

AİHM'İN TÜRKİYE HAKKINDA İFADE HÜRRİYETİNE İLİŞKİN VERDİĞİ KARARLARDA TAKDİR MARJİ

*Margin of Appreciation in The Decisions of the ECHR on
Freedom of Expression About Turkey*

Erdoğan KESKİN*

ÖZ

Takdir marjı, AİHS'nin öngörmediği ancak uygulamada bazı ihtiyaçları karşılamak amacıyla kabul edilen bir doktrindir. Takdir marjının önemi, 20. yüzyıla kadar hiçbir surette sınırlandırılmayacağı düşünülen egemenlik anlayışı ile milletlerarası bir denetim mekanizması aracılığıyla devletlerin egemenliğinin sınırlandırılmaya çalışılması arasında bir denge kurulmasında görülmektedir.

Çalışmada, kavramın gelişimi, amaçları ve kapsamı hakkında genel bir kanaat oluşturarak, AİHM'nin Türkiye hakkında ifade hürriyetine ilişkin verdiği kararlarda takdir marjının yerinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Mahkeme'nin Türkiye hakkında ifade hürriyetine ilişkin verdiği kararlarda devlete tanıdığı takdir alanının sınırlarının belirlenmesi, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin devletin yetki alanının, ayrıca bireylerin ifade hürriyetlerinin kapsam ve sınırlarının tespit edilmesi açısından önem ifade etmektedir.

Anahtar Sözcükler: Takdir Marjı, İfade Hürriyeti, İnsan Hakları, Dengeleme, Sınırlandırma.

Makalenin Geliş Tarihi: 19.06.2020, **Makalenin Kabul Tarihi:** 27.10.2020.

* Araştırma Görevlisi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adres: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlık Binası, Telefon: 05446035385, erdogan.keskin@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4718-4655.

ABSTRACT

The margin of appreciation is a doctrine that is not envisaged by the ECHR but is accepted in order to meet some needs in practice. The importance of the margin of appreciation is seen in establishing a balance between the understanding of sovereignty, which is thought not to be limited in any way until the 20th century, and the attempt to limit the sovereignty of states through an international control mechanism.

The aim of the study is to determine the place of the margin of appreciation in the decisions made by the ECtHR regarding freedom of expression in Turkey by establishing a general opinion about the development, aims and scope of the concept. In the decisions of the court concerning freedom of expression concerning Turkey, determining the limits of the area of discretion granted to the state is important in terms of determining the scope and limits of the jurisdiction of the state regarding the limitation of freedom of expression, as well as the freedom of expression of individuals.

Keywords: The margin of appreciation, Freedom of Expression, Human Rights, Balancing, Limitation.

I. GENEL OLARAK TAKDİR MARJİ

A. Takdir Marjı Kavramı ve AİHM Kararlarındaki Gelişimi

1. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hukukunda takdir marjı, bir devletin yerel organlarının sözleşmede düzenlenen bir hakla ilişkili olarak daha önce gerçekleştirdiği bir eylem ya da işlem nedeniyle Mahkeme (AİHM) tarafından yargılanması aşamasında belirli bir takdir yetkisi alanına sahip olmasını ifade eder¹. Daha açık ifadeyle, Sözleşmeye taraf devletlerin Sözleşmeye ilişkin konularda karar alırken manevra yapabilme alanına sahip olmasını ifade eder². Ancak devletlere manevra alanı sunan takdir marjının

¹ David J. Harris/Micheal O'Boyle/E. P. Bates/Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan), Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s. 12.

² Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s. 5; Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 9. Diğer bir ifadeyle takdir marjı, Sözleşme'nin içeriğinin belirlenmesi, yorumlanması ve uygulanması hususunda devletlere bırakılan ya da ayrılan

hali hazırda pozitif bir dayanağı yoktur. Diğer bir ifadeyle takdir marjının sözleşmeye veya yürürlükte olan protokollere konu edilmesi söz konusu değildir³. Ancak bu doktrin Mahkeme'nin içtihatlarıyla ortaya çıkmış ve Sözleşmenin yorumlanmasında önemli bir konuma sahip hale gelmiştir⁴. Bununla birlikte 15 No'lu Ek Protokol hazırlanmış ve 2013 yılında imzaya açılmıştır⁵. Bu Protokolle Sözleşme'nin önsözüne, "...Mahkeme'nin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahip olduklarını teyit ederek..." ifadesi eklenmiş ve böylece taraf devletlerin takdir marjının sözleşmede açıkça düzenleme alanı bulması amaçlanmıştır⁶.

2. Kavramın Gelişimi

Mahkeme'nin konuya ilişkin olarak verdiği ilk kararlardan birisi olan Yunanistan/Birleşik Krallık Başvurusu⁷, sözleşmenin 15. maddesinde düzenlenen olağanüstü yönetim usulleriyle ilgilidir. Bu olayda Yunanistan, Birleşik Krallık yönetiminin mahkeme kararı olmadan uzun süre gözaltında tutulmaların sözleşmenin ihlali olduğunu ileri sürerek Komisyon'a başvurmuştur⁸. Komisyon 15. madde kapsamında olağanüstü dönemlerde devletlerin Sözleşmeye aykırı tedbirler alabileceğini belirtmesinin yanı sıra devlet organlarının ülkesindeki somut siyasi ve sosyal koşulları Komisyon'a kıyasla daha iyi bilebileceğini ve buna bağlı olarak da olağanüstü durumlarda devletin hangi tedbirleri alacağına karar verme konusunda daha iyi bir konumda olduğunu belirtmiştir⁹. Dolayısıyla Komisyon taraf devletlerin bu

değerlendirme yapma alanıdır. Bkz. Egemen Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 6.

³ Doğru, s. 10.

⁴ Ali Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, s. 192. Bkz. Esen, s. 29.

⁵ Bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/65-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-15-numaral-protokol/> (E. T. 24.10.2019); Doğru, s. 10 dipnot 32).

⁶ Bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/65-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-15-numaral-protokol/> (E. T. 24.10.2019); Doğru, s. 10 dipnot 32); Bkz. Esen, s. 29.

⁷ Murat Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Lykeion, Ankara 2019, s. 376.

⁸ Bkz. Yunanistan/Birleşik Krallık, B.N. 176/56, 26.09.1958, (Aktaran: Doğru, s. 15).

⁹ Bkz. Yunanistan/Birleşik Krallık, (Aktaran Doğru, s. 15). Devletlerin AİHS md. 15 bağlamında takdir marjına sahip olması çekirdek hakların sınırlandırılabilmesi anlamına gelmez. Dolayısıyla devletin çekirdek haklara ilişkin olarak takdir marjına sahip olmadığını veya bu marjın oldukça sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Konu hakkında ayrıca bkz. Esen, s. 10.

durumlarda hangi tür tedbirler alabileceğine kendilerinin karar vermesinin mümkün olduğunu dile getirmiş, devletlerin takdir marjına yer vermiştir¹⁰.

Sözleşmenin aynı maddesiyle ilgili olarak Mahkeme'nin önüne gelen diğer bir başvuru da Lawless/İrlanda başvurusudur¹¹. Başvuruya ilişkin Komisyon'un hazırladığı raporda, Yunanistan/Birleşik Krallık kararı da emsal gösterilerek, açıkça devletin güvenliği ve milletin yaşamı tehdit altındaysa bu tehditleri bertaraf etmeye yönelik gerekli önlemlerin alınmasının normal olduğu belirtilmiştir. Komisyon'a göre, bu olağanüstü önlemlerin belirlenmesi ve tehlikelerin ortadan kaldırılması konusunda devletlerin takdir marjının olduğu kabul edilmelidir¹². Buna göre devletlerin 15. madde kapsamında takdir marjı, devletlerin neyin olağanüstü şartlar oluşturduğunu belirlemesini, bu şartlara nasıl ve hangi araçlarla son verileceğinin tespit edilmesini kapsar¹³. Diğer bir ifadeyle devletin takdir marjı, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılacak sınırlama araçlarının belirlenmesini ve eğer devletin pozitif edim yükümlülüğü varsa buna ilişkin araçların tespitini kapsar¹⁴.

Mahkeme, ilk kez bu iki kararda takdir marjına yer vermiştir. Mahkemenin içtihatları neticesinde ortaya çıkan bu doktrin daha sonra Mahkemenin Sözleşmeyi yorumlamasında ve diğer birçok hakla ilgili karar vermesinde de etkili bir araç haline gelmiştir¹⁵. Mahkeme takdir marjından, Sözleşme'nin 15. maddesi ile birlikte 8-11. maddeler arasında düzenlenen haklar gibi birçok hakkın ve 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkının yorumlanmasında da yararlanmaktadır¹⁶. Örneğin, 8-11 maddeler arasında yer alan haklara müdahalenin ilgili maddelerde belirtilen meşru amaçlara sahip olup olmadığının tespitinde Mahkeme takdir marjı doktrinini kullanmaktadır¹⁷.

¹⁰ Doğru, s. 15; Ayrıca değerlendirmeler için bkz. Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, Y. 2013, s. 365.

¹¹ 19.12.1959 tarihli Komisyon Raporu, s. 85, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-73438"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{) (E. T. 24.10.2019); Erdoğan, s. 376. Ayrıca değerlendirmeler için bkz. Doğru, s. 16-17; Esen, s. 37-38.

¹² 19.12.1959 tarihli Komisyon Raporu, s. 85.

¹³ Doğru, s. 17; Ayrıca değerlendirmeler için bkz. Şirin, Takdir Marjı, s. 365-366.

¹⁴ Bkz. Esen, s. 10.

¹⁵ Benzer yönde bkz. Çoban, s. 192.

¹⁶ Bkz. Greer, s. 9-13.

¹⁷ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 12. AİHS 8-11. maddeler sırasıyla; Özel hayatın ve aile hayatının korunması; düşünce, vicdan ve din hürriyeti; ifade hürriyeti; dernek kurma ve toplantı hürriyetini kapsar.

Takdir marjının kullanımı ve devletlerin takdir alanının varlığına ilişkin en önemli konulardan birisi ifade hürriyetidir. Zira takdir marjının kriterlerinin ilk kez Mahkeme tarafından açıklandığı karar da ifade hürriyetine ilişkin olan Handyside/Birleşik Krallık kararıdır¹⁸. Handyside/Birleşik Krallık¹⁹ kararına konu olan olay, “The Little Red Schoolbook” isimli kitabın içeriğinin genel ahlaka aykırı olması nedeniyle Birleşik Krallık tarafından kitabın yasaklanmasına ilişkindir²⁰.

Söz konusu kitap, 12 yaş ve üstü okul çocuklarına yönelik hazırlanmış ve kitapta; mastürbasyon, orgazm, pornografi, taciz, kürtaj ve eşcinsellik gibi konulara yer verilmiştir²¹. Mahkeme hürriyetlerin sınırlandırılması için gereken kriterleri belirterek bu başvuruda uygulamıştır. İlk olarak ifade hürriyetine müdahalenin varlığını tespit etmiş ve kitapların toplatılmasını müdahale olarak değerlendirmiştir. Daha sonra söz konusu müdahalenin hukuka dayanıp dayanmadığını araştırmış ve kanuni bir dayanağı olduğu sonucuna varmıştır. Üçüncü sırada ise müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini ve müdahalenin meşru bir amacının varlığını sorgulamıştır. Bu aşamada Mahkeme, müdahalenin gerekliliğinin tespitinde ahlakın korunabilmesi için İngiliz makamlarının (ayrıca tüm taraf devletlerin) iyi niyetle ve Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen konularla sınırlı olacak şekilde takdir marjının, yani karar verirken sahip oldukları bir takdir alanının olduğunu belirtmiştir²².

Nitekim Mahkeme'ye göre taraf devletlerin iç hukuklarında tek tip - uzlaşa sağlanmış- bir ahlak anlayışı olmadığından, ahlakın gerekleri kanunlara hâkim olan ilke ve görüşlere, zamana ve mekâna göre değişmektedir²³. Bu

¹⁸ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 12; Erdoğan, s. 376. Handyside/Birleşik Krallık kararı aynı zamanda, Mahkeme'nin ifade hürriyetinin kapsamının ve niteliğinin en kapsamlı şekilde anlatıldığı ilk karar olarak da kabul edilir. Bkz. Reyhan Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s. 33.

¹⁹ Handyside/Birleşik Krallık, B. N. 5493/72, 07.12.1976. Bkz. Sibel İnceoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, *Çoğulcu Demokrasi ve Çoğünlükçü Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, 5-6 Haziran 2010 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2011, s. 106.

²⁰ Karara konu olaylar hakkında bkz. Handyside/Birleşik Krallık, s. 3-6, § 9-25. Bkz. İnceoğlu, s. 106; Ufuk Ramazan Çakmak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Basın Özgürlüğü ve Devletin Yükümlülükleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 77.

²¹ Handyside/Birleşik Krallık, s. 6, § 20-21. Örneğin kitabın 77. sayfasında “Belki ot içiyor ya da erkek arkadaşınla ya da kız arkadaşınla yatıyorsun ve ebeveynlerine ya da öğretmenlerine söylemiyorsun, cesaret edemediğin için ya da sadece gizli tutmak istediğin için.” Bkz. Handyside/Birleşik Krallık, s. 11.

²² Handyside/Birleşik Krallık, s. 17, § 47.

²³ Handyside/Birleşik Krallık, s. 17, § 48. Ahlaka ilişkin konularda Mahkeme'nin takdir yetkisini geniş kabul etmesinin gerekçesine ilişkin ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 106-107.

bakımından taraf devletlerin organlarının ülke sınırları içerisinde meydana gelen olaylar bakımından neyin “gerekli olacağına”, yani gerekliliğin ne olduğuna karar verme konusunda, milletlerarası mahkemelerde görevli hakimlerden daha iyi ve avantajlı konumda olduğu, Mahkeme tarafından kabul edilmiştir²⁴.

Ancak takdir marjı devletlere sınırsız bir hareket alanı sağlamaz²⁵. Bu konuda Mahkeme yine taraf devleti yargılayabilir; müdahalenin amacının meşruluğunu ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini değerlendirebilir. Yani devlet, demokratik toplumun gereklerine riayet etmek zorundadır. Ayrıca müdahale, meşru amaç ve sınırlandırma -araç- arasında bir dengeye de sahip olmalıdır²⁶. Dolayısıyla devlet takdir marjına sahip olsa da, “gereklilik”, “meşru amaç” ve “orantılılık” konularında Mahkeme bu ilkelere riayet edilip edilmediği konusunda yargı yetkisine sahiptir²⁷. Mahkeme’nin Handyside/Birleşik Krallık kararında da anlaşılacağı üzere takdir marjı Avrupa’da bir uzlaşma varsa çok dar olmalıdır²⁸. Ancak bir uzlaşma yoksa, dolayısıyla Avrupa adına ilgili konu değişkenlik ve belirsizlik ifade ediyorsa, bu durumda devletlerin takdir alanı daha geniştir²⁹. Fakat asla sınırsız veya Mahkemenin yargı yetkisinin dışında değildir. Öte yandan Mahkeme’nin devletleri denetlemesi ve takdir alanı içerisinde kalmalarını kontrol etmesi de devletin ve devlet organlarının yerine geçerek daha iyi olduğunu düşündüğü hususlarda devlet adına karar verebileceği anlamına gelmez³⁰.

Yunanistan/Birleşik Krallık ve Handyside/Birleşik Krallık kararlarında ortaya konulan “yerel organların devletin içerisinde bulunduğu şartları daha iyi tanıması” ve “Avrupa uzlaşmasının olup-olmaması” gibi ilkeler, AİHM’de hâkim olan başka ilkelerin tesis edilmesi ve ikincil amaçların elde edilmesi için kabul edilen ilkelerdir. Dolayısıyla takdir marjı bazı ilkelerle doğrudan ilişkili olup, birtakım amaçlara ulaşmak için kullanılan bir araçtır.

²⁴ Handyside/Birleşik Krallık, s. 17, § 48; Bkz. Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 12; Çakmak, s. 77.

²⁵ Handyside/Birleşik Krallık, s. 18, § 49; Bkz. Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 12; İnceoğlu, s. 111.

²⁶ Handyside/Birleşik Krallık, s. 18, § 49; Bkz. Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 12.

²⁷ Benzer yönde bkz. Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 12.

²⁸ Bkz. Doğru, s. 14; Greer, s. 5.

²⁹ Bkz. Doğru, s. 14; Greer, s. 5. Ancak Mahkeme’nin dini söylemler hakkında devletlere tanıdığı takdir marjı doktrini karşısında, ifade hürriyetini korumaya yönelik olarak ifade hürriyetinin alanını da genişletmeye başladığı ileri sürülmektedir. Bkz. Osman Doğru/Atilla Nalbant, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s. 192.

³⁰ Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 159; Ashingdane/İngiltere, B. N. 8225/78, 28.05.1985, §57, s. 20.

B. Takdir Marjıyla İlişkili Diğer İlkeler

1. AİHM Kararlarında Takdir Marjı ve İkincillik İlkesi

a. Genel Olarak İkincillik İlkesi

Sözleşme hukukuna göre Mahkemenin yargılama yetkisi ikincil niteliktedir. Yani Mahkeme, bir temyiz mercii ya da dördüncü derece mahkemesi konumunda değildir³¹. Dolayısıyla taraf devletlerin yargı mercileri önünde ileri sürülmemiş olan iddialar veya talepler de Mahkeme'nin yargılama yetkisinde ileri sürülemez³². Bu husus mahkemenin yargı yetkisini, yani bireysel başvuruyu, kanun yollarından ayırır niteliktedir³³.

Bununla birlikte Mahkemenin yargı yetkisinin ikincilliği, Sözleşmede açıkça yer almamaktadır. Ancak bu ilke, dolaylı olarak sözleşmedeki bazı maddelerden çıkarılmaktadır. Örneğin, Sözleşmenin 13. maddesinde devletlerin “etkili bir başvuru yolu” kurma yükümlülüğünün olması ve 35. maddesinde başvuru için getirilen “iç hukuk yollarının tüketilmesi” şartı, mahkemenin önüne gelecek bir uyuşmazlığın daha önce devletlerin kendi iç hukuk yollarınca çözüme kavuşturulmasının amaçlandığını gösterir. Buna göre ancak, hak ihlalleri devletler tarafından giderilmemiş ya da giderilememişse bu durumda Mahkeme'nin yargı yetkisinden söz edilebilir³⁴.

³¹ Greer, s. 19; Çoban, s. 193.

³² Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, *TBB Dergisi*, S. 135, Y. 2018, s. 17.

³³ Gökcan, s. 17.

³⁴ Benzer yönde bkz. Greer, s. 19; Çoban, s. 193-194. AİHM uygulamasında da iç hukuk yollarının tüketilmesine yönelik bazı istisnalar getirilmiştir: İlk olarak, hukuk yolunun etkili olup olmadığı, Mahkeme tarafından incelenir. Eğer hukuk yolu etkili bir yol olarak görülemeyecekse hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmaz. Bu durumda da hukuk yolları tüketilmeden yapılan başvuru reddedilmez.

İkinci olarak, açık bir kanun hükmü varsa ve buna bağlı olarak da kanun hükmü açıkça sözleşmeyle çatışma halindeyse bu durumda hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmamaktadır. Çünkü AİHS'ye açıkça aykırı bir kanunun varlığı nedeniyle hukuk yolundan çıkacak kararın her zaman AİHS'ye uygun olacağı beklenemez. Üçüncü olarak yerleşmiş bir yargı içtihadı varsa hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmamaktadır. Bu durumda AİHS hukukuna aykırı olacak şekilde yargı yerinin yerleşik bir içtihadı varsa ve olağan şartlarda bu içtihadın değişmesi beklenmiyorsa, ihlalin giderilmesi de söz konusu olmayacağından hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmamaktadır. Dördüncüsü eğer AİHS'ye aykırı yerleşik bir idari uygulama gelişmiş ve yerleşmişse bu durumda da hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmamaktadır. Beşinci olarak, davanın sürüncemede kalması söz konusu ise, yani yargılama makul sürede tamamlanmamışsa, bu durumda başvuru ayrıca hukuk yollarını tüketmesi de beklenemez. Çünkü yargılama zaten makul süreyi aşar şekilde uzamış ve çözülememiştir. Başvurucunun ayrıca hukuk yolunu tüketmesini beklemek ilgili davanın daha fazla uzamasına ve sürüncemede kalmasına neden olur. Altıncı

Ayrıca bu içtihat gelişiminin yanı sıra, Mahkemenin yargı yetkisinin ikincilliği henüz yürürlüğe girmeyen 15 No'lu Ek Protokol'de açıkça yer bulmuştur. Bu Protokolle Sözleşme'nin önsözüne, “*İkincilik ilkesi uyarınca, işbu sözleşme ve Protokollerinde tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeciler taraflara ait olduğunu... teyit ederek...*” ifadesi eklenmiş³⁵ ve mahkemenin önüne gelecek bir başvurunun öncelikli olarak taraf devletlerce çözüme kavuşturulması gerektiği sözleşme metninde açıkça dile getirilmiştir.

Sonuç olarak, Sözleşme hukukunda Mahkeme ikincil nitelikli bir yargılama işlevi görür. İnsan haklarının korunması ve buna ilişkin yargılamanın yapılması konusunda asıl sorumluluk devletlere aittir³⁶. Sözleşmedeki hakların tanınması, bu hakların ihlal edilmelerinin önlenmesi ve bu haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi konusunda ilk sorumluluk taraf devletlere aittir³⁷. Ancak devletler sorumluluğunu yerine getirememiş ve uyuşmazlıklardan doğan mağduriyetleri giderememişse, bu durumda Mahkeme'nin yargı yetkisi ortaya çıkar³⁸.

b. İkincilik İlkesi ve Takdir Marjı

Takdir marjı doktrini, Mahkeme'nin yargı yetkisinin ikincilliğiyle ilgilidir³⁹. Zira Sözleşme'ye ilişkin uyuşmazlığı önce taraf devletler çözmelidir, çözemedikleri hallerde Mahkeme'nin yetkisi ortaya çıkmaktadır⁴⁰. Diğer bir ifadeyle, uyuşmazlıkların çözülmesi, hürriyetlerin korunması ve sınırlandırılması açısından Sözleşme'nin yorumlanması konusunda ilk sorumlu, taraf devletlerdir⁴¹. Zira Mahkeme'ye göre bir

olarak, hukuk yollarının tüketilmesi hususunda başvuru kamu güçlerince engellenmişse, örneğin mahkûm, tutuklu vs. halde bulunan kişiye bu fırsat sunulmamışsa, hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmamaktadır. Çünkü kişi iradesinin dışındaki şartlar nedeniyle engellenmiştir. Son olarak eğer iç hukuk yolunun etkili ve uygun olmadığı konusunda ciddi endişeler varsa ve başvuru konusuna yönelik olarak hukuk yollarındaki mahkemeler tarafından verilen kararlar bu endişeyi destekler nitelikteyse hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmamaktadır. Konu hakkında bkz. Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 77-94.

³⁵ Bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/65-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-15-numaral-protokol/> (E. T. 24.10.2019); Esen, s. 8-9.

³⁶ Doğru, s. 26; Bkz. Esen, s. 11. AİHM'nin yargı yetkisinin neden ikincil nitelikte olduğuna ilişkin görüşler için ayrıca bkz. Doğru, s. 26-27.

³⁷ Gökcan, s. 15; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 157. Bu bağlamda devletlerin tanıma, koruma ve tedarik (tesis) etme yükümlülüklerine ilişkin olarak ayrıca bkz. Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion, Ankara 2012, s. 117-121.

³⁸ Gökcan, s. 16; Çoban, s. 194.

³⁹ Çoban, s. 193; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 14; Gökcan, s. 17.

⁴⁰ Çoban, s. 194; Gökcan, s. 16; Benzer yönde bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 157.

⁴¹ Doğru, s. 32; Gökcan, s. 15; Benzer yönde bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 157.

uyuşmazlıkta taraf devletler, kendi ülkelerindeki şartları Mahkeme'nin hakimlerine kıyasla daha iyi bilmektedirler⁴². Ayrıca mahkeme Handyside/Birleşik Krallık kararında da açıkça taraf devletlerin hürriyetleri koruma konusunda yükümlü olduğunu belirtmektedir⁴³. Dolayısıyla hürriyetleri koruma ve uyuşmazlıkları çözme konusunda ilk sorumlu, taraf devletler olduğundan; ayrıca bu devletlerin organları kendi toplumsal şartlarını daha iyi anlayabilme ve bilebilme imkânına sahip olduklarından takdir marjına sahiptirler⁴⁴.

Sözleşmedeki hakların tanınması, bu hakların ihlal edilmelerinin önlenmesi ve bu haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi konusunda ilk sorumluluk taraf devletlere ait⁴⁵ olduğundan taraf devletler, hakların tanınması, korunması ve sınırlandırılması konusunda hukuk kuralı koyma; kuralları ve sözleşmeyi yorumlayarak hangi durumlarda müdahalenin “gerekli” ve “zorunlu” olacağını tayin etme, takdir etme, yetkisine sahiptirler⁴⁶. Bu da devletlere Sözleşme kapsamında belli bir takdir marjı, yani takdir alanı sağlar. Aksi halde devletlerin bu konularda yükümlü olduğunu belirtip diğer yandan da takdir yetkileri olmadığını varsaymak yerinde olamaz. Taraf devletlerin yükümlülüklerini, ülkenin imkanlarını/şartlarını da dikkate alarak yerine getirmeleri gerektiğinden devletlerin bu alana sahip olmaları kaçınılmazdır⁴⁷.

Ancak devletlerin ikincilik bağlamında sahip olduğu takdir marjı, bireylerin kişilikleri ve kimlikleriyle alakalı konularda dar kabul edilmiş; örneğin devletlerin ekonomi politikalarında ve milli güvenlik gibi konularında veya genel ahlak gibi genel bir uzlaşımın sağlanamadığı hallerde takdir marjının geniş olduğu kabul edilmiştir⁴⁸. Dolayısıyla Mahkeme, yargı yetkisinin ikincil niteliğine rağmen devletlerin takdir yetkisinin sınırsız

⁴² Handyside/Birleşik Krallık, s. 17, § 48; Bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 12; Yunanistan/Birleşik Krallık, (Aktaran Doğru, s. 15).

⁴³ Handyside/Birleşik Krallık, s. 17, § 48; Çakmak, s. 76.

⁴⁴ Takdir marjı, devletlerin Sözleşme'nin hak ve hürriyetler hakkında sağladığı güvencelerden daha geniş güvenceler sağlamasına yarayabilir. Taraf devletler, Sözleşme'yi geniş yorumlayarak haklar bağlamında asgari standartlar koyan Sözleşme'nin öngördüğü düzen daha hürriyetçi bir düzen kurabilir. Konu hakkında bkz. Esen, s. 8.

⁴⁵ Gökcan, s. 15; Çakmak, s. 76-77.

⁴⁶ Gökcan, s. 18; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 157.

⁴⁷ Benzer yönde bkz. Gökcan, s. 18. Devletlerin sahip oldukları takdir marjı, devletlerin içinde buldukları şartlarla da yakından alakalıdır. Örneğin, olağanüstü yönetim hallerinde takdir marjı daha geniştir. Konu hakkındaki açıklamalar için ayrıca bkz. Esen, s. 55-58.

⁴⁸ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 13-14; Gökcan, s. 19-20; Ayrıca değerlendirmeler için bkz. Şirin, Takdir Marjı, s. 372-376; Benzer yönde bkz. İnceoğlu, s. 106.

olmadığını kabul etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, devletin takdir marjı sınırları içerisinde kalıp kalmadığını denetleme yetkisine sahiptir⁴⁹.

2. AİHM Kararlarında Takdir Marjı ve Orantılılık İlkesi

a. Genel Olarak Orantılılık İlkesi

Mahkeme kararlarında orantılılık ilkesi, Sözleşme'ye konu olan hakların sınırlandırılmasında riayet edilmesi gereken bir ilkedir. Orantılılık ilkesi çatışan hak ya da menfaatin dengelenmesi işlevini görür⁵⁰. Örneğin, bir hak ile kamu düzeninin veya yine bir hakla başka bir hakkın çatıştığı durumlarda, iki değer arasında adil bir dengelemenin yapılması, orantılılık ilkesiyle sağlanır⁵¹. Bu aynı zamanda müdahalenin yalnızca meşru amaç dışında kullanılmamasını da ifade eder⁵². Dolayısıyla orantılılık ilkesi müdahalenin, uyumsuzluk konusu farklı menfaatler, müdahalenin yöneldiği amaç ve kullanılan araç arasında adil bir denge kurulmasını ifade eder⁵³.

Gerek haklar arasında dengelemenin yapılması gerekse dengelemede dikkate alınan meşru amacın varlığına ilişkin tespit ve benzer şekilde dengelemeye ilişkin olarak tercih edilen araçlar, doğrudan devletin takdirine bağlıdır. Takdir marjı da devletlerin dengeleme yaparken, sahip oldukları dengeleme veya orantı kurma payıdır⁵⁴. Dolayısıyla Mahkeme, müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken, devletin takdir alanı içerisinde kalıp kalmadığını da tespit etmek zorundadır.

b. Takdir Marjı ve Orantılılık İlkesi

Takdir marjı kavramı, Mahkeme tarafından incelenen başvurularda, kamu menfaati ve bireysel haklar başta olmak üzere farklı menfaatlerin, dengelenmesiyle ilişkilidir. Mahkeme, örneğin, önüne gelen başvurularda bireylerin hak ve hürriyetleri ile kamusal menfaatlerin dengelenmesiyle ilişkili olarak takdir marjı doktrinine başvurur⁵⁵. Diğer bir ifadeyle “orantı” kurmada, yani “adil dengeleme” yapılmasında devletlere bırakılan alana başvurur⁵⁶. Dolayısıyla takdir marjının Mahkeme tarafından kullanılmasında

⁴⁹ Esen, s. 12.

⁵⁰ Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 156; Doğru, 19.

⁵¹ Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 156; Doğru, 19.

⁵² Sunay, s. 99; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 156; Benzer yönde bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 11.

⁵³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 156.

⁵⁴ Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 160.

⁵⁵ George Letsas, “Two Concept of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, Y. 2006, s. 709.

⁵⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 160.

temelde iki halden söz edilebilir. Birincisi, devletin egemenlikten kaynaklanan yetkileri çerçevesince kamusal menfaatlerin korunması amacıyla gerekli tüm önlemler, ilk olarak devlet tarafından alınmalıdır⁵⁷. İkincisi ise, sözleşmenin korumasından yararlanan bir hakka müdahale olmasına rağmen, bu müdahalenin bir ihlal teşkil etmediği hallerde, yine Mahkeme'nin başvurduğu bir argüman olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁸.

Bu bağlamda Mahkeme, bir müdahalenin ihlal olup olmadığını tespit etmek için, devletin eylemini bazı testlere tabi tutar. Bu test şu şekildedir; müdahalenin olup olmadığı ve kanuni dayanağının varlığı, Sözleşme'de öngörülen meşru amaçlardan birisinin varlığı, müdahalenin zorunlu olması ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması, yani zorunlu bir sosyal ihtiyaca hizmet ediyor olması⁵⁹. Kavrama ilişkin söz konusu olan bu hallerin varlığı halinde Mahkeme'nin tutumu daha pasif bir görünüme sahiptir. Nitekim Mahkeme, takdir marjı içerisinde kalan bir müdahaleyi tespit etmişse, Sözleşme ihlal edilmediğinden uyumsuzluk konusunda yetkilerini daha çekingen kullanır⁶⁰.

Örneğin müdahalenin Sözleşmeye aykırı olmaması ve takdir marjı içerisinde kalması için demokratik bir toplumda zorunlu bir sosyal ihtiyaca dayanması gerekir⁶¹. Mahkeme, müdahalenin zorunlu olduğunu tespit ederse, ihlalin olmadığına karar verir. Bu husus esasında, Sözleşme'ye konu olan bazı hakların sınırlandırılabilir olduğunu, diğer ifadeyle mutlak olmadığını göstermektedir⁶². Ancak haklar mutlak olmasa bile Mahkeme, takdir marjı doktrini gereğince devletlerin takdir alanları içerisinde kalıp kalmadığını denetlemektedir. Bu denetim orantılılık ilkesi ve bireysel hürriyetlerle kamusal menfaatler arasında ortaya çıkan çatışmanın dengelenmesiyle ilişkilidir⁶³.

⁵⁷ Letsas, s. 709; Erdoğan, s. 377.

⁵⁸ Letsas s. 710; Erdoğan, s. 377.

⁵⁹ Letsas, s. 710. Mahkeme'nin bu testinin ifade hürriyetine uygulanması açısından kapsamlı bir inceleme için bkz. Sunay, s. 77-130.

⁶⁰ Ancak burada tekrar hatırlatmak gerekir ki devletlerin sınırsız bir yetki alanına sahip olduklarını göstermez. Devletler, yetkilerini kullanırken, diğer ifadeyle hakka müdahalede bulunurken bazı hususlara dikkat etmelidirler. Aksi halde müdahale, bir ihlale dönüşebilir. Bu nedenle müdahalede; örneğin kamu güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi gibi sözleşmede öngörülen meşru bir amacının da olması gerekir. bkz. Letsas s. 710.

⁶¹ Letsas, s. 711.

⁶² Letsas, s. 711. Herhangi bir hakkın sınırsız olduğunu söylemek oldukça zordur. Öncelikle her hakkın tabii sınırı bir başkasının hak alanıdır. Sözleşme'de de hakları düzenleyen ilgili maddelerde hakların sınırlı olduğunu ve sınırlama sebeplerini düzenlemektedir. Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 155.

⁶³ Letsas, s. 711.

Orantılılık, devletlerin takdir alanını aşır aştığının tespit edilmesinde Mahkemenin kullandığı bir araçtır⁶⁴. Mahkeme müdahalenin zorunluluğunu tespit ederken de bir Avrupa uzlaşısının olup olmadığını, yani aynı zaman da diğer Avrupa ülkelerinin uygulamalarını dikkate alır. Örneğin “Das Liebeskonzil” isimli eserde Hristiyanlık inancına yönelik alaycı ifadelerin⁶⁵ olduğu gerekçisiyle ifade hürriyetinin ihlal edilmesine ilişkin Otto Preminger Enstitüsü/Avusturya başvurusunda Mahkeme, bu hususu açıkça belirtmiştir: “... bazı demokratik toplumlarda, yasal amaçla orantılı olarak ortaya konan “formalite”, “koşul”, “kısıtlama” veya “cezanın”, dinen kutsal kabul edilen nesnelere karşı uygunsuz saldırıları yaptırma tabi tutma ve engellemenin gerekli olduğu aşikârdır. “Ahlak” kavramında olduğu gibi, toplumda dinin önemi konusunda tek bir kavramın Avrupa çapında bulunması mümkün değildir. ... tek bir ülke içinde bile bu kavramlar değişiklik gösterebilmektedir... O halde böyle bir müdahalenin gerekliliğinin varlığının ve alanının değerlendirilmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir hakkı payı tanınmalıdır.”⁶⁶

Mahkeme bu kararında, devletlerin belirli bir takdir payının olduğunu kabul etmesinin yanı sıra, ayrıca bu alanın sınırsız olmadığını da önemle vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, devletlerin “müdahalenin gerekliliğini” ikna edici bir şekilde ortaya koyması gerekir⁶⁷. Mahkemenin uyguladığı bu metot sayesinde, takdir marjının öncelendiği, orantılılık ve gereklilik ilkelerinin takdir alanının tespiti hususunda bir araç konumunda bırakıldığı da görülmektedir⁶⁸. Zira Mahkeme, orantılılık takdir marjı alanı içerisindeyse ihlal kararı vermemektedir.

Yine bu doğrultuda, başka bir başvuru olan Evans/The United Kingdom başvurusunda da Mahkeme, aynı hususlara yer vermiş, Avrupa Konseyi üyesi olan devletler arasında bir uzlaşının olmadığı ve bireysel hürriyet ve kamusal menfaatlerin dengelenmesi hususunda devletlerin geniş takdir alanına sahip olduğunu belirtmiştir⁶⁹. Mahkeme birçok başvuruda olduğu gibi bu başvuruyu da incelerken devletlerarası hukuktan, yani diğer devletlerin uygulamalarından istifade etmiştir⁷⁰.

⁶⁴ Doğru, s. 22.

⁶⁵ “Eser, Yahudi, Hristiyan ve İslam dinlerinin Tanrı’sını, şeytana secde eden, onunla uzun ve ihtirash bir biçimde öpüşen ve ona arkadaşım diyen, açıkça bunadığı belli bir yaşlı adam olarak tasvir etmektedir... Tanrı, Hz. Meryem ve Hz. İsa bir sahnede şeytani alkışlar şeklinde gösterilmektedir.” Bkz. Otto Preminger Enstitüsü/Avusturya, B. N. 13470/87, 20.09.1994, § 22, s. 8; İnceoğlu, s.114.

⁶⁶ Otto Preminger Enstitüsü/Avusturya, § 49-50, s. 15-16; Bkz. Doğru/Nalbant, s. 193.

⁶⁷ Otto Preminger Enstitüsü/Avusturya, § 50, s. 16.

⁶⁸ Bkz. Doğru, s. 22.

⁶⁹ Evans/The United Kingdom, B. N. 6339/05, 10.04.2007, § 77, s. 24,

⁷⁰ Evans/The United Kingdom, § 79, s. 24.

C. Takdir Marjının Amacı

1. Genel Olarak

Takdir marjı, milletlerarası organların ikincilliğinin tabii bir sonucudur. Zira her devlet, egemenlik yetkisine sahiptir. Her devlet, ülkesindeki uyuşmazlıkların çözülmesinde, Sözleşmedeki, hakların korunması ve tanınmasında ilk yetkilidir⁷¹. Dolayısıyla devletler egemenlik alanlarına ilişkin olarak uyuşmazlıkları da ilk olarak çözmekle yükümlü unsurlardır. Ancak bunun yanı sıra devletler, her ne kadar milletlerarası organların bazı yetkilerini tanımış olsalar da egemenlik konusunda çekingen ve yetkilerini paylaşmak hususunda oldukça cimridir. Dolayısıyla, AİHS hukuku bağlamında da takdir marjının amacı ve varlığı devletlerin egemenliğiyle doğrudan ilişkilidir.

2. Devletlerin Egemenliğine Saygı İlkesinin Korunması ve Sözleşme Hukukun Devamını Sağlamak için Mahkeme'nin Kendisini Kısıtlaması

Sınırları belli toprak parçası üzerinde insan topluluğunun yönetme ve emretme yetkisi, egemenliği ifade eder ve egemenlik, her devletin olmazsa olmaz bir unsurudur⁷². Klasik anlamıyla egemenlik, başka bir güce bağlı olmayan, sınırsız ve benzersiz bir şekilde emretme gücünü ifade eder⁷³. Ancak egemenliğin bu anlamı zamanla değişmiş ve daralmıştır. Özellikle AİHS bağlamında konuya bakılacak olursa, taraf devletler sözleşmede düzenlenen haklara saygı duyma, bu haklara yönelen tehditleri ortadan kaldırma ve hakların ülke sınırları içerisinde kullanılmasını sağlama yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla her taraf devlet, iç hukukunda Sözleşme'ye taraf olmanın getirdiği yükümlülüklerle uygun davranmak zorundadır⁷⁴. Bu zorunluluk ise devletlerin istediği her şeyi yapabilmesini engellemiştir⁷⁵.

Ancak devletler, egemenlikleri konusunda elbette taviz vermeye gönüllü değillerdir. Özellikle sözleşmenin ilk yıllarında Sözleşme organları tarafından taraf devletlerin aleyhine verilen kararların, taraf devletlerin içişlerine karışılması olarak değerlendirmesinden ve üyelerin sözleşmeden çekilmesinden endişe edilmiştir⁷⁶. Bu endişeleri destekler nitelikte bazı

⁷¹ Bkz. Gökcan, s. 15; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 157.

⁷² Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 61.

⁷³ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısımlar*, 2. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 242-243.

⁷⁴ Hakyemez, s. 276.

⁷⁵ Şirin, *Takdir Marjı*, s. 380.

⁷⁶ Doğru, s. 35.

durumlar da ortaya çıkmıştır. Örneğin 1969'da Yunanistan, Sözleşme'yi ihlal ettiğine yönelik bir karar verilince Avrupa Konseyi'nden çekileceğini açıklamıştır⁷⁷.

Sözleşme hukukunun devam edebilmesi ve insan haklarının milletlerarası alanda korunabilmesi için ise devletlerin sözleşmeye taraf olması önemli bir gerekliliktir⁷⁸. Dolayısıyla Sözleşme organları tarafından, devletlerin egemenliğine saygı duyulduğunun gösterilmesi ve sözleşme hukukunun devam edebilmesi için devletlere sözleşme organlarının kararlarının kabul ettirilebilmesi zorunludur⁷⁹. Ancak egemenliklerini kıskanan devletler karşısında AİHS organlarının bunu başarabilmesi pek de kolay olmamıştır⁸⁰. Devletlerin, AİHS organlarının yetkilerini politik amaçlarla kullanmayacağı konusunda ikna edilmesinin yanı sıra yalnızca hakların gereğince korunması amacıyla hareket edileceğinin de kabul ettirilmesi gerekmiştir⁸¹. Bu nedenle de Mahkeme, Sözleşmenin devamlılığını sağlamak ve devletlerin sözleşmeden ayrılmasını önlemek adına takdir marjı doktrinini benimsemiştir⁸².

Ancak günümüz açısından konuya bakıldığında devletlerin Mahkeme'nin verdiği bir kararı içişlerine müdahale olarak gördüğü pek söylenemez. Devletler Mahkemenin kararlarına genel olarak uymakta ve hatta iç hukuklarını dahi Mahkeme kararları doğrultusunda değiştirmektedirler⁸³. Dolayısıyla günümüzde devletlerin Sözleşmeden ayrılma ihtimali de pek kalmamıştır. Zira milletlerarası ilişkilerdeki ekonomik iş birliği ve Sözleşme'den çıkılması halinde milletlerarası ilişkilerde kınanma korkusu, devletlerin Konsey'den ve Sözleşmeden çıkmayı göze alamayacaklarını

⁷⁷ Doğru, s. 35.

⁷⁸ Doğru, s. 35-36.

⁷⁹ Doğru, s. 35-36; Benzer yönde bkz. Çoban, s. 189. Mahkeme devletlerin egemenliğine ve eşitliğin duyduğu saygıyı göstermek kendisini sınırladığını ve devletlerin takdir marjı olduğunu kabul etmiştir. Öte yandan Mahkeme'nin bu tutumu yine egemenlik bağlamında, halkın seçtiği temsilcilerin iradelerinin milletlerarası hakimler bakımından fesada uğratılmaması bakımından önem ifade eder. Bkz. Şirin, Takdir Marjı, s. 381.

⁸⁰ Çoban, s. 189; Erdoğan, s. 375. Mahkeme'nin bunu yapması kolay olmamıştır. Zira Mahkeme, tarafların egemenliğine saygılı olmalı, demokrasi gereğince sınırlı bir şekilde hareket etmeli, Sözleşme'nin devamını sağlamalı ve bu sırada da Sözleşme'nin gelişimini sağlamalıdır. Konu hakkında bkz. Şirin, Takdir Marjı, s. 379-383.

⁸¹ Çoban, s. 189; Erdoğan, s. 375.

⁸² Doğru, s. 35-36; Esen, s. 34. Mahkeme bu nedenle farklı yorum yöntemleri geliştirmeye çalışmıştır. "Takdir Marjı" da dahil olmak üzere başka yorum yöntemleri de bu çabanın bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Çoban, s. 189; Erdoğan, s. 376.

⁸³ Mahkeme kararlarının taraf devletlerin iç hukuklarına aktarılması ve kararların iç hukuku etkisine ilişkin bkz. Erdoğan, s. 101-106.

göstermektedir⁸⁴. Bu nedenle de bazı yazarlara göre takdir marjına neden olan etkenlerden en önemlilerinden bir tanesi eksilmiştir⁸⁵.

Öte yandan Mahkeme'nin devletlerin egemenliğine saygı duymasıyla ilgili olarak, belli konularda devletlerin takdir marjına sahip olduğunu kabul etmesi, Mahkemenin kendi içtihatlarıyla kendisini sınırlandırması, yani bu konularda kendi yetkilerinden vazgeçmesi anlamına da gelmektedir⁸⁶. Takdir marjının kabul edilmesine bağlı olarak Mahkeme, bir başvuruyu incelemekten kaçınmakta, ilgili konunun devletlerin egemenlik yetkisi kapsamında olduğunu veya devletlerin takdir alanının içerisinde yer aldığını benimsemektedir⁸⁷. Mahkeme'nin bu tavrı ise yargı yetkisinin ikincil niteliğiyle alakalıdır⁸⁸.

D. Takdir Marjı ve Özerk Kavramlar Doktrini Arasındaki İlişki

AİHS organları, yetkilerini politik amaçlarla kullanmayacağı konusunda devletlerin ikna edilmesi zorunluluğu⁸⁹ karşısında bazı yorum yöntemleri geliştirmek durumunda kalmıştır. Aynı zamanda hakları da korumak zorunda olan Mahkeme, Sözleşme'yi “yaşayan belge” olarak yorumlamıştır. Yaşan belge olarak kabul ettiği Sözleşme niteliğini tamamlamak için de “amaçsal” ve “özerk (otonom)” yorum yöntemlerini geliştirmiştir⁹⁰.

Mahkeme'nin devletleri, egemenlik yetkilerine saygı duyacağı konusunda ikna etmeye çalışırken diğer yandan da hakları güvence altına almaya çalışması sonucunda iki zıt kavram ortaya çıkmıştır⁹¹. Takdir marjı karşısında zıtlık oluşturan bu kavram “otonom kavramlar doktrini”dir. Bu kavram, Mahkeme'nin bir kavramı yorumlarken taraf devletlerden herhangi birinin kavrama yüklediği anlamdan farklı bir anlam verebilmesini ifade eder⁹². Diğer bir ifadeyle Mahkeme'nin bir kavrama verdiği anlamın, aynı kavrama taraf devletlerin verdiği anlamdan farklı olabildiğini ifade eder. Dolayısıyla, kavramlar Sözleşme hukuku bağlamında özerk anlamlara sahip olabilmektedir⁹³.

⁸⁴ Şirin, Takdir Marjı, s. 383; Doğru, s. 36.

⁸⁵ Doğru, s. 36.

⁸⁶ Doğru, s. 36.

⁸⁷ Doğru, s. 38.

⁸⁸ Doğru, s. 38. Yargı yetkisinin ikincilliğine ve takdir marjıyla ilişkisine ilişkin olarak ayrıca bkz. Yukarıda, C-1.

⁸⁹ Çoban, s. 189; Erdoğan, s. 375.

⁹⁰ Çoban, s. 189.

⁹¹ Çoban, s. 189.

⁹² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 153; Harris/Boyle/Bates/Buckley, s. 17.

⁹³ Harris/Boyle/Bates/Buckley, s. 17.

Kavramın gelişimi, Mahkeme'ye ve Sözleşme'ye yüklenen anlamda farklılaşma olduğunun da göstergesidir. Takdir marjı kavramıyla Mahkeme'nin gerektiğinde yetkilerini kullanmaktan imtina etmesi ve devletlerin egemenliğine saygılı olduğunu göstermesi gerektiği düşüncesinin yanı sıra, Sözleşme'nin egemenliğin sınırlanması suretiyle imzalanan bir belge olarak görülmesi yerine, insan haklarının korunması adına objektif sorumluluklar ve yükümlülükler getiren bir metin olarak kabul edilmesi mümkün olmuştur⁹⁴. Hatta Sözleşme'nin, Avrupa'nın anayasal haklar bildirisi olarak benimsenmesi gerektiği de ileri sürülmüştür⁹⁵.

II. MAHKEME'NİN İFADE HÜRRİYETİ BAĞLAMINDA TÜRKİYE'YE İLİŞKİN KARARLARINDA TAKDİR MARJI

A. Sözleşme Hukukunda Genel Olarak İfade Hürriyeti ve Takdir Marjı

İfade hürriyeti, Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 10/1. maddesi, devletin müdahalesi olmadan herkesin düşünce alışverişinde bulunabileceğini düzenlenmişken, 2. fıkrasında ise hürriyeti sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. Buna göre kamu güvenliği, milli güvenlik ve genel ahlakın korunması gibi nedenler, ifade hürriyetini sınırlama nedenleri olarak belirlenmiştir.

İfade hürriyetinin sınırlanabilmesi, ayrıca, diğer deyişle ifade hürriyetine müdahale edilebilmesi için müdahale etmenin "gerekli", yani "kaçınılmaz bir zorunluluk" olması gerekir. Dolayısıyla müdahalenin, "acil bir sosyal ihtiyaca" karşılık gelip gelmediğine, "uygulanan meşru amaçla orantılı olup olmadığına", ulusal makamlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin "ikna edici" olup olmadığına, Mahkeme'nin karar vermesi, diğer ifadeyle ikna olması gerekir⁹⁶. Burada Mahkeme, devletin hürriyete yönelik müdahalesinde belli oranda takdir alanına sahip olduğunu da kabul etmektedir. Devlet, gerek "amaç-araç dengesi" kurarken, yani müdahalenin zorunlu olup olmadığını, gerekse sınırlama nedenlerinin ve zorunluluk halinin varlığını tespit ederken takdir marjına sahiptir⁹⁷.

Takdir marjının genişliği ve darlığı ise somut olayın şartlarına göre değişmektedir⁹⁸. Eğer ifade hürriyeti Sözleşme'ye taraf devletler arasında mutabakat olmayan dini ve ahlaki konulara ilişkinse bu durumda devletlerin

⁹⁴ Harris/Boyle/Bates/Buckley, s. 6-7; Erdoğan, s. 92.

⁹⁵ Harris/Boyle/Bates/Buckley, s. 6-7

⁹⁶ Sunday Times/Birleşik Krallık, B.N. 6538/74, 18.01.1979, s. 31, § 62; Doğru, s. 179.

⁹⁷ Doğru, s. 179.

⁹⁸ Doğru, s. 179; Şirin, Takdir Marjı, s. 375.

takdir marjı oldukça geniştir⁹⁹. Ancak bazı ahlaki konularda, eğer bir uzlaşma, yani ortak bir uygulama varsa devletlerin takdir marjı dardır¹⁰⁰. Aynı şekilde siyasi nitelikli ifade ve eleştirilere karşı da devletlerin takdir marjı daha dardır¹⁰¹.

Mahkeme, Türkiye'ye ilişkin verdiği bazı kararlarında da takdir marjını kullanmıştır. Kimi kararlarında somut olayların şartlarına göre takdir marjını geniş kabul etmişken, kimi kararlarında ise takdir marjını dar kabul ederek müdahaleyi Sözleşmeye aykırı bulmuştur. Türkiye açısından takdir marjının uygulandığı ve tartışmalara daha çok konu olan din ve ahlak, siyasi eleştiri ve milli güvenlikle ilgili uyuşmazlıklar olmuştur.

B. İfade Hürriyeti Bağlamında Türkiye Hakkında Verilen Kararlarda Takdir Marjı

1. Din ve Ahlakla İlgili Konulara İlişkin Takdir Marjı

İfadenin kullanıldığı şartlara göre devletlerin takdir marjında farklılık olmasının yanı sıra ifadenin içeriği de devletlerin sahip olduğu takdir marjının genişliği üzerinde etkilidir¹⁰². Örneğin Mahkeme'nin Handyside/Birleşik Krallık kararında da ortaya konulduğu üzere takdir marjı Avrupa'da bir uzlaşma varsa çok dar olmalıdır¹⁰³. Ancak bir uzlaşma yoksa ve dolayısıyla Avrupa adına ilgili konu değişkenlik ve belirsizlik ifade ediyorsa, bu durumda devletlerin takdir alanı daha geniştir¹⁰⁴. Mahkeme'ye göre taraf devletlerin iç hukuklarında tek tip -uzlaşma sağlanmış- bir ahlak anlayışı olmadığından, ahlakın gerekleri kanunlara hâkim olan ilke ve görüşlere, zamana ve mekâna göre değişmektedir¹⁰⁵. Bu bakımından taraf devletlerin organları ülke sınırları içerisindeki meydana gelen olaylar bakımından neyin "gerekli olacağına", yani "gerekliliğin" ne olduğuna karar verme konusunda, milletlerarası mahkemelerde görevli hakimlerden daha iyi ve avantajlı konumdadır¹⁰⁶. Dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu başvurularda da, uyuşmazlığın içeriği dini-ahlaki ifadelerse bu durumda Türkiye'nin takdir marjı da geniştir.

⁹⁹ Bayev and Others/Rusya, B.N. 67667/09-44092/12-56717/12, Final, 20.06.2017, s. 24, § 66; Doğru, s. 179; Şirin, Takdir Marjı, s. 375.

¹⁰⁰ Bayev and Others/Rusya, s. 24, § 66.

¹⁰¹ Şirin, Takdir Marjı, s. 376.

¹⁰² Şirin, Takdir Marjı, s. 375; Doğru, s. 179.

¹⁰³ Bkz. Doğru, s. 14; Greer, s. 5.

¹⁰⁴ Bkz. Doğru, s. 14; Greer, s. 5; Çakmak, s. 76.

¹⁰⁵ Handyside/Birleşik Krallık, s. 17, § 48 Mahkeme, Avrupa uzlaşmasının olmadığı konularda takdir marjını geniş kabul etmektedir. Avrupa uzlaşmasının olmadığı konulara örnek olarak ahlakla ilgili olan yaşamın başlangıcı ile sona erdirilmesi meseleleri ve eşcinsel ilişkiler verilebilir. Bkz. Esen, s. 65.

¹⁰⁶ Handyside/Birleşik Krallık, s. 17, § 48; Bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 12.

Bu bağlamda örnek olarak, Akdaş/Türkiye¹⁰⁷ kararında Mahkeme, genel ahlaka ilişkin konularda devletlerin takdir marjının oldukça geniş olduğunu belirtmiştir. “Les onze mille verges” isimli erotik romanın “On Bir Bin Kırbaç” ismiyle Türkçe’ye çevrilmesi neticesinde genel ahlak nedeniyle romanın toplatılmasının konu olduğu başvuruda Mahkeme¹⁰⁸, devletlerin ahlakın korunması hususunda takdir yetkisinin geniş olduğunu açıkça belirtmiştir¹⁰⁹. Çünkü Mahkeme’ye göre ahlakın gerekleri zamana ve mekâna göre değişkendir. Bu farklılıklar dikkate alınca da Mahkeme’ye göre, bir hürriyete müdahalenin gerekliliğinin tespit edilmesi noktasında toplumsal ihtiyaçlarla iç içe olan ve sosyal şartları yakından takip etme imkanına sahip olan devlet yetkilileri, milletlerarası hakimlerden daha iyi bir konuma sahiptir¹¹⁰. Bu noktada Mahkeme Müller/İsveç kararını da, atıfta bulunmak suretiyle hatırlatmaktadır. Müller/İsveç kararında, devletlerin gereklilik hallerinde müdahalede bulunma yetkisini Mahkeme, “acil bir sosyal ihtiyaç” halinde müdahalenin haklı olduğu anlamına geldiğini belirtmektedir¹¹¹.

Dolayısıyla devletlerin genel ahlakın korunması hallerinde takdir yetkisi vardır ve bu yetki geniştir¹¹². Ancak olayda söz konusu kitap onlarca yıl önce basılmış ve farklı dillere çevrilmiş bir kitaptır. Ayrıca kitap “La Pléiade”a dâhil edildiğinden, yani Avrupa Edebiyat mirasının da bir parçası olarak görüldüğünden, Mahkeme, kitabın toplatılmasının ve yasaklanmasının acil bir sosyal ihtiyacı karşılaması açısından orantılı olmayacağını tespit etmiştir¹¹³. Sonuç olarak burada başvuruya konu edilen kitap hakkında bir Avrupa konsensüsü mevcuttur. Avrupa’da hemen herkesin kitaba ulaşma imkânı vardır¹¹⁴. Bu nedenle Türkiye’de kitabın toplatılması ve kitaba erişimin

¹⁰⁷ Akdaş/Türkiye, B. N. 41056/04, 16.02.2010; Ayrıca bkz. Çakmak, s. 77.

¹⁰⁸ Akdaş/Türkiye, s. 2, § 1-3. Başvuruya konu olan roman Mahkeme’nin ifadesiyle, açık bir şekilde cinsel münasebet sahnelerini, sadomazoşizm, vampirizm ve pedofili, vb. gibi çeşitli yöntemlerle betimlemektedir. Bkz. Akdaş/Türkiye, s. 2, § 3; Çakmak, s. 77-78.

¹⁰⁹ Akdaş/Türkiye, s. 5, § 20. Mahkeme, Müslüm Gündüz/Türkiye kararında da “*ahlaki ve özellikle dini alanlarda*” taraf devletlerin takdir alanının olduğunu tekrar hatırlatmıştır. Bkz. Müslüm Gündüz/Türkiye, B. N. 35071/97, 04.12.2003.

¹¹⁰ Akdaş/Türkiye, s. 6, § 24.

¹¹¹ Müller/İsveç, B. N. 10737/84, 24.05.1988, s. 16-17, § 32-33. Örneğin Müller başvurusunda Mahkeme, eşcinselliğin ve hayvanlarla cinsel ilişkinin açıkça tasvir edildiği resimlere el konulmasını orantılılık açısından incelemiş ve müdahalenin amacı her ne kadar ahlakı korumak olsa da orantılı olmadığına karar vermiştir. Bkz. Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 491-492; Ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 107.

¹¹² Akdaş/Türkiye, s. 5, § 20, s. 7, § 26.

¹¹³ Akdaş/Türkiye, s. 7, § 26-28; Çakmak, s. 78.

¹¹⁴ Mahkeme kararlarında, yasaklanmış olmasına rağmen toplum tarafından ulaştırılması mümkün kitapların toplatılmasını ve yasaklanmasını Sözleşmenin ihlali olarak kabul

tamamen engellenmeye çalışılması genel ahlakın korunması amacı açısından orantılı bir müdahale değildir¹¹⁵. Görüldüğü üzere Mahkeme, Türkiye'nin takdir marjının olduğunu kabul etmekte; ancak gereklilik ve orantılılık gibi sınırlamanın şartlarına uygun hareket edilip edilmediğini ve gerekçelerin ikna edici olup olmadığını denetlemekten de geri durmamaktadır. Bu, Mahkeme'nin varlık amacıyla da örtüşür niteliktedir. Zira Mahkeme, takdir marjının devletlere sınırsız bir hareket alanı sağlamadığını kabul etmektedir¹¹⁶. Mahkeme takdir marjının olduğu hallerde de taraf devleti yargılayabilir, müdahalenin amacının meşru olup olmadığını ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceleyebilir. Yani devlet, demokratik toplumun gereklerine riayet etmek zorundadır. Ayrıca müdahale, meşru amaç ve sınırlama arasında bir dengeye de sahip olmalıdır¹¹⁷. Neticede “gereklilik”, “meşru amaç” ve “orantılılık” konularında devlet takdir marjına sahip olsa da Mahkeme bu ilkelere riayet edilip edilmediği konusunda yargı yetkisine sahiptir¹¹⁸. Dolayısıyla Mahkeme, bu içtihadını Aktaş/Türkiye kararında da uygulamış, Türkiye'nin takdir marjının sınırlarını aştığına ve orantısız müdahalede bulunduğu hükmetmiştir.

Mahkeme'nin genel ahlakla ilgili olarak incelediği diğer başvuru ise İ.A./Türkiye¹¹⁹ başvurusudur. Başvurunun konusu “Yasak Tümceler” isimli kitaptır. Kitapta yazar kendi dini düşüncelerine yer verirken aynı zamanda Müslümanlarca kutsal olduğuna inanılan şeyleri de açıkça aşağılamakta ve

etmektedir. Zira yasaklanmış olsa bile toplum tarafından kitaba erişilebiliyor olması, acil bir sosyal ihtiyacın olmadığını gösterir. The Observer and Guardian Newspapers Ltd./İngiltere kararında da Mahkeme, İngiliz Gizli Servisi'nin hukuka aykırı davranışlarda bulunduğu iddia edilen eski bir ajanın anılarının konu edildiği makalenin yasaklandıktan sonra ABD'de kitap olarak basılması ve bununla birlikte İngiltere'de kitaba rahatlıkla ulaşılabilir olmasına rağmen yasağın devam etmesini sözleşmenin ihlali olarak kabul etmiştir. bkz. Vahit Bıçak, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti*, Ankara 2002, s. 29; Karar için ayrıca bkz. Case of Observer And Guardian/The United Kingdom, B. N. 13585/88, 26.11.1991.

¹¹⁵ Aktaş/Türkiye, s. 7, § 27-28.

¹¹⁶ Handyside/Birleşik Krallık, s. 18, § 49; Bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 12.

¹¹⁷ Handyside/Birleşik Krallık, s. 18, § 49; Bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 12.

¹¹⁸ Benzer yönde bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 12. Yine bu Müslüm Gündüz/Türkiye kararında Mahkeme, “müdahalenin demokratik toplumda gereklilik arz edip etmediğinin izlenen amaçla müdahalenin orantılı olup olmadığının, yerel yetkililerin doğru ve yerinde karar alıp almadığının incelenmesi gerektiğini” belirtmektedir. Bkz. Müslüm Gündüz/Türkiye.

¹¹⁹ İ.A./Türkiye, B. N. 42571/98, 13.12.2005; Doğru/Nalbant, s. 193-194.

küçük görmektedir¹²⁰. Mahkeme, bu başvuruda müdahalenin demokratik toplumda acil sosyal bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını incelemektedir¹²¹.

Mahkeme başvuruya ilişkin incelemesinde ifade hürriyetinin zararsız ve kabul edilmeye elverişli bilgi ve fikirler dışında insanları rahatsız eden, şaşkırtan fikirleri ve ifadeleri de kapsadığını belirtmektedir¹²². Bu hususta belli dini inanca sahip olanlar kendilerinin her türlü eleştiriden uzak olduklarını düşünemezler ve inançlarının başkalarının reddedilmelerine katlanmaları gerekir¹²³. Aynı şekilde Mahkeme'ye göre, ifade hürriyeti her ne kadar rahatsız edici ifadeleri kapsasa da dine yönelik eleştiri niteliğindeki ifadeler de, başkalarına zarar verecek ve açıkça saygısızlık olacak nitelikte olmamalıdır¹²⁴. Mahkeme, burada çatışan iki menfaatin, yani din hakkındaki görüşlerin paylaşılması ve din hürriyetine saygı duyulmasını isteme hakkı arasında bir dengelemenin yapılması gerektiğini belirtmiştir. Dengelemenin mümkün olabilmesi için, yani müdahalenin yapılabilmesi için müdahalenin yöneldiği ifadenin önlenmesinin “sosyal bir ihtiyaç” olması ve “meşru amaçla müdahalenin orantılı” olması gerekir¹²⁵.

Mahkeme, bu tür din hürriyeti ve ifade hürriyetine ilişkin çatışmalarda ihtiyaç ve orantılılık kriterlerine ilişkin devletlerin belli bir takdir marjına sahip olduğunu kabul etmektedir¹²⁶. Zira din ve ahlaki konularda çatışmaların dengelenmesine ilişkin veya hakların korunmasına ilişkin ortak bir Avrupa uzlaşısı yoktur. Bu nedenle devletler Mahkeme'nin denetimine tabi olmalarının yanı sıra geniş bir takdir marjına sahiptirler¹²⁷. Dolayısıyla devletler, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyacı karşılamasının şartları oluşmuş

¹²⁰ Kitapta yer alan bazı ifadeler şöyledir: “Kuran’da yer alan korku, eşitsizlik, çelişki üçgenini görmüyor musunuz; bana yer solucanını hatırlatıyor. Tanrı dedi ki bütün sözler Tanrı elçisinin kendi sözleridir. Hatta bu sözlerin bir bölümü “Ayşe’nin koynunda coşkuların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı’nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz...” Bkz. İ.A./Türkiye, § 13; Inceoğlu, s. 118-119. Dolayısıyla ifadeler, Müslümanlarca kutsal sayılan değerler ve kişilerin şahsına yönelik bir hakaret niteliğindedir.

¹²¹ İ.A./Türkiye, § 22.

¹²² İ.A./Türkiye, § 23.

¹²³ İ.A./Türkiye, § 28; Doğru/Nalbant, s. 194.

¹²⁴ İ.A./Türkiye, § 24; Doğru/Nalbant, s. 194.

¹²⁵ İ.A./Türkiye, § 26; İ.A./Türkiye kararıyla ilgili olarak bkz. Doğru/Nalbant, s. 194.

¹²⁶ İ.A./Türkiye, § 25; Doğru/Nalbant, s. 194.

¹²⁷ İ.A./Türkiye, § 25; Bkz. Doğru, s. 14; Greer, s. 5; Doğru/Nalbant, s. 194.

ve acil bir ihtiyaç doğmuş mu; müdahale ve araç arasında denge nasıl sağlanır, gibi konularda geniş bir takdir yetkisine sahiptir¹²⁸.

İ.A./Türkiye başvurusunda da Mahkeme, Türkiye'nin takdir marjına sahip olduğunu kabul etmiş, Müslümanların kitapta yer alan aşağılama ve hakaretler nedeniyle kendilerini haksız ve ağır saldırıların hedefinde görebileceklerinden Türkiye'nin müdahalesini Sözleşmeye aykırı görmemiştir. Dolayısıyla da Türkiye'nin "sosyal bir ihtiyacın olduğuna yönelik" takdirini yerinde bulmuştur¹²⁹.

Mahkeme'nin Türkiye hakkında verdiği her iki karar açısından da takdir marjına yönelik yaptığı incelemelerde, istikrarlı bir şekilde müdahalenin orantılı olması ve acil sosyal bir ihtiyacı karşılaması, diğer bir ifadeyle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması zorunluluğu üzerinde durduğu görülmektedir. Din ve ahlak konularında bir Avrupa mutabakatı olmadığından bu denetlemesini yaparken Mahkeme, devlet yetkililerinin geniş bir takdir marjı olduğunu kabul etmekte¹³⁰; ancak devletlerin gerekçelerinin ikna edici olmasına¹³¹, "gereklilik" ve "orantılılık" şartlarına riayet edilip edilmediğine dikkat etmektedir¹³². Ayrıca Akdaş/Türkiye kararında da görüldüğü üzere, bu konulara dair bir uzlaşma ortaya çıkması halinde de takdir marjı daralmakta, paralelinde de Mahkemenin denetim alanı genişlemektedir.

¹²⁸ Mahkeme, dinlerin reklamı, dinsel topluluklar ve cemaatler, dini görevlerin yerine getirilmesi ibadet yerlerinin kurulması gibi din veya ahlakla ilgili birçok onu da devletlerin takdir marjının geniş olduğunu kabul etmekte ve bu konularda olabildiğince kendisini sınırlamaktadır. İlgili kararlar ve değerlendirmeler için bkz. Şirin, Takdir Marjı, s. 374-375/dipnotlar.

¹²⁹ İ.A./Türkiye, § 29-30; Doğru, s. 182; İnceoğlu, s. 119.

¹³⁰ Mahkeme din ve ahlak gibi konularda daha pasif bir rol üstlenmektedir. Bu tür uyuşmazlıklarda Mahkeme'nin kendisini daha da sınırlandırdığını söylemek yerinde olur. Benzer yönde bkz. Doğru, s. 182.

¹³¹ Örneğin Gündüz/Türkiye kararında, "... AİHM, konuyla ilgili olarak söz konusu müdahalenin gerekliliği hakkında ikna olmadığını kaydetmektedir. ... ulusal makamların takdir yetkisi ile birlikte davanın koşulların tümü göz önüne alındığında, AİHM, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin AİHS'nin 10. maddesine göre yeterli gerekçelere dayandırılmadığını tespit etmekte ve başvuranın çarptırıldığı iki yıllık hapis cezasının güdülen amaç ile orantılı olup olmadığı hususunun incelenmesine gerek kalmadığı sonucuna varmaktadır." demek suretiyle, müdahalenin gerekli olduğunun ikna edici gerekçelerle ortaya konulmadığı hallerde müdahale aracı ve amacı arasında bir orantı olup olmadığına bakmadan Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. Gündüz/Türkiye, B. N. 35071/97, 04.12.2003.

¹³² Mahkeme, Handyside kararında da belirttiği gibi ortak bir Avrupa mutabakatının olmadığı ahlak ve din konularında devletlerin takdir marjının geniş olduğunu belirtse de devletlerin müdahalesinin Sözleşme'ye uygunluğunun denetim yetkisi içerisinde olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca bkz. Sunay, s. 109.

2. Siyasi Eleştirilere Yönelik Takdir Marjı

İfade hürriyeti, kişilerin devletin genel yapısına, işleyişine ve devlet görevlilerine yönelik eleştirilerde bulunmasını ve bu tür konularda bilgi ve tahminlerini paylaşabilmelerini kapsar. Bu tür ifadelerin zararsız olması ve başka kişileri rahatsız etmemesi değil, aynı zamanda şok edici, ağır ve başkalarını rahatsız edici nitelikte olması da mümkündür. Ayrıca siyasi eleştiri niteliğindeki ifadeler bakımından devletlerin sahip olduğu takdir alanı, dini, ahlaki nitelikte olan veya bireylere yönelen ifadelerle oranla daha dardır.¹³³ Mahkeme, siyasi eleştirilerin konu olduğu ifade hürriyetine ilişkin birçok kararında bu hususa dikkat çekmektedir. Örneğin Mahkeme, Castells/İspanya başvurusunda da bu durumu açıklamaktadır. Somut olayda Miquel Castells isimli senato üyesi haftalık bir gazetede yayınladığı yazısında faili meçhul cinayetleri konu almıştır. Yazıda Bask Bölgesi'nde güvenlik güçlerinin baskısına, hükümetin ve onun partisinin bu tür cinayet ve baskı eylemlerinde sorumlu olduklarına yer vermiştir¹³⁴. Bunun üzerine, senatörün dokunulmazlığı kaldırılarak, hakkında hapis cezası uygulanmıştır¹³⁵.

Mahkeme, bu başvuruda siyasi eleştirilere yönelik genel tavrını da ortaya koyacak şekilde bir karar vermiştir. Mahkeme'ye göre ifade hürriyeti elbette mutlak, yani sınırsız değildir. İfade hürriyetini kullanan kimselerin de bazı görev ve sorumlulukları vardır¹³⁶. Ayrıca ifadenin konusu ve bağlamı bu hususta önemli bir yere sahiptir. Ancak Sözleşmenin güvencesinden yararlanan ifadeler veya ifade hürriyeti kapsamına giren ifadelerin her zaman desteklenebilir, zararsız bilgi ve ifadeleri içermesi beklenemez. Bu ifadeler, başka insanları şaşırtıcı, kırıncı ve rahatsız edici nitelikte de olabilir. Mahkeme'ye göre bu, demokratik toplumun olmazsa olmaz unsurlarından olan çoğulculuğun ve hoşgörünün gereğidir¹³⁷. Kaldı ki Miquel Castells parlamento temsilcisidir ve ifade hürriyetinin güvencesinden daha geniş şekilde yararlanabilmesi, görüş ve söylemlerinin korunması gerekir¹³⁸.

Mahkeme, söz konusu başvuru temelinde, ayrıca, siyasi eleştiriler açısından da önemli olan bazı ilkelere yer vermiştir. Mahkeme'ye göre, sıradan insanların eleştiri ve hoşnutsuzluğuna neden olan ifadeler karşısında hükümetin ya da siyasilerin daha fazla anlayışlı olması gerekir. Bu bakımından hükümete yönelik eleştirilerin sınırlarının daha geniş olduğunun

¹³³ Bkz. Şirin, Takdir Marjı, s. 376.

¹³⁴ Castells/Spain, B. N. 11798/85, 23.04.1992, § 7. s. 3-5; Bıçak, s. 27.

¹³⁵ Castells/Spain, § 8, s. 5; Bıçak, s. 27.

¹³⁶ Castells/Spain, § 41, s. 17.

¹³⁷ Castells/Spain, § 42, s. 17.

¹³⁸ Castells/Spain, § 42, s. 17-18; Bıçak, s. 27.

kabulü kaçınılmazdır¹³⁹. Zira Mahkeme'ye göre demokratik toplumlarda, hükümeti denetleyen organlar yalnızca yasama ve yargı organları değildir. Demokratik toplumlarda, basın ve kamuoyu da hükümeti denetleme ve onun üzerinde baskı kurma imkanına sahip olmalıdır. Hükümet üzerinde kurulan baskıların ve ona yöneltilen ağır eleştirilerin asılsız ve haksız olması hallerinde dahi ilk başvurulacak yolun ceza hukukundan kaynaklanan yolların olmaması gerekir¹⁴⁰.

Mahkeme'nin hükümete ve devletin genel yapısına yönelen eleştirilerde, Castells/İspanya kararında ortaya koyduğu ilkelerden hareket ettiğini söylemek gerekir. Elbette Türkiye'nin taraf olduğu “siyasi eleştiriler”den kaynaklanan uyuşmazlıklarda da Mahkeme bu değerlendirmelerde bulunmuştur. Örneğin Gerger/Türkiye ve Ceylan/Türkiye başvurularında verdiği kararlar bu şekildedir.

Gerger/Türkiye¹⁴¹ başvurusunda gazeteci olarak çalışan başvuru, Deniz Gezmiş ve iki arkadaşını anma töreninde okunmak üzere gönderdiği mesajındaki; “*Türk Devletinin Kürt halkını inkara dayalı olduğu*”, “*...kitlelerin ... direnişini kırmak ya da ... bir isyanını bastırmak için toplumun boynuna bir bağımlılık zinciri dolayan ve ezici bir tek tiplilik uygulayan yöneticiler uzun yıllar halkımızı derin bir sessiz karanlıkta tutmayı başarmışlardır.*” ve “*... bayrak halen dalgalanmaktadır. O günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı doğmuştur...*” şeklindeki ifadeleri nedeniyle hapis cezasına ve para cezasına mahkûm edilmiştir¹⁴².

Özellikle “*...gerilla savaşı doğmuştur.*” ve diğer ifadelerden dolayı, törende okutulan metnin “toprak bütünlüğünün” ve “milli birliğin” korunması amacıyla yapılan müdahalenin¹⁴³ Sözleşme'nin ihlali olup olmadığı mahkeme tarafından incelenmiştir. Yaptığı incelemede Mahkeme başvuru, Türk devletini Kürtlerin haklarını inkâr etmekle suçladığını, devleti eleştirdiğini ve Kürtlerin hürriyetini savunduğunu belirtmiştir¹⁴⁴. Bununla birlikte ifade hürriyetine ilişkin hemen her kararında belirttiği gibi ifade hürriyetinin

¹³⁹ Castells/Spain, § 46, s. 18-19; Doğru, s. 183; Bıçak, s. 27.

¹⁴⁰ Castells/Spain, § 46, s. 18-19; Doğru, s. 183; Bıçak, s. 27.

¹⁴¹ Gerger/Türkiye, B. N. 24919/94, 08.07.1999; Bıçak, s. 271-302.

¹⁴² Gerger/Türkiye, § 10, 13, s. 4-6; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu*, 2. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 457; Doğru/Nalbant, s. 205. Söz konusu mesajın Türkçe tam metni için ayrıca bkz. Bıçak, s. 274-275.

¹⁴³ Gerger/Türkiye, § 41, s. 18; Bıçak, s. 286; Doğru/Nalbant, s. 205.

¹⁴⁴ Gerger/Türkiye, § 45, s. 20; Bıçak, s. 287.

kapsamına kırııcı, şaşırtıcı ve rahatsız edici ifadelerin de girdiğini ve farklı düşüncelerle birlikte bu düşüncelere karşı hoşgörülü olmanın demokratik toplumun bir gereği olduğunu belirtmiştir¹⁴⁵. Bu bağlamda ifade hürriyetinin sınırlanabilmesi için ancak söz konusu ifadelerin amaçla orantılı bir araçla sınırlanabileceğini, yani müdahalenin orantılı olması gerektiğini ve müdahalenin ancak demokratik bir toplumda acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla, yani demokratik toplumda gerekli olması halinde yapılabileceğini kabul etmiştir¹⁴⁶. Bunun yanı sıra Mahkeme, bireylerin, kamu görevlilerinin veya nüfusun bir bölümüne karşı şiddetin teşvik edilmesi hallerinde devletlerin ifade hürriyetine karşı müdahalelerinin gerekliliği hususunda geniş bir takdir alanına sahip olduğunu da ayrıca belirtmiştir¹⁴⁷.

Dolayısıyla devlet, kamu düzenini bozmaya elverişli ve silahlı isyan gibi demokratik toplumla bağdaşmayan eylemleri teşvik edecek nitelikteki sözler ve yazılar nedeniyle ifade hürriyetine müdahale etme hususunda geniş bir takdir alanına sahip olmasına karşın, kararda Mahkeme tarafından belirtildiği üzere devletin müdahale etmeye yönelik takdirinin de orantılılık ve demokratik toplumda gereklilik arz etmesi gerekir. Söz konusu başvuruda tüm hususları dile getiren Mahkeme, bir grup insana karşı okunan metinde yer alan “direniş”, “mücadele” ve özgürlük” gibi ifadelerin tek başına şiddete ve silahlı isyana teşvik etmediğini, ayrıca yalnızca az sayıda insana okunması nedeniyle de metnin kamu düzenini bozmaya elverişli olmadığını açıkça belirtmiştir¹⁴⁸. Ayrıca Mahkeme, verilen cezaların da ağır olduğunu belirterek, müdahalenin orantısız olması ve gerekli olmaması nedeniyle Türkiye’nin sözleşmeyi ihlal ettiğine hükmetmiştir¹⁴⁹.

Burada dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. Açıkça şiddete yol açmayan veya şiddeti teşvik etmeyen ancak siyasi eleştiri niteliğinde olan ifadeler bağlamında devletin takdir alanı oldukça dardır. Zira toplumun her ferdi, devleti, iktidarı ve sistemi eleştirebilme hakkına sahiptir. Bu bağlamda yukarıda incelenen kararda, Mahkeme Türkiye’nin takdir marjının dar olduğu bir konuya ilişkin yaptığı müdahaleyi orantısız ve gereksiz bulmuştur. Neticede de Türkiye’nin sözleşmeyi ihlal ettiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla burada Mahkeme, müdahaleye gerekçe gösterilen ifadeler bakımından

¹⁴⁵ Gerger/Türkiye, § 46, s. 20; Bıçak, s. 287-288.

¹⁴⁶ Gerger/Türkiye, § 52, s. 22; Bıçak, s. 288.

¹⁴⁷ Gerger/Türkiye, § 48, s. 21; Bıçak, s. 289.

¹⁴⁸ Gerger/Türkiye, § 50, s. 22; Bıçak, s. 290; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 458; Doğru/Nalbant, s. 205.

¹⁴⁹ Gerger/Türkiye, § 52, s. 22; Bıçak, s. 290.

devletin takdir marjını aştığına da hükmetmiştir. Zira bu ifadeler, acil bir sosyal ihtiyacın doğmasına neden olmamıştır.

Mahkeme'nin konuya ilişkin diğer kararı da, "Söz İşçinin, Yarın Çok Geç Olacak" isimli makalenin yazarı hakkında "kin ve düşmanlığa tahrik" suçunu işlemesi nedeniyle hapis ve adli para cezası verilmesine dair Ceylan/Türkiye¹⁵⁰ başvurusuna ilişkindir. Söz konusu makalede, "devlet terörü", "Türkiye'de giderek yoğunlaşan soykırım" ve "Güneydoğu'da hızla tırmanan yargısız infazlar, toplu gözaltılar, gözaltında kaybolmalar" gibi farklı ifadeler yer verilmiştir¹⁵¹. Mahkeme bu ifadeler karşısında Türkiye'nin müdahalesinin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken Türkiye'nin terörle bağlantılı sorunlarını ve hassasiyetlerini de dikkate almış, ifadeleri bağlamında değerlendirmiştir¹⁵².

Mahkeme kararında, her zaman ki gibi, Sözleşme'nin 10. maddesinin sağladığı güvencenin yalnızca zararsız bilgi ve fikirleri değil aynı zamanda zararlı ve rahatsız edici fikirleri kapsadığını ve bunun demokratik bir toplumda çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün bir gereği olduğunu hatırlatmıştır¹⁵³. Ayrıca Mahkeme tarafından, ifade hürriyetinin sınırlanabilmesi için zorunlu bir sosyal ihtiyacın olması gerektiğini, söz konusu müdahalenin ulaşılmak istenen amaçla orantılı olması, müdahale sebeplerinin ve gerekçelerinin ise "uygun ve yeterli olması", aynı zamanda Mahkeme'yi "tatmin edici nitelikte" olması gerektiği vurgulanmıştır¹⁵⁴.

Mahkeme, söz konusu makaleye yönelik değerlendirmesinde, makalede yer alan ifadelerin devlet yetkililerinin eylemlerine yönelik sert bir eleştiri olduğunu tespit etmiştir¹⁵⁵. Ayrıca Mahkeme, bu tür, yani devlete ve

¹⁵⁰ Bkz. Ceylan/Türkiye, B. N. 23556/94, 08.07.1999; Bıçak, s. 211-228.

¹⁵¹ Ceylan/Türkiye, § 8; Bıçak, s. 214-215.

¹⁵² Bkz. Ceylan/Türkiye, § 35; Bıçak, s. 222; Doğru/Nalbant, s. 196. Erdoğan ve İnce/Türkiye başvurusuna konu olan olay da Gerger/Türkiye ve Ceylan/Türkiye başvurusuna konu olan olaylara benzemektedir. Erdoğan ve İnce/Türkiye başvurusu da bir dergide yayınlanan röportaja ilişkindir. Röportajda yer alan ifadelerden bazıları, "Türk ırkçılığı ve sömürgeciliği...", "...Kürt gerçekliği.." ve "...bağımsızlık fikri ve hissi geliştirecektir..." şeklindedir. Bkz. Erdoğan ve İnce/Türkiye, B. N. 25067/94 ve 25068/94, § 8-9; Bıçak, s. 327-351.

¹⁵³ Ceylan/Türkiye, § 32; Bıçak, s. 221. Mahkeme, benzer konulu birçok kararında olduğu Erdoğan ve İnce/Türkiye kararında da Sözleşme'nin 10. maddesinin sağladığı güvencenin yalnızca zararsız bilgi ve fikirleri değil aynı zamanda zararlı ve rahatsız edici fikirleri kapsadığını ve bunun demokratik bir toplumda çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün bir gereği olduğunu tekrar etmiştir. Bkz. Erdoğan ve İnce/Türkiye, § 47; Bıçak, s. 343.

¹⁵⁴ Ceylan/Türkiye, § 32; Bıçak, s. 221. Mahkeme, Erdoğan ve İnce/Türkiye kararında da benzer hususları dile getirmiştir. Bkz. Erdoğan ve İnce/Türkiye, § 47; Bıçak, s. 343.

¹⁵⁵ Ceylan/Türkiye, § 33; Bıçak, s. 222; Bkz. Doğru/Nalbant, s. 196.

hükümete yönelen eleştirilerin bireylere ve siyasetçilere yönelen eleştirilere göre daha ağır olabileceğini kabul etmiştir. Zira demokratik devletlerde hükümetin faaliyetleri yalnızca yasama ve yargı organları tarafından değil, aynı zamanda kamuoyu tarafından da eleştirilebilir¹⁵⁶. Gerger/Türkiye kararında belirtildiği gibi Mahkeme'ye göre hükümet, ağır eleştiriler karşısında dahi ilk olarak ceza davası başlatma yolunu tercih etmemelidir¹⁵⁷. Dolayısıyla siyasi nitelikli ve kamu menfaatine ilişkin ifadelerin söz konusu olduğu hallerde devletlerin takdir alanı daha dar olmalıdır¹⁵⁸. Bununla birlikte Mahkeme, bu tür eleştirilerin şiddet kullanmayı övmesi ve teşvik etmesi hallerinde devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu da dile getirmektedir¹⁵⁹. Bu takdir alanının da “acil ihtiyacın” var olup olmadığını tespit etmeyi kapsadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme, bu takdir alanının kendi denetim yetkisiyle bir çelişki oluşturmadığını, devletlerin eylem ve işlemlerinin Sözleşme'ye uygunluğuna ilişkin son sözü söyleme yetkisinin de kendisinde olduğunu dile getirmiştir. Buna göre kararda Mahkeme, söz konusu makalede yer alan ifadelerin yalnızca devlet yetkililerine yönelik “sert eleştiriler” olduğunu¹⁶⁰, başvurucunun bir sendikacı ve siyasetçi olarak sert bir üslupla yazdığı makalede, silahlı direnişi ve isyanı teşvik etmediğini kabul etmiştir¹⁶¹. Nihayet başvurana hakkında verilen mahkumiyeti, “orantısız” ve “demokratik bir toplumda gereklilik” ilkesine, dolayısıyla Sözleşme'ye aykırı bulmuştur¹⁶².

Ceylan/Türkiye kararında Mahkeme, Türkiye'nin konuya ilişkin takdir alanının olduğunu inkâr etmemektedir. Bu takdir alanının, siyasi ifadeler bakımından dar, ifadelerin şiddeti öven veya teşvik eden niteliklere haiz olmaları hâlinde ise geniş olduğunu kabul etmektedir¹⁶³. Ancak taraf devletlerin eylemlerini Sözleşme'ye uygunluk bakımından denetleyeceğini de dile getirmekten çekinmemektedir. Ceylan/Türkiye kararında görüldüğü üzere Mahkeme hangi ifadelerin eleştiri hangi ifadelerin ise şiddeti teşvike

¹⁵⁶ Ceylan/Türkiye, § 34; Bıçak, s. 222; Bkz. Doğru/Nalbant, s. 196. Bu husus, Erdoğan ve İnce/Türkiye kararında da şu şekilde ifade bulmuştur; “...izin verilebilir eleştirilerin sınırları hükümet ile ilgili hususlarda, özel şahıslar veya siyasetçiler açısından daha genistir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır...” Bkz. Erdoğan ve İnce/Türkiye, § 50; Bıçak, s. 344-345.

¹⁵⁷ Ceylan/Türkiye, § 34; Bıçak, s. 222; Bkz. Doğru/Nalbant, s. 196.

¹⁵⁸ Ceylan/Türkiye, § 34; Bıçak, s. 222; Bkz. Doğru/Nalbant, s. 196.

¹⁵⁹ Ceylan/Türkiye, § 34; Bıçak, s. 222.

¹⁶⁰ Ceylan/Türkiye, § 33; Bıçak, s. 222-223; Bkz. Doğru/Nalbant, s. 196.

¹⁶¹ Ceylan/Türkiye, § 36; Bıçak, s. 223; Bkz. Doğru/Nalbant, s. 196-197.

¹⁶² Ceylan/Türkiye, § 37; Bıçak, s. 223; Bkz. Doğru/Nalbant, s. 197.

¹⁶³ Ceylan/Türkiye, § 34; Bıçak, s. 222; Bkz. Doğru/Nalbant, s. 196.

elverişli olduğunu takdir etmiştir. Ayrıca Mahkeme'ye göre taraf devletlerin müdahalelerinin takdir marjı içerisinde kalmaları ve Sözleşme'yi ihlal etmemeleri için müdahalenin amaçla “orantılı olması”, “acil bir sosyal ihtiyacı gidermeye” yönelik olması ve buna ilişkin olarak ileri sürülen sebeplerin “uygun ve yeterli” olması, yani müdahaleye ilişkin gerekçenin “ikna edici” olması gerekir¹⁶⁴. Bu da Mahkeme'nin devletlerin gerekçelerinin yeterliliğini incelediğini, acil sosyal ihtiyaç bakımından da devletin takdir marjı üzerinde bir tür kontrol sağladığını göstermektedir. Dolayısıyla Ceylan/Türkiye kararında da Türkiye'nin müdahalesi, “orantısız” olması ve “demokratik bir toplumda gerekli” olmaması, yani “acil bir sosyal ihtiyacın” yokluğu nedeniyle takdir marjının sınırlarının ötesinde görülmüş ve Sözleşme'nin ihlali olarak kabul edilmiştir¹⁶⁵.

3. Milli Güvenlikle Alakalı Konularda Takdir Marjı

Devletlerin ifade hürriyetini sınırlandırabilmeleri için gerekçe gösterebilecekleri nedenlerden birisi de milli güvenliğin korunması meselesidir¹⁶⁶. Zira devletlerin güvenliği gerçekten de ifade hürriyetinin sınırlandırılmasını gerekli kılabilir. Bu bakımdan milli güvenlik devletlerin ifade hürriyetini sınırlarken dikkate alınması gereken ve “adil denge” ile yakından ilgili sebeplerden bir tanesidir¹⁶⁷. Zira “milli güvenlik” nedeniyle bir müdahale de bulunması hallerinde, milli güvenlik ve ifade hürriyeti arasında adil bir denge kurulması gerekir.

Öte yandan milli güvenlik söz konusu olduğunda da devletlerin takdir yetkisi geniştir. Örneğin olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde devletlerin ifade hürriyetine ilişkin sınırlamaları bu kapsamda ele alınabilir. Özellikle devletlerin sırlarının ve istihbarat bilgilerinin korunması amacıyla gerçekleştirdiği müdahaleler konusunda da devletlerin geniş takdir yetkileri vardır¹⁶⁸.

Mahkeme, Çetin ve Diğerleri/Türkiye¹⁶⁹ başvurusunda olağanüstü halin geçerli olduğu ülkenin doğu bölgelerinde bazı gazetelerin dağıtımının güvenlik güçleri tarafından, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin dağıtımın yasaklanması kararına istinaden engellenmesini ifade hürriyeti bağlamında

¹⁶⁴ Ceylan/Türkiye, § 32; Bıçak, s. 221.

¹⁶⁵ Ceylan/Türkiye, § 37; Bıçak, s. 223.

¹⁶⁶ Benzer yönde bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 488; Doğru, s. 185; Çakmak, s. 66.

¹⁶⁷ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 488; Doğru, s. 186.

¹⁶⁸ Doğru, s. 186.

¹⁶⁹ Çetin ve Diğerleri/Türkiye, B. N. 401153/98 ve 40160/98, 13.02.2003 (Nihai).

incelemiştir¹⁷⁰. Ayrıca konuyu ifade hürriyetinin araçlarından olan basın hürriyeti açısından da ele alarak basın hürriyetinin siyasi liderlerin fikir ve tutumlarının keşfedilmesi ve bunlara ilişkin kanaat oluşturulması bakımından da önemli olduğuna yer vermiştir¹⁷¹.

Kararda Mahkeme, Türkiye'nin içerisinde bulunduğu somut şartları, terörle mücadelenin varlığını, başvuruyu incelerken ele almış, göz ardı etmemiştir¹⁷². Ancak sırf terör operasyonlarının varlığını ve bu konunun Türkiye açısından hassas bir konu olmasını Mahkeme, müdahalenin gerekliliği için yeterli görmemiştir. Müdahalenin olağanüstü hallerde dahi olsa "gerekçelendirilmesi gerektiğini" belirten Mahkeme, ayrıca söz konusu gazete aracılığıyla o bölgede yaşayanların gözüyle olayların aydınlatıldığını ve o bölgeden diğer bölgede bulunan medya organlarına da haber sağlandığını dikkate almıştır. Bu bağlamda hoşgörülü ve çok sesliliği esas alan demokratik toplumda¹⁷³, bir gazetenin ikna edici bir gerekçe belirtilmeden yasaklanması hem gazeteciler açısından hem de bölge halkının bilgilere ulaşabilmesi açısından ifade hürriyetinin ihlali kabul edilmiştir¹⁷⁴.

Çetin ve Diğerleri/Türkiye başvurusunda Mahkeme, devletin milli güvenliği ve gazetenin siyasi gerginliği artırması riski nedeniyle kamu düzeninin korunması ile ifade hürriyeti arasındaki çatışmayı, ifade hürriyeti lehine dengelemiş¹⁷⁵; somut şartları, yani terörle mücadele edilmesini de gazetenin yasaklanması için tek başına yeterli bulmamıştır¹⁷⁶. Başvuru açısından Mahkeme, uyumsuzluğu değerlendirirken olayın bağlamından ayrılmamış olsa da Türkiye'nin takdir marjını sınırlarını aşacak şekilde kullandığını tespit etmiş ve yeteri kadar gerekçelendirme ve somutlaştırma yapmaması nedeniyle müdahalesini haksız bulmuştur¹⁷⁷. Dolayısıyla devletin takdir marjı içerisinde kaldığına dair iddiaların da yeterli, uygun ve ikna edici gerekçelerle ortaya konulması gerektiği, aksi halde devletin takdir marjı geniş olsa da bu alanın aşıldığı kabul edilmiştir.

¹⁷⁰ Çetin ve Diğerleri/Türkiye, s. 5. Mahkeme bu kararında da, ifade hürriyetinin şok edici ve rahatsız edici ifadeleri de kapsadığını hatırlatarak ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için demokratik bir toplumda müdahalenin gerekli, yani acil bir sosyal ihtiyacı karşılama amacına hizmet etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Çetin ve Diğerleri/Türkiye, s. 5.

¹⁷¹ Çetin ve Diğerleri/Türkiye, s. 6.

¹⁷² Çetin ve Diğerleri/Türkiye, s. 7.

¹⁷³ Çetin ve Diğerleri/Türkiye, s. 5.

¹⁷⁴ Çetin ve Diğerleri/Türkiye, s. 7.

¹⁷⁵ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 488.

¹⁷⁶ Bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 488.

¹⁷⁷ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 488.

Çetin/Türkiye kararında olduğu gibi milli güvenlik konusunda Türkiye aleyhine açılan hemen her başvuru öyle ya da böyle bir şekilde terör örgütü PKK ile ilgilidir. Daha açık ifadeyle Türkiye'nin ifade hürriyetine ilişkin müdahaleleri özellikle 90'lı yıllardan itibaren terör örgütü PKK ile devam eden mücadeleleriyle yakından ilgilidir. Örneğin Sürek/Türkiye (1)¹⁷⁸ başvurusu da bir dergide çıkan makalelere ilişkindir. Dergide yer alan makalelerdeki ifadelerin bir kısmı, “Kürdistan’da yükselmekte olan ulusal bağımsızlık savaşında”, “faşist Türkiye’nin ordusu”, “TC cinayet çetesi” ve “Kürdistan’daki ulusal mücadelesi artık kan dökülmesi, tanklar ve toplar ile engellenmeyecek bir seviyeye ulaşmıştır” şeklindedir¹⁷⁹.

Mahkeme, bu başvuruda da ifade hürriyetinin korumasından yararlanan ifadelerin kapsamında, toplumu ve insanları rahatsız edecek nitelikteki ifadelerin yer aldığını ve demokratik bir toplumda hoşgörü, tolerans ve çoksesliliğin olmazsa olmaz unsurlar olduğunu hatırlatmıştır¹⁸⁰. Kaldı ki Mahkeme’ye göre, devlete ve hükümete yönelik olan bu çokseslilik ve eleştiriler karşısında muhatapların daha tahammüllü olması gerekir¹⁸¹. Ancak söz konusu ifadeler, devletlerin milli güvenliği ve kamu güvenliğiyle ilgiliyse devletlerin bu durumda hürriyetlere müdahale edebilmeleri açısından geniş bir takdir marjına sahip olduğu da belirtilmiştir¹⁸². Bunun yanı sıra değerlendirmelerinde istikrarlı bir şekilde uyumsuzluğun bağlamını göz ardı etmeyen Mahkeme, bu başvuruda da 1985¹⁸³ senesinden beri devam eden terör olaylarını ve operasyonları dikkate almış, konunun hassasiyeti ve

¹⁷⁸ Sürek/Türkiye (1), B. N. 26682/95, 08.07.1999.

¹⁷⁹ Sürek/Türkiye (1), s. 4-5; Çakmak, s. 70-71; Doğru/Nalbant, s. 198. Sürek/Türkiye (2) başvurusu ise haftalık bir dergide terörle mücadele eden emniyet müdürü ve jandarma komutanın adlarının yayınlanmasına ilişkindir. Kararda Mahkeme, başvuruda yetkilerini kötüye kullandığı düşünülen kamu görevlilerinin isimlerinin ve eylemlerinin açıklanmasına yönelik müdahalenin “basın özgürlüğünün korunması ile söz konusu kamu görevlilerinin kimliklerinin korunması arasında adil bir denge olmadığından”, müdahalenin ilgili mesru amaçlar ile orantısız olduğuna ve bu nedenle mevcut başvuruda Sözleşme’nin 10. maddesinin dolayısıyla Sözleşmenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. Sürek/Türkiye (2), B. N. 24122/94, 08.07.1999; Bıçak, s. 24-25; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 459.

¹⁸⁰ Sürek/Türkiye (1), s. 25, par. s. 58. Mahkeme Türkiye hakkında verdiği başka bir kararında da Sözleşme’nin 10. Maddesinin güvence sağladığı ifadelerin her zaman zararsız ve önemsiz fikirleri değil, aynı zamanda demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurları olan çoğulculuk hoşgörü ve geniş fikirlilik gereği zararlı ve rahatsız edici ifadeleri de kapsayacağını belirtmiştir. Bkz. İncal/Türkiye, B. N. 41/1997/825/1031, 09.06.2019, § 46, s. 20.

¹⁸¹ Bkz. Castells/Spain, § 42, s. 17-18; Bıçak, s. 27.

¹⁸² Sürek/Türkiye (1), s. 25, par. s. 57. Yine birçok kararda olduğu gibi İncal/Türkiye kararında da Mahkeme, “amacının devlet organlarının/mahkemelerinin yerine geçmek değil, devletin takdir marjı kapsamında kullandıkları yetkileri madde 10 bağlamında incelemek olduğunu dile getirmektedir.” Bkz. İncal/Türkiye, § 48, s. 20.

¹⁸³ Ayrıca bkz. Sürek/Türkiye (1), s. 27, par. s. 62.

Türkiye'nin ülke bütünlüğü ve milli güvenlik amacıyla müdahalede bulunduğu kanaatini de açıkça dile getirmiştir¹⁸⁴.

Bu değerlendirmeler doğrultusunda Mahkeme, makalede yer alan ifadelerin terör eylemlerini meşrulaştırma amacına hizmet edebileceğini ve şiddeti teşvik ettiğini kabul etmiş ve Türkiye'nin de içerisinde bulunduğu şartlar itibarıyla şiddeti destekleyecek eylemlere karşı her an hazır olması gerektiği gerçeğini dikkatinden kaçırmamıştır¹⁸⁵. Dolayısıyla taraf devletin acil bir sosyal ihtiyacın olup olmadığına yönelik sahip olduğu takdir marjı içerisinde hareket ettiğini, basının da milli güvenlik ve asayişin sağlanması amacıyla konulan sınırlara uygun davranması gerektiğini kabul etmiştir. Makaledeki ifadelerin fiziksel şiddet tehlikesine yol açacağı ve terörü meşru gösterme amacıyla olduğu da ayrıca belirtilmiştir. Nihayetinde Mahkeme, Türkiye'nin şartlarının da dikkate alınmasıyla Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁸⁶.

Ancak Mahkeme, bu kararında da takdir marjının sınırsız olmadığını ve devletlerin takdir marjlarının olduğu hallerde dahi Mahkeme tarafından denetlenebileceğini hatırlatmıştır. Buna göre Mahkeme, müdahalenin “meşru amaçlarla orantılı” ve müdahalenin gerekçelerinin “ilgili ve yeterli olması” gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁷. Dolayısıyla takdir marjı dahi olsa müdahalenin Sözleşme (madde 10) kapsamında uygulandığını ve devletin değerlendirmelerinin, yani takdir marjı içindeki eylemlerinin tatmin edici bir gerekçeye dayalı olması gerektiği hatırlatılmıştır¹⁸⁸. Diğer yandan Mahkeme'nin milli güvenlikle alakalı olan bu başvuruda, ülke şartlarını, yani olayın bağlamını da dikkatinden kaçırmadığını görmek mümkündür. Dolayısıyla Mahkeme'nin devletlerin takdir marjını belirlemede “bağlam” önemli bir konuma sahiptir. Zira bazı ifade ve eleştirilerin somut şartlar dikkate alındığında tahammülüne imkan olmayabilir. Ülke şartlarını en iyi bilen devlet açısından bu ifadelerin sınırlandırılması kaçınılmaz bir zorunluluk teşkil edebilir. Örneğin, bazı ifadeler teröre muhatap olmayan ve binlerce şehit vermemiş olan bir demokratik ülkede hoş karşılanabilirken, benzer ifadelerin terör eylemlerinin şiddetlendiği ve asayişin önemli ölçüde bozulduğu Türkiye şartlarında hoş karşılanması beklenemez. Mahkeme

¹⁸⁴ Sürek/Türkiye (1), s. 24, §, 52.

¹⁸⁵ Sürek/Türkiye (1), s. 24, §, 52; Çakmak, s. 71; Doğru/Nalbant, s. 198.

¹⁸⁶ Sürek/Türkiye (1), s. 27-29, par, s. 59-65; Çakmak, s. 71; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 459; Doğru/Nalbant, s. 198.

¹⁸⁷ Sürek/Türkiye (1), s. 26, par, s. 58. İncal/Türkiye kararında Mahkeme, Türkiye'nin takdir marjını olduğunu kabul etmesinin yanı sıra müdahalenin amaçla orantılı olmaması ve bu nedenle müdahalenin demokratik bir toplumda gereksiz olması nedeniyle, Sözleşme'nin ihlaline hükmetmiştir. Bkz. İncal/Türkiye, § 59, s. 22.

¹⁸⁸ Sürek/Türkiye (1), s. 26, par, s. 58.

görüldüğü üzere bu hususları da dikkate almış, ifadenin içeriği her ne kadar siyasi ve yer yer eleştiri niteliğinde olsa da, Türkiye'nin takdir marjının geniş olduğuna ve bu marjın aşılmadığına hükmetmiştir.

SONUÇ

Takdir Marjı doktrini, AİHS tarafından güvence altına alınan hak ve hürriyetlerin kapsamının ve taraf devletlerin hakları sınırlandırabilmelerine ilişkin yükümlülüklerinin belirlenmesinde oldukça önemli bir konuma sahiptir. Zira Mahkeme, devletlerin takdir marjının olduğu, özellikle marjın geniş olduğu hallerde kendisini kısıtlamaktadır. Dolayısıyla bu hallerde devletin hareket alanı oldukça geniş olmaktadır. Taraf devletler, bu bakımdan hakların sınırlandırılması hususunda daha kapsamlı hareket alanına sahip hale gelmektedir. Elbette takdir marjının geniş kabul edildiği hallerde devletlerin hareket alanının genişliyor ve hakların kapsamının belirlenmesi daha çok devletlerin iradesine bırakılıyor olsa da, devletlere bırakılan bu alan ne sınırsızdır ne de denetimden muaftır.

Dolayısıyla Mahkeme, takdir marjının en geniş sınırlara ulaştığı durumlarda dahi devletler üzerinde denetleme yetkisine sahiptir. Diğer bir ifadeyle, takdir marjının mevcut olduğu durumlarda da nihai söz söyleme yetkisi Mahkeme'ye aittir. Mahkeme'nin takdir marjına ilişkin olarak yapacağı bu denetim, elbette takdir marjının olmadığı durumlara kıyasla daha sınırlı niteliktedir. Bu bakımdan Mahkeme içtihatları, takdir marjının söz konusu olduğu hallerde denetimin nasıl yapılacağına tespit edilmesi ve AİHS'nin öngördüğü koruma mekanizmasının işlevselliğini yitirmeden devletlerin yetki alanlarına nasıl saygı duyulacağı hususunda büyük bir yol gösterici olmaktadır.

Öncelikle Mahkeme, takdir marjının söz konusu olması halinde taraf devletlerin hareket alanının olduğunu, örneğin AİHS md. 15 bağlamında devletlerin neyin olağanüstü şartlar oluşturduğunu belirleme, bu şartlara nasıl ve hangi araçlarla son verileceğini tespit etme yetkisine sahip olduğunu vurgular. Yine Mahkeme'ye göre AİHS md. 8-11 bağlamında hakların sınırlandırılacağı hallerde devletler, neyin "gerekli olacağına", demokratik bir toplumda "acil bir sosyal ihtiyacın", yani derhal müdahaleyi gerektirecek durumun olup olmadığına karar vermeye ve meşru amaç ile sınırlama aracı ve sınırlandırılan haklar arasında "adil bir denge" kurulması hususunda yetkilidir.

Devletlerin bu hallerdeki yetkileri, yani takdir marjı, bireylerin kişilikleri ve kimlikleriyle alakalı konularda dar kabul edilmiş; örneğin devletlerin ekonomi politikası, milli güvenlik gibi konularda veya genel ahlak gibi bir Avrupa uzlaşısının sağlanamadığı konularda takdir marjının geniş olduğu kabul edilmiştir. Ancak Mahkeme'nin, takdir yetkisi ne kadar geniş olursa

olsun, devletlerin Sözleşme'ye uygun davranıp davranmadığına dair denetimi devam eder. Bu denetim taraf devletlerin takdir marjı sınırları içerisinde kalıp kalmadığının belirlenmesi için oldukça önemlidir. Denetimin gerçekleştirilmesi için Mahkeme üçlü testi kabul etmiştir. Bu test “meşru amacın varlığı”, “müdahalenin orantılılığı-adil denge” ve “müdahalenin acil bir sosyal ihtiyacı karşılamaya yönelik olmasını, yani gerekliliği” kapsar. Devletler bu üç hususta da takdir marjına sahiptir. Ancak devletlerin müdahalesinin bu üç hususa da uygun olduğunu açık ve ikna edici bir şekilde gerekçelendirmesi ve özellikle müdahalenin gerekliliği hususunda Mahkemeyi ikna etmesi gerekir. Mahkeme'nin ikna edilemediği hallerde, Mahkeme bu hususlardan en az birisinin eksik olduğunu tespit ederse, devletin takdir marjının dışına çıktığına ve Sözleşme'yi ihlal ettiğine karar verir. Dolayısıyla Mahkeme'nin ikna olması halinde ise devletin takdir marjı içerisinde kaldığı ve Sözleşmeyi ihlal etmediğini söylemek gerekir.

Gerekçelerin ikna ediciliği, Mahkeme'nin devletin takdir marjının sınırları içerisinde kalıp kalmadığına yönelik, yani ihlale ilişkin vereceği kararı bakımından büyük bir öneme sahiptir. Gerekçelerin ikna edici olmasının gerekli görülmesinin nedeni, Mahkeme'nin devletlerin ülke şartlarını ve imkanlarını bilmelerinin, milli organ ve makamlara göre daha zor olmasıdır. Yerel makamlar ülke şartlarını bilme imkânı bakımından daha avantajlı olduklarından Mahkeme, müdahalenin Sözleşmeye uygunluğunu denetlerken o makamların yerine geçip karar vermek yerine ülke şartlarını iyi bilen makamların gerekçelerinin ikna edici olup olmadığını inceler. Bu bağlamda Mahkeme, yaptığı incelemelerde devletlerin içerisinde bulunduğu sosyal, ekonomik ve kültürel hususları da dikkate almaktadır.

Mahkeme'nin Türkiye hakkında ifade hürriyetine ilişkin verdiği kararlarda takdir marjı uygulaması da bu şekilde olmaktadır. Yani Mahkeme, örneğin, ahlak ve din gibi konularını kapsayan ifadelere yönelik müdahalelere ilişkin başvuruları incelerken, devletin toplumsal hakikatlerini dikkate almasının yanı sıra bu konularda genellikle bir Avrupa uzlaşısı olmadığından, takdir marjının geniş olduğunu kabul etmektedir. Ancak eğer Avrupa uzlaşısının olduğu bir konu söz konusu ise bu durumda Mahkeme, devletin takdir marjının dar olduğunu ve ifade hürriyetinin kapsamının geniş olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme tarafından takdir marjı ile hak ve hürriyetler arasında ters bir orantı kurulmaktadır.

Mahkeme'nin ifade hürriyetine ilişkin kararları üzerinde yapılan incelemelerde görülmektedir ki, genel olarak “rahatsız edici”, “zararlı” ve hatta kimilerince “kutsal kabul edilenlerin eleştirilmesi” hususlarının da demokratik bir toplumda, hoşgörülülüğün ve birlikte yaşamının bir gereği olduğu vurgulanmaktadır. Ancak Mahkeme tarafından özellikle, siyasi eleştiri ve söylemlerin söz konusu olduğu hallerde ifadelerin hedefinin siyaseten

kutsal sayılan hususlar ve devlet veya devlet görevlileri olması halinde, müdahale gerekli olsa bile müdahale aracının ilk olarak ceza hukuku yaptırımlarının olmaması gerektiği dile getirilmektedir. Zira demokratik bir toplumda bireyler de devlet ve hükümet üzerinde baskı ve denetim kurma yetkisine sahiptir.

Mahkeme Türkiye hakkındaki kararlarında da bu hususları açıkça dile getirmiş, demokratik bir toplum için ifade hürriyetinin önemine dikkat çekmiştir. Özellikle, siyasi eleştiri ve milli güvenlikle alakalı konularda devletin takdir marjının geniş olması halinde dahi hassas bir şekilde “denge” kurmaya çalışmıştır. Zira ifadelerin içeriği çok önemli bir çoğunluğu rahatsız etse de ve hatta kimi zaman rahatsız edici olmasının yanı sıra çok ağır eleştirileri kapsasa da, müdahalenin Sözleşmeye uygun olabilmesi üçlü testten geçmesi gerekir. Bu tür durumlarda müdahalenin “acil bir sosyal ihtiyacı” karşılaması, “müdahalenin derhal yapılmasının kaçınılmaz olması” büyük önem ifade eder. Gerger/Türkiye kararında belirtildiği üzere, bazen ifadelerin içeriğinin çok az bir kitleye yönelmesi ve acil bir sosyal ihtiyaca neden olmaması, müdahalenin gerekliliğini ortadan kaldırır. Dolayısıyla ifadelerin içeriklerinin yanı sıra dile getirildikleri ortamlar ve sosyal şartlarda denge kurulması aşamasında önem ifade etmektedir.

Sonuç olarak Mahkeme, takdir marjının en geniş olduğu durumlarda dahi denetim yetkisini kullanmakta ve müdahalenin Sözleşmeye uygun olup olmadığına karar vermektedir. Mahkeme'nin takdir marjının geniş olduğu hallerde dahi denetimine devam etmesi, AIHS hukukunun varlık amacıyla son derece uyumludur. Zira takdir marjının geniş olduğu durumlarda nihai karar yetkisinin devletlerde olduğunun kabul edilmesi, hürriyetler bakımından ciddi bir tehlike arz eder.

Öte yandan belirtilmesi gereken bir husus daha vardır. AIHM kararları incelendiğinde görülmektedir ki takdir marjı, devletlerin müdahalesine konu olabilen ve üçlü teste tabi tutulabilen hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir kavramdır. Örneğin, AIHS md. 2’de yer alan yaşam hakkı, md. 3’te yer alan işkence yasağı ya da md. 6’da yer alan adil yargılanma hakkı gibi bazı haklara ilişkin olarak takdir marjının kullanılmasından söz edilemez. Zira işkence yasağı ele alındığında, üçlü testin yapılabilir olduğunu ifade etmek oldukça zordur. Bu durumlarda takdir marjının ya da bu haklara ilişkin devlet müdahalelerinin teste tabi tutulmasından söz edilemez. Örneğin Mahkeme işkence teşkil eden bir eylem tespit etmişse burada teste tabi tutulmasına gerek olmadan eylemin varlığı, sözleşmenin ihlalini gösterir niteliktedir. Sonuçta, takdir marjı AIHS bağlamında her hak ve hürriyetle ilişkili değildir. İlişkili olduğu hak ve hürriyetler bakımından da varlığının ve kapsamının AIHM takdirinde olduğunu, somut olay bağlamında yapılan değerlendirilmeler neticesinde belirlenebileceğini unutmamak gerekir.

KAYNAKÇA

- ANAYURT**, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısımlar*, 2. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- BİÇAK**, Vahit, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti*, Ankara 2002.
- ÇAKMAK**, Ufuk Ramazan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Basın Özgürlüğü ve Devletin Yükümlülükleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- ÇOBAN**, Ali Rıza, “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3. (ss. 187-223).
- DOĞRU**, Derya, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjî Doktrini*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- DOĞRU**, Osman/**NALBANT**, Atilla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, Avrupa Konseyi, Ankara 2013.
- ERDOĞAN**, Murat, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Lykeion, Ankara 2019.
- ERDOĞAN**, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion, Ankara 2012.
- ESEN**, Egemen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjî Doktrini*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2019.
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin, “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, *TBB Dergisi*, S. 135, Y. 2018. (ss.9-76).
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref/**GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- GREER**, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000.
- HAKYEMEZ**, Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- HARRİS**, David J./**O’BOYLE**, Micheal/**BATES**, E. P./Buckley, Carla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Çev. Mehveş Bingöllü Kılçı/Ulaş Karan), Avrupa Konseyi, Ankara 2013.
- İNCEOĞLU**, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, *Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, 5-6 Haziran 2010 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2011. (ss. 83-129).

LETSAS, George, "Two Concept of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, Y. 2006. (ss. 705-732).

SUNAY, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001.

ŞİRİN, Tolga, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, Y. 2013. (ss. 359-399), (Takdir Marjı).

TEZCAN, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR**, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu*, 2. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

KARARLAR

19.12.1959 tarihli Komisyon Raporu, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-73438"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{)(E. T. 24.10.2019).

Akdaş/Türkiye, B. N. 41056/04, 16.02.2010.

Ashingdane/İngiltere, B. N. 8225/78, 28.05.1985.

Bayev and Others/Rusya, B.N. 67667/09-44092/12-56717/12, Final, 20.06.2017.

Case Of Observer And Guardian/The United Kingdom 13585/88, 26.11.1991.

Castells/Spain, B. N. 11798/85, 23.04.1992.

Ceylan/Türkiye, B. N. 23556/94, 08.07.1999.

Çetin ve Diğerleri/Türkiye, B. N. 401153/98 ve 40160/98, 13.02.2003 (Nihai).

Erdoğan ve İnce/Türkiye, B. N. 25067/94 ve 25068/94.

Evans/The United Kingdom, B. N. 6339/05, 10.04.2007.

Gerger/Türkiye, B. N. 24919/94, 08.07.1999.

Gündüz/Türkiye, B. N. 35071/97, 04.12.2003.

Handyside/Birleşik Krallık, B. N. 5493/72, 07.12.1976.

İ.A./Türkiye, B. N. 42571/98, 13.12.2005.

İncal/Türkiye, B. N. 41/1997/825/1031, 09.06.2019.

Müller/İsveç, B. N. 10737/84, 24.05.1988.

Müslüm Gündüz/Türkiye, B. N. 35071/97, 04.12.2003.

Otto Preminger Enstitüsü/Avusturya, B. N. 13470/87, 20.09.1994.

Sunday Times/Birleşik Krallık, B.N. 6538/74, 18.01.1979.

Sürek/Türkiye (1), B. N. 26682/95, 08.07.1999.

Sürek/Türkiye (2), B. N. 24122/94, 08.07.1999.

Yunanistan/Birleşik Krallık, B.N. 176/56, 26.09.1958, (Aktaran Doğru, s. 15).

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/65-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-15-numaral-protokol/> (E. T. 24.10.2019).

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/65-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-15-numaral-protokol/> (E. T. 24.10.2019).

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/65-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-15-numaral-protokol/> (E. T. 24.10.2019).