olduğu savunulabilir. AİHM'nin, sosyal adaletle ilgili kamu çıkarını üstün tutan yaklaşımının ise, üstün çıkarları dengeleme uygulamasının kapsamı dışında tutan modele ⁹⁹⁶ yakın olduğu söylenebilir.

3.3. Üçüncü sonuç, hemen yukarıda “Genel değerlendirme” başlığı altında belirttiğimiz gibi, AİHM'nin, adil denge ilkesinin, AİHS'nin bütünü içinde var (mündemiç) olduğunu benimsemesine rağmen, bu ilkenin her davada uygulanmasını zorunlu (*requisite*) görmediğidir. AİHM'nin bazı kararlarında, adil denge ilkesinin uygulanmasının zorunlu olduğu belirtilmiş ⁹⁹⁷; bazı kararlarında da, yetkililerin takdirine bağlı olduğu vurgulanmıştır ⁹⁹⁸. Ancak, bu kararlardan Z. / Finlandiya kararında, çatışan temel hakla kamu çıkarı arasında, adil denge ilkesine göre denge kurulup kurulmamasının yetkililerin takdirine bağlı olmasında, çatışan çıkarların niteliği ile öneminin ve temel hakka yapılan müdahalenin vahametinin (*gravity*) göz önünde bulundurulması gerektiğinin vurgulanmış olması, söz konusu takdir yetkisinin koşulsuz veya sınırsız olmadığına işaret etmektedir ⁹⁹⁹.

3.4. Dördüncü sonuç, ulusal yetkililerin (yasama, yargı ve yürütme erkleri) AİHM standartlarını gözeterek, adil denge ilkesine yönelik dengeleme yapmaları koşuluyla, AİHM'nin, ulusal yetkililerin yaptığı dengelemeye saygı gösterip uymasdır (*deference*). Bu durumun, AİHM'nin ikincilliği (*subsidiarity*) ilkesinden kaynaklandığını belirtelim ¹⁰⁰⁰. AİHM'nin bu yaklaşımının, yukarıda XIV. Bölümde sunulan kararlarda çeşitli örnekleri bulunmaktadır.

3.5. Beşinci sonuç, adil denge ilkesine yönelik olsa da dengeleme uygulamasının, hakların / çıkarların sınırlandırılmasına yol açması ancak, aynı zamanda, çatışan hakları / çıkarları ayakta tutarak, bunların aşırı ölçüde sınırlandırılmalarına karşı koruyucu bir işlev

⁹⁹⁶ Bkz., yukarıda VI. Bölümün 6.3. no.lu paragrafı.

⁹⁹⁷ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (nos. 7151/75; 7152/75), 23.9.1982, prg. 69; *Chassagnou and others v. France* (no. 25088/94, 28331/95 and 28443/95) [GC], 29.4.1999, prg. 85; *Jahn and others v. Germany* (nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01) [GC], 30.6.2005, prg. 93; *Vistins and Perepjolkins v. Latvia* (no. 71243/01) [GC] (Merits), 25.10.2012, prg. 108-110.

⁹⁹⁸ *Z. v. Finland*, (no. 22009/93), 25.2.1997, prg. 99; *Hatton and others v. The United Kingdom* (no. 36022/97) [GC], 8.7.2003, prg. 129.

⁹⁹⁹ Bkz., yukarıda XIV. Bölümün 1.6.1.4. no.lu paragrafı.

¹⁰⁰⁰ Bkz., yukarıda IX. Bölümün 6.1. no.lu paragrafı.

görmesidir. Bundan da anlaşılacağı üzere, adil denge ilkesine yönelik dengeleme uygulaması, Tsakyrakis'in de belirttiği gibi, neyin doğru olduğunu değil, neyin aşırı olmadığını belirler ¹⁰⁰¹.

3.6. Altıncı ve son sonuç, çatışan haklar / çıkarlar / ilkeler / değerler arasında adil bir denge sağlansa da, bu dengenin herkesi tatmin etmesinin beklenmemesi gerektiğidir ¹⁰⁰².



¹⁰⁰¹ Tsakyrakis, adil denge ilkesine yönelik dengelemenin bu işlevini, temel hakka az miktarda müdahalenin / sınırlamanın ihlal sayılmamasına yol açtığı için eleştirmiştir (Tsakyrakis 475-476, 484, 487).

¹⁰⁰² Christoffersen, *Fair Balance* 577; Kisieliute 37. Ayrıca bkz., VII. Bölümün 3. no.lu paragrafı.

KAYNAKÇA:

Kitaplar (yazarın soyadının alfabetik sırasına göre):

Aksar, Yusuf, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Birinci baskı, Şubat 2017.

Aktaş, Sururi, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Ankara, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ekim 2018.

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 17. Baskı, 2023.

Aral, Vecdi, *Toplum ve Adaletli Yaşam, Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.

Araslı, Utkan, *Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Açısından Anayasal Temel İlke ve Kavramlar*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 276, Ocak 2015.

Aybay, Rona, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 510, Hukuk 22, Bilgi İletişim Grubu Yayıncılık Müzik Yapım ve Haber Ajansı Ltd Şti., 3. Baskı, Eylül 2017.

Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukuku I, Genel Konular* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 326, 1970/72).

Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2005

Benoit-Rohmer, Florence and Heinrich Klebes, *Council of Europe Law, Towards a pan-European legal area*, Council of Europe Publishing, June 2005.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, Fourth edition, Paperback reprinted (with corrections) 1995.

Bulgan, Birden Güngören, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., Birinci Baskı, Aralık 2017.

Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2001.

Christoffersen, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Çeçen, Anıl, *Adalet Kavramı, Adalet Kavramının Göreliliği Üzerine Bir Deneme*, Ankara, Astana Yayınları A.Ş., Genişletilmiş 5. Baskı, 2020.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Yenilenmiş-Genişletilmiş 2. Baskı, 2005.

Erdoğan, Mustafa, *Hukuk ve Adalet*, Ankara, Hukuk Yayınları, 2017.

Esen, Egemen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, Şubat 2020.

Evans, Malcolm D., ed., *International Law*, Oxford University Press, Second edition, 2006.

Fromm, Erich, *Sevgi ve Şiddetin Kaynağı*, İngilizce'den çeviren, Yurdanur Salman, Nalan İçten, İstanbul, Payel Yayınları, 1. Basım, 1979.

Fromm, Erich, *Çağımızın Özgürlük Sorunları*, çeviren Bozkurt Güvenç, Ankara, Bayraktar Yayınevi, ikinci baskı, Haziran 1982.

Gemalmaz, Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul, Beta Basım, Yayım, Dağıtım A.Ş., Nisan 2017.

Gerards, Janneke, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, 2019.

Gökberk, Macit, *Felsefe Tarihi*, İstanbul, Remzi Kitabevi, Otuz Birinci Basım, Ekim 2018.

Gölcüklü, A. Feyyaz, A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara, Turhan Kitabevi Basım-Yayın Tic. Ltd. Şti, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Bası, 2002.

Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Temmuz 2017.

Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Genişletilmiş 15. Baskı, Ağustos 2018.

Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, Tıpkı Basım, 18. Baskı, 2017.

Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 15. Baskı, 2020.

Gürten, Kadir, *Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms, Contributions of a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans., William Rehg, Cambridge, Polity Press, Reprinted 1998.

Hakki, Murat Metin, *The Cyprus Issue, A Documentary History, 1878-2007*, London, New York, I.B.Tauris, 2007.

Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Fourth edition, 2018.

Hazar, Zeynep, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, Ankara, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Kasım 2021.

Hirş, Ernest, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Güncel Dile Uyarlayan, Selçuk Baran Veziroğlu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Üçüncü Tıpkı Basım, 2001.

Jacobs, White and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Fifth edition, 2010.

Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, A.Ü.H.F. Yay. No. 453, Atatürk'ün 100. Doğum Yılına Armağan, Yenilenmiş Altıncı Baskı, 1981.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre)*, Ankara, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 19. Bası, 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Miras Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 6. Bası, 2015.

Kuçuradi, İoanna, *Ahlak, Etik ve Etikler*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, Şen Matbaa, İkinci baskı, 2020.

Lawson, R. A. and H. G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Ars Aequi Libri, Maklu, Nomos, Schulthess, 1997.

Lesaffer, Randall, *European Legal History, A Cultural and Political Perspective*, trans., Jan Arriens, Cambridge University Press, 2009.

Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Reprinted 2010.

Necatigil, Zaim, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, Oxford University Press, Revised Second Edition, Reprinted 2001.

Nino, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Öktem, Niyazi, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1983.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, 2005.

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, Gözden geçirilmiş 17. Baskı, 2018.

Rawls, John, *A Theory of Justice, Revised Edition*, Oxford University Press, 1999.

Ross, Alf, *On law and Justice*, London, Stevens & Sons Limited, 1958.

Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, A.Ü.S.B.F. Yay., 506; S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yay., 4, 1982.

Sarmas, Ioannis, *The Fair Balance - Justice as an equilibrium setting exercise*, Athens, Thessaloniki, Sakkoulas Publications, Nomos, 2014.

Schutter, Olivier De, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2010.

Shaw, N. Malcolm, *International Law*, Cambridge University Press, Fourth edition, 1997.

Shaw, Malcolm N., *Uluslararası Hukuk*, Çeviri Editörü; İbrahim Kaya, Çevirenler; Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, Sekizinci Baskı, 2017.

Smet, Stijn and Eva Brems, Ed. by, *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights, Conflict or Harmony?*, New York, Oxford University Press, First Edition, 2017.

Southwell, Gareth, *Words of Wisdom, Philosophy's Most Important Quotations and Their Meanings*, London, Quercus Publishing Ltd, paperback ed., 2015.

Soysal, Mümtaz, *Anayasaya Giriş*, Ankara, A.Ü.S.B.F. Yay. No. 271, Sevinç Matbaası, Genişletilerek İkinci Yayınlanış, 1969.

Şahin, Ali Hamza, *Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı Kavramı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 2022.

Şenel, Alaeddin, *İnsanlık Tarihi Boyunca İnsan Hakları Demokrasi İlişkisi*, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yay. 6, 1996.

Taner, Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş. Birinci Baskı, Mart 2019.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara, Seçkin/Hukuk, Güncellenmiş Sekizinci Baskı, Eylül 2019.

Timur, Taner, *Habermas'ı Okumak*, İstanbul, Yordam Kitap, Üçüncü Basım, Aralık 2017.

Tuhr, Andreas von, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, çev. Cevat Edege, Ankara, Olgaç Matbaası, Yargıtay Yayını No. 15, 1983, Cilt 1-2.

Tuncay, A. Can, *Adalet Peşinde (Quest for Justice)*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2018.

Uygun, Oktay, *Hukuk Teorileri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., Ekim 2017.

Warburton, Nigel, *Felsefenin Kısa Tarihi*, çeviren, Güçlü Ateşoğlu, İstanbul, Alfa Basım, Yayım, Dağıtım San. ve Tic. Ltd Şti, 2011.

Yetkin, Çetin, *Adalet Hiç Var Olmadı, Adalet Kavramı Üzerine Kötümser Bir Deneme*, Ankara, Kilit Yayınları, 2015.

Yılmaz, Aybike, *İnsan Haklarında Faydacı Teori: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ölçülülük Testi* (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları Dizisi No. 2, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Aralık 2022),

Zysset, Alain, *The ECHR and the Human Rights Theory, Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, London and New York, Routledge Taylor and Francis Group, 2018.

Makaleler, konferans / seminer sunumları (yazarın soyadının alfabetik sırasına göre):

Aleinikoff, T. Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 5, April 1987
(<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7068&context=yli>)
(erişim: 27.12.2021).

Alexy, Robert, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 2 June 2003 (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>) (erişim: 27.12.2021).

Angelopoulos, Christina and Stijn Smet, "Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability"
(https://www.ivir.nl/publicaties/download/Notice_and_Fair_Balance.pdf)
(erişim: 8.2.2022).

Cassese, Sabino, “Ruling Indirectly - Judicial Subsidiarity in the ECHR”, *Subsidiarity, A two-sided coin ? Proceedings of the Seminar 31 January 2015* (Strasbourg, Dialogue between Judges, European Court of Human Rights, Council Europe, 2015).

Christoffensen, Jonas, “Straight Human Rights Talk – Why Proportionality does (not) Matter”, *Scandinavian Studies in Law 1999-2015* (<https://scandinavianlaw.se/pdf/55-1.pdf>) (erişim 27.12.2021).

Çali, Başak, “Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)”, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law [MPEiPro]*, September 2018 (<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3426.013.3426/law-mpeipro-e3426?rskey=of8wYc&result=4&prd=OPIL>) (erişim 29.4.2021).

Erginel, Erdem, “Collected and Edited by, Collected Judgment of Chief Justice Zekia”, *Volume I: Court of Appeal of Cyprus (Part 1)*, 2011) (https://www.academia.edu/3018444/Collected_Judgements_of_Chief_Justice_Zekia) (erişim: 26.2.2022).

Gemalmaz, Burak, “Mali güç ölçütünü dikkate almayan aşırı vergi mülkiyet hakkı ihlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Macaristan’a karşı 14 Mayıs 2013 tarihinde verdiği N.K.M. kararının incelenmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 2, 2014.

Gerards, J. H. (Janneke), “Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights”, 2009 (<https://hdl.handle.net/1887/13371>) (erişim: 29.12.2021).

Greer, Steven, ““Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 63, No. 2, July 2004.

Heper, Altan, “Yasaya Sadakatın Farklı Bir Okuması: Philipp Heck”, *İÜHFM C. LXXII*, Sayı 1, 2014 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97878>) (erişim 20.11.2021).

Jiseng, Fan, “Rethinking the Method and Function of Proportionality Test in the European Court of Human Rights”, *China Society for Human Rights Studies – CSHRS*, August 12, 2016 (http://www.chinahumanrights.org/html/2016/MAGAZINES_0812/5284.html) (erişim: 22.12.2021)

Jonkka, Jaakko, “A Model for the Weighing of Interests in the Prosecutor’s Legal Discretion”, *Scandinavian Studies in Law*, 1999-2012 (<https://scandinavianlaw.se/pdf/51-11.pdf>) (erişim: 28.1.2022).

Kisielite, Ieva, “A “fair balance” between intellectual property rights and other fundamental rights” – Master Thesis, *Lund University, Faculty of Law*, Spring 2012 (<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=2701659&fileId=3161577>) (erişim: 12.2.2022)

Klatt, Mathias and Moritz Meister, "Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy", *I-CON* (2012), Vol. 10, No. 3: 688 (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30063.pdf>) (erişim: 27.12.2021).

Kommers, Donald P., "German Constitutionalism: A Prolegomenon", 40 *Emory L.J.* 837 (1991) (https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/98) (erişim: 29.12.2021).

Leijten, Ingrid, "The Case for Proportionality Review – and against Balancing", *Universiteit Leiden, Leidenlawblog, Public Law*, July 01, 2014) (<https://leidenlawblog.nl/articles/the-case-for-proportionality-review-and-against-balancing>) (erişim: 29.12.2021)

Meyerson, Denise, "Why courts should not balance rights against the public interest", *Melbourne University Law Review*, 2007, Vol 31(3): 890 (https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0006/1707801/31_3_6.pdf) (erişim: 27.12.2021).

Mowbray, Alastair, "A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, Vol.10, Issue 2, June 2010. (file:///C:/Users/10/Downloads/A_Study_of_the_Principle_of_Fair_Balance_in_the_Jurisprudence_of_the_European_Court_of_Human_Rights.pdf) (erişim: 27.2.2022).

Nussberger, Angelika, "Comments on Sabino Cassese's Paper "Ruling Indirectly - Judicial Subsidiarity in the ECHR"", *Subsidiarity, A two-sided coin ? Proceedings of the Seminar 31 January 2015* (Strasbourg, Dialogue between Judges, European Court of Human Rights, Council Europe, 2015),

Ovalıoğlu, Selin, "Danıştay Kararları Işışında Üstün Kamu Yararı", *Memleket Siyaset Yönetim*, sayı 26. (<http://www.msydergi.com/uploads/dergi/217.pdf>) (erişim 19.4.2021)

Ökçesiz, Hayrettin, "İnsan Hakları Işışında Hukuk Oluşturmanın Metodolojisinde Lex Corrupta Sorunu", *Elli Yıllık Deneyimlerin Işışında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları*, Yayına hazırlayanlar: İoanna Kuçuradi ve Bülent Peker, Ankara, Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları ve Felsefesi Uygulama Merkezi, UNESCO İnsan Hakları için Felsefe Kürsüsü, 2004.

Scaccia, Di Gino, "Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-Law of European Courts", *Federalismi.it*, 20 Febbraio 2019, N. 4/2019. (<https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/Proportionality-and-the-Balancing-of-Rights-in-the-Case-law-of-European-Courts.pdf>) (erişim: 22.12.2021).

Shue, Henry, "Temel Hakların Evrenselliği", Yayına Hazırlayan, İoanna Kuçuradi, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri 9-13 Haziran 1980*, Ankara, Hacettepe Üniversitesi, Türkiye ve Ortadoğu Araştırmaları Enstitüsü, 1982.

Soykan, Ömer Naci, "İnsan Hakları: Kavramsal Bir Çözümleme", *Bilig, Yaz 2013*, sayı 66, s. 229-246 (<http://bilig.yesevi.edu.tr/yonetim/icerik/makaleler/2403-published.pdf>) (erişim 24.11.2021).

Spano, Robert, “Judicial Independence – The Cornerstone of the Rule of Law”, *Human Rights Lecture at the Justice Academy of Turkey*, Ankara, 3 September 2020. (https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200903_Spano_Justice_Academy_Ankara_ENG.pdf) (erişim: 8.4.2021).

Spano, Robert, “Freedom of expression: A cornerstone for humanity and democracy”, *Video message for European Conference on Democracy and Human Rights*, Kristiansand, 5.5.2021. (https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20210505_Spano_Video_Message_Conference_Kristiansand_ENG.pdf) (erişim 26.2.2022).

Spielmann, Dean, “Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, Speech by Mr. Dean Spielmann, President of the European Court of Human Rights, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 13.12.2013. (https://echr.coe.int/Documents/Speech_20140113_Heidelberg_ENG.pdf) (erişim: 6.6.2022)

Spielmann, Dean, President of the European Court of Human Rights, “Welcome Speech”, *Subsidiarity, A two-sided coin ? Proceedings of the Seminar 31 January 2015* (Strasbourg, Dialogue between Judges, European Court of Human Rights, Council Europe, 2015). (https://echr.coe.int/Documents/Dialogue_2015_ENG.pdf) (erişim: 5.5.2023).

Titiriga, Remus, “The ‘Jurisprudence of Interests’ (Interessenjurisprudenz) from Germany: History, Accomplishments, Evaluation”, *International Journal of Law, Language and Discourse*, 2013, 3(1): 59-60. (https://www.researchgate.net/publication/256012997_The_‘Jurisprudence_of_Interests’_Interessenjurisprudenz_from_Germany_History_Accomplishments_Evaluation) (erişim: 27.12.2021).

Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An assault on human rights?”, *International Journal of Constitutional Law – I.Con*, Volume 7, Issue 3, July 2009. (<https://doi.org/10.1093/icon/mop011>) (erişim: 22.12.2021).

Wilson, James G., “Surveying the “Forms of Doctrine” on the Bright Line Balancing Test Continuum”, 27 *Arizona State Law Journal* (1995), 806 (https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=fac_articles) (erişim: 20.2.2022).

Yaylı, Hasan, Aysema Pelin Şaşmaz, “Üstün Kamu Yararı Bağlamında Türkiye’de HES Politikalarına İlişkin Bir Değerlendirme”. (<http://www.yyusbedergisi.com/dergi/ustun-kamu-yarari-baglaminda-turkiyede-hes-politikalarina-iliskin-bir-degerlendirme20180101045454.pdf>) (erişim 19.4.2021).

Belgeler:

15.5.1983 tarihinde güncel hale getirilmiş Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) Usul Kuralları (*Rules of Procedure of the European Commission of Human Rights*, Text brought up to date on 15 May 1983, Strasbourg 1987).

A Council of Europe contribution to support member states in addressing healthcare issues in the context of the present public health crisis and beyond, SG/Inf(2020)24, 15.9.2020.

(https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809f953a) (erişim 18.4.2021).

Adil Tazmin Talepleri - 1.1.2020 tarihli uygulama yönergesi (1.1.2020 tarihli AİHM İçtüzüğü'nün ekinde yer almıştır) – Türkçe (https://echr.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf) (erişim 15.2.2023).

Adil tatminle ilgili 3.6.2022 t.li uygulama yönergesi (*Just satisfaction claims – 3.6.2022 Practice Direction*) (https://echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf) (erişim 15.2.2023)

AİHS hazırlık çalışmaları (*Preparatory Works – Travaux Preparatoires*) (www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf) (erişim 2.2.2023).

AİHS'yi değiştiren 11 No.lu Protokol (Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby) (<https://rm.coe.int/168007cda9>) (erişim: 24.3.2023).

AİHS'yi değiştiren 15 No.lu Protokol (*Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) (<https://rm.coe.int/1680084831>) (erişim: 24.3.2023).

Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin metni ve bu Sözleşme'nin 52. vd maddeleriyle düzenlenen Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi ile ilgili kurallar. (http://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights_sign.htm) (erişim 18.4.2021).

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına ilişkin Uluslararası Sözleşme (*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*). Metin ve devletlerin onay tarihleri: (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=en) (erişim 17.3.2023).

Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016, adopted by the Venice Commission, Opinion No. 865/2016, 9-10 December 2016 ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)037-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)037-e)) (erişim: 22.3.2022). Türkiye Barolar Birliği tarafından sağlanan Türkçe çevirisi ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)037-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)037-tur)) (erişim: 22.3.2022).

Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states, SG/Inf(2020)11, 7.4.2020. (<https://rm.coe.int/sq-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>) (erişim 18.4.2021).

Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, CM/Del/Dec(2006)964/4.4-app4consolidated, 10.5.2006. (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806dd2a5) (erişim: 27.9.2020).

Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic, European Committee of Social Rights, 21.4.2020. (<https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640>) (erişim 18.4.2021).

Viyana Andlaşmalar Hukuku Söşleşmesi'ne taraf olan devletleri gösteren tablo (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en) (erişim 18.4.2021).

Söyleşi:

Ioanna Kuçuradi, Figen Atalay ile söyleşi (Cumhuriyet Gazetesi, 12.2.2021) (<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/ioanna-kucuradi-ile-hayat-uzerine-1-salginin-etkileri-ozgurluk-haklar-mutluluk-1813145>).

Sözlükler, Ansiklopediler (yazarın soyadının veya sözlüğün, ansiklopedinin adının alfabetik sırasına göre):

Akarsu, Bedia, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 1975.

Benewick, Robert and Philip Green, *The Routledge Dictionary of Twentieth-Century Political Thinkers*, London, New York, Second edition, 1998.

Blackburn, Simon, *Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press, Second Ed., 2005.

Black's Law Dictionary, West Publishing Co., Sixth Edition, 1990.

Collins English Dictionary, Millennium Edition, Harper Collins Publishers, 1999

Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları Sözlük Dizisi 1, 29. Baskı, 2012.

Gray, John, *Lawyer's Latin, A Vade Mecum*, London, Robert Hale Limited, New Edition, 2006.

Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu (<https://sozluk.gov.tr/>).

Hañerlioğlu, Orhan, *Felsefe Ansiklopedisi, Kavramlar ve Akımlar*, 7 Cilt, Remzi Kitabevi, 1978.

Langenscheidts Taschenwörterbuch, Englisch-Deutsch, Deutsch-English, Berlin, München, Wien, Zürich, New York, Langenscheidt, Erweiterte Neuasgabe, 1983.

Larousse Compact French-English, English-French Dictionary, Larousse, 1993

Marshall, Gordon (Ed.), *Oxford Dictionary of Sociology*, Oxford University Press, Second Ed., 1998

Redhouse Yeni Türkçe-İngilizce Sözlük, İstanbul, Redhouse Yayınevi, On Üçüncü Basım, Ekim 1992.

Steuerwald, Karl, *Türkisch-Deutsches Wörterbuch*, Wiesbaden, Otto Harrassowitz, 1972.

The Merriam-Webster Pocket Dictionary of Synonyms, New York, G. & C. Merriam Co., 1972.

Türk Hukuk Lügati, Ankara, Türk Hukuk Kurumu, Başbakanlık Basımevi, 3. Baskı, 1991.

Türk Hukuk Lügati – Türkçe-Türkçe, Ankara, Türk Hukuk Kurumu, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2021 Baskısı, C. I, 2021.

Türk Hukuk Lügati – İngilizce, Almanca, Fransızca, Latince, Ankara, Türk Hukuk Kurumu, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2021 Baskısı, C. II, 2021.

Türkçe Sözlük, Dil Derneği, Ankara, Dil Derneği Yayınları 25, Geliştirilmiş dördüncü baskı, Mart 2018.

Webb, Julian, (Ed.), *The Penguin Dictionary of Law*, Penguin Books, 2009.

Woodley, Mick, (Ed.), *Osborn's Concise Law Dictionary*, London, Sweet & Maxwell Ltd, Tenth edition, 2005.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş Onuncu Baskı, 2011.

AİHM kararları (başvurunun HUDOC arama motorunda belirtilen adının alfabetik sırasına göre):

([GC] AİHM Büyük Dairesinin (*Grand Chamber*); [Dec.] ise, kabul edilebilirlik kararının (*admissibility decision*) kısaltılmışıdır). Kararda başvuru no.sundan sonra gösterilen (Merits) not, kararın esas hakkında olduğu ve tazminatla ilgili kararın ayrıca verileceği anlamındadır.

A. and others v. The United Kingdom (no. 3455/05) [GC], 19.2.2009.

A, B and C v. Ireland (no. 25579/05) [GC], 16.12.2010.

Agosi v. The United Kingdom (no. 9118/80), 24.10.1986.

A.N. v. Lithuania (no. 17280/08), 31.5.2016.

Airey v. Ireland (no. 6289/73), 9.10.1979.

Aksoy v. Turkey (no. 21987/93), 18.12.1996.

Aksu v. Turkey (nos. 4149/04 and 41029/04) [GC], 15.3.2012 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom (no. 26766/05 and 22228/06) [GC], 15.12.2011.

Alajos Kiss v. Hungary, (no. 38832/06), 20.5.2010.

Alisic and others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Makedonia (no. 60642/08) [GC], 16.7.2014.

Animal Defenders International v. The United Kingdom (no. 48876/08) [GC], 22.4.2013.

Appleby and others v. The United Kingdom (no. 44306/98), 6.5.2003.

Ashingdane v. The United Kingdom (no. 8225/78), 28.5.1985.

Association of Academics v. Iceland (no. 2451/16) [Dec.], 15.5.2018.

Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining and others v. Germany (nos 815/18 and 4 others), 7.7.2022.

Association Rhino and others v. Switzerland (no. 48848/07), 11.10.2011.

Ayangil and others v. Turkey (no. 33294/03), 6.12.2011 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Azadliq and Zayidov v. Azerbaijan (no. 20755/08), 30.6.2022.

Belane Nagy v. Hungary (no. 53080/13) [GC], 13.12.2016.

Berrehab v. The Netherlands (no. 10730/84), 21.6.1988.

Beuze v. Belgium (no. 71409/10) [GC], 9.11.2018.

Beyeler v. Italy (no. 33202/96) [GC], 5.1.2000

Bonnet c. France (no. 35364/19) [Dec.], 25.1.2022 (Fransızca).

Boso v. Italy (no. 50490/99) [Dec.], 5.9.2002.

Bouyid v. Belgium (no. 23380/09) [GC], 28.9.2015.

Brogan and others v. The United Kingdom (nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), 29.11.1988.

Broniowski v. Poland (31443/96) [GC] [Dec.], 19.12.2002.

Broniowski v. Poland (no. 31443/96) [GC], 22.6.2004.

Budina v. Russia (no. 45603/05) [Dec.], 18.6.2009.

Campbell v. The United Kingdom (no. 13590/88), 25.3.1992.

Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) (Merits), 23.7.1968.

Chahal v. The United Kingdom (no. 22414/93) [GC], 15.11.1996.

Chassagnou and others v. France (no. 25088/94, 28331/95 and 28443/95) [GC], 29.4.1999.

Christine Goodwin v. The United Kingdom (no. 28957/95) [GC], 11.7.2002.

Communauté Genevoise D'action Syndicale (CGAS) c. Suisse (no. 21881/20), 15.3.2022 (Fransızca).

Consorts Richet et Le Ber c. France (no. 18990/07 et 23905/07), 18.11.2010 (Fransızca).

Croatian Golf Federation v. Croatia (no. 66994/14), 17.12.2020.

Cyprus v. Turkey (no. 25781/94) [GC] (Just satisfaction), 12.5.2014 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

D. v. The United Kingdom (no. 30240/96), 2.5.1997.

Demir and Baykara v. Turkey (no. 34503/97) [GC], 12.11.2008 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Demopoulos and 7 others v. Turkey (nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 14163/04, 10200/04, 19993/04, 21819/04) [Dec.] [GC], 1.3.2010 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Dickson v. The United Kingdom (44362/04) [GC], 4.12.2007 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Doorson v. The Netherlands (no. 20524/92), 26.3.1996.

Dökmeci c. Turquie (no. 74155/14), 6.12.2016 (Fransızca) (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Drelingas v. Lithuania (no. 28859/16), 12.3.2019.

Dvorski v. Croatia (no. 25703/11) [GC], 20.10.2015.

Evans v. The United Kingdom (no. 6339/05) [GC], 10.4.2007.

Fatih Taş c. Turquie (No. 5) (no. 6810/09), 4.9.2018 (Fransızca) (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Fayed v. The United Kingdom (no. 17101/90), 21.9.1994.

Fenech v. Malta (no. 19090/20) [Dec.], 23.3.2021.

Fernandez Martinez v. Spain (no. 56030/07) [GC], 12.6.2014.

Fitt v. The United Kingdom (no. no. 29777/96) [GC], 16.2.2000.

F.J.M. v. The United Kingdom (no. 76202/16) [Dec.], 6.11.2018.

Folgero and others v. Norway (no. 15472/02) [GC], 29.6.2007.

Gaskin v. The United Kingdom (no. 10454/83), 7.7.1989.

Glor v. Switzerland (no. 13444/04), 30.4.2009.

Golder v. The United Kingdom (no. 4451/70), 21.2.1975.

Gudmundur Andri Astradsson v. Iceland (no. 26374/18) [GC], 1.12.2020.

Guerra and others v. Italy (no. 116/1996/735/932) [GC], 19.2.1998.

Gürtaş Yapı Ticaret ve Pazarlama A.Ş. c. Turquie (no. 40896/05), 7.7.2015 (Fransızca) (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Handyside v. The United Kingdom (no. 5493/72), 7.12.1976.

Hatton and others v. The United Kingdom (no. 36022/97), 2.10. 2001.

Hatton and others v. The United Kingdom (no. 36022/97) [GC], 8.7.2003.

Hokkanen v. Finland (no. 19823/92), 23.9.1994.

Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and others v. Bulgaria (nos. 412/03 and 35677/04), 22.1.2009.

Hutten-Czapska v. Poland (no. 35014/97) [GC], 19.6.2006.

Ibrahim and others v. The United Kingdom (nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09) [GC], 13.9.2016.

Ignaccolo-Zenide v. Romania (no. 31679/96), 25.1.2000.

Incal v. Turkey (no. 41/1997/825/1031) [GC], 9.6.1998 (HUDOC'ta kararın, Dışışleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria (no. 46577/15), 21.4.2016.

İ.A. v. Turkey (no. 42571/98), 13.9.2005.

Jahn and others v. Germany (nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01) [GC], 30.6.2005.

James and others v. The United Kingdom (no. 8793/79), 21.2.1986.

Jasper v. The United Kingdom (no. 27052/95) [GC], 16.2.2000.

Jersild v. Denmark (no. 15890/89) [GC], 23.9.1994.

Johansen v. Norway (no. 17383/90), 7.8.1996.

Johansen v. Denmark (no. 27801/19) [Dec.], 1.2.2022.

Johnston and others v. Ireland (no. 9697/82), 18.12.1986.

K.-H.W. v. Germany (no. 37201/97) [GC], 23.3.2001.

Kaboğlu and Oran v. Turkey (no. 1759/08, 50766/10 and 50782/10), 30.10.2018 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Kahyaoğlu et autres c. Turquie (no. 37203/05), 31.5.2016 (Fransızca) (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Kalda v. Estonia (no. 17429/10) 19.1.2016.

Kart v. Turkey (no. 8917/05) [GC], 3.12.2009 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Keegan v. Ireland (no. 16969/90), 26.5.1994.

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark (nos. 5095/71; 5920/72; 5926/72), 7.12.1976.

Kılıçdaroğlu v. Turkey (no. 16558/18), 27.10.2020 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Klass and others v. Germany (no. 5029/71), 6.9.1978.

Kokkinakis v. Greece (no. 14307/88), 25.5.1993.

Kononov v. Latvia (no. 36376/04) [GC], 15.5.2010.

Kozacıoğlu v. Turkey (no. 2334/03) [GC], 19.2.2009 (HUDOC'ta kararın, Dışışleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Kroon and others v. The Netherlands (no. 18535/91), 27.10.1994.

Kutzner v. Germany (no. 46544/99), 26.2.2002.

Larioshina v. Russia (no. 56869/00) [Dec.], 23.4.2002.

Lautsi and others v. Italy (no. 30814/06) [GC], 18.3.2011.

Leander v. Sweden (no. 9248/81), 26.3.1987.

Lindstrand Partners Advokatbyrå AB v. Sweden (no. 18700/09), 20.12.2016.

Ljatif v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia (no. 19017/16), 17.5.2018.

Lozowska c. Pologne (no. 62716/09), 13.1.2015 (Fransızca).

Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom (nos. 31417/96 and 32377/96), 27.9.1999.

M.A. v. Denmark (no. 6697/18) [GC], 9.7.2021.

Malfatto et Mieille c. France (nos. 40886/06 et 51946/07), 6.10.2016 (Fransızca).

Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium (no. 9267/81), 2.3.1987.

Mehmet Hasan Altan v. Turkey (no. 13237/17), 20.3.2018 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Mellacher and others v. Austria (nos. 10522/83; 11011/84; 11070/84), 19.12.1989.

Mikulic v. Croatia (no. 53176/99), 7.2.2002.

Mizzi v. Malta (no. 26111/02), 12.1.2006.

Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland (no. 16354/06) [GC], 13.7.2012.

Muhammad and Muhammad v. Romania (no. 80982/12) [GC], 15.10.2020.

Murray v. The United Kingdom (no. 14310/88) [GC], 28.10.1994.

N. v. The United Kingdom (no. 26565/05), 27.5.2008.

N.A. and others v. Turquie (no. 37451/97), 11.10.2005 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Nikitin v. Russia (no. 50178/99), 20.7.2004.

Nikolova and Velichkova v. Bulgaria (no. 7888/03), 20.12.2007.

N.K.M. v. Hungary (no. 66529/11), 14.5.2013.

Norris v. Ireland (no. 10581/83), 26.10.1988.

Nuray Şen v. Turkey (no. 41478/98), 17.6.2003.

O.H.et G.H. c. Allemagne (nos. 53568/18 et 54741/18), 4.4.2023 (Fransızca).

O’Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland (no. 44460/16), 7.6.2018.

Odievre v. France (no. 42326/98), 13.2.2003.

Olsson v. Sweden (No. 1) (no. 10465/83), 24.3.1988.

Open Door Dublin and Dublin Well Woman v. Ireland (nos. 14234/88; 14235/88), 29.10.1992.

Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland (no. 29086/12), 10.1.2017.

Otto-Preminger-Institut v. Austria (no. 13470/87), 20.9.1994.

Öcalan v. Turkey (no. 46221/99) [GC], 12.5.2005 (HUDOC’ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Öllinger v. Austria (no. 76900/01), 29.6.2006.

Paeffgen GMBH v. Germany (nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05) [Dec.], 18.9.2007.

Parrillo v. Italy (no. 46470/11) [GC], 27.8.2015.

Pedersen and Baadsgaard v. Denmark (no. 49017/99) [GC], 17.12.2004.

Pellegrin v. France (no. 28541/95), 8.12.1999.

Perinçek v. Switzerland (no. 27510/08) [GC], 15.10.2015 (HUDOC’ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Pişkin v. Turkey (no. 33399/18), 15.12.2020 (HUDOC’ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Platform “Ärzte für das Leben” v. Austria (no. 10126/82), 21.6.1988.

Pretty v. The United Kingdom (no. 2346/02), 29.4.2002.

Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany (no. 42527/98), 12.7.2001.

Py v. France (no. 66289/01), 11.1.2005.

Radomilja and others v. Croatia (nos. 37685/10 and 22768/12) [GC], 20.3.2018.

Rasmussen v. Denmark (no. 8777/79), 28.11.1984.

Rees v. The United Kingdom (no. 9532/81), 17.10.1986.

Regner v. The Czech Republic (no. 35289/11) [GC], 19.9.2017.

Rowe and Davis v. The United Kingdom (no. 28901/95) [GC], 16.2.2000.

Rysovsky v. Ukraine (no. 29979/04), 20.10.2011.

Saadi v. Italy (no. 37201/06) [GC], 28.2.2008.

Salabiaku v. France (no. 10519/83), 7.10.1988.

Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (no. 931/13) [GC], 27.6.2017.

Schatschaschwili v. Germany (no. 9154/10) [GC], 15.12.2015.

Schenk v. Switzerland (no. 10862/84), 12.7.1988.

Schüth v. Germany (no. 1620/03), 23.9.2010.

Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) (no. 14305/17) [GC], 22.12.2020 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Sheffield and Horsham v. The United Kingdom (no. 31–32/1997/815–816/1018–1019) [GC], 30.7.1998.

Sindicatul “Pastorul Cel Bun” v. Romania (no. 2330/09) [GC], 9.7.2013

S.J.P. and E.S. v. Sweden (no. 8610/11), 28.8.2018.

Slivenko v. Latvia (no. 48321/99) [GC], 9.10.2003.

Soering v. The United Kingdom (no. 14038/88), 7.7.1989.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden (nos. 7151/75; 7152/75), 23.9.1982.

Stanculeanu v. Romania (no. 26990/15), 9.1.2018.

Strand Lobben and others v. Norway (no. 37283/13) [GC], 10.9.2019.

Şahin Alpay v. Turkey (no. 16538/17), 20.3.2018 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Taşkın and others v. Turkey (no. 46117/99), 10.11.2004 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1) (no. 6538/74), 26.4.1979.

Tyrer v. The United Kingdom (no. 5856/72), 25.4.1978.

Uzan et autres c. Turquie (nos. 19620/05, 41487/05, 17613/08 et 19316/08), 5.3.2019 (Fransızca) (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Uzukauskas v. Lithuania (no. 16965/04), 6.7.2010.

Ürper and others v. Turkey (nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 and 54637/07), 20.10.2009 (HUDOC'ta kararın, Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Varnava and others v. Turkey (nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90) [GC], 18.9.2009.

Varvara v. Italy (no. 17475/09) (Merits), 29.10.2013.

Vasiliauskas v. Lithuania (no. 35343/05) [GC], 20.10.2015.

Vavricka and others v. The Czech Republic (no. 47621/13 and 5 others) [GC], 8.4.2021.

Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2) (no. 32772/02) [GC], 30.6.2009.

Vilho Eskelinen and others v. Finland (no. 63235/00) [GC], 19.4.2007.

Vistins and Perepjolkins v. Latvia (no. 71243/01) [GC] (Merits), 25.10.2012.

Vo v. France [GC] (no. 53924/00), 8.7.2004.

Vogt v. Germany (no. 7851/91) [GC], 26.9.1995.

Von Hannover v. Germany (No. 2) (nos. 40660/08 and 60641/08) [GC], 7.2.2012 (HUDOC'ta kararın, COE Human Rights Trust Fund tarafından sağlanan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Voynov v. Russia (no. 39747/10), 3.7.2018.

Vrzic v. Croatia (no. 43777/13), 12.7.2016.

Wemhoff v. Germany (no. 2122/64), 27.6.1968.

Winterwerp v. The Netherlands (no. 6301/73), 24.10.1979.

X and Y v. The Netherlands (no. 8978/80), 26.3.1985.

Yılmaz Yıldız and others v. Turkey (no. 4524/06), 14.10.2014 (HUDOC'ta kararın, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi bulunmaktadır).

Young, James and Webster v. The United Kingdom (no. 7601/76; 7806/77), 13.8.1981.

Yumak and Sadak v. Turkey (no. 10226/03) [GC], 8.7.2008 (HUDOC'ta kararın, Dışışleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisi bulunmaktadır).

Z. v. Finland (no. 22009/93), 25.2.1997.

Zdanoka v. Latvia (no. 58278/00) [GC], 16.3.2006.

AİHK kararları ve raporları (başvurunun HUDOC arama motorunda belirtilen adının alfabetik sırasına göre):

([Commission Dec.], AİHK'nın kabul edilebilirliğe ilişkin kararının (*admissibility decision*); [Rep. / Rap.] ise, AİHK'nın raporunun (*Report / Rapport*) kısaltılmışıdır)

Abdullah Yousef against The United Kingdom (no. 14830/89) [Rep.], 30.6.1992.

Barry Fitt against The United Kingdom (no. 29777/96) [Rep.], 20.10.1998.

Brogan, Coyle, McFadden, Tracey against The United Kingdom (nos. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85) [Rep.], 14.5.1987.

Christians against Racism and Fascism v. The United Kingdom (no. 8440/78) [Commission Dec.], 16.7.1980.

Eric Jasper against The United Kingdom (no. 27052/95) [Rep.], 20.10.1998.

I. v. Italy (no. 11381/85) [Commission Dec.], 3.3.1986.

Muhammed Al Fayed, Ali Fayed and Salah Fayed against The United Kingdom (no. 17101/90) [Rep.], 7.4.1993

Raphael Rowe and Michael Davis against United Kingdom (no. 28901/95) [Rep.], 20.10.1998.

Salabiaku v. France (no. 10519/83) [Commission Dec.], 16.4.1986 (İngilizce özet çeviri).

Salabiaku contre La France (no. 10519/83) [Rap.], 16.7.1987 (Fransızca).

Schenk v. Switzerland (no. 10862/84) [Commission Dec.], 6.3.1986.

Schenk contre La Suisse (no. 10862/84) [Rap.], 14.5.1987 (Fransızca).

Sigurour Sigurjonsson against Iceland (no. 16130/90) [Rep.], 15.5.1992.

Svenska Managementgruppen AB v. Sweden (no. 11036/84) [Commission Dec.], 2.12.1985.

Z. against Finland (no. 22009/93) [Rep.], 2.12.1995.

Z. and E. v. Austria (no. 10153/82) [Commission Dec.], 13.10.1986.

Anayasa Mahkemesi Kararı:

Abdülkerim Çakmak ve diğerleri başvurusu – bireysel başvuru kararı (no. 2014/1964), 23.2.2017.

Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) danışma görüşü:

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16

TABLolar

Sayfa

- 1) Christoffersen'e göre, AİHM'nin dengeleme uygulamasında izlemesi gereken dikey sıralamayı gösteren tablo 113
- 2) Christoffersen'in, geniş anlamda orantılılıkla, dar anlamda orantılılığın dikey.... sıralanmasını gösteren tablo 118