

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİİNİN İŞLEVSEL KONUMU (Bildiri Özeti)

Yrd. Doç. Dr. Mustafa YILDIZ (*)

Giriş :

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (ve ek protokoller), insan hakları için uluslararası güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası uğraşların bir ürünüdür. Sözleşmede bu güvence, yargısal kapsamda "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu"¹ ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi"² gerçekleştirilmesi öngörülümüştür. Bu organlar, Sözleşmenin imzalanması ve bunun ardından yürürlüğe girmesyle aynı zamanda çalışmalarına başlayamamıştır³. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için, taraf devletlerce 4.11.1950'de imzalanmasından sonra 66'ncı maddesinin 2 nci fıkrasına uygun olarak en az onunun onaylaması zorunluluğu belirlenmiştir. Bu zorunluluğun yerine getirilmesi, 3.9.1953'te tamamlanmıştır; böylece imzalanmasından yürürlüğe girmesine kadar üç yila yakın bir zaman geçmiştir. 18 Mayıs 1954'te Komisyonun kurulması tamamlanmıştır ve aynı tarihten itibaren çalışmaya başlamıştır⁴. Mahkemenin kurulması ise, daha sonraya kalmıştır. Bunun nedeni, Sözleşmenin 56 nci maddesine göre sözleşmeyi imzayıp onaylayan devletlerden en az sektörünün, Mahkemenin "zorunlu yargı yetkisini" tanıdıklarını bildirme zorunluluğunun yerine getirilmesindeki gecikmedir. Adı geçen maddeye uygun şekilde, "yargı yetkisini tanıma bildirimini" 3 Eylül 1958'de ancak gerçekleşebilmiştir⁵. Kuruluşu 21 Şubat 1959'da tamamlanmış ve çalışmaya

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

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

başlamıştır. İlk kararını da, 1961'de "Irlanda'ya karşı Lawless" olayında⁶ vermiştir.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nı 10 Mart 1954'de kabul edilen bir yasa ile onaylamıştır⁷; onay belgesinin 18 Mayıs 1954'de Avrupa Konseyi'ne verilmesi ile Sözleşme Türkiye için yürürlüğe girmiştir ve Türk hukuku ile bütünlüştür⁸. 21 Nisan 1987'de İnsan Hakları Komisyonu'na "bireysel başvuru hakkını"⁹, 27 Eylül 1989'da da, İnsan Hakları Mahkemesi'nin "zorunlu yargı yetkisini"¹⁰ tanımlamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na "başvuru hakkının tanınması" ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu "yargı yetkisi"nin kabulu ile, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ile daha aktif bir bütünlleşme sürecine girmiş olunmaktadır. Bu sürecin kavranılmasını açılığa kavuşturmadan katkı sağlamak için, AİHS'nin yargı sisteminin ve özellikle mahkemenin üye ülkeler nezdinde işlevsel konumunun belirginleştirilmesi gereklidir. Buna açıklık kazandırıldıktan sonra, Mahkeme yargısından bütüncül bir Avrupa İnsan Hakları Hukukunun oluşturulmasında yararlanmanın kapsamı da ortaya çıkacaktır.

1. Sözleşmenin Oluşumu :

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin (AİHS) oluşumuna, İkinci Dünya Savaşı¹¹ ve savaş suçlarının yargılanması neden olmuş ve gerekçe oluşturmuştur¹². Devlet ve egemenlik anlayışı, ülke içinde ve dışında sar-

6. Alm. Ter. Band 1, s. 20 vd.; ayrıca bkz., ÇAGLAR, B., "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", Anayasa Yargısı 1990, s. 51 (101, 102); ARIK, K. F., op. cit., s. 121-192.
7. 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Yasa, 19.3.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete.
8. ARIK, K. F., op. cit., s. 30; GÖLCÜKLÜ, F. - GÖZÜBÜYÜK A. Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi yay., Ankara 1994, s. 14, 15.
9. Bireysel başvuru hakkı 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile tanınmıştır; bu karar ve ilgili açıklama 27 Ocak 1987'de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine sunulmuştur. Daha sonra bu, 21 Nisan 1987 tarih ve 19438 sayılı Resmi Gazete'de Dışişleri Bakanlığı'nın bir tebliğî şeklinde yayınlanmıştır.
10. 25 Eylül 1989 tarih ve 89/14563 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı için bzk., 27 Eylül 1989 tarih ve 20295 sayılı R. G.
11. ARIK, K. F., op. cit., s. 9; SAVCI, B., İnsan Hakları 1953, s. 52, dipnotu 128; MADRA, Ö., op. cit., s. 1.
12. PARTSCH, K. J., op. cit., s. 11 cd.; WEISS, K., Die Europaeische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten 1954, s. 3 vd.; TRECHSEL, S., Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte 1974, s. 174 vd.

sıntılar geçirmiştir. Asırlarca etkili olan, "devletin en yüksek değer olduğu" inancı¹³ bu suretle dönüşüme uğramış, ona kendi vatandaşları üzerinde sınırsız ve kontrol edilemez güç verilmemesi gerektiği açıkça idrak edilmiştir. Çünkü iktidarı kullanan, bu bağlamda devlet iktidarını kullanan, onu suistimal etmeyi deneyebilir¹⁴. İkinci Dünya Savaşı nedeniyle güvenirligi sarsılan devlet egemenliğinin uluslararası sorunluuk ve uluslararası denetim altına alınması zorunluluğu kendini göstermiş ve buna gerek duyulmuştur. İnsan haklarının ortak bir teminata kavuşturulması suretiyle, devletin bu alanda vatandaşları üzerinde tek başına yetkili olmasına son verilmek istenmiştir¹⁵. Bu görüş açısıyla Sözleşmenin öngördüğü sisteme temel haklar, Sözleşmeye taraf devletlerin tekel ve tasarrufuna bırakılmamıştır.

İkinci Dünya Savaşından sonra, Sovyetler Birliği'nin Doğu Avrupa ülkelerindeki fili ve ideojistik hakkîyetinin giderek güçlenmesi, totalitarizmin tüm Avrupa'ya yayılması korkusunu yaygınlaştırmıştır. Bunun için demokrasının korunması AİHS'nde önem kazanmıştır. Temel hak ve özgürlükler, ancak gerçek bir demokratik toplumda varolabilirler ve korunabilirler¹⁶. "Demokratik toplum" kavramı, temel hakların gereksiz ve ölçüsüz olarak sınırlandırılmasını öngormekte, özgürlükçü demokrasi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin temelini teşkil etmektedir.

II. Mahkemenin İşlevi :

Mahkemenin verdiği kararlar, sadece şikayet eden ile edileni değil, bunun yanında konsey üyesi devletleri ve onların anayasal organlarını da ilgilendirmektedir. Bu nedenle Sözleşmenin yargılama sistemi, şikayet durumlarında subjektiviteyi de içine alan objektifleşme yoğunluğuna dayandırılmıştır. Objektifleşme yoğunluğunu temin ve muhafaza etmek için Komisyon da kendisine yapılan başvuruları itina ile incelemektedir; açıkça gerekçelendirilmemiş ya da karşılaştırılabilir eksiklikleri bulunan¹⁷ şikayetlerin büyük bir kış-

13. VERDROSS, A., BRUNO, S., *Unnuverselles Ölkerecht, Theorie und Praxis* 1981, s. 45 vd.; BERBER, F., *Lehrbuch des Ölkerecht*, 1. Band, Allgemeines Frei edensrecht 1975, s. 18, dipnot 94, s. 121 vd.

14. Council of Europe, Collected Edition of the "Travaux Preparation" of the European Convention on Human Rights, Vol. I, s. 41.

15. AİHS'nin 5inci fikası.

16. AİHS'nin başlangıcı.

17. AİHS'nin 27. mad.

mini kabul etmemektedir¹⁸. Şikayetteşlerin incelenmesinden sonra ise, dostça bir uzlaşma ile sonuçlandırma denenmektedir¹⁹.

1. Komisyonun Başvuru Uygulaması :

Mahkemenin objektif hukuksal işlevi, ilgili hükümetin mahkemeye başvuruda bulunmamasına rağmen²⁰ Komisyonun İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlal edildiğine istinaden Mahkemeye başvuru durumunda ortaya çıkmaktadır; bu başvuru, gerektiğinde ihlal tespit edilmediginde de gerçekleştirilebilmektedir²¹. Bunun için kriter, bir davanın ortaya çıkardığı hukuksal sorunların açıklığı kavuşturulma ihtiyacıdır²². Mahkemenin bir çok önemli kararı²³, komisyonun başvurusıyla gerçekleşmiştir.

2. Mahkeme Uygulaması :

Birçok davada Mahkemenin objektif hukuki görev anlayışı; şikayet edenin şikayetini geri çekmesine, ilgili hükümetin bir çözüm (çare) vaadetmesine ve hatta şikayet edenin ölmesine rağmen, Sözleşmeye uygunluk denetimine devam ederek sonuç kararını vermeyle görülmektedir²⁴.

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

19. AİHS 28. mad.

20. Bunun için şu kararlara bakılabilir : 2604. 1979 tar. Sunday Times kar.; 9.10.1979 tar. Airey kar.; 27.2.1980 tar. Deweer kar.; 13.5.1980 tar. Artico kar.; 6.11.1980 tar. Guzzardi kar.; 23.7.1968 tar. Belçika dil kar.; 27.6.1968 tar. Wemhoff kar.; 16.7.1971 tar. Ringelsen kar.; 25.4.1978 tar. Tyrer kar.; 1.10.1982 tar Pierrsack kar.

21. Bunun için şu kararlara bakılabilir : 27.10.1975 tar. Syndicat National de la Police Belge kar.; 6.2.1976 tar. Syndicat Sueddois des Conducteurs de Locomotives kar.; 6.2.1976 tar. Schmidt et Dahlström kar.; 7.12.1976 tar. Handyside kar.; 6.9.1978 tar Klass kar.; 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar.; 8.12.1983 tar Pretto kar.

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

23. Bunun için Lawless, De Becker, Belg. Sprachen, Wemhoff, Neumeister, Ringelsen, Tryter, Sunday Times, Marckx, Airey, Deweer, Artico, Guzzardi, Young davalarına bakınız. 23.9.1982 tarihli Sporrung kararı ile 18.12.1984 tarihli Lönnroth kararlarında önce İsviçre hükümeti daha sonra da AİHK başvuruda bulunmuşlardır. Engel, König, Winterwerp, Minelli, Pakelli, Zimmermann, Steiner davalarında ilgili hükümetler ve Komisyon başvuruda bulunmuşlardır.

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

III. Mahkeme Gündeminde Toplumsal Politik Sorunların Ağırlık Kazanması :

Mahkeme kararları genel niteliklidir; bunun nedeni, önüne getirilen sorunlara ilişkindir. İlk on yıl zarfındaki uygulamada somut olayla ilişkili olarak, daha çok tutuklama içerikli insan hakları ihlalleri ile meşgul olunurken, son yirmi yıl içinde **toplumsal politik sorunlar** önem kazanmıştır²⁵; eğitim ve öğretim, basın özgürlüğü, gizli dinleme tedbirleri, sendikal haklar, şehir planlaması ve mülkiyetin korunması gibi geniş bir alanı içeren davalar Mahkemenin gündemine gelmiştir²⁶. Bu gelişmelerin nedeni; Avrupa kamuoyunun temel hak ve özgürlükler konusunda oldukça duyarlı olmasıdır ve bunun yanında, temel hak ve özgürlüklerle ilişkin menfaatlerin aktif bir biçimde korunmak istenmesidir. Bu bağlamda, genel bilinçlenmenin dinamik bir süreç göstermesiyle, devletlerin kapalı sistemler olmadığı olgusu da açıkça ortaya çıkmıştır. Bunun belirmesinde, Avrupanın bütünlüğe için çok yönlü uğraşların katkısının olduğu, inkâr edilemez bir gerçektir.

İnsan hakları ile ilgili sorunların **toplumsal politik** ağırlıklı olması, mahkeme kararlarının geniş ölçüde kamuoyunun ilgilendirmesine yol açmaktadır. Bu nedenle mahkeme, uluslararası **toplumsal sorunlar formuna** dönüşme sürecini yaşamaktadır²⁷.

IV. Mahkemenin Denetleme Yöntemi ve Hedefi :

1. Dolaylı ve Doğrudan Denetleme :

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

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

-
25. MOSLER, H., "Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nach zwanzig Jahren", In : Festschrift für H. HUBER 1981, s. 597
 26. Bunun için bkz. dava kararlarına; Belg. Sprachen; Kjelden; Dungeon; Sunday Times; von Oosterwijk; Sporrung et Lönnroth; Campbell and Cosans; Klass; Synd. Pol. Belg. Joug ve diğerleri.
 27. P. Haerlie, F. Alman Anayasa Mahkemesi için "Kendine has özelliği olan toplumsal mahkeme" kavramını kullanmaktadır. "Zum BVerfGE als gesellschaftliches Gericht eigener Art". Verfassungsgerichtsharkeit als politisches Kraft", Verfassungsgerichtsharkeit zwischen politik und Rechtswissenschaft 1980, s. 55, 66.

çünkü yargılamasında düşünsel açıdan özerk davranışmayarak şekil ve içerik bakımından devleti ön planda tutan bir yaklaşım sergilemiştir. Devlet yanlı yaklaşım; başvuruda bulunulan devletin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmede hüsnüniyetle hareket edip etmediği tespit edilirken, sadece onun vermiş olduğu bilgiler ışığında tetkikle yetinilmesidir. Sözleşmeyi ihlal iddiası bu çerçevede kalarak değerlendirildiğinden, yargılama doğrudan değil dolaylı olarak gerçekleştirilmiş olmaktadır. 27.6.1968 tarihli Wemhoff kararı bu tutumun anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır: "Bir kimsenin kamu yararı sebeplerine istinaden... tutuklanmasının zorunlu telakkî edildiğini belirtmek, ilgili devlet-içi yargı kurumunun yetki sahasındadır. Başvuruda bulunan da savunmasında, kanun yolları vasıtasyyla sebepleri belirtmiş olmalıdır... Mahkeme, bu bilgiler ışığında devlet-içi kurumlarca tutuklamanın devamının makul olma sınırlarını aşıp aşmadığını değerlendirecek, Sözleşmenin 5inci maddesinin 3 üncü fıkrasının ihlal edilip edilmemiğini tespit etmek görevindedir"²⁸.

26.4.1979 tarihli "Sunday Times" kararında, Mahkemenin ilk defa değişik bir tutum sergilediği gözlenir. Buna göre; "Mahkeme denetimi, hakkında başvuruda bulunulan devletin takdirini ihtimam ve iyi niyetle uygulayıp uygulamadığını tespit etmekle sınırlı olduğu anlamına gelmez. Bu tarzda uygulamada bulunan devlet de... Mahkemenin denetimi altındadır." (...) "Mahkeme, Contempt of court kuralının, alınan tedbirlerin zorunlu olup olmadığına ilişkin olarak ölçü teşkil etmesi gerektiğini reddetmektedir; **zorunluluğu**. Sözleşme anlamında değerlendirmek durumundadır; görevi devlet içi tedbirleri Sözleşme standardına göre denetlemektir"²⁹. Gerçi İngiliz Mahkemelerinin karar gereklilikini tetkik etmekle³⁰ beraber bununla yetinmemiş, doğrudan olay içeriğini araştırarak değerlendirmek suretiyle İngiliz hukukdüşüncesini (Contempt of court) değil, AİHS'nın 10uncu maddesinin belirleyici ölçü olduğunu vurgulamıştır. Doğrudan denetleme yöntemi, ilgili devlet ve başvuruda bulunanın gereklilikleri yanında, olayın arkasında bulunan gerçek koşulları doğrudan nazarı itibare almayı ve buna dayanarak

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

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

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

doğrudan değerlendirmeyi esas almaktadır. Bu yaklaşım tarzının zamanın akışı içinde kabul görerek durumunun sağlamlaştırdığı, böylece istikrar kazandığı görülmektedir³¹.

2. Somut olay adaleti ve Avrupa standartı oluşturma hedefi

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

3. Yargılama "demokratik toplum prensipleri"

"Demokratik toplum", Sözleşme sisteminin iki temel dayanağını içerir: (1) Sözleşmenin ilk ve en önemli hedefi olan plüralist (çoğulcu) demokrasiyi teminat altına almak³²; (2) insan haklarına³³ riayeti etkin bir şekilde (insan hakları yargısı) gerçekleştirmek³⁴. Bir

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

32. TEITGEN, P.H., Council of Europe - Collected Edition of the "Travaux préparatoires" of the European Convention on Human rights. Vol. 1, s. 37 vd.

33. AİHS'nin başlangıcının 4 tıncı fikrasi: "... DÜNYADA ADALET VE BARİŞİN TEMELİ OLAN VE BİR YANDAN ETKİN BİR "SİYASAL DEMOKRASI". ÖTE YANDAN DAYANAĞI İNSAN HAKLARI NIN ORTAK ANLAYIŞLA GÖZETİLİMESİYLE SÜRDÜRÜLEBİLEN TEMEL ÖZGÜRLÜKLERE OLAN DERİN İNANÇINI YENİLEYEREK..." HÜKMÜNÜ ÖNGÖRMEK SURETİYLE SÖZLEŞME MADDELERİ ÜZERİNDE UZLAŞMADA BULUNULDUĞUNU BELİRTMЕKTEDİR.

34. Temel haklara riyet, esas olarak gerçek bir demokraside (effective political democracy) olabileceği vurgulanmıştır; bunun için bkz.. MADINOS, P., "La Convention europeenne des droits de l'homme ses origines, ses objekts, ses réalisations", in: *Annuaire Européen* Vol. 1, 1955, 149-158; KABOĞLU, İ., "Özgürlükler Hukuku", s. 129, 130.

cümle ile "demokratik toplum", Sözleşme sisteminin iki temel direğinin "çoğulcu demokrasi" ve "insan hakları yargısı"ni içermekte ve teminat altına almaktadır.

a) Temel hakların düzenlenmesinde demokratik toplum prensipleri

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

"Özgürlük"³⁵,

"Çoğulculuk",

"Hoşgörü ve açıklık düşüncesi"³⁶,

"Azınlığın korunması"³⁷,

"Hukukun üstünlüğü"³⁸,

35. Kişi özgürlüğü için bzk.: 18.6.1971 tar. De Wilde kar. parag. 26, Serie A. Nr. 12, Almanca ter. Band 3, s. 2 (8,9): 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar. parag. 32, 34-40 (başkıya maruz kalmama ile ilgili), EuGRZ 1985, 477 (481-483); düşünce özgürlüğü ile ilgili kar.: 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42); Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bzk.: KABOĞLU, İbrahim, Ö., "Özgürükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme", İstanbul 1994.
36. 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42).
37. "Bireysel menfaatler bazen bir grubunki altında düzenleme zorunluluğunu gerektirmesine rağmen, demokrasi, her zaman çoğunluk düşüncesinin üstünlüğünün yürürlülük kazanması mecburiyeti anlamına gelmemektedir. Azınlıklara adil ve uygun bir işlemede bulunmayı teminat altına alan ve sultistimale karşı koरuran bir dengenin kurulması zorunludur." 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 63, EuGRZ 1981, 559 (562); aynı kararın 57inci paragrafında; AIHS'nin 9-10 uncu maddelerindeki özgürlüklerin sendikalara üye olma zorunluluğunu öngörülmesiyle, 11inci maddenin örgütlenme özgürlüğünün özünü ihlal ettiğini (parag. 55) açıklanmıştır. Bu bağlamda örgüt ile kişi arasında adil denge ile sağlanmadığı vurgulanmış, sendika üyesi olmayanlar için oluşturulan durumun ölçülüüğe aykırılık teşkil ettiğini, bu nedenle de, demokratik bir toplumda zorunlu görülmemiş belirtilemiştir (parag. 65).
38. AIHS'nin 5inci paragrafi: "... Aynı anlayışta olan ve siyaset gelenek, ülkü özgürlük ve hukukun üstünlüğü konusunda, ortak bir mirası paylaşan Avrupa ülkelerinden söz etmektedir; buna ilişkin olarak ayrıca bzk. 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 34, EuGRZ 1975, 91595, (96); 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 68, 69, 82, EuGRZ 1976, 227, 232, 233; 6.9.1978 tar. Klass kar. parag.. 55, EuGRZ 1979, 278 (285, 286); 27.2.1980 tar. Dewer kar. parag. 40, EuGRZ 1980, 667 (672); 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 39, EuGRZ 1979, 650 (653); hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum birbirleriyle bağlantılı olarak algılanmaktadır. Mahkemeye başvuru ve adil yargılanma hakkı ile hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum bağlantısı için, Golder kar. (parag. 34, 36), Airey kar. (parag. 24) ve Dewer kar. (parag. 44, 49) bakılabilir.

"Ölçülülük"³⁹; "kamu yararıyla bireysel hakkın korunması arasında adil bir denge"⁴⁰, icabı halinde bunun "adil bir yargılama"⁴¹ ile uygulanabilirliğidirler

Bu prensipler devletin kurallaştırma yetkisini yapısallaştırarak bir hukuki çerçeve oluştururlar. Bu nedenle, temel hakların düzenlenmesinde öngörülen tedbirlerin, demokratik toplumdaki anlamına uygun içinde bulunmaları, bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır⁴².

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

IV. Mahkeme Gerekçeleri :

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

1. Doğrudan "öz" gerekçesine dayanma

Mahkeme, hakkın özünün ihlali konusuna bazı kararlarında⁴³ değinmiştir; ancak 13.8.1981 tarihli Joung, James, Webster kararında, özgürlüğün özü gerekçesine açıkça dayanarak, Sözleşmenin 11inci maddesinin 1inci fikrasının ihlal edildiğini saptamıştır. Bununla beraber bu kararda da; genel anımda ve mutlak olarak "öz" alanını belirleme ve ölçülük prensibi kriterinden vazgeçme sözkonusu olmamıştır⁴⁴.

2. Toplum ve kişi menfaatleri arasında adil denge

Bireysel ve toplumsal menfaatler arasında "adil bir denge"nin⁴⁵ olması gereğine, kararlarda deðtilmiştir; ancak açık olarak 23.9.1982 tarihli "Sporrong et Lönnroth" kararında, toplum yararı ile bireysel menfaat arasında ölçülük prensibine uyulmamasına istinaden bir mahkumiyet kararı verilebilmiştir⁴⁶.

3. Demokratik toplumda zorunluluk

Mahkeme yargılamasında **demokratik toplumda zorunluluk**, temel hakların sınırlanmasında **zaruri bir sosyal ihtiyacın** olması şartına bağlanmıştır; bu suretle sınırlanmanın yasal olarak öngörülen amaçla orantılı olması gereği vurgulanmıştır⁴⁷. Temel hak sınırlırmalarının "yasaca öngörlüme şartının" yorumunda

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

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

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

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

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

ise, etkin bir denetlenmenin öngörülmesini istemek suretiyle hukukun üstünlüğü prensibinin yürürlük kazanmasına işaret etmiştir⁴⁸. Bunun gerçekleştirmesini, hak arama yolunun açık tutulması ve bunun yürürlüğünün önceden görülebilir olması şartına⁴⁹ bağlamıştır. 25.3.1983 tarihli Silver kararında, bu şartın yerine getirilmemiş olduğunu tespit etmiştir⁵⁰. (Ayrıca bkz., 7.12.1976 tar. Handyside kar., 22.10.1981 tar. Dudgeon kar., 25.3.1983 tar. Silver kar.).

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

Sonuç :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İŞLEVSEL KONUMU

Plan

Giriş

- § 1. Sözleşmenin dayandığı tarihsel ve işlevsel çerçeve koşullar
 - I. Sözleşmenin oluşumunda temel düşünceler
 - 1. Sözleşme düşüncesi ve hazırlanması
 - 2. Sosyal hakların gündem dışında tutulması
 - II. Tamamlayıcı konumuyla "Avrupa Sosyal Şartı"
 - 1. Tarihsel ve içerik olarak "Avrupa Sosyal Şartı"
 - 2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yorumunda "Avrupa Sosyal Şartı"
 - III. Mahkemenin işlevinin artması
 - 1. Komisyona başvuru uygulaması
 - 2. Mahkeme uygulaması
 - IV. Mahkeme gündeminde toplumsal ve politik sorunların ağırlık kazanması
- § 2. Mahkemenin denetleme yöntemi ve hedefi
 - I. Dolaylı ve doğrudan denetleme
 - II. Somut olay adaleti ve "Avrupa standartı" oluşturma hedefi
 - § 3. Denetlemede "demokratik toplum prensipleri"
 - I. Demokratik toplum ve temel haklar
 - II. Temel hakların düzenlenmesinde "demokratik toplum prensipleri"
 - III. Sözleşmede yer alan temel hakların "öz" garantisi olarak "demokratik toplum"
 - IV. Mahkeme gerekçeleri
 - 1. Doğrudan "öz" gerekçesine dayanma
 - 2. Toplum ve kişi menfaatleri arasında adil denge
 - 3. Demokratik toplumda zorunluluk

Sonuç

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (ve ek protokoller), insan hakları için uluslararası güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası uğraşların bir ürünüdür. Sözleşmede bu güvence, yargısal kapsamda "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu"¹, ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi"², gerçekleştirilmesi öngörülü müştür. Bu organlar, Sözleşmenin imzalanması ve bunun ardından yürürlüğe girmesiyle aynı zamanda çalışmalarına başlayamamıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için, taraf devletlerce 4.11.1950'de imzalanmasından sonra 66'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına uygun olarak en az onunun onaylaması zorunluğunu belirlemiştir. Bu zorunluluğun yerine getirilmesi, 3.9.1953'te tamamlanmıştır; böylece imzalanmasından yürürlüğe girmesine kadar üçyla yakın bir zaman geçmiştir. 18 Mayıs 1954'te Komisyonun kurulması tamamlanmıştır ve aynı tarihten itibaren çalışmaya başlamıştır³. Mahkemenin kurulması ise, daha sonraya kalmıştır. Bunun nedeni, Sözleşmenin 56'ncı maddesine göre Sözleşmeyi imzalayıp onaylayan devletlerden en az sekizinin, Mahkemenin "zorunlu yargı yetkisini" tanıklarını bildirme zorunluluğunu yerine getirmesindeki gecikmedir. Adı geçen maddeye uygun şekilde, "yargı yetkisini tanıma bildirimini" 3 Eylül 1958'de ancak gerçekleştirmiştir⁴. Kuruluşu 21 Şubat 1959'da tamamlanmış ve çalışmaya başlamıştır. İlk kararını da, 1961'de "İrlanda'ya karşı Lawless" olayında vermiştir.

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

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 10 Mart 1954'te kabul edilen bir yasa ile onaylamıştır⁷; onay belgesinin 18 Mayıs 1954'te Avrupa Konseyi'ne verilmesi ile Sözleşme Türkiye için yürürlüğe girmiş ve Türk hukuku ile bütünleşmiştir⁸. 21 Nisan 1987'de İnsan Hakları Komisyonu'na "bireysel başvuru hakkını", 27 Eylül 1989'da da, İnsan Hakları Mahkemesi'nin "zorunlu yargı yetkisini"¹⁰, tanımıştır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na "başvuru hakkı"nın tanınması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu "yargı yetkisi"nin kabulü ile, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ile daha aktif bir bütüncülme sürecine girilmiş olunmaktadır. Bu sürecin kavranılmasını açılığa kavuşturmadı katkı sağlamak için, AİHS'nin yargı sisteminin ve özellikle Mahkeme'nin üye ülkelerde nezdinde işlevsel konumunun belirginleştirilmesi gereklidir. Buna açılık kazandırıldıktan sonra, Mahkeme yargısından bütüncül bir Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nun oluşturulmasında yararlanmanın kapsamı da ortaya çıkacaktır.

9.1. Sözleşmenin dayandığı tarihsel ve işlevsel çerçeve koşullar

1. Sözleşmenin oluşumunda temel düşünceler

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin (AİHS) oluşumuna, İkinci Dünya Savaşı¹¹, ve savaş suçlarının yargılanması neden olmuş ve gerekçe oluşturmuştur¹². Devlet ve egemenlik anlayışı, ülke içinde ve dışında

-
7. 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Yasa, 19.3.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete.
 8. ARIK, K. F., op. cit., s. 30; GÖLCÜKLÜ, F. - GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 1994, s. 14, 15.
 9. Bireysel başvuru hakkı 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile tanınmıştır; bu karar ve ilgili açıklama 27 Ocak 1987'de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine sunulmuştur. Daha sonra bu, 21 Nisan 1987 tarih ve 19438 sayılı Resmi Gazete'de Dışişleri Bakanlığı'nın bir tebliği şeklinde yayınlanmıştır.
 10. 25 Eylül 1989 tarih ve 89/14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz., 27 Eylül 1989 tarih ve 20295 sayılı R.G.
 11. ARIK, K. F., op. cit., s. 9; SAVCI, B., İnsan Hakları 1953, s. 52, dipnotu 126; MADRA, Ö., op. cit., s. 1.
 12. PARTSCH, K.J., op. cit., s. 11 vd.; WEISS, K., Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten 1954, s. 3 vd.; TRECHSEL, S., Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte 1974, s. 174 vd.

sarsıntılar geçirmiştir. Asırlarca etkili olan, "devletin en yüksek değer olduğu" inancı¹³, bu suretle dönüşüme uğramış, ona kendisi vatandaşları üzerinde sınırsız ve kontrol edilemez güç verilmemesi gerektiği açıkça idrak edilmiştir. Çünkü iktidarları kullanan, bu bağlamda devlet iktidarı kullanan, onu süslüstimal etmeyi deneyebilir¹⁴. İkinci Dünya Savaşı nedeniyle güvenirliği sarsılan devlet egemenliğinin uluslararası sorumluluk ve denetim altına alınması zorunluluğu kendini göstermiş ve buna gerek duyulmuştur. İnsan haklarının ortak bir teminata kavuşturulması suretiyle, devletin bu alanda vatandaşları üzerinde tek başına yetkili olmasına son verilmek istenmiştir¹⁵. Bu görüş açısıyla Sözleşmenin öngördüğü sisteme temel haklar, Sözleşmeye taraf devletlerin tekel ve tasarrufuna bırakılmamıştır. Bunun için eski devlet ve egemenlik saplıtı anlayış, insan hakları lehinde çığır açacak şekilde değişime uğramıştır. İnsan haklarıyla ilgili böyle bir sonucun oluşmasında, kuşkusuz Nürnberg savaş suçlarının yargılanmaları da etkili olmuştur¹⁶.

1. Sözleşme düşüncesi ve hazırlanması:

İkinci Dünya Savaşından sonra, Sovyetler Birliği'nin Doğu Avrupa ülkelerindeki fili ve ideolojik hakimiyetinin giderek güçlenmesi, totalitarizmin tüm Avrupa'ya yayılması korkusunu yaygınlaştırmıştır. Bunun için demokrasının korunması AİHS'nde önem kazanmıştır. Temel hak ve özgürlükler, ancak gerçek bir demokratik toplumda varolabilirler ve korunabilirler¹⁷. "Demokratik toplum" kavramı, temel hakların gereksiz ve ölçüsüz olarak sınırlanılmamasını öngörmekte, özgürlükçü demokrasi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin temelini teşkil etmektedir. Sözleşmenin hazırlanması sırasında Batı Avrupa'da tartışılan, ancak Doğu Avrupa ülkelerinde kendini her haliyle hissettiren yoğunlukta süregelen insan

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

14. Council of Europe, *Collected Edition of the "Travaux Préparation" of the European Convention on Human Rights*, Vol. I, s. 41.

15. AİHS'nin 5'nci fikası.

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

17. AİHS'nın başlangıcı.

hakları ihlalleri ve bunun korkusu devam ediyordu. Özellikle insan hakları konusunda, İkinci Dünya Savaşıyla devletler itibar kaybına uğramışlardır; buna istinaden de egemenlikten kısmen feragat etmeyi gerekli kılacak bir ortam oluşmuştur; bundan mümkün olduğu kadar yararlanmak gerekiyordu; bunun için en azından insanın sosyal ve temel haklarını içeren bir anlaşmanın oluşumu için uğraşılıyordu¹⁸. Sonunda anlaşmaya varılan ve bu gün geçerli olan sistem, devletlerin geçmişteki insan hakları ihlallerine bir reaksiyondur ve dolayısıyla devrimci düşüncenin bir ürünüdür. Başlangıçta "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine" (AIHM) bireyin doğrudan başvuru yapabilmesi öngörmek isteniyordu¹⁹; icabı halde temel hakların yeniden yürürlüğe konmasına ilişkin olarak, Mahkeme kararlarını uygulayacak ortak bir silahlı gücün oluşturulması da düşünülüyordu²⁰. Böylece Mahkemeye yasama, yürütme ve yargıya ilişkin devlet kararlarını iptal edecek güçte bir konum verilmek isteniyordu²¹. Ancak daha sonra, bireyin Mahkemeye doğrudan başvurusu yerine Komisyona başvurusu öngörülmüştür; Komisyon ise, bireysel başvuruların süzgeci ve Mahkemeye bireysel başvuru yapma işlevine sahip statü verilmiştir²². Böylece bireyin mahkemedede taraflardan biri olma statüsünü kazanması gerçekleşmemiştir²³. Başlangıçta komisyonun kişisel başvuruyu kabul yetkisi ile ondan sonra son karar mercii olarak mahkemenin devreye girmesi düşünülürken, daha sonra 25 ve 46. maddelerin kabulü ile birlikte "Bakanlar Komitesinin" karar mercii statüsünü (md. 32, 54) alması sonucu, bu sıralama gerçekleşmemiştir²⁴. Bir Avrupa

18. TEITGEN, P.H., in: Council of Europe, Collected Edition of the "Travaux Préparation" of the European Convention on Human Rights, Vol. I, s. 45, 219.

19. Resolution des Den Haag-Kongresses 1948.

20. MODINOS, P., "La Convention Européenne des droits de l'Homme. Ses origines ses objectifs, ses réalisations", Annuaire Européen, Vol. I, s. 142-144.

21. TEITGEN, loc. cit., s. 48, 49.

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

23. Ancak 6 Kasım 1990 tarihli 9 Numaralı Protokolün, Sözleşmenin 48'nci maddesinde öngördüğü değişiklikle, birey taraf konumuna gelmektedir. Bunun için bkz.: "Menschenrechte", 3. Auflage, Beck-Texte 1992, s. 277; 11 Mayıs 1994'te imzalanan 11'inci Protokolün 34'üncü madde ile de, bireyin taraf konumu açıkça belirtilmiştir, bkz., "Protokoll Nr. 11 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das die darin vorgesehenen Kontrollmechanismen umgestaltet werden", EuGRZ 1994, 323-324.

24. WEISS, op. cit., s. 8; VASAK, op. cit., s. 10, 11.

denetim sisteminin olabildiğince ivedi şekilde kurulması için, Avrupa hareketinin ilk tasarısındaki temel hakların içerik bakımından tam olarak belirlenmesi ve sınırlarının tayin edilmesi düşüncesinden vazgeçilmiştir²⁵. Bunların daha sonraki aşamada ele alınması konusunda uzlaşılp, öncelikle ve geçici olarak da olsa²⁶ devletler için öngörülen standardın bir Avrupa denetim sisteme bağlanması üzerinde durulmuştur²⁷. Bunun için temel haklarla ilgili teminatlar sınırlı tutularak, genel kayıtlamalarla yetiniliyordu. Buna karşılık, özellikle İngiltere'nin isteği²⁸ ve teşvikiyile Bakanlar Komitesi, temel hakların içeriğinin tam olarak belirlenmesi ve sınırlandırımlardaki kayıtlamalar konusunda ısrar ediyordu. Bununla; devletler için öngörülen yükümlülüklerin sonucunda egemenlik kısıtlamalarının kapsamını açıkça anlamak, ilerideki zaman sürecinde Sözleşme organlarının Sözleşme yorumu ile devlet egemenliğinin daha da kısıtlanmasıının önüne geçebilmek amaçlanıyordu²⁹. Bakanlar, bu doğrultudaki isteklerini büyük ölçüde kabul ettilermişlerdir³⁰. Sonuç olarak tartışılması olanaklı olan bir uzlaşmaya varılmıştır³¹.

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

2. Sosyal hakların gündem düşündürülmesi

Sosyal hakların ele alınmasından vazgeçilmesi pratik ve taktik nedenlerdir. Hazırlık çalışmaları esnasında klasik özgürlüklerin sosyal konumları üzerinde tartışılmıştır³². Sosyal hakların teminat altına alınmaları için farklı bir sisteme ihtiyaç duyulduğu, hazırlık çalışmaları esnasında geçici olarak gündem dışında tutulmaları,

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

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

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

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

29. AİHS'nin 3, 12, 17, 18'inci mad.

30. 17. ve 18. maddelerle ilgili olarak bkz., aşağıda s. 30 vd.

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

daha sonraki bir süreçte somut olaylar ve uzlaşmaların ışığında bir değerlendirmeye tabi tutarak daha geniş bir perspektifle düzenlenerek kabullenilmesine olanak sağlanması düşüncesi, Sözleşme yapımcılarına daha uygun görünmüştür³². 18 Ekim 1961 Tarihli Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ) ile de bu ikinci adım atılmıştır. Hemen ilâve etmek gereklidir ki, bu ikinci Sözleşmenin etkinliği AİHS oranında olmamıştır. Bununla beraber AİHM, yorum ve uygulamasında temel hakların sosyal yönünü de gözönünde bulundurmaktadır. Mahkemenin bu davranışını, Sözleşmenin özüne, Sözleşme yapımcılarının Sözleşmenin oluşum sürecindeki tutumları ile gelecekteki beklenenlere uygunluk göstermektedir³³; çünkü Sözleşmenin sadece klasik özgürlükleri devlete karşı korumayı üstlendiği söylemez³⁴. Hazırlık çalışmaları bunun kanıtlarını açıkça içermektedir.

II. Tamamlayıcı konumuyla "Avrupa Sosyal Şartı"

1. Tarihsel ve içerik olarak "Avrupa Sosyal Şartı"

Sosyal Şart, maddi içeriği ve usule ilişkin kurumları ile kurumsal yapılanması gözönünde bulundurulduğunda, bağımsız kurallar bütününden oluşmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, bu Sözleşmenin oluşum sürecinde ifade edilen düşüneler çerçevesinde sosyal haklar tamamlamaktadır. Her iki sözleşme prensip olarak³⁵ bağımsız konumda olmalarına rağmen, bir çok yönlerden birbiriyle bağlantılıdır. Örgütlenme açısından bakıldığında, ASŞ'ni imzalayanlar, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler olduğu görüldür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve "Avrupa Sosyal Şartı"nın başlangıçları tetkik edildiğinde, esas olarak aynı temel düşünelerden hareket edildiği tespit edilebilmektedir. AİHS'nde olduğu gibi, Sosyal Şartta da temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin esaslarda, **demokratik birtoplumda zaruri olma ölçüsü'nün ge-**

32. Trav. Prép., Vol. I, s. 276 vd. (P.H. Teitgen).

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

34. Bunun için AİHM kararlarına bkz; 21.2.1975 tar. Golder kar. (Serie A. Nr. 18), EuGRZ 1975, s. 91 vd.; 27.10.1975 tar. Syndicat national de police belge kar. (Serie A. Nr. 19) EuGRZ 1975, s. 564 vd.; 13.6.1979 tar. Marckx kar. (Serie A. Nr. 31), EuGRZ 1979, s. 454 vd.

35. KITZ, H., "die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer nach der EMRK und ESC, in: Die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer, Rechtsvergleichung und Völkerrecht, Heidelberg 1980, s. 1073 vd. 1096; GOLSONG, H., "Der Schutz der Grundrechte durch die EMRK und Seine Mängel, in: Grundrechtschutz in Europa, Heidelberg Koll., 1976, s. 12.

tirildiğini gözlemlenmektedir. Bu açıdan (**örgütlenme çerçevesinde, Başlangıç bölümünde ve sınırlama ölçüsünde**) İki Sözleşme birbirleriyle ilişkili ve birbirlerini tamamlamaktadır.

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

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sendikal sorunlara ilişkin olarak 1975 ve 1976 yıllarında vermiş olduğu kararları gözden geçirildiğinde, Avrupa Sosyal Şartı'nı kendi gerekçesine **desteğ** olarak aldığı görülmektedir. Bunu yaparken Sözleşme garantilerini genişletmemeye özen gösterir bir tutum takınmıştır. Avrupa Sosyal Şartının³⁶ sendikalara danışma ve grev hakkını öncelikle olarak tanımadığı takdirde, Mahkeme, bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi kapsamında varolduğu sonucunu çıkarmanın olanaklı olmadığı değerlendirmesini yapmıştır³⁷. Benzer şekilde bir yaklaşım Joung, James, Webster davası kararının karşılıy yazısında belirtilmiştir³⁸.

İki Sözleşme işlevsel bakımdan birlikte düşünülebilir³⁹; ancak bu konuda sakıncaların olduğu gerekçesi ile karşılaşmak mümkündür⁴⁰. Bunun için her Sözleşmenin, kendi konumuna uygun, hukuki ve politik bağlantıları çerçevesinde anlaşılması ve yorumlanması düşüncesi ortaya atılabilir. Andlaşmaların yorumu hususunda Viyana Andlaşmalar Sözleşmesinin 31. maddesinin birinci fıkrasında öngörüldüğü gibi, sözleşmelerin yorumunda kendi bağlantıları çerçevesinden uzak kalmamak gereklidir⁴¹. Bu görüş açısından Sözleşmeyi çok dar bir çerçevede değil, oluşum süreci ile birlikte, kapsadığı saha ve konu da gözönünde bulundurularak yorumlamak zorunludur. Bu şartlar altında düşünüldüğünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa Sosyal Şartı (ASS) Avru-

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

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

38. Bkz. 13 Ağustos 1981 Tarihli karar.

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

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

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

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

III. Mahkemenin İşlevinin artması

Şikayet durumlarında alınan kararlar, sadece şikayet eden ile edileni değil, bunun yanında konsey üyesi devletleri ve onların ana-yasal organlarını da ilgilendirmektedir. Bu nedenle Sözleşmenin yargılama sistemi, şikayet durumlarında sубjektiviteyi de içine alan objektifleşme yoğunluğuna dayandırılmıştır. Objektifleşme yoğunluğunu temin ve muhafaza etmek için Komisyon da kendisine yapılan başvuruları itina ile incelemektedir; açıkça gerekçelen-dirilmemiş ya da karşılaşılabilir eksiklikleri bulunan⁴² şikayetlerin büyük bir kısmı kabul edilmemektedir⁴³. Şikayetlerin incelenmesinden sonra ise, dostça bir uzlaşma ile sonuçlandırma denen-mektedir⁴⁴. Başvurunun Komisyondaki işlevi tamamlandıktan son-ra başvuruda bulunan birey, taraf olma konumunu kaybediyordu. Bundan sonra şikayet konusunun Bakanlar Komitesi⁴⁵ ya da Mah-keme⁴⁶ tarafından karara bağlanıp bağlanmaması, AİHS'nin 32'nci maddesine uygun olarak, ilgili hükümetin veya Komisyonun Mah-kemeye başvurma kararı vermesine bağlıydı. Bu karar aşamasında Başvurucu, taraf olma konumundan uzak tutuluyordu. Mahkeme bu durumu 1971 yılından beri, Komisyon'a yardımıcılık işlevi ile bir avukatın görevlendirilmesine müsaade ederek, başvurucunun ge-rekçelerinin dermeyan edilmesini sağlamak suretyle bir ölçüde yü-muştarmak istemiştir. Ancak AİHS'nin 48'nci maddesinin, 6 Kasım 1990 tarihli 9 Numaralı Ek Protokolle gerçekleştirilen değişikliğinden ve Sözleşmenin, 11 Mayıs 1994 tarihli 11 Numaralı Protokolle öngörülen değişik 34'üncü maddesinde, başvurucunun taraf olmas-ı sağlanarak Mahkemedeki konumu güçlendirilmiştir. Böylece ki-şilerin sубjektif menfaatlerinin korunmasında bir aşama daha kay-dedilmiştir. Bu değişiklikten önce, 50'nci madde çerçevesinde açı-

42. AİHS'nin 27. maddesi

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

44. AİHS 28. mad.

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

46. Op. cit., s. 230; Mahkeme, 19.12.1990 tarihine kadar 235 davayı sonuçlandı-rarak karara bağlamıştır. Bunlar içinde çoğunuğu (177) Sözleşme ihlali soru-nunu içermektedir. Bkz.: European Court of Human Rights. Survey of Activi-ties, 1959-1991, Strasbourg, 1991, s. 24-32.

lan tazminat davalarında da kişilerin menfaatlerinin korunmasına ilişkin Mahkeme uygulanmasında, benzer durum söz konusu ydu; burada bireysel zarar ön plana alınılmaktaydı. Ancak, az önce belirtilen değişiklikle taraf olmak bakımından bireyin hukuki konumu güçlendirilerek belirlendirilmiştir.

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

I. Komisyonun başvuru uygulaması

Mahkemenin objektif hukuksal işlevi, ilgili hükümetin mahkemeye başvuruda bulunmamasına rağmen⁴⁷ Komisyonun İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlal edildiğine istinaden Mahkemeye başvuru durumunda ortaya çıkmaktadır; bu başvuru, gerektiğinde ihlal tespit edilmediğinde de gerçekleştirilebilmektedir⁴⁸. Bunun için kriter, bir davanın ortaya çıkardığı hukuksal sorunların açılığa kavuşturulma ihtiyacıdır⁴⁹. Mahkemenin bir çok önemli kararı⁵⁰, komisyonun başvurusuyla gerçekleşmiştir.

-
47. Bunun için şu kararlara bakılabilir : 2604, 1979 tar. Sunday Times kar.: 9.10.1979 tar. Airey kar.: 27.2.1980 tar. Deweer kar.: 13.5.1980 tar. Artico kar.: 6.11.1980 tar. Guzzardi kar.: 23.7.1968 tar. Belçika dil kar.: 27.6.1968 tar. Wemhoff kar.: 16.7.1971 tar., Ringelsen kar.: 25.4.1978 tar. Tyrer kar.: 1.10.1982 tar Piersack kar.
 48. Bunun için şu kararlara bakılabilir : 27.10.1975 tar. Syndicat National de la Police Belge kar.: 6.2.1976 tar. Syndicat Suedois des Conducteurs de Locomotives kar.: 6.2.1976 tar. Schmidt et Dahiström kar.: 7.12.1976 tar. Handyside kar.: 6.9.1978 tar Klass kar.: 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar.: 8.12.1983 tar Pretto kar.
 49. Axen davasında şikayet edenin AIHS 6. maddesi birinci fikrasının ihlal edildiği yoldaşının aksine görüş bildirmesine rağmen, Komisyon bu hukuk sorununun açıklık kazanması ihtiyacı nedeniyle AIHM'ne başvuruda bulunmuştur. Başvuruda bulunmaya ilişkin belirli bir ölçü yoktur. Bu konuya ilişkin Komisyon kararları Mahkeme denetimine tabii değildir; bkz. 8.12.1983 tarihli Axen davası kar.
 50. Bunun için Lawless, De Becker, Belg. Sprachen, Wemhoff, Neumeister, Ringelsen, Tryrer, Sunday Times, Marckx, Airey, Deweer, Artico, Guzzardi, Young davalarına bakınız. 23.9.1982 tarihli Sporrung kararı ile 18.12.1984 tarihli Lönnroth kararlarında önce isveç hükümeti daha sonra da AIHK başvuruda bulunmuşlardır. Engel, König Winterwerp, Minelli, Pakelli, Zimmermann, Steiner davalarda ilgili hükümetler ve Komisyon başvuruda bulunmuşlardır.

2. Mahkeme uygulaması

İlk yıllarda Komisyon ve Mahkeme kararlarının birbirleriyle uyum içinde olmadıkları görülür⁵¹. 1976 yıldandan sonra ise AİHM, bir taraftan Komisyonun vermiş olduğu kararlara uygunluk gösterir nitelikte, diğer taraftan da kendi bağımsız yargı kararlarını oluşturacak yönde kararlar verdiği gözlenmektedir⁵². Gerçi şikayet edenin menfaatlerini gözönünde bulundurarak şikayet konusu olan hukuk kurallarının denetimini, somut olaya olan etkisiyle sınırlamaya çalışmaktadır. Ancak şikayet konusu kurallar üzerinde somut ve soyut norm denetimi ayırımı, uygulamada bazı güçlükler doğurmaktadır. Bu durum, özellikle şikayet konusunun bir icra işlemine değil de kanuna yönelik olduğunda, daha farkedilebilir kapsamda görülür⁵³.

Birçok davada Mahkemenin objektif hukuki görev anlayışı; şikayet edenin şikayetini geri çekmesine, ilgili hükümetin bir çözüm (çare) vaadmesine ve hatta şikayet edenin ölmesine rağmen, Sözleşmeye uygunluk denetimine devam ederek sonuç kararını verme style görülmektedir⁵⁴. Bu suretle AİHM, önüne getirilen somut davalarla Sözleşmeye uygunluk denetimi yaparken, genel anlamda devlet kanunlarının Sözleşme hükümlerine uygun yönde değişiminin gerçekleştirilmesi mücadelesini de vermektedir⁵⁵.

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

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

52. Ancak AİHS'nın 25., 26. ve 29. maddelerinin uygulanmasına ilişkin yetki konusunda, Komisyon ve Mahkemenin aynı doğrultuda kararlar vermediğleri sık görülmektedir. Bunun için 18.6.1971 tarihli De Wilde, 6.9.1978 tarihli Klass, 9.10.1979 tarihli Airey, 13.5.1980 tarihli Artico, 6.11.1980 tarihli Guzzardi, 6.11.1980 tarihli Van Oosterwijk davalarına bakılabilir. Mahkeme, kararlarını kısmen önceki içtihatlarına dayanarak gereklendirmekte, böylece kendi içtihadlarının gücünü pekiştirmek istemektedir. Bunun için bzk.: Van Oosterwijck, Irel./UK, De Wilde Kararları.

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

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

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

çare olarak 50. maddeye göre zarar-zıyan tazmini nazarı itibare alınmayacak olursa, sadece tarafları bağlayıcı subjektif hukuki düzeydeki kararların ikinci planda kaldığı belirtilebilir. Başvuru ile mahkeme kararı arasındaki zamanın uzun bir süreyle kapsaması eleştirilebilirse de; bunun, objektif olma niteliğine uygunluk gösterdiği de ileri sürülebilir; çünkü, subjektifliği de içinde barındıran genel nitelikteki kararların oluşturulabilmesi için zamana ihtiyaç duyulması doğal ve normaldir. Buna karşılık Mahkeme kararlarının objektifleşme göstermesi, 1948 İnsan Hakları Bildirgesinin 6. maddesine ve AİHS özüne uygun olmadığı ileri sürülerek eleştirilmiştir; bu eleştiride, başvuruda bulunanı açıkça davanın tarafı değil de **konusu** yaparak, onun objektifliği gerçekleştirmede araç olarak kullandığı vurgulanmıştır⁵⁶. Hemen belirtmek gerekir ki, kararların doğrudan uygulanabilir olmaması, Mahkemenin sadece temiz merci konumunda⁶⁷ olması, bu durumun uzun bir müddet daha değişimeyeceğinin belirtileridir. Ulusal hukukta da kişisel başvuruların tahrkiyle objektif işlevli kararlar verilmektedir. Buna örnek olarak Federal Almanya'da **Anayasa Şikayeti** gösterilebilir⁵⁸.

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

-
56. 1948 İnsan Hakları Bildirgesinin 6. maddesi herkesi her yerde bir hukuki kişi olarak tanımamasını öngörmektedir; AİHS'nin aşırı derece objektifleştirilmesine ilişkin eleştiriler için bkz. WALTER, H., Übermäßige objektivierung des Europ-Menschenrechtsschutzes, in : Za ÖRV 35 (1975), s. 108 vd. (120, 121).
 57. Mahkeme, taraf devlete disiplin ve ceza içerikli tedbirlerin kaldırılması talebine bulunamayacağını açıkça belirtmiştir. Bkz. 18.10.1982 tarihli "Le Compte, Van Iven, De Meyere" davası kar.: Benzer kararlar için bkz. 24.2.1983 tarihli Dudgeon (md. 50) ve 22.3.1983 tarihli (md. 50) Campbell and Cosans kararları.
 58. BVerfGE2, (79-86) : 51, (130-143) : E. Klein Anayasa şikayetinin soyut değerlendirilmesini eleştirmekte, bu müessesesinin kişisel özgürlüğün korunması için öngörülügünü, buna uyulmayarak genel bir anayasaya uygunluk cihazı işlevi ile kullanılmasına karşı çıkmaktadır. DÖV, 1982, s. 797 vd. (804); HÄBERLE, P. de "Anayasa Şikayeti" ile kişisel hakların korunması işlevi ve soyut (objektif) Anayasal korunmanın birbiriley bağlılığı olarak ele aldığıını vurgulamaktadır: Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in : Verfassungsgerichtsbarkeit 1976, Hrsg. P. Häberle, s. 1 vd., (14 vd.); GÖREN, Z., "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)", "Anayasa Mahkemesi'nin 32. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen anayasa yargıları konulu sempozyum", s. 73, 74.

Bu başvuru hakkı kendi denetimi dışındadır. Kişisel başvurularda, kişiye uygulanması sözkonusu olan ülke içi kanunları, Sözleşmeye uygun olup olmadıkları açısından mümkün olduğu kadar somut denetlemektedir. Benzer davalar bakımından bunun etkilerinin görüleceği şüphesizdir. Ancak buna dayanarak Mahkemenin soyut norm denetiminde bulunduğu söylememez⁵⁹. Mahkeme bununla, somut olaylara ilişkin kararlarının geniş bir sahada etkili olmasını istemiş değildir. Diğer taraftan da soyut norm kontrol organı veya norm koymuş organ konumunda olma istemini kabul etmeyerek reddetmiştir⁶⁰. 18.10.1982 tarihinde AİHS 50. maddesine dayanılarak açılan tazminat davasında ise, kendi fonksiyonel sınırlına işaret ederek, Sözleşmeye uygun bir değişikliğin yapılmakta olduğundan bilgilendirdiğini belirtmekle yetinmiştir⁶¹.

IV. Mahkeme gündeminde toplumsal ve politik sorunların ağırlık kazanması.

Mahkeme kararları genel niteliklidir; bunun nedeni, önüne getirilen sorumlara ilişkindir. İlk on yıl zarfındaki uygulamada somut olayla ilişkili olarak, daha çok tutukiama içerikli insan hakları ihlalleri ile meşgul olunurken, son yirmi yıl içinde **toplumsal politik sorunlar** önem kazanmıştır⁶²; eğitim ve öğretim, basın özgürlüğü, gizli dinleme tedbirleri, sendikal haklar, şehir planlaması ve mülkiyetin korunması gibi geniş bir alanı içeren davalar Mahkemenin gündemine gelmiştir⁶³. Bu gelişmelerin nedeni; Avrupa kamuoyunun temel hak ve özgürlükler konusunda oldukça duyarlı olmasıdır ve bunun yanında, temel hak ve özgürlüklerle ilişkin menfaatlerin aktif bir biçimde korunmak istenmesidir. Bu bağlamda, genel

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

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

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

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

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

bilinçlenmenin dinamik bir süreç içinde devam etmesini ve devletlerin içlerine kapalı sistemler olmadığı olgusunu gözden uzak tutmamak gereklidir. Bilinçlenmenin Avrupa düzeyinde seyretmesi, çok yönlü bütünlleşme uğraşlarının ürünüdür. Bilgi iletişiminin gelişmesi, devlet mahkemelerinin ve kurumlarının vermiş olduğu kararların artık nihai nitelikte olmadıkları, bundan sonra da karar verme sürecinin varlığının bilinçli olarak algılanmasına katkıda bulunmaktadır. Ülkelerarası karşılaşmalar yapılması, hak arayanları uluslararası düzeyde başvurularda bulunmaya sevketmektedir. Ayrıca ulusal yüksek mahkemelerin AİHM yargısını gözönünde bulundurarak karar vermeleri, bir bakıma Avrupa kurumlarına nispi bir bağımlılığın oluşmasına ve Avrupa Hukukunun bütünlemesine ivme kazandırmaktadır⁶⁴.

İnsan hakları ile ilgili sorunların **toplumsal politik** ağırlıklı olması, Mahkeme kararlarının geniş ölçüde kamuoyunu ilgilendirmesine yol açmaktadır. Esasen nezdinde yargılamayı gerçekleştirmek için doğrudan başvuruda bulunmak, sadece devletlere ve Komisyon'a tanınmış olmasına rağmen (AİHM Mah İç. Tüz. 1959 ve 1982, mad.1/h), Mahkeme, uluslararası bir **toplumsal sorunlar formuna** dönüşme sürecindedir⁶⁵. Mahkemenin bu konuma dönüşümü, bazı zorlukları ve sorunları da beraberinde getirmektedir. Çünkü karara bağlanması istenen hususlar hakkında yeterli genişlikte yetkiye sahip olmaması yanında, bu hususlarla ilgili olarak devletlerin düzenleme ve takdir alanlarının varlığı iddiaları ileri sürelebilmektedir. Ulusal düzeyde çözüm getirememeyen sorunlara, Avrupa düzeyinde çözümler bulunarak yaşama geçirilmesi devletlerin elindedir. Bunun için karşılıklı güven ve işbirliği kaçınılmazdır.

2. Mahkemenin denetleme yöntemi ve hedefi

1. Dolaylı ve doğrudan denetleme

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

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

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

lendirmesi gerektiği, yargılama görevine başlamasından sonraki ilk yıllarda kesinlik kazanmamıştır. Devletin verdiği bilgiler çerçevesinde kalarak denetleme ile Mahkemenin bizzat araştırmasından oluşan bilgilere dayanarak denetleme karşılaştırıldığında, bireyin korunması ile Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için ikincisinin tercih edilmesi gerekir. Çünkü dolaylı denetlemede, Mahkemenin olaya aleyhine başvuruda bulunulan devletin yaklaşımıyla bakarak zayıf durumda olan başvuruda bulunanan daha da zayıf konumda kalması tehlikesi mevcuttur. Bunun yanında görevini yerine getirirken, Avrupa yorumunu gerçekleştirerek Avrupa mekanında hukuk birliğinin sağlanması istenilen ve beklenilen katkıyı yapması, bilgileri tarafsız bir yaklaşımla doğrudan elde etmediğinden zorlaşacaktır⁶⁶.

AİHM'nın yargılama görevine başladığı ilk on yıl içinde, yargılama faaliyetinin devlet yanlı olduğunu ileri sürmek mümkündür; çünkü yargılamasında düşünsel açıdan özerk davranışmayarak şekil ve içerik bakımından devleti ön planda tutan bir yaklaşım sergilemiştir. Devlet yanlı yaklaşım; başvuruda bulunulan devletin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmede hüsnüniyetle hareket edip etmediği tespit edilirken, sadece onun vermiş olduğu bilgiler ışığında tetkikle yetinilmesidir. Sözleşmeyi ihlal iddiası bu çerçevede kalarak değerlendirildiğinden, yargılama doğrudan değil dolaylı olarak gerçekleştirilmiş olmaktadır. 27.6.1968 tarihli Wemhoff kararı bu tutumun anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır: "Bir kimsenin kamu yararı sebeplerine istinaden... tutuklanmanın zorunlu telakkî edildiğini belirtmek, ilgili devlet-içi yargı kurumunun yetki sahasındadır. Başvuruda bulunan da savunmasında, kanun yolları vasıtasiyla sebepleri belirtmiş olmalıdır... Mahkeme, bu bilgiler ışığında devlet-içi kurumlarda tutuklanmanın devamının makul olma sınırlarını aşıp aşmadığını değerlendirerek, Sözleşmenin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının ihlal edilip edilmedinini tespit etmek görevindedir"⁶⁷.

66. 7.12.1976 tarihli Handyside kararı Ermocora tarafından bu anlamda değerlendirmeye tabii tutulmuştur: "Richtungswweisendes Handyside - Urtell? EuGRZ 1977, s. 363-364.

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

1968, 1969 ve 1971 yıllarındaki kararlarında Mahkeme yargısı bu çerçevede kalmıştır. Bunun nedeni; tutukluluğun devamının olçülüğü sorununu ve bunun Sözleşmeye göre yargılama kriterlerini belirlemeden, hükümetlerin devlet içi tutuklama nedenleri konusundaki açıklamalarını aşamamasıdır. 10.11.1969 tarihli Stögmüller kararında bir ümit belirtmiştir. Gerçi yukarıda tarthı belirlenen Wemhoff kararına atıfta bulunulmuştur; ancak farklı bir yaklaşımla burada ek olarak Mahkemenin "Bizzat denetlemede bulunma" yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Ancak bu yükümlülük, devlet-içî yargı kurumlarının belirtikleri ve başvuruda bulunanın kanun yollarına müracaat sürecinde ileri sürdüğü gerekçeler⁶⁸ temeline dayanan koşulları sınırlı tutulmuştur. 16.8.1971 tarihli Ringeisen kararında⁶⁹ sadece 26.6.1969 tarihli Neumeister kararına dayanmıştır; böylece bunun sonucu olan dolaylı denetimi benimsendiğini göstermiştir. Dayanılan kararda adı geçen denetleme yönteminin uygulama bulmasını haklı gösterecek tek nedenin ise, denetleme konusu olan soruşturmanın yürütüldüğü esnada tutukluluk süresinin devamlılığının ilgili kurumun davranışıyla ayrılamayacak şekilde bağlantılı olmasıdır⁷⁰. Bundan böyle aynı Ringeisen kararında, bir taraftan dolaylı denetime bağlı kalması, diğer taraftan da ümit verici olarak 6'ncı maddenin 1'inci fikrasının "medeni haklar ve yükümlülükler" değerlendirmesini, özerk olarak geliştirmesi yaşırganabilir⁷¹. Bunun gibi 8.7.1971 tarihli Engel kararında bir ceza davasının açılıp açılmadığı sorununa ilişkin değerlendirmede; devlet-içî terminolojinin sadece çıkış noktası teşkil ettiği düşüncesini benimsemiştir. İhtilaf konusu suçun mahiyetini ve bunun ceza sonuçlarını ise, devlet içi termenilojiye bağımlı kalmadan özerk biçimde gerçekleştirmeyi yeğlemiştir⁷². Handyside davasında, denet-

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

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

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

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

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

leme yöntemi sorununu komisyon ve ilgili hükümet vurgulayarak ortaya atarken⁷³, Mahkemenin tutumunun açık olmadığı görülmektedir⁷⁴. Kararda; bir taraftan, "Mahkemenin devlet-içi yargı kurumlarının yerine konulamayacağına, 10'uncu madde bakış açısından kurumların kendi takdir haklarını kullanarak almış oldukları kararları değerlendirmeye görevinde olduğunu" degniilmektedir; diğer taraftan, "mahkeme kararlarının tetkikini karar olgularından bağımsız olarak gerçekleştirmekle sınırlanması durumunda, kendi denetiminin hayali olacağını, bunun için denetimde olayı bir bütün olarak görerek sözkonusu yayınlanmış kitabı bu çerçevede değerlendirmesi geregl..." düşüncesine yer verilmektedir. Sonra da, "devlet kurumlarının gerekçelendirmede belirttikleri nedenlerin önemli ve yeterli olup olmadıklarına ilişkin olarak kendisine sunulan belgelerin dayanaklarının değerlendirilmesi, Mahkemenin yetki sahasına girmektedir..." görüşü benimsenmektedir. Bu saptamayı gerçekleştirirken de, daha önce belirtilen ve adı geçen kararlarına atıfta bulunmaktadır. Yapılan alıntıların içeriğinden de farkedilebileceği gibi, doğrudan denetleme yöntemini benimsemeye, istikrarlı karar verme sürecini tutturmuş değildir. Yöntem sorununa ilişkin olarak denetimin içeriği konusunda da, hemen hemen aynı yaklaşım içinde olmuştur: Tartışma konusunu oluşturan "küçük kırmızı öğrenci kitabı (Liddle Red Schoolbook)"⁷⁵, geri bağımsız ve ayrıntılı olarak tetkik etmiştir; ancak zorunluluğun değerlendirilmesinde⁷⁶ İngiliz kurumlarına geniş takdir alanı tanımıştir⁷⁷.

26.4.1979 tarihli "Sunday times" kararında, Mahkemenin ilk defa değişik bir tutum sergilediği gözlenir. bu kararda, geri geniş

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

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

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

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

77. A.g.k. parag. 54, 57, EuGRZ 1977, 45, 48; ERMOCORA eleştirisini bu noktada yoğunlaştırmaktadır: "Mahkeme, kendisine tevdi edilen sözleşmenin yorumu üzerinde muhakemedeye bulunmamaktadır... AlHM. neyin zorunlu olduğunu bağımsız olarak belirlemeyi, ulusal kurumlara bırakmıştır" Ermocora, F., a.g.m., s. 364; denetlemede bağımlılığa yönelik olarak, BERKA, W. da eleştiride bulunmaktadır, bzk. "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die österreichische Grundrechtstradition, ÖJZ 1979, s. 365, 372.

ölçüde Handyside karar gereklisine atıfta bulunulmakla beraber ifade ve içerik bakımından vurgulanmada farkedilebilir bir değişiklik ortaya çıkmaktadır⁷⁸. "mahkeme denetimi, hakkında başvuruda bulunulan devletin takdirini ihtimam ve iyi niyetle uygulayıp uyguladığını tespit etmekle sınırlı olduğu anlamına gelmez. Bu tarzda uygulanmada bulunan devlet de ... Mahkemenin denetimi altınadır." Bu açıklamayı yaptıktan sonra üyelerinin çoğunluğu ile tutarlı bir sonuçta karar kılımıştır: "mahkeme, Contempt of court kuralının, alınan tedbirlerin zorunlu olup olmadığına ilişkin olarak ölçü teşkil etmesi gerektiğini reddetmektedir; **zorunluluğu**, Sözleşme anlamında değerlendirmek durumundadır; görevi, devlet içi tedbirleri Sözleşme standardına göre denetlemektir"⁷⁹. Gerçi İngiliz Mahkemelerinin karar gereklilerini tetkik etmekle⁸⁰ beraber bununla yetinmemiş, doğrudan olay içeriğini araştırarak değerlendirmek suretyle İngiliz hukuk düşüncesini (contempt of court) değil, AİHS'nın 10'uncu maddesinin belirleyici ölçü olduğunu vurgulamıştır. Buna karşılık azılılığı oluşturan dokuz hakimin ortak karşıyazı yazısında⁸¹; bir tedbire ilişkin şartlar ve etkilerinin devlet-içli kurumlar tarafından yapılan değerlendirmenin, prensip olarak Mahkeme tarafından aynen kabul edilmesi gereği düşünücsü dile getirilmiştir: "Düşünce özgürlüğünün belirli kapsamda sınırlanırmasının zorunlu olup olmadığı hususundaki sorun hakkında değerlendirmelerde bulunmada; olayın gerçek şartlarının araştırılması House of Lord'un görev alanında olduğundan, mahkememizden daha iyi bir konumda olduğu kanaatindeyiz..."⁸² "Ancak her devlet-içli zorunlu telakki edilen sınırlama, Sözleşme anlamında zorunlu

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

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

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

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

82. dokuz hakim (Wiarda, Cremona, Thor Vilhjalmsson, Ryssdol, Granshof van der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, Binschedler-Robert, Liesch ve Matscher) ortak karşıyay yazısı parag. 10, EuGRZ 1979, s. 391 (392).

değildir; bu sınırlama AİHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fikrasındaki demokratik toplum üzerindeki zorunluluğu ihlal edebilir"⁸³. "Bundan böyle, her ne kadar ulusal mahkemelerce hem tehlikelein değerlendirilmesinde hem de sınırlamaların zorunluluğunun tespitinde akılcı davranışlıyorsa da; Mahkeme devlet-içi yayın yasağı takdirinin takip edilen meşru amaçla ölçülu olup olmadığını ve demokratik toplumda zorunlu tedbirler olarak telakkî edilip edilmemiğine ilişkin olarak değerlendirmelerde bulunmak görevindedir..."⁸⁴.

Mahkeme azınlığının karşıoy yazısındaki düşüncesi çoğuluk görüşü ile karşılaşıldığında, yöntem bakımından iki noktada farklılık gözlenir: (a) azınlık, ulusal kurumlarca iyi niyet, ihtimam ve ölçülu şekilde hareket edilip edilmediğini denetlemek istemektedir⁸⁵. Böylece, tehlikein varlığı ve seçilen temel hak sınırlamasının zorunlu olduğu hakkında kurumların hâkîliğine inanmaya ilişkin tespitte sâbjektif bir yaklaşımı benimsemış olmaktadır. Ancak bu sâbjektif içerikli yaklaşımı Mahkeme çoğulugu, komisyon ve ilgili hükümetin Handyside kararındaki yaklaşımlarında olduğu gibi benimsemeyerek çoğulukla ve vurgulayarak reddetmiştir⁸⁶. (b) Bundan başka azınlık, Sözleşmenin 10'uncu maddesinin 2'nci fikrası anlamındaki demokratik toplumda "zorunluluğu ve ölçülülüğü", ulusal takdirin verilerine dayanarak (bu suretle dolaylı olarak) belirlemek gerektiği düşüncesindedir⁸⁷. Ancak bu yaklaşım eleştirilebilir unsurlar içermektedir: Öncelikle azınlık; ileri sürdüğü ve ge-

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

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

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

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

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

rekçe olarak kullanmak istediği son ölçü "demokratik toplum prensiplerinin"⁸⁸, henüz kesin olarak belirlenmediğini görmezlikten gelmektedir. Bunun dışında; (amaç-vasıta ilişkisi bağlamında) "ölçülülüğün" ve "zorunluluğun", olayı oluşturan verileri nazarı itibare almaksızın nasıl denetlenebileceği hakkında bir açıklamada bulunmamaktadır. Amaç-vasıta ilişkisinde, vasıtanın tespitinin ulusal takdir kapsamında olduğu gözönünde bulundurulursa; AiHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fikrasındaki meşru sınırlandırma amacının mutlak değil nispi olarak algılanabildiğinden, denetlemede tek değişken olgu "demokratik toplum" kalmaktadır. İşte burada, onun temel değerleri her somut olaydan kaynaklanan şartlara bağlı olmadan bir Avrupa ölçüsünü (standardını) olanaklı kılmaktadır⁸⁹. Karşayı yazısının gerekçesinin devamında, azınlığın kendi teorik yaklaşımına pratikte uymadığı görülür; çünkü her ne kadar House of Lord'a dayanarak da olsa doğrudan kendine has bir olay değerlendirmesinde bulunduğu gözlenmektedir⁹⁰. denetleme yöntemi sorununda azınlığın bu tutumuna karşılık Mahkeme, anlaşılmada hiçbir zorluğun oluşmasına meydan vermeyecek açıklıkta düşüncesini özet olarak ortaya koymuştur: "... Şikayet konusu müdahalenin 10'uncu maddenin 2'nci fikrasında belirtilen istisnalara tekbül etmesi yeterli değildir; bunun dışında, Mahkemenin kendisine sunulan olayla ilgili tüm önemli gerekçeleri ve şartları nazarı itibare alarak müdahalenin zorunluluğuna inanması gereklidir"⁹¹. Bu denetleme yöntemi, ilgili devlet ve başvuruda bulunanın gerekçeleri yanında, olayın arkasında bulunan gerçek koşulları doğrudan nazarı itibare almayı ve buna dayanarak doğrudan değerlendirmeyi esas almaktadır. Bu yaklaşım tarzının zamanın akışı içinde kabul görerek durumunu sağlamıştır, böylece istikrar kazandığı görülmektedir⁹². 22.10.1981 tarihli Dudgeon kararı⁹³, bu düşünce-

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

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

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

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

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

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

nin uygulanmasına örnek gösterilebilir. Bu kararda da Handyside kararında olduğu gibi, denetlemede yöntem sorunu tartışılmış ve moral korunması problemi üzerinde durulmak mecburiyetinde kalmıştır. Mahkeme; özgürlüğün sınırlanırılması için belirtlen sebeplerin **önemli** ve **yeterli** olup olmadığını denetlemekle görevli olduğunu vurgularken, bu sebeplerin esasını oluşturan **sosyal ve kültürel nedenleri ayrıntılarıyla incelemeye tabi** tutmuştur. Bu suretle ölçülüğe uyulmadığı tespitinde bulunarak, Sözleşmenin ihlal edilmiş olduğunu saptamıştır⁹⁴. Bu yargısıyla Mahkeme, Sözleşmenin hukuki kavramlarının maddi ve özerk kapsamını belirleyerek, onların geliştirilmesine katkıda bulunmuştur⁹⁵.

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

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

95. Bunun için bkz.: 8.7.1976 tar. Engel kar. EuGRZ 1976, 221 vd.: bu doğrultuda 27.2.1980 tar. Dewer kar. parag. 44. EuGRZ 1980, 667; 24.6.1982 tar. Van Droogenbroek kar. parag. 38. EuGRZ 1984, 6 (7-8); 10'uncu maddenin 2'inci fıkrasındaki "zorunluluğun" özerk (otonom) anlamını hakim Mosler, daha 7.12.1976 tar. Handyside kararına ilişkin karşılık yazısında, kapsamlı olarak belirtmiştir; bkz. Hanyside kar. ilişkin hakim Mosler'in karşılık yazısı, parag. 1 EuGRZ 1977, s. 50, 51: Burada, kendisine sunulan olay içeriğinin hukuki mahiyetinin tespitinde tamamen serbest olduğu hususunda mahkemenin istikrar kazanmış uygulamasını (İçthiadını) da eklemek gereklidir: 23.6.1968 tar. Belçika dil kar. Serie A. Nr. 6,5.30 (Alm. Band 2, 26); 18.6.1971 tar. De Wilde, Ooms, Versyp kar. parag. 49; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 76-81. EuGRZ 1976, 221 (230-232); 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 41. EuGRZ 1977, 39, 40; 18.1.1978 tar. Ireland-Birleşik Krallık kar. parag. 150-160. EuGRZ 1979, 152, 153; 6.9.1979 tar. Klass kar. parag. 32. EuGRZ 1979, 278 (282) 6.11.1980 tar. Guzardi kar. parag. 106. EuGRZ 1983, 633 (640); 13.8.1981 tar. Joung, James, Webster kar. parag. 58. EuGRZ 1981, 559 (561); 10.12.1982 tar. Foti kar. parag. 44. EuGRZ 1985, s. 578 (79).

nı ve olayı inceleme ve tahlil bakımından kendisinden daha iyİ konumda olduklarını, açıkça belirtme zorunluluğunu duymuştür⁹⁶.

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

II. Somut olay adaleti ve "Avrupa standartı" oluşturma hedefi insan haklarının ihlali başvurusu, normal koşullar altında ilgili Sözleşme devletinin kanun yollarının tüketilmesinden sonra, ulusalüstü yargılama süreci kapsamında AİHM'ne getirilmektedir. AİHM, önüne gelen başvuru konusu olayı doğrudan ve özerk olarak araştırarak değerlendirir; bunun için en iyİ çözümü bulmaya çalışır. Bu bağlamda, şikayet konusuna ilişkin olarak somut adaleti gerçekleştireme, bununla beraber aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Standartını saptama, onun faaliyet alanı içinde kalmaktadır.

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

96. 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 40,46. EuGRZ 1979, 650 (654-655); 5.11.1981 tar. X Birleşik Krallık kar. parag. 43, 57, EuGRZ 1982, 101 (103, 105), bu düşünceye Forewell karşı gelmektedir, bkz.: "Die Europäische Menschenrechts-konvention in der neueren praxisder Europaischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 1980, 236.

daha Sözleşme ile ilgili taslak çalışmasının başlangıcında değiniliyordu, ulaşılabilmesinin ise kolektif bir koruma sistemiyle olacağı açıklanıyordu. Avrupa demokrasilerinin muhafazası ve güçlendirilmesinin, **kışı özgürlüklerinin korunması ve güçlendirilmesi esaslarında** uzlaşmakla mümkün olacağı düşünülüyordu. Bunun için Sözleşmenin başlangıcında; insan hakları ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesinin, Avrupa devletleri arasında sıkı işbirliğinin gerçekleştirilebilmesi vasıtalarından biri olduğu açıklanmıştır.

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

Mahkeme, bireysel hakların其实 etkili olmasını diğer tarafından da ulusal ve Avrupa çapında genel olarak temel teşkil etmesi işlevini görmesini mümkün kılmaya çalışmaktadır. Bu suretle temel hakların yorumunda iki yönlü işlev görmüş olmaktadır. Bunu yapanken devletlerin hukukuna bağlılı kalmamaktadır; yansız ve bağımsız kalarak, öncelikli olarak kendi özerk kavramını oluşturmaya⁹⁷ yöneliktedir. Kararlarında : bazen sadece şikayet konusu

97. Genelleştirilebile yonunde öncelikle ağırlığı olan kararlar 1975-1980 yılları arasında gözlenmektedir; bundan önce 27.7.1968 tarihli Belçika dil ve 16.7.1981 tarihli Ringelsen kararları (6'ncı maddenin 1'inci fıkrası ile ilgili) bu anlamda örnek olmuşlardır.

olayı gözönünde bulundurarak öznelleştirmeye yatkınlığını⁹⁸ göstermektedir; bazen öznelleştirme yanında geniş kapsamlı anlatımı ile genelleştirmeyi de yapmaktadır. Bu suretle somut olaya yönelik huküm oluştururken, bunun genel mahiyette düşünülmesci de hedeflemiş olmaktadır. Öznelleştirme ve genelleştirmenin birbirine bitişik ya da yan yana yapıldığı da gözlenmektedir. Ancak bunun, belirli bir sistem çerçevesinde gerçekleştirilmemiş görülmektedir. Öznelliğe dayanarak genel özerk kavramlaştmaya yönelikte, bu suretle öznelleştirme ve genelleştirmeyi bir doğrultuda bütünléstirmeyi denemektedir. Kendisine sunulan belgeleri ve saptanan olayları üç noktada toplanması mümkün olan gereklendirmede kullanmaktadır : (a) Bir standardın belirlenmesinden ya da kendisini bağlamadan çekinmede⁹⁹; (b) somut olayla ilişkili menfaatler muhakemesinde sadece vasıta olarak

-
98. Bunun başlangıcı 7.12.1976 tar. Handyside kararında görüluür ve "ulusal takdir alanı"nın kapsamının tartışımasının başlamasıyla ortaya çıkmıştır; 28.6.1978 tarihli Konig kararı ise iki yaklaşım arasında olmaktadır; çünkü bir taraftan "medeni hak ve yükümlülüklerin" bağımsız (özerk) tarafine, kapsamının belirlenmesine çahşılmakta, parag. 88-90; ancak diğer taraftan da somut olay bağlamında kişisellettirmeye (subjektivite) uğraş verilerek gerekçe oluşturulmaktadır (parag. 91-93, 95). Özellikle benzer durum usul haklarının yargılanmasında da kendini göstermektedir, bkz. 10.2.1983 tar. Albert et le Compte kar. parag. 28. bu karara, karşılık yazısı ile hakim Matscher'in eleştiris'i için bzk., karşılık yazısı parag. 3; kişisellettirme kavramı için bzk. RESS., G., "Die Einzelfallbezogenheit" in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichofs für Menschenrechte in: Festchrift für H. Mosler 1983, 721.
99. Bununla ilişkili olarak bzk., İrlanda-Birleşik Krallık davası konusundaki karara (18.1.1978 tar. kar. parag. 221. EuGRZ 197, 149 (156, 17) bakılabilir; başvuruda bulunan İrlanda hükümeti 3'üncü ve 5'inci maddeler arasına 15'inci maddeyi de ilişkilendirmekle enteresan bir bağlantı olduğunu belirterek, insani olmayan metotla (3'üncü madde teminatı 15'inci maddenin 2'nci fikrasıyla da desteklenmektedir) bilgi edinme konusunda özgürlükten mahrum bırakmanın Sözleşmeye aykırı olduğunu öne sürmüştür. 10.3.1980 tarihli Konig kararında parag. 24'de hükümet, Komisyonun adli yardım kuralının ortak bir "Avrupa normu" olduğunu ve bununla bağlantılı olarak, 7.5.1974 tarihli Neumeister kararına (50'inci madde ile ilgili) dayanmaktadır. AİHM o zamanki "olay şartlarının özelliğini" ileri sürerken ve daha fazla tatmin edici bir açıklamada bulunmaksızın bu konuya mesafeli davranışmaktadır; 13.8.1981 tarihli Joung, James, Webster kararında (parag. 55) "temel hakkın özünün" ihlal edildiğini tespit ederken "olay şartlarına" deðinmekte, ancak genel bir muhakemedede bulunarak beklenilen açıklamayı yapmamaktadır.

kullanmada¹⁰⁰; (c) genel özerk kavram teşkilinde öznelleştirmeye dayanmada¹⁰¹. Mahkemenin kendisine sunulan belgeleri ve olayları (a) ve (b) durumları için kullanmasını, gerekçe kapsamında anlamak mümkünken, esas zorluk genel özerk kavram teşkili için öznelleştirmede ya da öznel olaya dayanmada kendini göstermektedir. İşte burada gerçekliğin ya da somut olayın normun saptanmasına ya da oluşumuna ne oranda katkısının olabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bunun için somut olay-norm ilişkisinin kavramında iki metotdan yararlanılabilir: (a) Genele dayanarak somut olayı belirlemek ve değerlendirmek ya da genelden özel çıkarmak, ki buna deduktif metod denir¹⁰²; (b) diğer ise, soyut genel çözüm bulmada özel (somut) olaylardan yararlanmak ya da somut olayları soyut kavram belirlenmesinde kullanmak, ki buna induktif metod denir¹⁰³. Mahkeme yargılamasında saf şekli ile sadece deduktif metodun kullanıldığı oldukça seyrek görülmektedir. Bunun nedeninin,

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

yeni bir hukuk sisteminin yapısından ileri geldiği söylenebilir. Kullanıldığı zaman ise, sağlam kavamlara dayanabilme sözkonusu olur ki; bunlar sadece uluslararası hukukun genel prensipleri¹⁰⁴ veya üye devletlerin genel hukuk prensiplerine dayanan Sözleşmenin açık kavamlarıdır¹⁰⁵.

Mahkeme, Sözleşme yorumunda özerk tutumuna uygun olarak induktif metotla¹⁰⁶ çalışmaktadır. Bu metodun içerik bakımından Sözleşme sisteminde öngörülen temel haklar gelişimine uygunluk gösterdiği gözlenir. Bununla beraber somut olay hukukunun (casus law) artış göstermesi, Sözleşme organlarının karma metotla çalışmasının gerekliliğini ortaya çıkarmıştır¹⁰⁷. Mahkeme, önceki kararlarına kısmen istinad ederek, önüne gelen yeni somut olay nedeniyle kavram teşkilini daha da geliştirmektedir. Bu uygulamanın, somut olay bağlantılı düzeltilmiş deduktif metot ya da özerk kavram teşkilinde induktif sürecin devamı olarak belirlenip belirlenmemesi, tartışmaya açık bir olgudur. Ancak bağlantılı olarak bir saptama yapılabilir: soyut genel ilkelerin belirlenmesinde bu iki metodun kullanılması kaçınılmazdır. Mahkeme çalışmasının daha iyi anlaşılması için teorik açıklamayı gerçekleştirmede ve tartışmayı yönlendirmede, bu iki ayrı metodun belirtilmesinin önemi ortadadır. Uygulamada bunlar birbirlerinden uzakta sayılmazlar. Burada belirleyiciliği iki noktada toplamak mümkündür; (1) önceki oylara nazaran farklı somut olayla karşılaşılıyorsa, buna istina-

-
104. AİHS'nin 26'ncı maddesi anlamındaki "devletler hukukunun genel olarak kabul görmüş prensipleri", için bkz.: 10.11.1969 tar. Stögmüller kar. parag. 11. 12 (alm. Band 2, s. 136); 18.6.1971 tar. de Wilde kar. parag. 57, 60. Alm. Band, 3, s. 2. (21, 22) Mahkemeye müracaat için, 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 35, EuGRZ 1975, 91 (96, 97).
105. Özgürlik teminatı için bkz.: 18.6.1971 tar. de Wilde kar. parag. 76. Alm. Band 3, s. 30; esasen 5'inci maddenin 4'üncü fikrası tutuklanan kişilerin Mahkeme denetlemesi hakkının teminat altına almayı öngördüğü açıklar. ancak Mahkeme bundan sonra kurum-içi denetim teorisini geliştirmektedir. Winterwerp ve x Birleşik Krallık kararları induktif olarak belirlenmektede, günümüz bu kararlar önce yeni sahayı sağlamlaştırmak zorundadır. Benzer bir gelişme şekli deduktif metotdan bağımsız induktif gereçeye geçişte 6'ncı maddeinin 1'inci fikrasındaki "ceza davası" (suçlama isnadı) kavramında da tespit edilebilir.
106. 25.4.1979 tar. Tyrer kar. parag. 29-35, EuGRZ 1979, 626; önce 20-22 paragraflarda Golder ve Körük kararlarına istinaden deduktif metot kullanılmakta, sonra parag. 26'da sonuç değerlendirme ile ilgili olarak, kısmi genelleştirme ve 27'nci paragrafta da özet yapılmaktadır; 1.10.1982 tar. Piersak kar. parag. 30.31'de (EuGRZ 1985, 301,303) 17.1.1970 tar. (Serie A Nr. 11, s. 17 Ziff 31) kararının induktif gelişimi görülmektedir.
- 107 RESS, G., a.g.m., in: Festschrift für H. Mosler. 715, 726.

den iki şekilde hareket edilebilir; ya farklı olayla ilgili sınırlı bir karar verilir, bunun etkisi de olayla sınırlı kalır; ya da farklı olayla ilgili kararın, kavram teşkilinde genellemeye sınırlayan öznel unsurları içerişer içermeyen önem kazanır, durum bu yaklaşımla değerlendirilebilir. (2) Bundan farklı olan belirleyici ikinci nokta ise; kararlarda öznelleştirmenin ya da maddi kriterlerin kavramlaştırılmasında, genelleştirilebilirliğin ve takdir edilebilirliğin akılçıl bir çerçevede tutulup tutulmadığının ön plana geçmesidir. Bu iki belirleyicilik, bir bütünlük oluşturacak çerçevede ve bir istemi de içerecek tarzda şu şekilde ifade edilebilir: Öznelleştirme, hukuki belirlemeyi, karar akılçığını anlaşılmayacak bir konuma sokmamalıdır. Somut olayın şartlarına dayanma; gerçeklige, kararların ve kavramların normatif özünün ortadan kalkmasına vesile olmamalıdır. Onların yönlendirmeli işlevi olmadan¹⁰⁸ Sözleşme hakları örnek teşkil etkisine sahip olamaz ve Avrupa standartlarını oluşturamazlar. İşte burada uyarıda bulunulmakta¹⁰⁹ ve bu uyarıya uymak zorunlu olmaktadır: "AİHM, somut olaya, özel şartlara ve kendine özgü sosyal gelişmeye ne denli dayanıyorsa, buna bağlı olarak o derece devlet mahkemeleri de her olayda, öznelliği görmeye ve AİHM yargısından yararlanmamaya meyilli olurlar". Kural olarak Mahkeme induktif içerikli kavram teşkil için uğraş vermektedir¹¹⁰. Sözkonusu Sözleşme hakkının yorumuna ilişkin karar gereklilerinin çoğunda, önce genel düşünceler ileri sürmekte ve bunun altında somut olayı özel olarak işlemektedir¹¹¹.

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

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

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

111. Mahkeme kararlarında kısmi genelleştirme için bkz. 23.7.1968 tar. Belçika Dil kar. I, B, parag. 1-12, Serie A, Nr. 6, parag. 30-36, Alm. Band 2, 26-32: 18.6.1971 tar. De Wilde ve diğerleri kar. parag. 68, 73, 76, 78: 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 26-36, 27.10.1975 tar. Synd Pol. Belge kar. parag. 38, 39; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 57-59, 80-82; 7.12.1976 tar. Kjeldsen kar. parag. 50-53, 54; 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 48-50; 18.1.1978 tar. İrlanda Birleşik Krallık (Irel - U. K.) kar. parag. 47-49, 59, 65; 13.6.1979 tar. Mareckx kar. parag. 31; 9.10.1979 tar. Airey kar. parag. 24, 26; 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 37, 39, 45, 60; 20.12.1979 tar. Schiesser kar. parag. 26-31; 23.3.1983 tar. Silver kar. parag. 86-88, 97, 98, 113; 10.2.1983 tar. Albert et le compte kar. parag. 29; 23.9.1982 tar. Sporrong et Lönnroth kar. parag. 63; 13.8.1981 tar. Joung, James, Webster kar. parag. 52, 56, 63: özellikle Belçika dil, Engel ve Silver kararları açık örnekler teşkil etmektedirler, günümüz genel kavram teşkil ve onların olaya uygulanması hususunda, ayrı bir bölüm ayıralarak işlentiği görülür. Somut olay adaleti ile genel standartlaşmanın arasındaki tartışmayı görüşmeyen ise, Kjeldsen kararıdır. Buna ilişkin olarak Hakim Verdross'un karşılık yazısına da bakılabilir. Verdross aşırı derecede kişiselleştirmede israr etmekte, AİHM ise bir ortayol aramaktadır.

Kavram teşkilinin öznelleştirilmesine yönelik olarak bazı belirsizlikler de olmuştur: 6.11.1980 tarihli Guzzardi kararında, özgürlük sınırlandırmasıyla özgürlükten mahrumiyet arasında sadece tasnifleme açısından teorik yaklaşımın bir farkın olduğunu belirten Mahkeme, esasta ise bir farklılığın olmadığını¹¹² açıklamıştır. Bundan böyle özgürlükten mahrumiyet kararının alınıp alınmadığının belirlenmesi için zarara uğrayanın somut durumundan hareket edilmelidir. Onun için öngörülen süre, alınan tedbirlerin uygulanmasında ona etkileri ve uygulama şekilleri gibi kriterlerin tamamının gözönünde bulundurulması zorunludur¹¹³. Farkedilen, belirsiz kriter kavramlarının doldurulmasına ve onların uygulanabilirliğinin önceden görülür duruma gelmesine kadar, ek bazı kararlara ihtiyaç duyulacaktır. Benzer durum 10.12.1982 tarihli Foti kararında, suç isnadında bulunma ya da bir suç isnadında bulunarak dava açmayı içeren kavramda da görülmektedir. 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasındaki suç isnadı kavramı açıklanırken, yapılan işlemlerin sonucu olarak kişiye **önemli etkilerde bulunılmış olması** düşüncesine dayanılmıştır. Şayet işlemler kişiye "önemli etkilerde" bulunmuşsa, suçlama vardır. Ama bununla da yetinmemiştir; suçlamanın olması, ayrıca buna ek olarak dört belirsiz kavrama bağlı konuma sokulmuştur¹¹⁴. Buradaki "önemlilik" ise, gelecekte yorumun subjektif mi yoksa objektif mi olacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır ki, bunun tespitinin de kolay olmayacağı açıklıktır. Çok

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

113. A.g.k., parag. 92: AİHM Birbiriyle bağlantı kurarak bu toplam değerlendirmeyi, bugünkü normlar ve uygulama şekillerinin artan bir oranda farklılıklar göstermesiyle gereklendirmektedir (parag. 95). buna ilişkin eleştiri için bkz. hukim Fritzmaurice'in karşıya yazısı, EuGRZ 1983, s. 642, 643.

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

enteresan bir olgu da, 10.1.1983 tarihli ve hekimlerle ilgili bir disiplin yargılamasının sözkonusu olduğu, "Albert et le Compte" kararında gözlenir. "Belçika'daki"¹¹⁵ somut olay şartlarına dayanılmak suretiyle, bu yargılamada kendine has özel bir karara (öznelleştirilmiş karara) neden olunmuştur. Bu karardan genelleştirmede yararlanmak mümkün değildir¹¹⁶. Ayrıca karar, "Avrupa standartını" şekillendirmede kısmi işlev görecek içeriğten de yoksundur.

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

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

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

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

memektedir. Yorumda sözleşmeye uygun ilkeleri (etkinlik, genelleştirilebilirlik, ki bu Avrupa Standartı oluşturmaktır; uzlaşmaya açık olma; uzlaşma kabiliyetini muhafaza etme)¹¹⁷ takip etmek bir zorunluluktur. Maddi temel hak anlayışı yaşam gerçekliğini ilişkilendirerek, bu ilkeleri devre dışı bırakmamaktadır. Bu ilkelerin uygulanmasıyla hukukun yönlendirici ve istikrar sağlayıcı işlevinden vazgeçildiği anlamı çıkarılamaz. Aksi halde temel hakların belirleyici anlamının ve Avrupa düzeyinde örnek teşkil etme işlevinin algılanmasında zorlanılacaktır.

§ 3. Denetlemede “demokratik toplum prensipleri”

“Demokratik toplum”. Sözleşme sisteminin iki temel dayanağını içerir: (1) Sözleşmenin ilk ve en önemli hedefi olan plüralist (çoğulcu) demokrasiyi teminat altına almak¹¹⁸; (2) insan haklarına¹¹⁹ riayeti etkin bir şekilde (insan hakları yargısı) gerçekleştirmek¹²⁰. Bir cümle ile “demokratik toplum”, Sözleşme sisteminin iki temel direğî olan “çoğulcu demokrasi” ve “insan hakları yargısı”nı içermekte ve teminat altına almaktadır. Bunlardan birisinin eksik ya da içerik bakımından noksan olması, demokratik toplum kavramının tartışılmasına neden olur; maddi içerikleryle yürürlük ka-

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

118. AIHS’nın başlangıcından 4’üncü fikrasi; “... Dünüada adalet ve barışın temeli olan ve bir yandan etkin bir “siyasal demokrasi”, öte yandan dayanağı insan haklarının ortak anlayışla gözetilmesiyle sürdürülebilen temel özgürlüklerle olan derin inancını yenileyerek...” hükmünü öngörmek suretiyle Sözleşme maddeleri üzerinde uzlaşmadı bulunuşduğunu belirtmektedir.

119. Temel haklara riayet, esas olarak gerçek bir demokraside (efctive political democracy) olabilecegi vurgulanmıştır; bunun için bzk., MADINOS, P.L, “La Convention europeennes des droits de L’homme ses origines, ses objekts, ses réalisations”, in: Annuaire Europeen Vol. 1, 1955, 149-158; KABOĞLU, İ., “Özgürlikler Hukuku”, s. 129, 130.

zanması halinde ise, bir olgu ya da realite olarak demokratik toplumdan sözedilebilir.

I. Demokratik toplum ve temel haklar

Mahkeme, usul hukuku teminatlarını¹²¹ temel haklarda¹²² olduğu gibi "demokratik toplum" anlamı bakış açısından dayanarak yorumlamaktadır. Bu suretle bir taraftan temel hak yorumuna temel hak gerçekliğini ilişkilendirirken, diğer taraftan Sözleşme bütününde, onlara kurucu işlev taniyarak güçlendirilmiş maddi etki sağlamış olmaktadır.

II. Temel hakların düzenlenmesinde "demokratik toplum prensipleri"

Temel hakların düzenlenmesinde "demokratik toplum" u gözönünde bulundurmak zorunludur. demokratik toplumun Sözleşme anlamında içерdiği prensipler ise, soyuttur ve bunlar belirli başlıklar altında toplanabilir: "Özgürlük"¹²³, "çoğulculuk", "hoşgörü" ve

121. Bununla ilgili yargı kar. için bkz.: 17.1.1970 tar. Delcourt kar. parag. 25, Serie A, Nr. 11, Almanca ter., Band 2, 184 (193, 194); 18.6.1971 tar. de Wilde, Ooms, Versyp kar. parag. 65, Serie A, Nr. 12, Almanca ter., Band 2, s. 204 vd.. Band 3, 2526); 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 34, EuGRZ 1975, 91 (95, 96); 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 49, 55, 59, EuGRZ 1979, 278 (285-287); 9.10.1979 tar. Airey kar. parag. 24, EuGRZ 1979, 626 (627, 628); 27.2.1980 tar. Dewer kar. parag. 44, 49, EuGRZ 1980, 667 (671-673); 26.3.1982 tar. Adolf kar. parag. 30, EuGRZ 1982, 297 (301); 1.10.1982 tar. Piersack kar. parag. 30, EuGRZ 1985, 301 (303); 8.12.1983 tar. Pretto kar. parag. 21, EuGRZ 1985, 548 (550, 551); 8.12.1983 tar. Axen kar. parag. 25, EuGRZ 1985, 225 (228).

122. Düşünceye ve basın özgürlüğü hususunda bkz.: 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42); 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 65, 66, EuGRZ 1979, 386 (390). Örgütleme özgürlüğü için bkz.: 23.6.1981 tar. le Compte, van Eluven et De Meyere kar. parag. 65, EuGRZ 1981, 551 (555); 13.8.1981 tar. Joung, James, Webster kar. parag. 52, 63 EuGRZ 1981, 559 (560, 562). Burada demokratik bir toplumda örgütlenme üzerindeki boyutlar açılığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Toplanma özgürlüğü : 5.11.1969 tar. Greek Cas ilişkili Kom. raporu (3321-3323, 3344/67) parag. 392; burada toplantı özgürlüğünün bir ülkenin politik ve sosyal yaşamının esaslı unsuru olduğunu işaret edilmektedir.

123. Kişi özgürlüğü için bkz.: 18.6.1971 tar. De Wilde kar. parag. 26, Serie A, Nr. 12, Almanca ter., Band 3, s. 2 (8, 9); 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar. parag. 32, 34-40 (baskıya maruz kalmanın ile ilgili), EuGRZ 1985, 477 (481-483); düşünce özgürlüğü ile ilgili kar.: 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42); bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: KABOĞLU, İbrahim, Ö., "Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme", İstanbul 1994.

“açıklık düşüncesi”¹²⁴, “azılığın korunması”¹²⁵, “hukukun üstünlüğü”¹²⁶, “ölçülülük”¹²⁷; bunun gibi “kamu yararıyla bireysel hakkin korunması arasında adil bir denge”¹²⁸, icabî halinde bunun “adil bir

-
124. 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42).
125. “Bireysel menfaatler bazen bir grubunki altında düzenleme zorunluğunu gerektirmesine rağmen, demokrasi, her zaman çoğunluk düşüncesinin üstünlüğünün yürürlülük kazanması mecburyeti anıamına gelmemektedir. Azılıklara adil ve uygun bir işlemde bulunmayı teminat altına alan ve suistimale karşı koruyan bir dengenin kurulması zorunludur.” 13.8.1981 tar. Yougn, James, Webster kar. parag. 63, EuGRZ 1981, 559 (562); aynı kararın 57'inci paragrafında, AİHS'nin 9-10'uncu maddelerindeki özgürlükler, sendikalara üye olma zorunluluğu getirilmesine ilişkilendirilerek, bu durumun 11'inci madde nin içerdigi örgütlenme özgürlüğünün özünü ihlal ettiğini (parag. 55) açıklanmıştır. Bu olgu, belirtilen denge ile sağlanmadığı tespitiyle tamamlanmakta, sendika üyesi olmayanlar için oluşturulan durumun ölçülu olmadığı ve bundan dolayı da demokratik bir toplumda zorunlu görülmemiği belirtilmektedir (parag. 65).
126. AİHS'nin 5'inci paragrafi : “... Aynı anlayışta olan ve siyaset gelenek, ülkü özgürlük ve hukukun üstünlüğü” konusunda, ortak bir mirası paylaşan Avrupa ülkelerinden söz etmektedir; buna ilişkin olarak ayrıca bkz.: 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 34, EuGRZ 1975, 91595, 96; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 68, 69, 82, EuGRZ 1976, 227, 232, 233; 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 55, EuGRZ 1979, 278 (285, 286); 27.2.1980 tar. Dewer kar. parag. 40, EuGRZ 1980, 667 (672); 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 39, EuGRZ 1979, 650 (653); hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum birbirleriyle bağlantılı olarak algılanmaktadır. Mahkemeye başvuru ve adil yargılanma hakkı ile hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum bağlantısı için, Golder kar. (parag. 34, 36), Afrey kar. (parag. 24) ve Dewer kar. (parag. 44, 49) bakılabilir.
127. 23.7.1968 tar. Belçika dil davası kar. parag. 10, Serie A. Nr. s. 10. Alm. ter. Band 2. s. 30; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 72, EuGRZ 1976, 221 (229); 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42); 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 65, 67, EuGRZ 1979, 386 (390, 391); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 59, 60, 61, EuGRZ 1983, 488 (492, 493).
128. 23.7.1968 tar. Belçika dil kar. parag. 5, Serie A. Nr. 6. s. 32. Alm. ter. Band 2. s. 28; 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 59, EuGRZ 1979, 278 (286, 287); 20.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 41, EuGRZ 1982, 153 (157); Kamu menfaati ile bireysel hak korumasının uzlaştırılması içerikli kar. için bkz.: Belçika dil dav. kar. parag. 7, Serie A. Nr. 6. s. 44, Almanca ter. Band 2. s. 39, 40; 13.8.1981 tar. Joung, James, Webster kar. parag. 63, 65, EuGRZ 1981, 559 (562); 23.9.1982 tar. Sporrong et Lönnroth kar. parag. 73, EuGRZ 1983, 523 (527). Yükümlü savunmanın olarak bir avukatın görevlendirilmesinin öngörülmesinin angarya ya da zorunlu çalışma olup olmadığını tespiti konusunda Mahkeme; düzenleme amacı ile bunun avukat için sakıncaları arasında bir dengesizliğin olup olmadığını tetkik etmiştir. Diğer demokratik toplumlarda da avukatlar için aynı yönde yükümlülüklerin olmasından hareketle; Belçika düzenlemesini ölçüsüz olarak telakkî etmemiş, dolayısıyla yükümlü savunmanın öngörülmesinin bir angarya ya da zorunlu çalışma olmadığını belirtmiştir. Bunun için bkz. 22.11.1983 tar. Van der Mussele kar. parag. 40, EuGRZ 1985, 477 (483).

yargılama¹²⁹ ile uygulanabilirliği" dirler. Bu prensipler devletin kuralaşturma yetkisiniapisallaştırarak bir hukuki çerçeveye oluştururlar. Bu nedenle, temel hakların düzenlenmesinde öngörülen tedbirlerin, demokratik toplumda anlamına uygunluk içinde bulunmaları bir zorunluluk olarak ortaya çıkar¹³⁰

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

Meşru temel hak sınırlandırması ile temel hakkın özünün¹³¹ ihlali, temel hakların sınırlanırmasında ulusal hoşgörülebilir farklılık ile Sözleşmenin ihlali arasındaki sınırlar henüz açıklığa kavuşmamıştır. Bu kısımda bu iki sorunun yanıtlanmasına çalışılacaktır. Sözleşmenin 8, 9, 10, ve 11'inci maddelerinin 2'nci fıkraları ile temel hakların düzenlenmesindeki sınırlamalarda¹³² geniş çerçeveli

129. AlHS'nın 6'ncı mad. 1'inci fıkrası adil yargılanma hakkının öngörmüştür. Bu hakkın (fair trial; proces equitable; das recht auf gerechtes -faire- Verfahren) demokratik toplumun temel prensiplerinden birini oluşturduğunu vurguladığı kararlar için bzk.: 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 36, EuGRZ 1975, s. 91, 95, 97, 98; 8.12.1983 tar. Pretto kar. parag. 21, EuGRZ 1985, 548-550; 8.12.1983 tar. Axen kar. parag. 25, EuGRZ 1985, 225 (228).
130. Sınırlamalar için bzk. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42); Sunday Times kar. parag. 65, 66, EuGRZ 1979, 386 (390); 25.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 36, 41, EuGRZ 1982, 153 (156, 157). Yasal tedbirlerle ilgili olarak: Belçika dil davası kar. parag. 10. Almanca ter. Band 2. s. 30; 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 82, EuGRZ 1976, 221 (232); 7.12.1976 Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen kar. parag. 50, 53, EuGRZ 1976, 478 (484-486); 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 49, 55, 59. EuGRZ 1979, 278 (285-287); 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 63, EuGRZ 1981, 559 (562); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 52, 53, EuGRZ 1983, 488 (491). Fed. Al. An. Mahkemesinin temel hakkı sınırlayan kanunla temel hak arasında karşılıklı ilişkinin, temel hakkın anlamı işliğinde yaklaşılması zorunluluğunu içeren kar. İçin bzk. VerfGE 7, 198 (208 vd.); 27, 108 (117); HABERLE, P., a.g.e., s. 49, 71, 102, 210 vd.; BLECKMANN, A., "Allgemeine Grundrechtslehren" 1979, s. 245; SCHNEIDER, H., "Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten" 1979, s. 31 vd.; HESSE, K., "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland", Kenar-Nr. 7-9, 72, 317 - 319, 332, 333.
131. Temel hakkın özünün vurgulandığı kar.: 23.7.1968 tar. Belçika dil dav. kar. parag. 5. Alm. ter. Band 2. s. 28; 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 38.40. EuGRZ 1975, 91 (98,99); 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 60, EuGRZ 1979, 650 (656); 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 52, 55, 57. EuGRZ 1981, 559 (560, 561); 21.2.1982 tar. Campbell, Cosans kar. parag. 41. EuGRZ 1981, 153.
132. PARTSCH, K.J., "Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention", in: Die Grundrechte, Hrsg. : Bettermann, Neumann Hippeldey, Band 1, s. 303 vd. 314; HOFFMANN - Remy, U., "Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkungen nach art. 8-11. Abs. 2 EMRK, s. 41.

kurallar içeren 14, 15, 17 ve 18'inci maddeleri, bu araştırmanın esasına dayanak teşkil ederek yönlendirici olacaktır. 15'inci maddenin 2'nci fikrası dışında¹³³ adı geçen maddelerde sınırlamalarda öngörülen teknik ile yönelik amaç arasında "ölçülülük ilkesi" belirleyici kriterdir¹³⁴. Ama bunun da temelini Demokratik toplumun temel prensipleri oluşturmaktadır¹³⁵. Bu suretle "demokratik toplum prensipleri" son ölçü ve "öz" garantisi işlevi görmektedir; onun bu işlevini anlaşılmış duruma getirmek için aşağıda sınırla kapsamda bir açıklama ile yetinilecektir.

1. AİHS'nin 14'üncü maddesi, "Bu sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğuş ve benzeri başka bir statü ayrimı gözetilmeksızın herkes için sağlanır" hükmünü öngörmüştür. Bu hükmü, farklılığı içeren bir işlemin amacı ile buna yönelik tedbirlerin etkinliğinin demokratik toplumun temel prensipleri bağlamında, objektif ve akıcı bir hukuki gerekçeye dayandırılma zorunluluğunu saptamaktadır. Son belirleyici olan, vasita ve amaç arasında uygun ölçülülük ilişkisinin var olup olmadığıdır¹³⁶. Belçika dil olayı

133. 15'inci maddenin 2'nci fikrası "bu hükmeye dayanarak (ki bu 1'inci fikrasında olağanüstü duruma atıfta bulunmakta), yasal savaş eylemlerinden doğan ölüm olayları dışında 2'nci maddeye ya da 3'üncü madde ve 4'üncü maddenin 1'inci fikrasıyla 7'nci maddeye aykırı önlemler alınamaz" hükmünü öngörmektedir. Ancak bunun yanında Sözleşmenin 65'inci maddesinin 1'inci fikrası, Sözleşmeye taraf olma konumuna son verilebileceği hükmünü de öngördüğü unutulmamalı; her iki olgu birlikte gözönünde bulundurulmalıdır.

134. 23.7.1968 tar. Belçika Dil kar. parag. 10. Alm. ter. Band 2, s. 30.

135. A.g.k., parag. 10. Alm. ter. Band 2, s. 30, 31 : 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49. EuGRZ 1977, 38 (42); 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 65. 67. EuGRZ 1979, 386 (390, 391); 13.8.1981 tar. Young, James. Webster kar. parag. 62-65, EuGRZ 1981, 559 (562).

136. 23.7.1968 tar. Belçika dil. dav. kar. parag. 10. Alm. ter. Band 2, s. 30, 31; bu karardaki yaklaşım. 27.10.1975 tar. Syndicat national de la police belge kar. parag. 46'da (EuGRZ 1975, 564 (566) onaylanmaktadır); 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 103'te (EuGRZ 1976, 221 (238) ayırım yapma (Diskrimination) eşit davranışın mame, hakkı vermekten çekinme veya açıkça bir suistimal oluşturduğunda sözkonusu olgu ortaya çıkmaktadır; 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 66. EuGRZ 1977, 38 (49); 18.1.1978 tar. Ireland United Kingdom kar. parag. 226, 229. EuGRZ 1979, 149 (157, 158); 9.10.1979 tar. Airey kar. parag. 30. EuGRZ 1979, 626 (629); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 67. EuGRZ 1983, 488 (493); Bir Sözleşme hakkının ihlalinin tespitinden sonra, bunun yanında açık olarak farklı işlemle eşitlik aykırılık belirleniyorsa, o zaman 14'üncü maddenin ölçüne göre de denetleme yapılabileceği öne sürülmektedir. 14'üncü maddenin işlev değerinin bu suretle düşürtülmemesine karşı Dudgeon kararında; karşılık yazılarıyla Evrigens, Garica de Enterria ve karşılık yazısında Matscher eleştirilerde bulunarak farklı düşüncelerini sergilemişlerdir, bkz. serie A. Nr. 45, s. 32, 35 vd. EuGRZ 1983, 488 (494, 495); KABOĞLU, İ., op. cit., s. 14-16.

kararına ilişkin Sözleşme ihlalinin tespitinde bu kriter de¹³⁷ belirleyici olmuştur. 13.6.1979 tarihli Marckx kararının Sözleşmeyi ihlal gerekçesinde gerçi ölçülülük prensibine açıkça dayanılmamıştır¹³⁸, ancak nesbi sahib olmayan (evlilik dışı) çocuğa ilişkin yasal tedbirlerin her ne suretle olursa olsun onun zararına neden olmasına ve Sözleşmenin 8'inci maddesinde öngörülen temel hakkını ihlal edemeyeceğine¹³⁹, bunun gibi aile barışının sarsıntılar geçirmesinin, evlilik dışı çocuğun temel hakkından mahrumiyetinin gerekçelendirilebilir bir nedeni olamayacağına¹⁴⁰ vurgulanarak işaret edilmiştir. Aslında bu gerekçeler, ölçülülüğe uygunluk temel prensibini de kapsamaktadır¹⁴¹.

2. Sözleşmenin 15'inci maddesinin 1'inci fıkrası devlete, içinde bulunulan durumun gerektirdiği kapsama olağanüstü yetki tanımasıdır;¹⁴² bu suretle aşırılığı yasaklamış, buna karşılık ölçülülüğü benimsemiştir¹⁴³. 17 ve 18'inci maddeler¹⁴⁴ öz garantisinin verileri olarak algılanabilmeye açık olmakla birlikte, doktrinde farklı yo-

137. Belçika dili davası kar. (23.7.1968 tar., Serie A. Nr. 6, s. 70) parag. 32, Alm. ter. Band 2, s. 65; diğer sebep ise, eşit davranışmamayı sadece dili kriterine dayandırmak olmuştur. Mensup olunan dile göre eğitim sahasında farklılık, ya da farklı işleme tabii olma, kararın diğer beş sorununda ek objektif gerekçedenlerin olması, özel ve kamu menfaatleri arasında bir dengenin muhafaza edildigine istinaden yürürlükte bırakılmıştır. (Alm. ter. Band 2, s. 39, 40, parag. 13).

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

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

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

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

142. AİHS'nın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrası açıkça, "Ulusun yaşamını tehdit eden... olağanüstü bir durumda... kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere... bu Sözleşmeye aykırı önlemler olabilir" hükümunu öngörmüştür (to the extend strictly required by the exigencies of the Situation (dans la stricte mesure où la situation l'exige)).

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

144. AİHS 17'inci madde : "Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, bir devlet, grup ya da kişİYE burada öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden herhangi birini yok etmeyi ya da sözleşmede hükmeye bağlanmış olandan daha geniş ölçüde sınırlamayı amaçlayan bir etkinlikte ya da eylemde bulunma hakkı verir biçimde yorumlanamaz". 18'inci madde: "Bu sözleşmede anılan hak ve özgürlükler için izin verilen kısıtlamalar, belirlenmiş oldukları amaçtan başka bir amacıyla uygulanamaz".

rumlanabilmişlerdir¹⁴⁵. 18'inci madde; kötüye kullanma belirtisinin olmadığına¹⁴⁶, davaya taraf olanların bu iddialarından vazgeçmeyelebine¹⁴⁷, özellikle daha önce Sözleşmeye uygunluk¹⁴⁸ ya da aykırılık¹⁴⁹ tespit edilmiş olduğuna istinaden Mahkemece denetileme ölçüsü alınarak esaslı ve geniş bir çerçevede inceleme konusu yapılmamıştır. Komisyon ise 14'üncü maddede olduğu gibi 18'inci maddeyi de, Sözleşme teminatlarını güçlendirici, Sözleşmenin bir bütün olarak anlaşılmamasına katkı sağlayıcı olarak anladığını vurgulamıştır¹⁵⁰.

3. 17'inci maddenin karakteristik özelliği, öngördüğü "kötüye kullanma yasağının" hem birey ve gruplara hem de devlete yönelik olmasıdır¹⁵¹: Birey ve gruplar temel hakları özgürlükçü düzeni orta-

145. HERZOG'a göre, 17'inci madde özgürlükçü demokrasinin koruyucu normudur; 16'ncı madde ise, inşai olmaktan ziyade açıklayıcı bir konuma sahiptir; ancak bu maddeye dayanarak ölçülüük temel prensibi oluşturulabilmektedir (Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: AÖR 1961, s. 194 (204, 209); PARTSCH, H.J., 17'inci maddenin özgürlük kullanımının maddi sınırlarını belirlediğini, 18'inci maddenin ise özel sınırlamaları temin ettigini ileri sürmektedir (Die rechte und Freiheiten der EMRK, in: Bettermann (Hrsg). Die Grundrechte I. 1966, s. 235 (303, 314); GURADZE, H., PARTSCH gibi düşünmektedir, "Die Europäische Menschenrechtskonvention", s. 202; HOFFMANN, R.H., 17 ve 18'inci maddeleri, özel sınırlamaları tamamlayan, hatta bu sınırlamalar dışına taşan ek sınırlamalar olarak algılamaktadır (Die Möglichkeit der Grundrechtseinschraenkung nach Art. 8-11 Abs. 2 EMRK, 1976, 41 vd.); bundan başka ayrıca bkz. HAIBRONNER, K., "Die Einschraenkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft", in: Festschrift für H. Mosler 1983, s. 359, 362, 373, 374.

146. 1.7.1961 tar. Lawles kar. parag. 38, Alm. ter. Band 1, s. 52.

147. 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 74, 75, EuGRZ 1979, 306 (391).

148. 8.6.1976 tar. Engel kar. parag. 93, EuGRZ 1976, 221 (236); 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 64, EuGRZ 1976, 38 (49).

149. 23.9.1982 tar. Sporrøg et Lonnroth kar. parag. 76, EuGRZ 1983, 523 (527); "Nachdem der Gerichtshof festgestellt hat, dass Art. 1 des. ZP verletzt wurde, erachtet er es nicht für notwendig, den Fall in Bezug auf Art. 17 und 18 der Konvention zu prüfen".

150. Komisyonun, Kamma-Hollanda'ya karşı başvurusunda, 14.7.1974 tarihli (4771/71) raporu. Decisions and Reports 1, s. 3 vd.

151. AIHS'nin 17'inci maddesi ile Fed. Al. An. 18'inci maddesi arasında bir karşılaşırma yapmak gerekdirse, ikisi arasında farklılık olduğu ortaya çıkar; bunun için her iki madde metninin buraya aktarılmasında fayda olduğu düşünülmektedir. AIHS'nin 17'inci mad.: "Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, bir devlet, grup ya da kişiye burada öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden herhangi birini yoketmemeyi ya da Sözleşmede hükmeye bağlanmış olandan daha geniş ölçüde sınırlandırmayı amaçlayan bir etkinlikte ya da eylemde bulunma hakkı verir biçimde yorumlanamaz". Fed. Al. An. 18'inci mad.: "Her kim, hür demokratik temel düzene karşı mücadale amacıyla düşünceleri açıklama hürriyetini, özellikle basın hürriyetini (15'inci maddenin 1'inci fıkrası) eğitim hürriyetini (5'inci maddenin 3'üncü fıkrası) toplanma hürriyetini (8'inci mad.), dernek kurma hakkını (14'üncü mad.) ya da sigorta hakkını (16'ncı maddenin 2'inci fıkrası) kötüye kullanırsa, bu temel hakları kaybeder. Hakkın kaybına ve bunun ölçüsüne Federal Anayasa Mahkemesi karar verir. Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz., KABOĞLU, op. cit. s. 65, 66.

dan kaldırma amacına yönelik¹⁵² olarak kullanıiyorlarsa, bu amacın gerçekleştirilmesinin önüne geçmek için söz konusu temel haklar, durumun zorunlu olduğu ölçüde sınırlanabilir. Nisbi kapsamındaki bu sınırlandırma gereği, devlete yönelmektedir; vatandaşları, gereksiz özgürlük kısıtlamasına ve temel haklardan mahrum edilmesine karşı korumaya almaktadır.

17'nci madde devlete yönelik genel bir kötüye kullanma yasağı öngörmüştür; buna göre, temel hak ve özgürlüklerin Sözleşmede belirlenenden daha kapsamlı olarak sınırlanılmasını öngören düzenleme geçerli değildir¹⁵³. Ancak bu madde ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirmeyi içeren karara Mahkeme yargılamasında rastlanmamıştır. Nedeni ise, bu içerikte bir karar verme koşullarının oluşmamasıdır¹⁵⁴. daha önce "De Becker" başvurusuna ilişkin olayda Komisyon, 17'nci maddenin dar kapsamlığını vurgulamıştır; buna göre, madde sadece "demokratik devlet düzeninin" tehdit edilmesinin **ciddiliği** ve **devamı** karşısında zorunluluğun gereği ve tamamen ölçülüğe uymak kaydıyla uygulanabilir¹⁵⁵. 25.2.1982 tar.

152. 19.12.1959 tar. Kom. Rap., Serie B, Nr. 1. parag. 141, s. 180 (Lawless olayı başvuru - Nr. 332/57); 17'nci madde, Sözleşmenin öngördüğü özgürlükleri tamazlıktan gelmemektedir; ama özgürlükü düzeni ortadan kaldırma özgürlüklerinin olamayacağını, temel hak ve özgürlüklerin bu yönde kullanılamayacağını vurgulamaktadır. Ancak yargılama teminatlarını içeren 5'inci ve 6'ncı maddeler bundan etkilenmemektedir; çünkü bunlar, bireylerin eylem özgürlüklerinden çok, kamu kurumlarının insanlara karşı olan yükümlülüklerini içermektedirler. Burada belirleyici olanın, yargılama teminatlarının özgürlükü düzeni ortadan kaldırımıya ya da bozmaya yönelik olarak kullanılamaz olmalarıdır. AİHM, 1.7.1961 tar. Lawless kararında, sonuçta Komisyonun düşüncesine katılmaktadır, bkz. Serie A, Nr. 3, s. 45, 46, parag. 7. Alm. ter. Band 1., s. 39: Komisyon Alman Komünist Partisi'nin yasaklanması kararına ilişkin olarak, Sözleşmenin 9, 10, 11, 12'nci maddelerindeki özgürlükler dayanılmamasını mutlak olarak geçersiz telakkii etmiştir (Annuaire de la Convention, Vol. 1, s. 222 (224));

153. KABOĞLU, op. cit. s. 65 dipnot 2.

154. 8.6.1976 tar. Engel kar., parag. 104, EuGRZ 1976, 221 (239); 23.9.1981 tar. Sporrong et Lönnroth kar., parag. 76, EuGRZ 1983, 523 (524).

155. 8.1.1960 tar. de Becker-Belçika olayına ilişkin (214/56 numaralı Kom. Rap., Serie B., Nr. 2, parag. 279, s. 137) 17'nci maddenin uygulanmasında ölçülük değerlendirmesinin muhakemesine ihtiyaç duyulmaktadır. Krl. HEILBRONNER, K., "Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft", Festschrift für H. Mosler 1983, s. 359 (373, 374). Komisyonun Sporrong et Lönnroth olayında özel bir tutum sergilediği görülmektedir (7151, 7152/75). 5.7.1979 tarihli kabul edilebilirlik kararında, 1'inci protokolün 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasının, AİHS'nin 17 ve 18'inci maddeleriyle bağlantılı şekilde nazari itibare alarak rietenlemede bulunulması zorunluluğunu vürgulamaktadır. (Bunun için bkz. 8.10.1980 tar. ek rap. Annex II, s. 83 vd. 102, 103).

Campbell and Cosans kararında ise 17'nci maddenin sözkonusu edilme olgusu, dikkate değer bir durum ortaya çıkarmıştır. Devletin eğitim görevini üstlenmesi nedeniyle velilerin her çeşit inançlarına (dünya görüşlerine) saygıfulmak zorunluluğu yoktur: "Mahkeme 17'nci maddeyi Sözleşme bütününde nazarı itibare alarak, dünya görüşünü içeren inançlar" kavramının demokratik bir toplumda uyulmaya lâyık olan, insan onuru ile bağıdaşmaz olmayan inançları kapsadığı inancındadır; ayrıca bunlar çocuğun öğrenim temel hakkına aykırı olamazlar..."¹⁵⁶. Demokratik toplum prensipleri, insan onuru, diğerlerinin temel haklarına saygı bağlamında 17'nci maddenin velilerin kişisel haklarının yapısındaki sınırlamaları (immanente Grenzen) ortaya çıkarıp çıkarmadığı sorulabilir. Böyle bir soru olgusuna olumlu yaklaşmak gereklidir; çünkü temel haklar mutlak değil, Anayasa'nın ya da Sözleşmenin bütünü bağlığında diğer temel haklar ile birlikte nisbi olarak dikkate alınırlar¹⁵⁷. Temel hakkın yapısında varolan sınırlar, devlet menfaati lehine muhtemel ek sınırlamalar anlamına gelmez¹⁵⁸. Kişinin, temel hakkını kullanırken diğerlerinin Sözleşme ya da anayasal haklarının geri planda kalabilmesine vesile olacak mahiyette daha fazla genişletilemeyeceği anlamına gelir. Bu suretle temel hakkın yapısında mevcut sınırlar, biri için öz garantisini oluştururken diğer için temel hakkı teminat altına alma işlevi görür¹⁵⁹. 17'nci maddede, "Bu Sözleşmenin bir hükmü Sözleşmede hükmeye bağlanmış olandan daha geniş ölçüde sınırlamayı amaçlayan ... bir ... biçimde yorumlanamaz" kuralı, devlet-vatandaş ilişkisinde kendisini bu

156. 25.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 36, EuGRZ 1982, 153 (156) AlHM "demokratik toplum" bağlığında 13.8.1981 tar. Young, James, webster kar. parag. 63'e atıfta bulunularak, çoğulculuk, hoşgörü, açıklık, azınlığın korunması ve ölçülüük prensibini vurgulamaktadır.

157. HÄBERLE, P., "Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, Abs. 2, Grundgesetzes 1983, 325 vd.; EHMKE, H., "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", in: Dreier, Schwegmann 1976, s. 164 (187 vd); HESSE, K., "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 13 Aufl. 1982, Kenar-Nr. 17 vd.(20).

158. HESSE, K., özel bir itina ile teminatların her sınırlanılmasının sadece Anayasa'ya dayandırılması zorunluluğuna işaret etmektedir, a.g.e., Kenar-Nr.309; Aynı düşüncenin HÄBERLE, P., paylaşmakta, "temel hakların önemi ve onu sınırlayan hukuki değerlerin sadece Anayasa düzeyinde belirlenmesini" vurgulamaktadır(32); İçerikte var olan sınırlamalara (immanente Grenzen) ve öz kavramının içeriğine Anayasa'nın bütünlüğü yansımaktadır" a.g.e., 329 vd; Bu nun için ayrıca bkz.: AlHM'nin 6.9.1978 tar. Klass kar.parag. 42.59. EuGRZ 1979, 278 (284, 286, 287).

159. HESSE, K., a.g.e., Kenar-Nr. 308, 317, 318, 332; HÄBERLE, P., a.g.e., s. 58.

kapsamda göstererek¹⁶⁰, ölçülülük dışı sınırlarına yasağına uyulmasını saptamıştır. Böylece her özel kayıtlama; (1) vatandaşlar için temel hakların sınırlarını belirlerken, (2) devletin sınırlandırma yetkisini göstermekte, (3) aynı zamanda bu yetkinin sınırlarını çerçevelenemekte, esas hatlarıyla ortaya çıkarmaktadır. Bu muhakeme çerçevesinde temel hakın öz içeriği, özel olanakların geçerli kıldığı sınırlamaların sona erdiği yerde başlamaktadır¹⁶¹; Sözleşmecə meşru sınırlandırma amacına uygunluk ilişkisi içinde bulunmadığı anda sona ermektedir, yanı öz'e dokunmaktadır. Bu durumda kamu yararının korunması ve özel bir değer atfedilen temel haklara rüayet¹⁶² arasında adil bir denge temin edilememiş olmaktadır. Sonuç olarak AIHS'nin 17 ve 18inci maddelerinden öz garantisine ilişkin olarak üç bakış açısı oluşturulabilir: (a) 17inci maddenin öngördüğü; "Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü ... hak ve özgürlüklerden herhangi birini yok etmeyi ... amaçlayan ... hakkı verir biçiminde yorumlanamaz" hükmü, temel hakları 15inci maddedeki olağanüstü hal dışında, ortadan kaldırmayı ya da askıya almayı yasaklamaktadır. (b) 18inci madde her sınırlandırmanın kesinlikle belirtilen amaca yönelik olarak gerçekleştirilebileceğini tespit etmektedir. (c) 17inci maddenin "yukarıda belirtilen hükmü; her meşru sınırlandırmanın sona erdiği yerde öz ihlalinin başladığı, her öz ihlalinin başladığı yerde ölçülu sınırlandırma yetkisinin sona erdiği anlamına gelir; kısaca **öz ihlalinin başladığı yerde ölçülu sınırlandırma yetkisi, ölçüluğun sona erdiği yerde öz ihlali başlamaktadır.**

Bu üç bakış açısıyla 17 ve 18inci maddeler, subjektif ve objektif teminatlar olarak temel hakların maddi içerikli anlamını vurgulamaktadır. Bu anlamda temel hakları bağlayıcılığı onların işlevini güçlendirmiş olmaktadır¹⁶³. Mahkeme de, kararlarını bu anlamda gereklendirmektedir.

160. HESSE, K., a.g.e., Kenar-Nr. 332-334; HÄBERLE, Pl. a.g.e., s.58 vd.; MÜLLER, J.P., "Elemente einer schweizerischen Grundrechtslehre", 1962, s.7,9 vd., 122, 152, 155.

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

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

163. GURADZE, H., "Die Europäische Menschenrechtskonvention" 1968, s.202 vd.; PARTSCH, H.J., 17inci maddenin, özgürlüklerin kullanılmasının maddi sınırlarını içerdigini, 18inci maddenin ise, sınırlamaların özelliğini teminat altına aldığına belirtmektedir, b.kz.: "Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention". In: Die Grundrechte, Hrsg. Bettermann, Nümemann, Nipperdey, Band 1, s.235 vd. (303,314); HERZOG, R., 17inci maddeyi özgürlükçü demokrasının koruyucu normu olarak anlamaktadır; 18inci maddeyi ise, beyan edici yapıda olduğuna, bu suretle yönendirici işlev gördüğünne, ancak bundan ölçülu prensibinin oluşumunun da gözardı edilmemesine dikkati çekmektedir. Bkz., "Das Grundrecht auf Freiheit in der europäischen Menschenrechtskonvention", in: AÖR 1961, s.194 vd.

IV. Mahkeme gerekçeleri

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

1. Doğrudan "öz" gerekçesine dayanma

Mahkeme, hakkın özünün ihlali konusuna bazı kararlarında¹⁶⁴ değinmiştir; ancak sadece 13.8.1981 tarihli Joung, James, Webster kararında, 11inci maddenin 2nci fikrasındaki özel kayıtlama nedenlerini araştırmaya gerek görmeden¹⁶⁵, alınan tedbirlerin özgürlüğün özü gerekçesi bağlamında¹⁶⁶ Sözleşmeyi ihlal ettiğinin tespitini gerçekleştirmiştir. Bununla beraber bu kararda; genel anlamda ve mutlak olarak "öz" alanını belirleme ve ölçülük prensibi kriterinden vazgeçme sözkonusu olmamıştır¹⁶⁷; çünkü Mahke-

-
164. 23.7.1968 tar. Belçika dili davası kar. parag. 5, Alm. ter. Band 2, s.28 (Serie A, Nr.6, s. 32); 21.2.1975 tar. Golder kar. parag. 38, 40, EuGRZ 1975, 91598,99; 24.10.1981 tar. Winterwerp kar. parag. 60, EuGRZ 1979, 650 (657); 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 52,57, EuGRZ 1981, 559 (560,561); 21.2.1982 tar. Campbell and Cosans kar. parag. 41, EuGRZ 1982, 153 (157).
165. 13.8.1981 tar. Joung, James, Webster kar., parag. 52,55, EuGRZ 1981, 555 (560, 561); daha önce 13.7.1979 tar. Marckx kararında, Sözleşmenin 8inci maddesi ile ilgili olarak, öz kavramına vurgulanarak değiştirilmiş ve benzer gerekçe üzerinde durulmuştur, bkz.: parag. 31, EuGRZ 1979, 454 (455).
166. "Der Schutz der persönlichen Meinungsfreiheit, den die Art. 9 und 10 im Rahmen der Gedanken-, Gewissens-, Religions- und Meinungsfreiheit gewährleisten, ist auch eines der Schützgüter der in Art. 11 gewährleisteten Vereinigungsfreiheit. Demnach verletzt es den Wesenagehalt (the very substance of the freedom) dieser Bestimmung wenn wie in den Fällen der Bf., ein Druck ausgeübt wird, einer Vereinigung beizutreten, die den Überzeugungen eines Betroffenen zuwiderläuft", Joung, James, Webster kar. parag. 57, EuGRZ 1981, 561.
167. Soyut temel hak norm ilişkisi için, bkz. MÜLLER, J.P., "Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie" 1982, s. 152.

me, örgütlenme özgürlüğü ile ilgili zorlamanın her şeklini dışlamamıştır¹⁶⁸. Mahkumiyet için belirleyici olan daha çok zor kullanma-ya ilişkin teknik ve bunun ortaya çıkardığı sonuçlardı¹⁶⁹. Zorlamanın bu şekli, örgütlenme özgürlüğünün özünü zedelemiştir; çünkü üye olmaya zorlamanın uygulanmasıyla başvuruda bulunanların kişisel inançlarına ilişkin özgürlüklerinin (9., 10. mad.) özüne dokunulmuştur¹⁷⁰. Temel hakların sınırlandırılmasında, sözkonusu temel hak anlamının maddi bağlayıcılığı düşüncesine ve ölçüsüz-lük ya da aşırı sınırlandırma yasağına uyulmadığı görülmüştür. Somut olarak azınlığın korunması prensibi bağlamında demokratik toplum prensiplerine dayanma, kararın tamamlayıcı mahiyette ge-rekçesini teşkil etmiştir¹⁷¹.

2. Toplum ve kişi menfaatleri arasında adil denge

Bireysel ve toplumsal menfaatler arasında "adil bir denge"nin¹⁷² olması gereğine, sık olmamakla birlikte kararlarda deñinmiştir; ancak açık olarak sadece 23.9.1982 tarihli "Sporrong et Lönnroth" kararında, toplum yararı ile bireysel menfaat arasında ölçülüük prensibine uyulmamasına istinaden bir mahkumiyet kararı verile-bilmiştir¹⁷³. 6.9.1978 tarihli Klass kararında ise, terör suçlarına

168. 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 52, EuGRZ 1981, 559 (560,561).

169. Tazminat ya da yeniden istihdam edilme olanağını öngörmeden, uzun yıllar yürürlükte olan iş ilişkisinin feshedilmesi ve bunun sonuçlarından olan **varolma dayağından** (Verlust der Existenzgrundlage) yoksun kalma; bkz. a.g.k.. parag. 54.55, EuGRZ 1981, 560, 561.

170. A.g.k., parag. 57, EuGRZ 1981, 559 (560,561).

171. A.g.k., parag. 63.65, EuGRZ 1981, 559 (562).

172. Bu konu içerikli kararları için bkz.: 23.7.1968 tar. Belçika dil davası kar. parag. 5. Alm.ter., Band 2, s.28; 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 63.65, EuGRZ 1981, 559 (562); 23.9.1981 tar. Sporrong et lönnroth kar. parag. 73, EuGRZ 1983, 523 (527); 23.11.1983 tar. Van der Mussele kar. parag. 40, EuGRZ 1985, 477 (483).

173. 23.9.1983 tar. Sporrong et Lönnroth kar. parag. 73, EuGRZ 1983, 527: Young, James, Webster kararında tüm denetim sürecinde, daha çok tedbirlerin zorun-luluğu ve ölçülüüğü üzerinde durulurken (parag. 59-64), adil denge (proper balance) sonuç değerlendirmede nazarı itibare alınmıştır (parag. 65). Ölçüsüz-lük ise belirleyici olmuştur (parag. 65).

karşı demokratik düzenin korunması amacıyla **gizli dinleme tedbirlerinin zorunluğunu** prensip olarak tartışılmamıştır¹⁷⁴. Tartışılan, normal yargılama sürecinin dışına çekilmasının kapsamının çok geniş tutulup tutulmadığı, normal yargılamanın yerine öngörülen parlamenter denetim sisteminin sulistimale karşı uygun ve yeterli güvenceler temin edip etmediği idd¹⁷⁵. İşte burada **demokratik toplum, ölçü¹⁷⁶** ve **korunan değer¹⁷⁷** işlevini aynı zamanda üstlenmiş oluyordu. Temel haklar ile demokratik toplumun karşılıklı etkileşim içinde bulunmalarından ve birbirlerine sıkı bir şekilde bağımlı olmalarından¹⁷⁸, değerler kademelenmesi anlamında bir muhakemenin yapılması¹⁷⁹ sözkonusu olamazdı. Demokratik toplumun ve bireysel hakkın korunması hedeflerinden birinin diğerini ağır bir tehlikeye maruz bırakmadan tümüyle gerçekleştirmesi olanaksızdı; bu nedenle değişken olmayan **demokratik toplumun korunması** amacına¹⁸⁰ yönelik olarak, sadece **değişken olan ölçülüük tekniği** nazarı itibare alınmamıştır. Demokratik toplumun korunması ile bireysel temel hakların güvence altına alınması arasındaki uzlaşmayı gerçekleştirmeyi¹⁸¹, Mahkeme uygun çözüm olarak görmüştür. Ancak bu yapılrken; iki değerin (demokratik toplum - bireysel hak) zaman içinde ve nisbilik çerçevesinde bir denge içinde değiş-

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

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

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

177. "Demokratik toplumu onun bütünlüğünde korumak için (zum schutze einer demokratischen Gesellschaft in ihrer Gesamtheit) b.kz. a.g.k., parag. 59. EuGRZ 1979, 287.

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

179. SCHNEIDER, H., "Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten", 1979, s. 33.

180. SCHNEIDER, H., op.cit.. s. 203.

181. 6.9.1978 tar. Klass kar. parag. 59; "Der Gerichtshof ist... der Ansicht, dass das System der Konvention einen gewissen Kompromiss zwischen den Erfordernissen, eine demokratische Gesellschaft zu verteidigen und individuelle Rechte zu schützen", EuGRZ 1979, 278 (286,287); 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 49, EuGRZ 1977, 38 (42).

ken olması gereklidir. O halde bu bağlamda Klass olayına ilişkin sorundada da; çok açık olmamakla birlikte demokratik toplumun korunması hedefi ile bireysel hakların güvence altına alınması arasında uzlaşturma sağlanarak bir dengenin kurulmak istenmesi, geniş anlamda ölçütlüğün uygulanması olarak anlaşılabılır¹⁸².

3. Demokratik toplumda zorunluluk

Mahkeme yargılamasında demokratik toplumda zorunluluk, temel hakların sınırlandırılmasında zaruri bir sosyal ihtiyacın olması şartına bağlanmıştır; bu surette sınırlandırmanın yasal olarak öngörülen amaçla orantılı olması gereği vurgulanmıştır¹⁸³. Temel hak sınırlandırmalarının "yasaca öngörülmeye şartının" yorumunda ise, etkin bir denetlemenin öngörülmesini istemek suretiyle hukukun üstünlüğü prensibinin yürürlük kazanmasına işaret etmek istemiştir¹⁸⁴. Bunun gerçeklestirilmesini, hak arama yolunun açık tutulması ve bunun yürürlüğünün önceden görülebilir olması şartına¹⁸⁵ bağlamıştır. 25.3.1983 tarihli Silver kararında, bu şartın yerine getirilmemiş olduğunu ilk defa tespit etmiştir¹⁸⁶.

182. HESSE, K., "Grundzüge des Verfassungsrecht, der Bundesrepublik Deutschland", Kenar-Nr. 72,332; Schneider, H., op.cit., s.203.

183. 7.12.1976 tar. Handyside kar. parag. 48,49, EuGRZ 1977, 38 (41,42); 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 53, EuGRZ 1983, 488 (491); 25.3.1983 tar. Silver kar. parag. 97, EuGRZ 1984, 147 (151); ÇAĞLAR, B., "Anayasa Bilimi", s. 161; KABOĞLU, İ., op. cit., 129.

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

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

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

Yargılamada, meşru (yasal) hedefe yönelik¹⁸⁷ amaç içerikli sınırlamada fazla bir zorlukla karşılaşıldığı görülmemiştir¹⁸⁷. Sözleşme, düzenleme kayıtlamalarını bir taraftan oldukça geniş çerçeveli tutarken, diğer taraftan da bunları bağlayıcı ve kesin olarak saymak suretiyle sınırlamıştır¹⁸⁸. Bunlar devletin yasama faaliyetine ilişkin yetkisine içerik bakımından yönlendirici¹⁸⁹ etkide bulunurlarken. Mahkemeye de özerk yorum¹⁹⁰ olanağı sağlarlar ve ölçülü-lük denetiminde bağımsız konumda bulunma islevi verirler.

Meşru hedefe erişme yönünde uğraş verilirken seçilen teknığın elverişliliği, ulusal hukukta daha çok gerekliliğin mantık şartı ola-rak kabul edilir¹⁹¹. Ancak Mahkeme buna vurgulayarak dephin-miştir; bununla beraber onu (teknığın elverişliliğini) zorunluluğun denetimi kapsamında mütalaa etmektedir¹⁹². Mahkemenin bu çe-kingenliği, amaca uygunluk, bu suretle yerindelik denetiminde bulunduğu kanısını vermek istemediği gerekçesiyle açıklanabilir¹⁹³. Bununla beraber geçmişe yönelik bir değerlendirme¹⁹⁴ genel olarak devletin kurumlarını verilerini içerdiginden, amaca uygunluk dene-timi, her zaman kesin olarak elverişlilik kriterinden ayrılamaz. Bu ise Mahkemenin, bir tedbirin elverişliliğini açıkça vurgulayarak üzerinde durmaması nedenini teşkil edebilir.

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

Temel hak sınırlamasının gerçek bir zaruri **sosyal ihtiyaç nedenyile** gerekip gerekmediği hususundaki değerlendirmede Mahkeme, devletlere takdir olanağı tanımaktadır; ancak Sözleşme bakış açısından nihayi değerlendirmede bulunmayı kendisi için saklı tutmaktadır¹⁹⁵. Tartışma konusunu oluşturan soruna ilişkin tedbirleri onayladığında, zaruri bir ihtiyaç hakkında açıkça mütalaada bulunmaktan çekinerek, dışarıya karşı şekli bir çerçevede egemenlik yanısı görünümünü vermektedir¹⁹⁶. Zorunluluğu kabul etmediğinde ise, bağımsız değerlendirmesine dayanarak ivedi bir sosyal ihtiyacın (pressing social need) olmadığını gereklendirmeye mecburiyetini duymaktadır. Bunu yaparken de ölçülülük (proportionalität) kriterini dayanak olarak kullanmaktadır.

Ölçülülüğün denetiminde, öncelikle objektif görünümüne rağmen daha çok devlet içi olgulara bağlı olarak değerlendirmede bulunulmaktadır. Bu, devlet tarafından seçilen tekniğin, yöneltilen hedefe olan ilişkisinin devletin verilerine dayanılarak muhakeme edilmesi anlamına gelir. Bu çerçevede Mahkeme, Sözleşmeyi değerlendirmede özerk davranışarak, meşru hedefi **yönlendirici** olarak algılamaktadır; buna olay içeriğini ve amacın gerçekleştirilmesi için seçilen tekniğin gerekliğini nazarı itibare olarak gerçekleştirdiği değerlendirmesini de eklemek lâzımdır. Böylece bu iki faktör ((1) yönlendirici hedef ve (2) vasıtaya ilişkin değerlendirme), Sözleşme ölçüsünde değerlendirilmektedir. Koruma amacı ve koruma tekniğinin koordinasyonunun ölçülülüğe uygun bir çerçevede gerçekleştirilmesi, karar problematığının esasını oluşturmaktadır. Bu koordinasyonun kriteri ise, öncelikle söz konusu olan Sözleşme teminatının bireysel hukuki ve kurucu anlamı ve son belirleyici olarak da "demokratik toplum" prensipleridir¹⁹⁷. Bu mahkemeye dayanarak gerçekleştirilen sonuç karşılaşması, devlet tarafından seçilen çö-

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

196. Bunun için bkz., Silver kar. parag. 101-103, EuGRZ 1984, 147 (152, 153); krş. 22.10.1981 tar. Dudgeon kar. parag. 49, EuGRZ 1983, 488 (491).

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

zümün uygun olup olmadığı kararını oluşturur. Bu tespit, düşünce ve bilgilenme özgürlüğünün subjektif ve objektif anlamının belirleyici olduğu 26.4.1979 tarihli "Sunday Times" kararında geçerli olmuştur¹⁹⁸. Aydınlatılmış bir kamuoyunun yargının işlevi açısından objektif anlamı, Thalidomit ilaçından zarar görenlerin menfaatleri için yargı otoritesinin mutlak olarak muhafazasını gerektiriyordu. Demokrasi ve tartışmayı oluşturan makalenin konusu ise, genel yarar bakımından Mahkeme otoritesi ile ilgili olarak aynı şekilde davranışmaya bağlıydı. Başka bir anlatımla, aydınlatılmış bir kamuoyunda yargı işlevinin objektif anlamı, özel ve genel menfaatın gerçekleştirilemesine imkan vermektedir. ancak bunun için yargının bağımsız ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi hedefinde esnek davranışılması, adı geçen kararda kaçınılmaz görülmüştür. Bunun için Thalidomit ilaçları ve bu ilaçla ilgili dava hakkında yayın yasağının devamını onaylamak haklı görülmeyerek, düşünce özgürlüğü ve demokratik toplum lehine, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının gerçekleştirilemesi hedefi aleyhine tavır almak gerekli bulunmuştur. Bu karar, tartışma halinde olan hukuki değerlerin, uygulamada başarılı bir uzlaşturma denemesini içermektedir¹⁹⁹. Benzer durum, 13.8.1981 tarihli Joud, James, Webster kararında görülür; Mahkeme istatistik bilgilerine dayanarak sendikaların düzeyini, onları mücadele gücünü teminat altına almayı gerçekleştirmeye büyülüüğünde görmüş ve üye olmaya zorlama tekniğini gerekli

198. 26.4.1979 tar. Sunday Times kar. parag. 65-67, EuGRZ 1979, 386 (390, 391); ÇAĞLAR, B., op. cit., s. 31-33, 46

199. Bununla ilgili eleştiri için bkz., HAILBRONNER, K., loc. cit., s. 372-373. Hailbronner AlHM'nın kural-istişma yaklaşımını eleştürmekte, ivedi sosyal ihtiyaç ölçüsünün esnek bir uygulamasını ve pratik bir uyumun gerçekleştirilemesini önermektedir. Ancak kural-istişma yaklaşımına rağmen, yarısan değerlerin "pratik olarak uzlaştırılmasının" gerçekleştirilebildiğini söylemek olanağıdır. Çünkü AlHM tartışma konusunu oluşturan makalenin, bir kararın (mahkeme kararının) olumunu önceden belirlemeydiğini, yargı saygınılığı ile uyumu bulduğunu tavır ile göstermiştir; böylece AlHM her iki tarafa (basın, kamuoyu ve yargı) yönelik olarak, olaya doğru, etçılıkla uygun sınırlamaları desteklemiştir. Bu bağlamda kural olarak temel hakkı vurgulayarak, 10'uncu maddenin 2'nci fıkrasındaki kayıtlamaları titiz ve özerk olarak yorumlamak suretiyle, öncelikle İngiliz dilinceşine karşı tavır almıştır. İngiliz hukukunun "contempt of court" kuralına istinaden, basın özgürlüğünü itina ile muhakeme etmiştir; İngiltere'de özel olarak bir anayasası düzenlemiş olmadığından esit derecedeki hukuki değerlerin muhakemesini yaparken, Sözleşmenin bir bitti olduğunu ve sınırlandırma kayıtlamalarının özelliğini vurgulamıştır (18'inci maddenin ayrıca göz önünde bulundurulması, anlaşılmaya kolaylığı bakımından gereklidir.). Bu bağlamda, ilgili temel hak ve korunan değerlerin sınırlanırılması arasındaki muhakemeden, Sözleşmenin bütünlüğü nedeniyle sadece Sözleşmeye dayanarak ve özerk olarak gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir.

bulmamıştır²⁰⁰. "Azılığın korunması demokrasi prensibi" gereğine dayanarak; sendikaların küçük çaptaki zayıflamalarının düşünülebilir boyutta olduğunu, herşeyden önce iş ilişkisinin Sendikaya üye olmamaya istinaden feshedilmesinin sonuçları bakımından ölçülu olmadığını²⁰¹ açıklamayı, zorunluluk addetmiştir. Buna karşılık 22.10.1981 tarihli Dudgeon kararında, hoşgörü temel prensibi belirleyici olmuştur²⁰². Mahkeme meşru amaç olarak moral değerlerin korunmasını tanımıştır; hatta gençliğin korunması amacıyla²⁰³ ceza takibatının uygulanması tekniğini, haklı görmüştür. Bununla beraber erginler arası serbest (homoseksüel) ilişkilerin cezalandırılabilirliğini, zorunlu bir sosyal ihtiyaçın yokluğu nedeniyle reddetmiştir. Bu konuda toplumun moral değerleri üzerinde herhangi bir tahribatın olmadığına ve sıkı bir yasal uygulamaya gerek duyulmadığına dayanılarak, ulusal kurumlarca son yıllarda ceza takibatının gerçekleştirilmemiş olması gereği, Mahkemenin bu kararının oluşumunun belirleyicisi olmuştur. Özel sahaya yönelik zararlı etkiler ile bunun için ileri sürülen nedenler arasında özellikle ölçülüük bakış açısıyla cezalandırılabilirlik, uygun bulunmuştur. Toplumun bir grubunun moral değerleri hoşgörü ile karşılaşaması, diğer bir grup erginlerin seksüel yaşamının ceza takibatına maruz kalmasını haklı çıkarmaz²⁰⁴. Ancak cezalandırmamanın, muvakkafat etme anlamına gelmediği²⁰⁵ de bu bağlamda belirtilemelidir. Bu suretle Mahkeme; hem özel sahaya ilişkin temel hakkı, hem de toplumun haklı koruma ihtiyaçlarını birlikte gözönünde bulundurmuş, her ikisini sınırlandırarak adil olmayı denemiştir. Ölçülüük bakış açısıyla demokratik bir toplumda hoşgörüyü gerçekleştirmek için onları birbirleriyle koordineli tutma düşüncesini egemen kılmıştır. Böylece moral değerlere karşı olanlar ile bu değerleri muhafaza etmek isteyen gruplar, aynı toplumda birlikte yaşayabilirler; bunun ortaya çıkardığı sonuç ise, pratik bir uzlaşmadan başka bir şey değildir.

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

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

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

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

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

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

Çalışmanın bu kısmının değerlendirilmesi, bazı saptamaları ortaya çıkararak yapılabilir : "Demokratik toplum"; Sözleşme haklarının (1) yorumunda, (2) özel sınırlandırma kayıtlamalarında, (3) ve bunun gibi genel sınırlırmalarda yönlendirici olmaktadır; temel hakların sınırlanmasında son ölçü işlevi görmektedir kl. (4) onun bu konumu "öz" garantisiyle karşılaştırılabilir.

Temel hakların, düzenleme kayıtlamalarının ve son ölçü işlevi gören "demokratik toplum"un yorumunda, Mahkeme, konumunun gerektirdiği gibi özerk çalışmaktadır. Bu çalışma sürecinde Mahkemenin bir hukuki karşılaşmayı esas alması²⁰⁶, kararının işlevi bakımından²⁰⁷ ve maddi hukuki nedenlerle²⁰⁸ uygun ve doğru te-

206. Ulusal hukuktaki anayasalarдан farklı olarak Sözleşme, korunan hukuki değerlerin ve kamu menfaatlerinin ayrıntılı bir sayısını içermemektedir. Kamu menfaatleri ile bireylerin özel haklarına sadece daha çok genel hükümlerle degenilmiştir. Buna istinaden sorunların çözümü için muhakeme teknigi oluşturulmaktadır. Doğrudan Sözleşmeye dayanarak sınırlamayı haklı çeken hukuki değerin derecesini belirleyen ölçülerin oluşturulması, istisna teşkil eder; bu nedenle, insan hakkı ile sınırlayıcı hukuki değer arasında doğru ilişkilerin oluşturulmasının, demokratik toplumun kurucu prensipleri belirli bir değerlendirmeyi zorunlu olarak öngörmüşorsa ulusal anayasalara bırakılması uygun olur. Krşl. HAILBRONNER, K., "Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft" in : Festschrift für H. Mosler, 1983, 359 (372). Ancak bu bağlamda, kurucu prensiplerin son ölçüler olarak sözkonusu olması kaçınılmaz görülmektedir; çünkü ulusal anayasalar da, özel ve genel menfaatlerin tümünlüğüne olan ayrıntılı bir muhakeme teknigini her zaman öngörmemektedir. Bu konu ile ilgili olarak 1982 Anayasasının 13'üncü maddesi, önce genel sınırlandırma olgusunu belirterek, sonra da özel sınırlandırmalarla atıfta bulunanın özel bir durum oluşturur. Federal Alman Anayasası ise, daha çok genel sınırlandırma teknigini benimser, bkz. Fed. Alm. An. 19'uncu mad. AIHM, genel anlamda temel hakların kural karakterini vurgulamaktadır; bireysel ve toplumsal menfaatler arasında adil bir dengeyi hiyerarşik derecelendirme ile değil, nisbi ölümlü bir eşgüdümlü temin etmemeyi denemektedir. Hailbronner, Avrupa standartının ortaya çıkışmasında "hukuki karşılaşmayı" dayanmayı önermektedir : "Demokratik toplum" kavramı bağlamında hukuki karşılaşma sadece sınırlayıcı hukuki değerler (kamu düzeni, moral değerler... vs) bakımından değil, bunun yanında aynı zamanda sınırlama metodunun belirlenmesi ve onun somut uygulanması bakımından da anlamlı olduğu yadırganamaz" (loc. cit., s.376). Ancak şu gerçeği de vurgulamaktadır : "Buna karşılık somut olayda ölümlülik prensibinin kullanılmasının... problem oluşturması mümkündür" (s. 376); işte bunun içindir ki, sorunun zorluk göstermesi halinde, AIHM özerk olarak karar vermesi zorludur.
207. Mahkemeyi aşırı derecede mesgul etme tehlikesi nedeniyle; her karar verme sürecinde hukuki karşılaşma metodu kullanarak, bunun sonuç değerlendirmesini bağlayıcı kabul etmek, uygunlama gerçekliği ile bağdaştırmak kolay değildir; çünkü Mahkeme halihazırda gereğinden fazla yoğunlukta bir çalışma ile meşguldür, denebilir. Bununla beraber, hukukun geliştirilmesi Mahkemenin görev alanındadır ve bu görevi yerine getirirken gereğini yapması, onun yükümlülüğü altındadır (AIHS'nin başlangıcı).
208. 18.1.1978 tar. Ireland - United Kingdom kar. parag. 154, EuGRZ 1979, 149 (152, 153); 13.6.1979 Mareckx kar. parag. 58, EuGRZ 1979, 454 (460); 6.11.1980 tar. Guzzardi kar. parag. 86, EuGRZ 1983, 633 "Die Urteile des Gerichtshofs dienen auch dazu, "die Bestimmungen der Konvention zu erläutern, zu schützen und weiterentwickeln und so zur Respektierung der von den Vertragsstaaten eingegangenen Verpflichtungen beizutragen" (637)

lakki etmek zordur. Gerçi Mahkeme temel hak ve problemlerinin açıklığa kavuşturulmasında sadece ikincil (subsadlar) konumda yetkilidir. Bir hukuki sorun, devlet içi ulusal hukuk kapsamında tatmin edici bir çözüme ulaştırılamadığında Komisyon önüne getirilir. Orada da "dostça bir uzlaşma" ile sonuçlandırılmışlığında (AIHS 28'inci b md.), son bağlayıcı işlevli kurum olarak onun bağımsız ve tarafları bağlayıcı karar verme zorunluluğu oluşur. Ancak bu işlevini yerine getirirken son ölçü "demokratik toplum"u özerk olarak yorumlamak mecburiyetindedir.

Hukuki karşılaşma, bir standardın kabulünün devletler ulaşması bakımından değerlendirilmesinde²⁰⁹ öncelikle yardımcı işlev görür. Ancak bu bağlayıcılık anlamında anlaşılmamalıdır, çünkü ulusal kuralların, dar çerçevede işbirliği yapılarak ortaya çıkarılanlar aracılığı ile Mahkeme önüne getirilen problemin çözümünde kullanılması, çok seyrek olarak "elverişli Avrupa standartını" ortaya çıkarabilir. Burada, sözkonusu olan temel hakların ve "demokratik toplumun"²¹⁰ görünüm şekillerinin belirgin olarak önceden öngörülmesi değil ama belirli temel prensiplere uyulmasıdır. Demokratik bir toplumda Sözleşme temel haklarının hukuki kapsamı, önemli bir açırgıla sahiptir; ama onların gerçekleştirilemesine yönelik her özel bakış açısı aynı anlama algılamaya açık değildir. Demokratik toplumdan çıkarılan temel prensipler, temel hakların gerçekleştirilemesinde bir sistem oluşturmuştur. Onlar Sözleşme temel haklarını temin ederken, aynı zamanda tüm devletleri bağlayan, "Avrupa kimliğinin" devlet içi hukuk gerçekliğine dönüşümü işlevini de görürler.

209. "Karanın kabul derecesi; Mahkemece, demokratik toplum yapısını oluşturan unsurların somutlaştırılmasının uygun tarzda yapılmış olduğunu aynı zamanda bir belirtisini teşkil eder", HAİLBRONNER, K., s.381. Aynı yazar doğru olarak şu husus da ilave etmektedir : "Mahkeme ölçüsünün doğruluğu üzerinde son sözü üye devletler söyleyeler". Mahkeme, öncelikle son ölçüyü somutlaştmakta ve belirgin hale getirmektedir : Devletler de Sözleşmenin 52-54 maddelerine uygun olarak, son bağlayıcı konumda bu karar kabullenme ve uygulama yükümlülüğündedir. Devletler buna uygunluk gösteren davranışları içinde olmuşlardır. Bunun için bkz. RESS, G., "Die Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im innerstaatlichen Recht und vor innerstaatlichen Gerichten", in Europäischer Menschenrechtschutz. Schranken und Wirkungen, Maier (Hrsg) 1982, s. 227, vd. : GÖZÜBÜYÜK, A., AKILLIOĞLU, T., Yönetim Hukuku, s. 420
210. Buna ilişkin endisə için, HAİLBRONNER, K., s. 371 vd., 375, 380 vd.; buna karşılık 25.3.1983 taraklı Silver ve diğerleri-Birleşik Krallığa karşı dava karamında Mahkeme; ne AIHS'nin 13'üncü maddesinin, ne de tüm olarak Sözleşmenin belirli tarz ve şekillerine önceden tespit etmediğini vurgulamaktadır. EuGRZ 1984, 147 (154); aynı görüşü MÜLLER de paylaşmaktadır : "Söz konusu olan belirli bir devlet şekli değil, ama temel hakların hedef ve şartı olarak demokratik temel düzen üzerinde Avrupa standartı uzlaşmasıdır". "Grundrechte in der Demokratie", EuGRZ 1983, s. 337 (343).

"Demokratik toplumun" prensipleri, Sözleşme çerçevesinde devlet yetkililerin maddi içeriğini belirlemeye, yönlendirici işlev görürler.

Sözleşmenin ihlal edildiğine ilişkin kararın verilmesinde Mahkeme, daha çok "demokratik toplum"dan çıkarılan "ölçülük temel prensibini" öncelikli olarak kullanmaktadır. Bununla beraber demokratik toplumun diğer prensipleri de karar-ölçüsü kapsamında değerlendirilmelerde gerekce olurlar. Ölçülükte ise, iki ayrı değişkenin (amaç-vasıta ilişkisi kapsamında) pratik uyumunun gerçekleştirilmesi hedefine yönelik koordinasyon²¹¹ sözkonusu olmaktadır.

Temel hakların devletçe meşru sınırlamalarının sınırlarına ilişkin kararia, ilgili temel hakkın özü de belirlenmiş olmaktadır. Ancak bununla ilgili temel hakkın soyut olarak mutlak dokunulamaz bir özü ya da çekirdeği²¹² önceden belirlenerek çerçevelendiğini söylemek mümkün değildir; çünkü Mahkemenin çalışması ve kararları, somut olayla ilgilidir. Ayrıca ölçülük prensibine dayandığından mutlak değil, nisbidir. Sonuçta Mahkeme mutlak teoriyi benimseyenlerinde elde etmek istediklerini aynısını elde etmektedir ki, bu teori şu düşünceleri içerir : Temel hak tamamen devletin tasarrufunda değildir. Sınırlandımaların zorunlu olduğu durumlarda da; bu sınırlandırma, ondan pratik olarak yararlanılmayacak, böylece boş, faydasız bir olgu olarak kalması sonucunu doğuracak boyut-

-
211. SCHNEDIER, H., "Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten" 1979, s.203; HESSE, K., "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland" 1982, 386 vd.; 6.9.1978 tar. Klass kar., EuGRZ 1979, 278 vd.
212. Temel hakkın "özü" ile ilgili çalışmalar için bkz. : SCHMITT, G. W., "missbrauch und Wirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf" 1968, s.213-216; KRÜGER, H., "Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 GG", DÖV 1955, s.597; DÜRIG, G., "Der Grundsatz der Menschenwürde", AÖR 1956 (81),s.117; Federal Anaya Mahkemesi'nin yargılanmasında "mutlak teoriden nisbi teori'ye doğru bir gelişme" için bkz.. HABERLE,P., "Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 Grunesetz", 2'inci basımında 1972 yılına kadar (s.286 vd.), 1983 yılındaki 3 'üncü basımında 1973-1983 arasındaki gelişmeler işlenmektedir; AlHS için HOFFMANN, rey, "Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach §-11 Abs.2 EMRK 1976,s. 78.79; KABAOGLU, İ., "Kolektif Özgürlükler", s.262 vd., 265 vd.; AKAD. M., "Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi",s. 132 vd.; ARMAĞAN, S., "Anaya Mahkemelerde Kazai Murakabbe Sistemi", s. 114 vd.; KIRATLI, M., "Anaya Yargısında Somut Norm Denetimi" s.159 vd.; ÖRÜCÜ, E., "1961 Anayasası ve Anaya Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü"; SAĞLAM, F., "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü".

larda olamaz²¹³. Sınırlandıdan sonra da, ondan bir şey arta kalmalıdır²¹⁴. Aşırı sınırlamalarda; örneğin bir akıl hastasının gözetim altında tutulmasında²¹⁵, bunun gibi gizli dinleme tedbirlerinde²¹⁶, temel hakkin özü'ne dokunmama devlet için bir yükümlülük olarak kalmaktadır. Yargısal teminatlar da, temel hakları sınırlayan tedbirlerin zorunluluğunun ve meşruiyetinin etkili denetimini güvence altına almak zorundadır²¹⁷.

Mahkeme yargılamasında, temel hakların özü soyut olarak mutlak şekilde tanımlanmamıştır. Böyle bir tanımlamanın işlevsel açıdan anlamlı olması da mümkün değildir²¹⁸. Ne temel haklar ne de devlet otoritesine ilişkin yetkiler mutlak olgular olarak anlaşılmamaktadır. Sözleşme ve devlet içi Anayasa bağlamıyla bakıldığından böyle anlaşılmamasında da zorunluluk yoktur. Onlar (Söz. ve An.) devlet ve vatandaşlar için haklar ve sınırlamalar içermektedir; vatandaşların hakları devlet için sınırlamalar, devletin yetkileri va-

213. 23.7.1968 tar. Belçika Dil. dav. kar. parag.4 (ögrenim kurumlarına gitme hakkı ve alınan diplomaların pratikte yararlanılabilir konumda olmalar...) Serie A, Nr.6, s.31, Alm.Ter., Band 2, s.27.28; 9.10.1979 tar. Airey kar., parag. 24, EuGRZ 1979, 626(627, 628); 21.2.1975 tar. Golder kar.: "Yargılamanın olmadığı bir yerde, yargılama süresine ilişkin "hakkaniyet", "açıklık" ve yargılamanın giyapta değil, yüze karşı (huzurda) yapılmasına ilişkin kuralların hiçbir anlamı yoktur; 35. "Bir kimse için mektup trafiginin engellenmesi, köktencil (radikal) bir müdafale anlamına gelir". parag. 43, EuGRZ 1975, 91597,99; 9.10.1979 tar. Airey kar.parag. 24, EuGRZ 1979, 626(627, 628); 13.8.1981 tar. Young, James, Webster kar. parag. 56, EuGRZ 1981, 557('561); 1961 An. döneminde Türk Anayasası Mahkemesi de aynı doğrultuda bir tutum sergilemiştir, bkz.: ÖRÜCÜ, E., 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesesi göre hakkın özü kavramı ve mülkiyet hakkının özü, İstanbul 1976: AKIN, F., "Kamu Hukuku", 4. Bası, s. 399 vd.

214. HOFMANN, Remy, loc.cit., 5.80; KRÜGER, H., a.g.m., in; DÖV 1955, S. 597.

215. HESSE, K., op.cit.. Kenar-Nr. 334.

216. 6.9.1978 tar. Klass kar. EuGRZ 1979, 278 vd.

217. Akıl hastahlıkları, bu hakkın (Mahkemeye müracaat ve dinlenilme hakkı) kullanılması şartlarının sınırlanılmasına ya da başka bir şekilde uygulanmasının gerçekleştirilemesine neden olabilir. Ancak hakkın esasının ihlaliine gerekçe olamazlar. Bunun yanında akıl bozukluğu nedeniyle kendilerini ilgilendiren işlerde işlemde bulunamayanlar hakkında, gerçekten koruyucu önlem olarak özel usul hukuku haklarının belliriennmesi mümkündür. 24.10.1979 tar. Winterwerp kar. parag. 60, 61, EuGRZ 1979, 650(656-657).

218. MÜLLER, J.P., de aynı yaklaşımı paylaşmakla beraber, mutlakçı düşünceye de yatkındır : ona göre belirli sınırlar çizilerek, normal koşullarda devletin müdaħalesine olanak verilmemeli; ancak olağanüstü durumlarda bu dokunulmazlık olmamalıdır. Bkz. "Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982, 152, 153; Ayrıca bkz. HÄBERLE, P., "Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs 2. Grundgesetz, 1983, 326 vd. ve NJW 1983, 100.

tandaşlar için sınırlırmalardır. "Öz" garantisı, devletin; (1) objektif ve sübjektif garantiler olarak temel hakların maddi anlamına bağlanmasında, (2) demokratik toplulun temel prensiplerine, özellikle onun ölçülülük prensibine uyma yükümlülüğünde mevcuttur. Buna uymayan ya da saygılı olmayan devlet, Sözleşme²¹⁹ ve Avrupa Konseyi Statüsü²²⁰ anlamında gerçekte demokratik değildir. Ancak böyle bir devletin, soyut olarak tanımlanan bir temel hakkın mutlak çekirdek sahاسını çerçeveyeleyen sınırlara (özüne) eski egemenlik teorisi saplantısına uygun olarak²²¹ riyet etmemesi olağan görülebilir. Bu nedenle demokratik bir toplumda temel hakların nisbi bakış açısıyla temin edilmesi zorunludur, aynı zamanda yeterlidir de: bu zorunluluğun ve yeterliğinin Avrupa İnsan Hakları hukuku çerçevesinde uluslararası düzeyde temin edilmesi ise, AİHM'nin yargılanmasıyla gerçekleştirilebilmektedir.

219. AİHS Başlangıcı.

220. Avrupa Konseyi Statüsü Başlangıcı.

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

Sonuç

AİHM'nden ilk on yıl içinde çıkan kararlar sayı itibarıyle azdır ve konu olarak da daha çok meşru olmayan tutukluluk ile yargılama süresinin uzunluğunu içermektedir. Bugün sadece bu konu ile ilgili haksızlık feryadının Avrupa düzeyinde duyurulmasıyla kalınmamaktadır; bunun yanında toplumsal politik içerikli sorunlar da Strassbourg organlarının önüne getirilmektedir. Ancak, eskiden olduğu gibi yargışal hakların ihlali nedeniyle²²² gerçekleştirilen başvurular yine yoğunluğunu korumaktadır. Bu suretle de, oldukça geniş çaplı somut olay hukuku'nun (cas-law) gelişimine ortam hazırlanmaktadır.

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

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

222. Bunun İçin 1990, 1991 yılları içinde yayınlanan kararlarda bunu gözlemek olanaklıdır; bkz.; 8.7.1987 tar. W. Birleşik Krallığı karşı dava kar. EuGRZ 1990, s.533 vd.; 22.5.1990 tar. Weber-İsviçre dav.kar., EuGRZ 1990, s.265.vd.; 28.6.1989 tar. Obermeyer-Avusturya dava kar. EuGRZ 1990, s.209 vd.; 23.10.1990 tar. Huber-İsviçre dav.kar. EuGRZ 1990, s.502 vd.; 20.9.1991 tar. Reinhart Helmers-İsveç kar., EuGRZ 1991, 415 vd.; 29.10.1991 Jan-Akte Anderson-İsveç dava kar., EuGRZ 1991, s.419 vd.; 30.10.1991 tar. Borgers-Belçika dav. kar., EuGRZ 1991, s.519 vd.; 27.8.1991 tar. Demicoli-Malta dav. kar., EuGRZ 1991, s.475 vd.; 21.2.1990 tar. Hakansson ve Sturesson-İsveç dav. kar., EuGRZ 1992, s.5 vd.; 29.11.1991 tar. Astrid Vermeire-Belçika dav.kar., EuGRZ 1992, s.12 vd.; 25.2.1992 tar. Pfeifer ve Brandstetter-Avusturya dav. kar., EuGRZ 1992, s.190 vd.

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

Sözleşmenin yorumunda uluslararası sözleşme yorumu bakış açısı, daha çok teorik çıkış noktasını oluşturur. Sözleşmenin normatif karakteri, başvuru konusunu oluşturan sorunların çeşidi, kararların somut olay dışındaki etkisi, dava sürecinde Mahkemenin bağımsızlık konumu, onun daha çok anayasal yorumunu gerektirmektedir. Herşeyden önce önem verilen husus, temel hakların yürürlüğünü teoride değil, uygulamada etkili şekilde sağlamaktadır. Bunun için temel haklar, ancak Sözleşmenin bugünkü veriler ışığında²²³ yorumlanmasıyla daha çok güvence altına alınabilirler. Gelişmeci yorum olarak bu olgunun ve doğruluğun ölçüsü ise, **kararların kabul edilebilirliği**dir. Devletler ve vatandaşlarca tasvip bulabildiğinde ve bu süreç dinamizminde ancak kararlar uzlaştırıcı bir işlev görebilirler.

Mahkemenin temel hak teorisi konusunda ise, Sözleşmedeki temel hakların bireyselliği anlayışı hemen hemen ısrarlı olmadığı, onlara sayısal bakımından daha başka anlam kazandırdığı ve çok yönelik işlevle baktığı ortaya çıkmaktadır : Temel haklar sadece devlet müdaħalesine karşı özel yaşam sahasını korumakla yetinmezler; toplum ve birey yaşamı arasındaki çok yönlü bir iç içelik ilişkisi nedeniyle toplum bütününde, vatandaşları etkili biçimde korumak için düzen kuruculuğunun gerçekte yürürlüğünü de temin ederler. Bu bağlamda Sözleşmede yer alan haklar devleti, eylem işlemlerinde uyulması zorunlu genel ilkelerden pozitif yükümlülüklerine kadar yönlendirirler, vatandaşlara da kendi aralarındaki ilişkilerde karşılıklılık çerçevesinde sorumlular yükleyebilirler. Gerçi Mahkeme, Sözleşme teminatlarından, doğrudan edimde bulunma hakkını talep etmeyi ve yatay etkiyi çıkarmamaktadır; ancak sendikala Karşı AIHS'nin 11'nci maddesi ışığında, bireylerin olumsuz dayanışma özgürlüğünü de tanımaktadır.

223. Krs. KABAOĞLU, İ., "Özgürlikler Hukuku", s. 128.

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

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

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

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

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

AİHM uluslararası bir Mahkeme değildir. Çalışmaya başlamasından sonraki ilk on yıl içinde uluslararası Mahkeme özelliğini ağır basmıştır. Bu, kişisinin ya da devletin başvurusuya bir devleti yargılayıp mahkum edebilmenin ve örgütlenmesinin uluslararası bir yapı göstermesinin bilinci etkilemesinden kaynaklanıyordu. Ancak bu kurumun; doğrudan uluslararası hukukla ya da devletlerarası ilişkilerle değil, ulusal hukuk ilişkili olarak devletler içinde Sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığının çalışmasının esas çekişdeğini oluşturduğu ortaya çıkışınca, konumu da, ona karşı güven duygusu artarak belirginlik kazanmaya başlamıştır. Sözleşme sistemi, bireylerin temel haklarına riayeti amaçlayan uluslararası değil, uluslararası bir güvenceyi öngördüğünden, Mahkemenin konumunun da uluslararası değil, uluslararası olduğu farkedilmiştir. Zamanın akışı içinde bakış açısı değişimi ile; Mahkemenin denetimi kararlı devletler hukuku dayanaklı itirazların hemen hemen ileri sürülmemişti²²⁴, daha çok onun konu içerikli yetkisinin tartışıldığı görülmüştür. Bu da, daha çok devlet içi kurumların takdir ve düzenlenme alanı ile Mahkemenin yetkisinin somut olay ile soyut norm denetimi arasındaki sınır sorularında olmuştur²²⁵.

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

-
224. Burada öncelikle AİHS'nin 26'ncı maddesini hatırlatmak gereklidir; ancak bu maddeye dayanarak da devletler hukuk içerikli itirazların olduğu görülmemiştir. Madde metni şöyledir : "Komisyon uluslararası hukukun genel olarak bellişmiş kurallarına göre, ancak tüm iç yargı yolları tüketildikten sonra ve kesin kararın alındığı tarihten başlayarak altı aylık bir süre içinde bir konuya ele alabilir".
225. 8.12.1983 tar. Axen kar., parag. 24 : "Die Kommission unternehme den Versuch, die Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Rechtsnorm mit der Konvention einer abstrakten Kontrolle durch den Gerichtshof zu unterwerfen: eine derartige Kontrolle sehe die Konvention jedoch nicht vor"

lanmamaktadır. Bunun yanında **toplumların yapısal sorunlarına ilişkin olarak** devlet içi çözümleri yetersiz bulduklarından da kaynaklanmaktadır²²⁶. Bu suretle devlete olan bağımlılıkta bir değişim olduğu fark edilmektedir ki, bu durum AİHM'nin uluslararası ya da toplumlar üstü **Avrupa Anayasa Mahkemesi işlevini** gördüğünün benimsendiğini gösterir.

Temel hak ve özgürlükleri koruma ve geliştirme, Avrupa Konseyinin ve Sözleşmenin erişmek istediği "sözleşme devletleri ile kapsamlı beraberliğin gerçekleştirilmesi hedefinin" vasıtalarından birini teşkil eder. Bu, Sözleşmenin başlangıcında²²⁷ açıkça ifade edilmiştir; birlik ve beraberliğin geliştirilmesi bir görev olarak öngörülümüştür. Yeni problemler sunulmak suretiyle de bu görevin devamlılığı sağlanmaktadır. Beklenilen ve bir gereklilik olarak istenen; hukuki koruma görevi çerçevesinde ve bu görevin yerine getirilmesinde "Avrupa Demokratik Hukuk Mekanı'nında Devlet anlayışı"nın²²⁸ yenilenmesine uygun olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin "Uluslararası Anayasa Mahkemesi" olarak dinamik işlevli konumunun kabul ve teslim edilmesidir.

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

KAYNAKÇA

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

- ÇAĞLAR, Bakır** : Milletlerarası İctihadi Anayasa Huku-
ku Üzerine Notlar ya da Hürriyetler
Mekanı'nın Yargıcıları (1) İnsan Hakları
Merkezi dergisi 1991.
- ÇAĞLAR, Bakır** : Anayasa Bilimi, PFS yay., İstanbul
1991.
- ÇELİK, Edip** : Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap.
İstanbul 1987.
- DÜRİG, G.** : Der Grundsatz der Menschenwürde"
AÖR 81, 1956, s. 117 vd.
- EHMKE, H.** : Prinzipien der Verfassungsinterpretati-
on, in: Dreier, Schwegmann 1976,
s. 164 vd.
- ERMOCORA, F.** : Richtungsweisendes Handyside-Urteil?
EuGRZ 1977, 363.
- GÖREN, Zafer** : Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru
(Anayasa Şikayeti), Anayasa Mahkeme-
si'nin 32. kuruluş yıldönümü nedeniyle
düzenlenen Anayasa Yargısı konulu
Sempozyuma sunulan tebliğ, s. 73, 74.
- GOLSONG, H.** : "Der Schutz der Grundrechte durch die
EMKR und seine Mangel, in :
Grundrechtschutz in Europa, Heidelberg
Kol., 1976.
- GRABITZ, E.** : "Der Grundsatz der Verhältnismaessig-
keit in der Rechtsprechung des
Bundesverfassungsgerichts, in : AÖR
(98), 1973, s. 568 vd.
- GÖZÜBÜYÜK, A. -**
- AKILLIOĞLU, T.** : Yönetim Hukuku, Gözden Geçirilmiş
5. Bası, Turan Kitabevi, Ankara 1992.
- GURADZE, H.** : Die Europaeische
Menschenrechtskonvention, Berlin,
Frankfurt a. M., 1968.
- HAEBERLE, P.** : Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19
Abs. 2 Grugesetz. Zugleich ein Beitrag
zum institutionellen Verstaendnis der

- HAILBRONNER, K.** : Grundrecht und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Heidelberg (2. aufl. 1972), Heidelberg 3. Aufl. 1983.
- HERZOG, R.** : Die Einschraenkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft, in: Festschrift für H. MOSLER 1983, s. 359.
- HESSE, K.** : Das Grundrecht auf Freiheit in der Europaeischen Menschenrechtskonvention, in : Archiv für öffentliches Recht (AÖR) 1961 (86), s. 194.
- HOFFMANN, R.H.** : Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. ergaenzte Auflage, Karsruhe 1982.
- KABOĞLU, İ.** : Die Möglichkeit der Grundrechteinschraenkungen nach 8-11 Abs. 2 EMRK, Berlin 1976.
- KIRATLI, M.** : Özgürlikler Hukuku - İnsan Haklarının Hukual Yapı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1994.
- KITZ, H.** : Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, SBF yay. Ankara 1966.
- KRÜGER, H.** : Die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer nach der EMRK und ESC, in : Die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmers, Rechtsvergleichung und Völkerrecht 1980, s. 1073.
- MADRA, Ö.** : Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 GG. DÖV 1975, s. 597.
- MADİNO, P.** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1981.
- MATSCHER, F.** : La Convention europeennes des droits de l'Homme. Ses origines, ses objectifs ses realisations, Annuaire European Vol. 1, 1955, s. 141.
- Vertragsauslegung durch Vertragsvergleichung, F.S.H. Mosler (1983) s. 545.

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

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

YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR

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

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

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

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

Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Yayınları :

Yearbook of the European Convention (YB) - Annuaire de la Convention Collection of Decision (CD) - Recueil de Decisions Decisions an Reports (DR) - Decisions et Rapports.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yayınları :

Publication de la Cour Européenne de Droits de l'Homme, Serie A : Arretsz et Decisions-Publications of the European Court of Human Rights, Serie A : Judgments and Decisions. Serie B : Mémoires, Plaidoiries et Documents - Serie B : pleading, oral Argumente and Documents.

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

KISALTMALAR

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