



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**ANTLAŞMALARIN YORUMUNA FARKLI BİR
YAKLAŞIM: AİHM’NİN DİNAMİK YORUMU VE
TAKDİR PAYI DOKTRİNİ**

Mehmet CİĞER

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Mehmet Emin ÇAĞIRAN

DOKTORA TEZİ

ULUSLARARASI İLİŞKİLER ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI İLİŞKİLER BİLİM DALI

HAZİRAN 2022



**ANTLAŞMALARIN YORUMUNA FARKLI BİR YAKLAŞIM:
AİHM’NİN DİNAMİK YORUMU VE TAKDİR PAYI DOKTRİNİ**

Mehmet CİĞER

**DOKTORA TEZİ
ULUSLARARASI İLİŞKİLER ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI İLİŞKİLER BİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

HAZİRAN 2022

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Mehmet CİĞER

10.06.2022

ANTLAŞMALARIN YORUMUNA FARKLI BİR YAKLAŞIM: AİHM’NİN DİNAMİK
YORUMU VE TAKDİR PAYI DOKTRİNİ
(Doktora Tezi)

Mehmet CİĞER

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Haziran 2022

ÖZET

Uluslararası antlaşmaların yorumuyla ilgili kurallar Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) ile belirlenmiştir. Klasik antlaşmalar rejimine göre belirlenen bu kurallar, insan hakları antlaşmalarının uygulanmasına nezaret eden yargı organları tarafından farklı yorumlanıp uygulanmaktadır. Antlaşmanın amacını ön planda tutan insan hakları antlaşmalarının denetim organları, klasik antlaşmalar rejiminin mütakabiliyet ve rıza unsurunu geri plana atmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de antlaşmanın amacını merkeze aldığı dinamik yorum yöntemini uygulamaktadır. Dinamik yorum yöntemi maddi hakların kapsamını genişletici bir rol oynamaktadır. Yöntemin bu etkisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olan devletlerin başlangıçta kabul etmedikleri yeni yükümlülüklerle karşılaştıklarına dair eleştirilere yol açmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi getirilen eleştirileri hafifletmek adına içtihat yoluyla takdir payı doktrinini geliştirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uygulanması konusunda taraf devletlere belirli bir hareket alanı tanıyan bu doktrin, dinamik yorum yönteminin hakların kapsamını genişletici etkisi nedeniyle istenilen sonucu vermekten uzak kalmakta ve sınırları belirsizleşmektedir. Mahkemenin benzer davalarda farklı kararlar vermesi hukuki belirliliği azaltmakta ve hatta Mahkemenin çifte standart uygulamakla itham edilmesine yol açmaktadır. Bu tezde, dinamik yorum yöntemi ve takdir payı doktrininin teoride ve pratikte nasıl işlediği izah edilmeye çalışılmış ve ikisi arasındaki ilişki analiz edilmiştir.

Bilim Kodu : 114112
Anahtar : Dinamik Yorum, Takdir Payı, İkincilik, Yaşayan Belge, Avrupa
Kelimeler : Kamu Düzeninin Anayasal Belgesi
Sayfa Adedi : 244
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Mehmet Emin ÇAĞIRAN

A DIFFERENT APPROACH TO THE INTERPRETATION OF THE TREATIES: THE
ECHR'S DYNAMIC INTERPRETATION AND THE MARGIN OF APPRECIATION
DOCTRINE

(Ph. D. Thesis)

Mehmet CİĞER

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
THE INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES

June 2022

ABSTRACT

The rules for the interpretation of international treaties are determined by the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). These rules, which are determined according to the classical treaty regime, are interpreted and applied differently by the judicial bodies overseeing the implementation of human rights treaties. The supervisory bodies of human rights treaties, which prioritize the purpose of the treaty, put the reciprocity and consent element of the classical treaty regime into the background. The European Court of Human Rights also applies the dynamic interpretation method in which the purpose of the treaty is centered. The dynamic interpretation method plays a role in expanding the scope of substantive rights. This effect of the method leads to criticism that the States party to the European Convention on Human Rights are faced with new obligations that they initially did not accept. The European Court of Human Rights has developed the doctrine of margin of appreciation through case-law in order to alleviate the criticisms. This doctrine, which gives a certain range of action to the States Parties in the implementation of the European Convention on Human Rights, is far from giving the desired result and its borders become unclear due to the effect of the dynamic interpretation method expanding the scope of rights. The Court's different decisions in similar cases reduce legal certainty and even lead to the Court being accused of applying double standards. In this thesis, it has been tried to explain how the dynamic interpretation method and the doctrine of margin of appreciation work in theory and in practice, and the relationship between the two is analyzed.

Science Code : 114112
Key Words : Dynamic Interpretation, Margin of Appreciation, Subsidiarity, Living Instrument, Constitutional instrument of European public order
Page Number : 244
Supervisor : Prof. Dr. Mehmet Emin ÇAĞIRAN

TEŞEKKÜR

Bu tez çalışmasını yürütürken bilgi ve deneyimiyle zorlukları aşmamı sağlayan ve desteğini esirgemeyen kıymetli danışman hocam Mehmet Emin ÇAĞIRAN'a; motivasyonumu kaybettiğim anlarda varlıklarıyla bana güç vererek devam etmemi sağlayan sevgili eşim Gülay ve kızlarım Elif Sıla ile Zeynep Zümra'ya; ne zaman ihtiyacım olsa hiç bıkmadan yardıma koşan değerli arkadaşım Semra AKSU'ya ve doğrudan veya dolaylı destek olan herkese teşekkür ederim.



İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x
1. GİRİŞ.....	1
2. YORUM NEDİR?	15
2.1. Tanım	15
2.2. Yorum Neden İhtiyaç Duyarız?.....	17
2.3. Hukukta Yorum.....	20
2.3.1. Hukuki belgenin ayırt edici özellikleri ve yorumu	20
2.3.2. Kelsen, Hart ve Dworkin'in yorum anlayışı.....	22
2.3.3. Ulusal hukuk ve uluslararası hukuk ayrımı	29
2.4. Uluslararası Hukukta Yorum	31
2.4.1. Antlaşmaların yorumunda temel yaklaşımlar ve yöntemler.....	34
2.4.1.1. Objektif yaklaşım.....	34
2.4.1.1.1. Objektif yaklaşımda yorum yöntemi	37
2.4.1.2. Sübjektif yaklaşım	38
2.4.1.2.1. Sübjektif yaklaşımda yorum yöntemi.....	41
2.4.1.3. Amaçsal yaklaşım	41
2.4.1.3.1. Amaçsal yaklaşımda yorum yöntemi	44
2.4.2. Uluslararası hukuk komisyonunun yorum çalışmaları	45
2.4.2.1. Genel yorum kuralı ile ilgili değerlendirmeler	48
2.4.2.2. Tamamlayıcı yorum araçları ile ilgili değerlendirmeler	53

2.4.2.3. İki veya daha fazla dildeki antlaşmaların yorumu	54
2.4.3. VAHS yorum kuralları	56
2.4.4. VAHS'nin yorum kurallarına getirilen eleştiriler	58
2.5. Çıkarılan Sonuçlar	61
3. AİHM'NİN YORUM ANLAYIŞI	67
3.1. AİHS'nin Objektif Niteliği	68
3.1.1. AİHS'nin amacı	72
3.1.2. Etkililik ilkesi	77
3.1.3. Otonom anlam	82
3.2. Dinamik Yorum	83
3.2.1. "Güncel şartlar"	88
3.2.2. "Genel kabul gören standartlar"	88
3.2.3. "Yaşayan belge"	91
3.2.4. "Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi"	101
3.3. Çıkarılan Sonuçlar	104
4. AİHS DÜZENİNDE TAKDİR PAYI VE YETKİ PAYLAŞIMI	113
4.1. İkincilik İlkesi	120
4.2. Takdir Payı	135
4.2.1. Aykırılık tedbirleri	140
4.2.1.1. Usule ilişkin denetim	141
4.2.1.2. Esasa ilişkin denetim	147
4.2.2. Sınırlandırma tedbirleri	154
4.2.2.1. Sınırlandırmanın kanunun öngördüğü şekilde yapılması	158
4.2.2.2. Sınırlandırmanın meşru bir amaç için yapılması	161
4.2.2.2.1. Ulusal güvenlik	162
4.2.2.2.2. Toprak bütünlüğü	164

	Sayfa
4.2.2.2.3. Kamu güvenliği	167
4.2.2.2.4. Düzensizliğin veya suçun önlenmesi	168
4.2.2.2.5. Ülkenin iktisadi refahı gereği	169
4.2.2.2.6. Sağlık veya ahlakın korunması.....	170
4.2.2.2.7. Başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması ...	173
4.2.2.2.8. Gizli bilgilerin ifşasının önlenmesi	175
4.2.2.2.9. Yargının otorite ve tarafsızlığının korunması	182
4.2.2.3. Sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olması ..	184
4.3. Çıkarılan Sonuçlar	201
5. SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER.....	205
KAYNAKLAR	213
ÖZGEÇMİŞ	243

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamalarıyla birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
a.g.y.	Adı geçen yer
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJIL	American Journal of International Law
BM	Birleşmiş Milletler
BYIL	British Yearbook of International Law
Çev	Çeviren
DTP	Demokratik Toplum Partisi
E.T	Erişim Tarihi
ECHR	European Convention on Human Rights
ECtHR	European Court of Human Rights
Ed.	Editör
Eds	Editörler
EJIL	European Journal of International Law
HLC	High Level Conference
ICJ	International Court of Justice
ICTY	International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia
İHK	İnsan Hakları Komitesi
K.K.T.C	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
MSHS	Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Kısaltmalar

Açıklamalar

para.

Paragraf

PCIJ

Permanent Court of International Justice

PKK

Kürdistan İşçi Partisi

RCADI

Recueils des Cours de l'Académie de Droit
International

s.

Sayfa

SP

Sosyalist Parti

ss.

Sayfalar

TBKP

Türkiye Birleşik Komünist Partisi

TDK

Türk Dil Kurumu

UAD

Uluslararası Adalet Divanı

UHK

Uluslararası Hukuk Komisyonu

UN

United Nations

USA

United States of America

USAD

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı

v.

Versus

VAHS

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

VCLT

Vienna Convention on Law of treaties

1. GİRİŞ

Hukuk kurallarının/normlarının yorumu konusu Bizans imparatoru JUSTINIAN'ın Roma hukukunu kodifiye ettirdiği Digest'a kadar dayanmaktadır.¹ 16 ve 18. yüzyıllarda, Hugo GROTIUS, Emer de Vattel gibi hukukçular yorumla ilgili ilkeleri daha müşahhas ve sistematik bir şekilde ortaya koymaya çalışmışlardır. "Olağan anlam", "niyet", "bağlam", "hazırlık çalışmaları" gibi kavramlar bu hukukçuların çalışmaları sayesinde uluslararası hukuka girmiştir.² Özellikle Emer de Vattel, yorum konusunu antlaşmalar açısından ele almıştır.³ 1900'lü yılların başından itibaren antlaşmaların yorumu konusu Milletler Cemiyeti'nin başlattığı uluslararası hukukun kodifikasyonu çalışmalarıyla birlikte doktrinde kendine daha fazla yer edinmeye başlamıştır. Pan Amerikan Birliği (Pan American Union)⁴, Amerikan Uluslararası Hukuk Enstitüsü (American Institute of International Law) ve Harvard Uluslararası Hukuk Araştırmaları Bürosu (Harvard Research in International Law)⁵ adlı grupların "Antlaşmalar Hukuku" başlığı altında yaptıkları kodifikasyon çalışmaları, antlaşmaların yorumu ile ilgili kuralların pozitif hukuka geçirilme çabası olarak değerlendirilebilir.⁶ Uluslararası Sürekli Adalet Divanının (USAD) karar ve danışma görüşlerinde⁷ yorum konusunu ele alması da kodifikasyon çalışmalarıyla aynı döneme rastlamış ve Amerikan Uluslararası Hukuk Dergisi'nde önemli makalelere

¹Berger, A. (1953). *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Series-Volume 43, Part 2, Philadelphia: The American Philosophical Society, 513.; Lauterpacht, H. (1949). "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", *British Yearbook of International Law (BYIL)*, 26, 48.

²Merkouris, P. (2010). "Introduction: Interpretation is a Science, is an Art, is a Science", in: Fitzmaurice, M., Elias, O., Merkouris, P. (Eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 5.

³Grotius, H., Tuck, R. (2005). *The Rights of War and Peace, Book II*, Indianapolis: Liberty Fund, 848-883; Vattel, E., Kapossy, B., Whatmore, R. (2008). *The Law of Nations, or, Principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns, with three early essays on the origin and nature of natural law and on luxury.*, Indianapolis: Liberty Fund, 407-448.

⁴1948 yılında *Amerikan Devletler Örgütü*'ne dönüşmüştür.

⁵Çalışmanın geri kalanında *Harvard Araştırma Bürosu* olarak anılacaktır.

⁶Bkz. Amerikan Devletleri Altıncı Uluslararası Konferansı (Havana,1928), Amerikan Devletleri Yedinci Uluslararası Konferansı (Montevideo,1933). Altıncı Konferansın Antlaşmalar Sözleşmesi başlıklı Birinci Eki'nde tarafların istemesi halinde otantik yorumun da yazılı yapılması gerektiği ifade edilirken (3. madde), Yedinci Konferansın Yedinci Eki, yorum konusunda 13 maddelik daha kapsamlı düzenlemeler öngörmektedir. Harvard Araştırma Bürosunun hazırladığı Antlaşmalar Hukuku Taslak Sözleşmesi'nin 19. maddesi de amaçsal yorumu benimseyen iki maddelik bir düzenleme yapmıştır.

⁷Divan'ın verdiği karar ve danışma görüşlerinin yorum konusunu nasıl ele aldığını gösteren detaylı bir çalışma için bkz. Hyde, C. C. (1930). "The Interpretation of Treaties by the Permanent Court of International Justice", *American Journal of International Law (AJIL)*, 24 (1), 1-19

esin kaynağı olmuştur.⁸ Konuyla ilgili yayınlanan makaleler, yorum kurallarının var olup olmadığına dair tartışmalar, var ise zorunlu olup olmadığı, yorumda hangi tür kaynakların kullanılacağı, yorumu kimin yapması gerektiği, antlaşmanın taraflarının niyetlerinin mi yoksa antlaşmanın amacının mı öncelikli olacağı ve bütün bunların farklı antlaşmalar (ikili veya çok taraflı antlaşmalar ile akdi sözleşmeler veya kural koyan antlaşmalar⁹) için farklı olup olmayacağı gibi konular üzerinde durmuştur. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün (Institute of International Law) 1950 yılında yaptığı çalışmalar neticesinde de yorum kurallarıyla ilgili üzerinde uzlaşılan bir formül bulunamamıştır.¹⁰ Enstitü Raportörü Hersch LAUTERPACHT'ın 1956 yılında Granada oturumunda hazırladığı iki maddelik “Antlaşmaların Yorumu” başlıklı kararı (resolution)¹¹, Uluslararası Hukuk Komisyonunun (UHK) sonraki yıllarda antlaşmaların yorumuyla ilgili yapacağı çalışmalara zemin teşkil etmesi bakımından anılmaya değerdir.¹² UHK'nin çalışmalarına zemin teşkil eden bir diğer çalışma da Gerald FITZMAURICE'in Uluslararası Adalet Divanının (UAD) kural ve usulleriyle ilgili yaptığı çalışma olmuştur. FITZMAURICE, UAD'nin uygulamalarından hareketle altı maddelik “Ana Yorum İlkeleri” adlı çalışmayı ortaya koymuştur.¹³ USAD, karar ve danışma görüşlerinde yorum kurallarını zikrederek yalnızca kuralların

⁸Makaleler için bkz., Hyde, C. C (1909). “Concerning the Interpretation of Treaties”, *AJIL*, 3(1), 46-61; Wright, Q. (1916). “The Legal Nature of Treaties”, *AJIL*, 10 (4), 706-736; Brown, P. M. (1929). “The Interpretation of Treaties”, *AJIL*, 23 (4), 819-824; Wright, Q. (1929). “The Interpretation of Multilateral Treaties”, *AJIL*, 23 (1), 94-107; Fachiri, A. P. (1929). “Interpretation of Treaties”, *AJIL*, 23 (4), 745-752; Hyde, C. C. (1930). “The Interpretation of Treaties by the Permanent Court of International Justice”, *AJIL*, 24 (1), 1-19; Hyde, C. C. (1933). “Judge Anzilotti on the Interpretation of Treaties”, *AJIL*, 27 (3), 502-506; Wilson, R. R. (1939). “Some Aspects of Treaty Interpretation”, *AJIL*, 33 (3), 541-545.

⁹Uluslararası hukukta “Law Making Treaties veya traités-lois” olarak adlandırılan bu türden antlaşmalar, tarafların bireysel menfaatlerinden ziyade uluslararası toplumun menfaatlerini düzenleyen kurallar oluşturan antlaşmalardır. Fitzmaurice, M. (2012). “Treaties”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.

¹⁰Stone, J. (1954). “Fictional Elements in Treaty Interpretation- A Study in the International Judicial Process”, *Sydney Law Review*, 23, 345.

¹¹Bkz. İnternet: Institute of International Law, Granada Session (1956), “L'interprétation des traités” başlıklı Karar, http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1956_grena_02_fr.pdf; Kararın İngilizce metnine British Yearbook of International Law'da yer alan Gerald Fitzmaurice'in “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points” adlı çalışmasının 210. sayfasından erişilebilir.

¹²Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, International Law Commission, 3 March, 9 June, 12 June and 7 July 1964, A/CN.4/167 and Add.1-3, s.55. para.10.; Çalışmanın geri kalanında UHK ile ilgili belgeler “A/CN.../...” gibi belge kodlarıyla kullanılacaktır.

¹³Fitzmaurice, G. (1957), “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points”, *BYIL*, 33, 212-225.

tatbikîyle yetinmiştir. Divan'ın yorum kurallarının tatbikinde izlediği yol da önüne gelen ihtilafa göre değişiklik göstermiş ve yoruma dair teorik bir çerçeve ortaya koymamıştır. Fakat tatbikî bile olsa USAD'nin benimsediği yoruma dair ana prensipler halefi UAD tarafından da benimsenmiş ve yorum kurallarının varlığı veya yokluğu üzerine yapılan tartışmalara pratik bir cevap olmuştur.

Antlaşmalar Hukuku'nun kodifikasyonunu gündemine alan UHK'nin konuyla ilgili ilk üç raportörü, James L. BRIERLY¹⁴, Hersch LAUTERPACHT¹⁵ ve Gerald FITZMAURICE¹⁶, hazırladıkları raporlarda antlaşmaların yorumu konusunu başlık olarak raporlarına dahil etmemişlerdir. Raportör Humphrey WALDOCK ise Komisyona sunduğu 3. Raporda antlaşmaların yorumu konusunu ayrı bir bölüm olarak ele almıştır. Raportör, doktrindeki yorum kurallarının varlığı ve yokluğu üzerine yapılan tartışmaları ortaya koyduktan sonra, uluslararası pratikte yorum kural ve ilkelerine başvurulduğunu gösteren yeterince kanıt olduğunu söyleyerek, bu kuralların antlaşmalar hukukunun kodifikasyon çalışmalarına dahil edilebileceğini söylemiştir.¹⁷ Raportör, pratikte başvuru olan yorum kural ve ilkelerinin mecburi nitelikte olmadığını, bu kural ve ilkelerin sağ duyu ve mantık ilkelerinden meydana geldiğini, kullanıma uygun olup olmadıklarının yorumcunun değerlendirmesine bağlı olduğunu kabul etmektedir. Raportörün deyişiyle, “belgelerin yorumlanması bir ölçüde sanattır, tam bir bilim değil”¹⁸.

¹⁴Özel Raportör ilk raporunda yorum başlığının da ileriki aşamalarda eklenmesi gerektiğini belirtmesine rağmen eklememiştir. Bkz. Report on the Law of Treaties by J. L. Brierly, Special Rapporteur, International Law Commission, 14 April 1960, A/CN.4/23, s.224, para.1.; Raportörün Komisyon üyeliğinden istifa etmesi sonrası Komisyon, hazırlanan rapor üzerinde durmanın uygun olmadığına karar vermiştir. Bkz. First Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, International Law Commission, 26 March 1962, A/CN.4/144 and Add.1, s. 29, para. 4.

¹⁵Özel Raportör ilk raporunda yorum başlığını ekleyeceğini belirtmesine rağmen UAD yargıcı olarak seçilip raportörlük görevini bıraktığı için bu başlığı ekleyememiştir. Bkz. Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, International Law Commission, 24 March 1953, A/CN.4/63, s. 90. para. 1.

¹⁶Gerald Fitzmaurice de 4. raporunda yorum konusunun ayrı bir bölüm olarak ele alınması gerektiğini belirtmesine rağmen UAD yargıcı olarak seçilip raportörlük görevini bıraktığı için bu başlığı ekleyememiştir.

¹⁷Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, International Law Commission, 3 March, 9 June, 12 June and 7 July 1964, A/CN.4/167 and Add.1-3, s. 54. para. 6.

¹⁸A/CN.4/167 and Add.1-3, s. 54. para. 6: “the interpretation of documents is to some extent an art, not an exact science.”

Raportör hazırladığı raporda metni (text) ön plana çıkaran objektif yaklaşımı benimsemiş¹⁹ ve UHK üyeleri de büyük ölçüde bu yaklaşımı kabul etmişlerdir.²⁰ Raportör, yorumcunun belirli oranda takdirine bağlı olduğunu söylediği diğer yorum yaklaşımlarını da tamamen dışlamamıştır.²¹ UHK'nin çalışmalarında ana tartışma konusu, yorum teorisinden ziyade Objektif (textualist) Yorum, Sübjektif (intentionalist) Yorum ve Amaçsal (teleological) Yorum gibi yorum yaklaşımlarından hangisinin kullanılması gerektiği üzerine olmuştur.

UHK'nin ortak bir zemin bulmak için yaptığı formülasyon, eleştirileri tümüyle ortadan kaldırmamıştır. Metnin içinde olduğu şartlardan bağımsız olarak bir anlamı olduğu fikrini kabul etmeyen *New Haven Okulu'nun*²² kurucularından Myres S. McDOUGAL²³, metinselcilik (textualism) yaptığı gerekçesiyle hazırlanan taslağı eleştirmiştir. Myres S. McDOUGAL, “Genel Yorum Kuralı ve Yorumu Tamamlayıcı Araçlar” şeklinde bir formülasyonun kurallar arasında hiyerarşi yarattığını ve bu hiyerarşi içerisinde metnin ağırlık kazandığını söyleyerek, bu durumun daha fazla belirsizliğe kapı araladığını savunmuştur.²⁴ Eleştirilerin bugün de farklı mecralarda sürdüğü söylenebilir. Özellikle, antlaşmaların dinamik yorumunda tarafların niyetlerinin dikkate alınmadığı şeklindeki iddialar halen ileri sürülmektedir.²⁵

Uluslararası yargı organlarının atıf yaptıkları yorum kuralları antlaşma metnini temel alsa da antlaşmanın amacı, konusu, tarafların niyetleri gibi hususlar, mahkemelerin yorum kurallarını farklı uygulayabilmelerine imkân tanımaktadır. Antlaşma metninde

¹⁹Raportör, Uluslararası Hukuk Enstitüsünün 1956 tarihli Kararından ve Gerald Fitzmaurice'in benimsediği Objektif Yorum yaklaşımından ilham aldığını ifade etmektedir. Bkz. A/CN.4/167 and Add.1-3, s.56. para.13.

²⁰Myres S. McDougal'ın temsil ettiği Amerika Birleşik Devletleri (ABD), metni öne çıkaran bu yaklaşıma açıkça karşı çıkmıştır.

²¹A/CN.4/167 and Add.1-3, s. 54. para. 7.

²²Uluslararası hukuku, ortak değerlerin geliştirilmesine yönelik bir süreç olarak gören ve minimum dünya kamu düzeni (world public order) yaratan bir sistem olarak yorumlayan, politika odaklı (policy-oriented) yaklaşımdır. Bkz. İnternet: Reisman, W., Wiessner, S., Willard, A. R. (2007), *The New Haven School: A Brief Introduction*, Faculty Scholarship Series, Paper 959, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/959, E. T: 31.05.2015

²³McDougal, M. S. (1968). “Vienna Conference on the Law of Treaties”, *AJIL*, 62 (4), 1024.

²⁴McDougal, M. S. (1968). “Vienna Conference on the Law of Treaties: Statement of Professor Myres S. McDougal, United States Delegation, To Committee of The Whole, April 19, *AJIL*, 62 (4), 1021-1027.

²⁵Letsas, G. (2010). “Intentionalism and the Interpretation of the ECHR”, in: Fitzmaurice, M., Elias, O., Merkouris, P. (Eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers., 257-272.

yer alan bir kavram farklı davalarda farklı yorumlanabilmektedir. Örneğin, AİHS 1. maddedeki “yetki alanı” kavramı Loizidou davasında AİHM tarafından geniş yorumlanarak Türkiye sorumlu tutulurken, Banković davasında kavram farklı yorumlanmış ve başvuru hakkında kabul edilemezlik (inadmissibility) kararı verilmiştir.²⁶ Dolayısıyla yorum kurallarının ne olduğu kadar nasıl uygulandığı da önemlidir. Bugün de devam eden “yorum bilim midir yoksa sanat mıdır?” tartışmalarının²⁷ özünü de aslında bu oluşturmaktadır.

Yargı organlarının antlaşmaları belirli yöntemler dahilinde yorumlaması objektiflik ve bilimsellik iddiasını şeklen yerine getiriyor olsa da yorumcunun yöntemin uygulanmasındaki tasarrufu sübjektiftir ve yorumun sanat yönünü ortaya koymaktadır. Aynı metni yorumlayan yargıçların bazılarının farklı sonuçlara ulaşması ve muhalif görüşler ortaya koymaları bu sübjektifliğin en açık kanıtıdır. Yorumun nasıl yapılması gerektiğiyle ilgili tartışmalar yöntemsel tartışmalar gibi görünmekle birlikte özünde uluslararası hukukun devlet iradesine dayanan klasik temelinden ne kadar uzaklaşılacağı ile ilgilidir.²⁸

Ulusal hukuk düzenlerinde yasama ve yargı işlevi tamamen devlet otoritesi tarafından düzenlenir. Yargının zorunlu olduğu ulusal hukukta mahkemelerin önlerine gelen davada hüküm verme yükümlülüğü vardır. Mahkemeler yasaların kendilerine tanıdığı yetkiler çerçevesinde yorumla birlikte hukuki boşlukları doldurmak için sınırlı da olsa yasama işlevi görürler. “Ulusal hukukta mahkemelerin bir metnin söylemediği şeyi söylemeye veya söylediğinin tersini söylemeye yetkili olduğu addedilir.”²⁹

Uluslararası hukukun ademimerkezi (decentralized) yapısı kuralların yaratılmasından, uygulanmasına ve hatta kuralların ihlali halinde yargı işlevinin yerine getirilmesine

²⁶Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, “devletlerin yetki alanı (jurisdiction)” kavramını Banković ve Louzidou davalarında farklı yorumlamasıyla ilgili eleştirel bir değerlendirme için bkz. Çağırın, M. E. (2020). *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 268-273.; Orakhelasvili, A. (2003). “Restrictive interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Human Rights Courts”, *European Journal of International Law (EJIL)*, 14 (3).

²⁷Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Linderfalk, U. (2015). “Is Treaty Interpretation an Art or a Science? International Law and Rational Decision Making”. *EJIL*, 26 (1); Klabbers, J. (2005). “On Rationalism in Politics: Interpretation of Treaties and the World Trade Organization”, *Nordic Journal of International Law*, 74 (3-4), 74.

²⁸Meron, T. (2006). *The Humanization of International Law*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 188.

²⁹Reuter, P. (1989). *Introduction to the Law of Treaties*, London-New York: Pinter Publishers, 74.

kadar devletlerin rızasını zorunlu kılmaktadır. İstisnai durumlar dışında devletlerin rızasına dayalı bu düzende, antlaşmaların yorumu konusu da rıza ilkesinden ayrı değerlendirilemez. Aksine bir düzenleme olmadıkça ihtiyari olan uluslararası yargının, minimum düzeyde dahi yasama işlevi görmesi mümkün değildir.³⁰ Antlaşmanın yorumu ile değiştirilmesi arasında yer alan bu ince çizginin muhafaza edilebilmesi için asgari ölçüde de olsa objektif yorum kurallarının olması gerekir.

VAHS'nin antlaşmaların yorumuyla ilgili belirlediği kurallar genel bir çerçeve çiziyor olsa da insan hakları gibi uluslararası hukukun alt sistemlerinde devletin rızasının gerçekten önemini koruyup koruyamayacağı soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrinin ve uluslararası yargı organlarının bu sorunu aşmak için pratikte antlaşmalar arasında ayırım yapma yolunu seçtikleri görülmektedir. Antlaşmaların *ratione materiae* ve *ratione personae* niteliklerini dikkate alan uluslararası yargı organları, bu antlaşmaları yorumlarken de farklı bir yaklaşım sergilemektedir.

Örneğin, *İrlanda Birleşik Krallık'a Karşı* (1978) davasında Mahkeme, dibacede yer alan “kolektif icra” ifadesiyle Sözleşmenin taraflar arasındaki karşılıklı ve iki taraflı taahhütlerin ötesinde ve üzerinde objektif yükümlülükler yarattığını söyleyerek, AİHS'nin klasik uluslararası antlaşmalardan ayrıldığını ifade etmektedir.³¹

Benzer şekilde, VAHS'nin yorum kurallarını neredeyse birebir sözleşme metnine alan 1986 tarihli *Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arası Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi*'nin dibacesinde, uluslararası örgütlerin taraf olduğu antlaşmaların muayyen özelliklerinin devletlerarası antlaşmalardan ayrı olduğu vurgulanmaktadır.³² Esasen VAHS³³ yorum kurallarını düzenlerken antlaşmalar

³⁰Hersch Lauterpacht, uluslararası hukukta da mahkemelerin hukuk yaratıcı rolü olduğunu söylemekle birlikte bu rolün devlet iradesine bağlı olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Lauterpacht, H. (2011). *The Function of Law in the International Community*, [New] ed. Oxford, England: Oxford University Press, 112.

³¹European Court of Human Rights (ECtHR), Case of Ireland v. The United Kingdom, Application no. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, para. 239.

³²İnternet: Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (21 March 1986), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf : “Having in mind the specific features of treaties to which international organizations are parties as subjects of international law distinct from States,”. E.T:21.04.2022.

³³İnternet: Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969), <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, E. T: 21.04.2022.

arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla belirlenen yorum kurallarının tüm antlaşmalara niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağını varsaymak gerekir. Fakat yargı organlarının pratiklerinde karşımıza çıkan bu ayırım³⁴ normatif içeriğin de yorum yoluyla farklılaşmasına kapı aralayabilmektedir.³⁵

Bu ayırımın yaratabileceği problemleri gören UHK, konuyu uzun dönemli çalışma başlıkları altına dahil etmiştir. UHK'nin "Uluslararası Hukukun Bölünmesi: Uluslararası hukukun çeşitlenmesi ve genişlemesinden kaynaklanan zorluklar" başlığı altında oluşturduğu çalışma grubunun hazırladığı raporda, farklı yargı organlarının benzer olguları farklı yorumladığını gösteren örnekler verilerek, bu eğilimin hukuk güvenliğini azaltacağı ve sahip olunacak hakların yargı organına göre değişiklik gösterebileceği endişesi dile getirilmiştir.³⁶ Ulusal hukuktaki işlevsel farklılaşma (functional differentiation) temyiz mercii gibi üst bir otorite tarafından kontrol edildiği için kaynaklanabilecek problemlerde bu otoritenin son sözü söyleyerek çözüm üretmesi mümkündür. Fakat uluslararası hukukta böyle bir mekanizmanın olmayışı farklılaşmanın yaratacağı problemlerin çözümünü zorlaştırmaktadır.³⁷

Rıza ve mütekabiliyete dayalı klasik antlaşmalar rejiminde hak ve yükümlülükler taraflar arasındadır, kapalı devre (self contained) olarak nitelenen alt sistemlerden insan hakları hukukunda ise bireyler hak sahibi olurken akit taraflar yükümlülüklerin muhatabı olmaktadır. VAHS yorum kurallarını kodifiye ederken genel uluslararası hukuk ve alt sistemler arasındaki bu farklılıkları en azından sözleşmenin metnine

³⁴Kiel Kanalı'ndan S.S." Wimbledon" gemisinin geçişiyle ilgili davada USAD, Versay Antlaşmasının Kiel Kanalı'yla ilgili hükümlerinin kapalı devre (self contained) oluşturduğunu dolayısıyla antlaşmanın önceki bölümlerinde yer alan Almanya'nın iç suları ile ilgili düzenlemelere bakarak yorum yapmanın, Kiel Kanalı ile ilgili ayrı bir düzenleme yapmanın anlamını ortadan kaldıracığını söylemiştir. Bkz. Permanent Court Of International Justice (1923), Case of The S.S. "Wimbledon", Series A, No:01, s. 23-24.; UAD 1980 tarihli *Rehineler Davası*'nda İran'ın iddialarına karşılık diplomasi hukukunun kapalı devre bir rejim oluşturduğuna dair benzer değerlendirmeler yapmıştır. Bkz. ICJ, Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, para. 86.

³⁵Martti Koskeniemi, *Tadic ve Nicaragua* davalarında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY)) ve UAD'nin "etkin kontrol" kavramını farklı değerlendirdiklerini söyleyerek normatif içeriğin yorum yoluyla değişebileceğini ifade etmiştir. Bkz. International Law Commission (2006), Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 , 32.

³⁶A/CN.4/L.682, 32.

³⁷A/CN.4/L.682, 32-33.

yansıtmamıştır. Dolayısıyla cevaplanması gereken ilk soru: *VAHS'nin yorum kuralları insan hakları hukuku için geçerli ve yeterli midir?*

Mütekabiliyet esasının uygulanmadığı insan hakları alanında yorumun belirleyici amili ilgili düzenlemelerin amacı (purpose) olarak karşımıza çıkmaktadır. *Wemhoff Almanya'ya Karşı (1968)* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), yorumun amacının tarafların üstlendikleri yükümlülükleri azami derecede tahdit etmek değil antlaşmanın amacına ulaşmasını sağlamak olduğunu ifade etmiştir.³⁸

İnsan hakları mahkemeleri ilgili düzenlemeleri bireyin lehine olacak şekilde geniş yorumlama eğilimine girmektedirler. *Golder Birleşik Krallığa Karşı (1975)* davasında adil yargılanma hakkını düzenleyen İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin³⁹ 6. maddesini yorumlayan AİHM, mahkemeye erişim hakkının ilgili maddede açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen adil yargılanma hakkında mündemiç olduğu kanaatine varmıştır.

Mahkemenin kararına karşı ayırık görüş (separate opinion) bildiren Yargıç Alfred VERDROSS, sözleşmedeki hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerin mahkemenin yargı yetkisini de sınırlandırdığını belirterek, mahkemenin yaptığı yargılamayla taraf devletlerin iç düzenlerinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarla ilgili karar verme yetkisi kullandığını dolayısıyla bu yetkiyi sınırlandıran normların sıkı sıkıya uygulanması gerektiğini ve açıkça ifade edilen hak ve hürriyetlerin bir takım ipuçlarına bağlı yorumlarla genişletilmesinin kabul edilemez olduğunu söylemiştir.⁴⁰

Ayrık görüş bildiren bir diğer Yargıç Gerald FITZMAURICE iddia edilen mahkemeye erişim hakkıyla ilgili olarak: “Esas nokta, Sözleşmenin mahkemeye erişim hakkı sağlamasının gerekip gerekmediği değil, bu hakkı gerçekte sağlayıp sağlamadığıdır”⁴¹ demiştir. Egemen gücün yasa koyucu olarak koyduğu yasa ile sözleşmeye dayalı kurallar arasında ciddi farklar olduğunu söyleyen FITZMAURICE,

³⁸ECtHR, Case of Wemhoff v. Germany, Judgment of 27 June 1968, ECHR, s. 19, para. 8.

³⁹İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunmasına Dair Sözleşme (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) kullanım kolaylığı için çalışmanın geri kalanında “AİHS” olarak anılacaktır.

⁴⁰ECtHR, Case of Golder v. The United Kingdom, Separate Opinion of Judge Verdross, s. 20.

⁴¹ECtHR, Case of Golder v. The United Kingdom, Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, s. 28.

sözleşmeye dayalı kuralların bir uzlaşma süreci sonucunda oluştuğunu ve üzerinde uzlaşılan şeylerle sınırlı olması gerektiğini savunmuştur.⁴²

VERDROSS ve FITZMAURICE'in görüşlerine karşılık Mahkeme: "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."⁴³, cümlesini hukukun genel ilkeleri ve AİHS'nin bağlamı, konu ve amacını göz önünde tutarak değerlendirdiğini belirtmiş ve yaptığı yorumun taraflara yeni yükümlülükler getirmediğini savunmuştur.⁴⁴ Mahkemenin bu türden bir açıklama yapmaya ihtiyaç duyması dahi standart yorum faaliyetiyle yeni hukuk kuralı yaratma (judicial legislation) arasındaki sınırın ne kadar ince olduğunu göstermektedir.

AİHM, "yaşayan bir organizma"⁴⁵ olarak nitelediği AİHS'yi bir nevi anayasa gibi görmekte⁴⁶ ve onun çizdiği çerçeveyi *dinamik yorumla* doldurarak sosyal ve siyasal değişimlere ayak uydurmaya çalışmaktadır. AİHS'nin anayasa benzeri niteliğini kabul edersek insan haklarının bugüne değin yaşadığı değişimi göz ardı etmek ve içeriğinin değişmeden kaldığını iddia etmek zorlaşır. Örneğin, ifade hürriyetini düzenleyen antlaşma hükmünü antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihteki iletişim araçlarıyla sınırlayacak şekilde yorumlamak, insanların bugün kendilerini ifade ettikleri internet, sosyal ağlar vb. gibi günümüz teknolojilerine ait mecraları ifade hürriyetinin koruduğu alanın dışında tutmak anlamına gelir.

Diğer taraftan, insan hakları mahkemelerinin dinamik yoruma meyletmeleri devlet iradesi ile hakların tanınması ve kullanılması arasında bir gerilim yaratabilir. Devletlerin mahfuz alanları olan yargı yetkisini uluslararası bir yargı organıyla paylaşmaları dahi uluslararası hukuk düzeni için oldukça önemli bir gelişme iken devletler antlaşma sürecinde kabul etmedikleri yeni yükümlülükler altına girmek istemezler. Uluslararası alanda hukuki güvenliğin sağlanması devletlerin antlaşmalara

⁴²Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, 43.

⁴³AİHS 6. madde.

⁴⁴ECtHR, Case of Golder v. The United Kingdom, Judgment of 21 February 1975, s. 14, para. 36.

⁴⁵ECtHR, Case of Tyrer v. The United Kingdom, Judgment of 25 April 1978, s. 12, para. 31.

⁴⁶ECtHR, Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Judgment of 23 March 1995, para. 75.

taraf olması için olmazsa olmazdır. Bunun farkında olan UHK, hukuki güvenliğin sağlanmasının esas olarak antlaşmalar hukukunun belirliliğine ve antlaşmalar hukukunun belirliliğinin de yorum kurallarının muayyen olmasına bağlı olduğunu söyleyerek, yorum başlığını VAHS çalışmalarına dahil etmiştir.⁴⁷

UHK'nin hukuki güvenlik ile kastettiği şey antlaşmaların yorumunda izlenecek belirli kurallar olup olmadığıdır. Bu, konunun bir yönüdür. Diğer yönü ise eğer bu kurallar varsa nasıl uygulanacağı meselesidir. Hukuki güvenliği her iki yönü kapsayacak şekilde öngörülebilirlik (predictability) ile açıklayabiliriz. Kuralların varlığı, devletlerin, antlaşma metninin hangi kurallara göre yoruma tabi tutulacağını bilmelerini ve metni ona göre hazırlamalarını sağlarken, kuralların nasıl uygulanacağı devletin muhatap olacağı yükümlülükleri ve hakları belirleyecektir. Dolayısıyla devletler, yorum yapan merciin kuralları nasıl uygulayacağını da asgari ölçüde bile olsa bilmek isterler.

VAHS'nin yorum kurallarının lafzında dinamik yoruma yer vermediğini göz önünde tutarsak devletlerin yükümlülükler anlamında beklemedikleri sürprizlerle karşılaşmaları riski ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, cevaplanması gereken ikinci soru şudur: *AIHM'nin dinamik yorum yöntemi hukuki güvenliği ortadan kaldırıyor mu?*

Günlük yaşamın neredeyse her alanına nüfuz eden insan hakları antlaşmaları klasik iki taraflı antlaşmalara nazaran daha fazla pratik imkânı bulurlar. Bu yoğunluk, insan haklarının tıpkı ulusal yasalar gibi idare ve yargı tarafından sürekli yorumlanması ve uygulanması sonucunu doğurur. Uygulama anlamında yasalarla olan bu benzerliklerine rağmen insan hakları antlaşmaları da çok taraflı bir uluslararası antlaşma olma vasıflarını muhafaza ederler. Dolayısıyla bireylerin uluslararası alanda hak sahibi olabilmeleri ancak devletin ilgili antlaşmalara taraf olmasıyla mümkün olabilir.

Taraf devletlerin antlaşma yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine nezaret eden insan hakları mahkemeleri, bir denetim mekanizması olarak görev yaparlar. İlgili düzenlemelerin uygulanmasında asıl sorumluluk taraf devletlere aittir. Denetim

⁴⁷A/CN.4/SER.A/1964, s. 23, para. 34.

işlevini yerine getiren uluslararası mahkemelerin, *ikincilik ilkesi*⁴⁸ olarak adlandırılan bu esasa göre hareket etmeleri gerekir. AİHM bu ilkeyi, *Interlaken Deklarasyonu* (2010); *İzmir Deklarasyonu* (2011) *Brighton Deklarasyonu* ve *Brüksel Deklarasyonu*'nda (2012) müteaddit kez vurgulanmıştır.⁴⁹

Dinamik yorum yaklaşımının devletler açısından yaratabileceği tedirginliğin farkında olan AİHM, devlet iradesi ile bireyin hakları arasındaki gerilimi dengede tutma çabası olarak *takdir payı* (margin of appreciation) doktrinini geliştirmiştir. Takdir payı ifadesi başlangıçta antlaşma metninde yer almasa da antlaşmanın yazım tekniğine bakıldığında bazı hükümlerin ikinci paragrafları ve 15. maddedeki aykırılık tedbirleri, hükümlerin uygulanmasında belirli şartlarla ulusal otoritelere takdir payı bırakmaktadır. AİHM, *Lawless İrlanda'ya Karşı* (1960) ve *Handyside Birleşik Krallık'a Karşı* (1976) davalarıyla doktrinin ilk örneklerini uygularken, Avrupa Konseyinin 2013 yılındaki 15. Protokolü ile ana antlaşmanın dibacesinin son paragrafına, ikincilik ilkesi mucibince ve AİHM'nin denetimine tabi olmak üzere, akit tarafların takdir payından yararlanacakları eklenmiştir.⁵⁰

Dibacelerin antlaşmaların yorumunda bağlamı (context) teşkil eden unsurlardan biri olduğu göz önüne alındığında, bazı hükümlerle sınırlı takdir payının genişletilerek antlaşmanın geneline teşmil edilip edilmeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla cevaplanması gereken üçüncü soru şudur: *Taraf devletlere tanınan takdir payının sınırları nelerdir ve bu sınırlar nasıl belirlenir?*

Bahsettiğimiz soruları cevaplayarak tüm antlaşmalara şamil yeni bir yorum teorisi geliştirme amacında değiliz. VAHS'de yazılı olan kuralların kendisi bile yoruma tabi olduğuna göre böyle bir amaç, yorumcuya bağlı ve sanatsal yönü olan yorum için hayli iddialı olur. Çalışmamızın amacı, yorum kurallarının nasıl uygulandığını ortaya koymak ve AİHM'nin pratiklerinden yola çıkarak insan hakları hukukunda yorumun mevcut durumunu tasvir edip, geleceğine dair öngörülerde bulunabilmektir.

⁴⁸Tamamlayıcılık ilkesi (Principle of Complementarity) olarak da kullanılabilir.

⁴⁹ Bkz. Interlaken Declaration (19 February 2010), High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (HLC), para.6; İzmir Declaration (26 – 27 April 2011), HLC, para.5; Brighton Declaration (19–20 April 2012), HLC, para. 3, 11, 12, 29/b; Brussels Declaration (26-27 March 2015), HLC, s. 137.

⁵⁰Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series - No. 213, Strasbourg, 24.VI.2013, 1. madde.

Çalışmamızın çıkış noktasını oluşturan varsayımlar şunlar olacaktır:

- Antlaşmanın niteliği yorum kurallarını değil ama bu kuralların nasıl uygulanacağını belirler.
- AİHM kendine özgü yorum yaklaşımıyla VAHS'nin antlaşmalara dair yorum kurallarıyla ayrışmaktadır.
- AİHM'nin yorum yaklaşımı kendi içinde tutarlı olsa da uluslararası hukukun genel yaklaşımıyla uyuşmayan noktalar barındırmaktadır.

Çalışmanın yöntemine geçmeden önce yorumla ilgili kullanacağımız *yaklaşım* (*approach*), *yöntem* (*method*) ve *ilke* (*principle*) kavramları arasında yapacağımız ayrıma dair açıklama yapmak yerinde olacaktır. Farklı anlamlara sahip olan bu kelimeler doktrinde birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir.⁵¹ Çalışmamızda bu kavramları birbirlerinden ayrı kabul edip kendi anlayışımıza uygun şekilde kullanacağız.

Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğünde *yaklaşım*: “bir sorunu ele alış, ona bakış biçimi” olarak açıklanmaktadır.⁵² Uluslararası hukukun, hukuki ilişkilerin nasıl anlaşıldığına bağlı olarak antlaşmalara iki farklı yaklaşım getirdiği söylenebilir. Birincisi, müteakabiliyet esasına dayanan rıza temelli klasik yaklaşım, ikincisi ise amaç/işlev temelli⁵³ yaklaşımdır. Yorumcu bu iki yaklaşımdan hangisini benimsiyorsa kullanacağı yorum yöntemi ve kaynakları da ona göre şekillenmektedir.

Yaklaşım farklılığının yorum üzerindeki etkileri mahkemelerde ayrık veya muhalif görüş bildiren yargıçların değerlendirmelerinde açık şekilde ortaya çıkmaktadır. Klasik yaklaşıma ağırlık veren yargıçlar tarafların niyetini ön planda tutarken, ikinci yaklaşıma ağırlık veren yargıçlar yorumlanan metnin amacına ve/veya işlevine ağırlık vermektedirler. Aynı metni yorumlayan yargıçların farklı sonuçlara ulaşması yalnızca kullanılan yorum yöntemiyle değil ancak bu yaklaşım farklılığıyla açıklanabilir.

⁵¹Bizim yöntem olarak nitelendirdiğimiz kavramlar, doktrinde yaklaşım olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Herdegen, M. (2012). “Interpretation in International Law, *MPEPIL*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press., 3.

⁵²İnternet: Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, E. T: 02.05.2019.

⁵³İnsan hakları alanında antlaşmanın amacını gerçekleştirmesini sağlayacak yorum yapılırken, uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmaları örgütün amaçlarının yanı sıra işlevlerini yerine getirmesini sağlayacak şekilde yorumlanmaktadır. Örnek olarak bkz. ECtHR, Case of Golder v. The United Kingdom (1975); UAD 11 Nisan 1949 tarihli Danışma Görüşü, I.C. J. Reports 1949, p. 174. “Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations”, s. 179.

Çünkü yargıçlar aynı yorum yöntemiyle farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Bu yaklaşım farklılığı antlaşmaların dar veya geniş yorumlanmasında da etkili olmaktadır.

TDK Sözlüğünde *yöntem*: “belli bir sonuca erişmek için bir plana göre izlenen yol, metot” olarak açıklanmaktadır.⁵⁴ Antlaşmaların yorumunda kullanılan “yöntem” ifadesi daha kapsamlıdır ve kullanılacak yöntemin yanı sıra kaynakları ve bağlamı da ifade edecek şekilde kullanılır. Aleksander PECZENIK, yorumda farklı yöntemlerin olmasını farklı bağlamların dikkate alınmasına bağlamaktadır.⁵⁵

Yorum, ihtilaf konusu olan metnin lafzından başlayacağına göre ve hatta hazırlık çalışmaları, müteakip antlaşmalar vb. gibi diğer kaynakların yorumu da aslında ilgili belgelerin öncelikle lafzi incelemesi olduğuna göre, lafzi yöntem tüm yorum yaklaşımlarında kullanılacak genel bir yöntemdir. Yorumda kullanılan diğer yöntemleri *mantıksal yorum*, *sistematik yorum*, *tarihsel yorum* vb. olarak sıralayabiliriz.

Yorum ilkeleri ise ayrı birer yorum yöntemi olmayıp yorumda uygulanan bir takım mantıkî ve teknik ilkelerdir.⁵⁶ Bu ilkeler, durumun gereğine göre tüm yorum yaklaşım ve yöntemlerinde kullanılabilir. Hatta yorumda kullanılan çoğu ilke, dilsel ilkeler olup metnin dilsel anlamını saptamak için kullanılır ve metnin hukuki anlamını belirlemede hiçbir şekilde yardımcı olmaz.⁵⁷

Çalışmanın yöntemine ve yöneme bağlı olarak oluşturduğumuz plana gelince, yukarıda sorduğumuz soruları sağlıklı bir şekilde cevaplandırabilmek için bazı kavramların açıklanması gerekir. Bu nedenle, çalışmanın ilk bölümü “Yorum” kavramının açıklanmasına ayrılacaktır. Kavramın anlaşılabilmesi için dilbilimi ve dil felsefesi içerisindeki yorum anlayışından başlayarak, hukuk ve uluslararası hukuk alanına doğru girilecektir. Antlaşmaların yorumu çalışmanın temelini oluşturduğu için antlaşmalarla ilişkili niyet, amaç, bağlam, konu vb. gibi doğrudan bağlantılı alt kavramlar incelenecektir. Kavramlar analiz edilirken mücerret değerlendirmeler yapmak yerine uluslararası yargı organlarının kavramları uyguladığı müşahhas kararlar kullanılacaktır. Dolayısıyla, *kavram analizi* kullanılacak birinci yöntemdir.

⁵⁴İnternet: Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, E. T: 02.05.2019.

⁵⁵Peczenik, A. (2008). *On Law and Reason*, Springer Science + Business Media B.V., 321.

⁵⁶Kıyas, evleviyet, aksi ile kanıt vs.

⁵⁷Barak, A. (2005), *Purposive Interpretation in Law*, Princeton-Oxford: Princeton University Press, 8.

İkinci bölümde konu sınırlandırılarak AİHS çerçevesinde yorum konusu ele alınacaktır. Dinamik yorum yöntemini inceleyeceğimiz bu bölümde, AİHM'nin pratiklerinin VAHS'nin belirlediği yorum kurallarıyla ve klasik antlaşmalar rejimiyle ilişkisi değerlendirilecektir. Dolayısıyla ikinci yöntem olarak *mukayese* metodu kullanılacaktır.

Üçüncü bölümde ise VAHS'nin belirlediği klasik antlaşmalar rejiminin yorum kuralları ile AİHM'nin dinamik yorum yöntemi arasında denge sağlamak için AİHM'nin içtihadını dayandırdığı *ikincillik ilkesi* (principle of subsidiarity) ve *takdir payı* (margin of appreciation) doktrini ele alınacaktır.

Çalışmanın konusu genel olarak antlaşmaların yorumu olmakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumu ile sınırlı tutulmuştur. İnsan hakları sözleşmeleri içerik olarak neredeyse aynıdır fakat AİHS hem denetim mekanizmalarının iyi işlemesi hem de AİHM'nin yorum konusuna getirdiği farklı yaklaşımlar nedeniyle tercih etmemizde etkili olmuştur. Bununla birlikte, diğer sözleşmelere ve kazai organların kararlarına da gerektiği ölçüde başvurulacaktır.

Çalışmada yabancı dildeki kaynaklardan yapılan alıntılar tarafımızca tercüme edilmiştir. Anlatılan konuyu pekiştireceği düşünülen görüş, bilgi ve eleştiriler ana metnin bütünlüğünü korumak adına daha çok dipnotlarda verilmiştir.

2. YORUM NEDİR?

Yorum, antik çağlarda tanrılardan geldiğine inanılan mesajların HERMES tarafından yorumlanmasıyla anlaşılabilceği inancından doğan hermenötik kavramıyla ortaya çıkmıştır.⁵⁸ Bir yazıyı veya bir sözü açıklamak, tefsir etmek anlamına gelen yorum, iletişime ait bir kavramdır ve genellikle iletişimin temelini oluşturan dil (language) ve dilbiliminin (linguistics) inceleme alanına girmiştir.

Dilbilimi açısından yorum, iletişimin unsurları olan kullanan⁵⁹, gösterge⁶⁰ ve anlam⁶¹ üçgenindeki anlam unsurunu tespit edip (anlama) açıklamak olarak adlandırılabilir. Bu tanımlama genel bir çerçeve çizmekle birlikte yorumun bütün yönlerini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla bazı sorular sorup cevaplandırarak yorum kavramının daha müşahhas bir tanımını yapmak gerekir.

2.1. Tanım

Kelime anlamı olarak TDK sözlüğünde yorum:

1. Bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma, tefsir. 2. Bir olayı belli bir görüşe göre açıklama, değerlendirme: 3. Gizli veya hayalî olan bir şeyden anlam çıkarma. 4. Bir ürünün, bir modelin, bir sanat eserinin farklı bir açıdan ele alınarak yeniden oluşturulmuş biçimi, versiyon. 5. müz. ve tiy. Bir müzik parçasını veya bir tiyatro oyununu kendine özgü bir duyarlık ve teknikle çalma, söyleme veya oynama. 6. Yasa, tüzük, yönetmelik, karar, yargı ve her türlü sözleşmelerdeki deyimlerin anlamını açıklama. 7. Bir metnin anlamı üzerine yapılan açıklama. 8. Bir yapıtın anlamını aydınlatmada tutulan inceleme ya da düşünme yolu. 9. Bir kitapta ileri sürülen düşüncenin daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla, kullanılan sözcük ve terimlerin açıklamasını veren yapıt⁶²

Merriam Webster İngilizce sözlükte ise şu şekilde tanımlanmaktadır:

1. yorumlama eylemi veya yorumlama eyleminin sonucu: Açıklama (the act or the result of interpreting: Explanation). 2. Bir işin, yöntemin veya tarzın farklı bir uyarlaması veya çeşidi (a particular adaptation or version of a work, method, or style). 3. Olgusal ile açıklayıcı bilgileri birleştiren bir öğretim tekniği (a teaching technique that combines factual with stimulating explanatory information)⁶³

⁵⁸Mootz III, F. J. (2010). *Law, Hermeneutics and Rhetoric*, Surrey: Ashgate Publishing Limited, X.

⁵⁹“Kullanan” terimi iletişimde işareti veren ve alan kişiler (sender-receiver) için kullanılmaktadır. İşareti alan kişi aynı zamanda “yorumcu” olarak da adlandırılmaktadır.

⁶⁰Anlamla biçimin, gösterenle gösterilenin kaynaşmasından oluşan dil birimi, belirtke

⁶¹Göstergenin dil dışı karşılığıdır.

⁶²İnternet: Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, E. T: 02.05.2019.

⁶³İnternet: Merriam Webster Sözlük, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/interpretation>, E. T: 05.04.2019.

Verilen anlamlardan anlaşılacağı üzere yorum kelimesinin sözlüklerde, “aydınlığa kavuşturma”, “açıklama”, “değerlendirme”, “anlam çıkarma”, “yeniden oluşturulmuş biçim, versiyon”, “kendine özgü bir duyarlık ve teknikle çalma, söyleme veya oynama”, “açıklama veren yapıt”, “yorumlama eylemi”, “yorumlama eyleminin sonucu”, “farklı bir uyarılma” ve “olgusal ile açıklayıcı bilgileri birleştiren bir öğretim tekniği” gibi 11 farklı karşılığı vardır.

Yorum kelimesinin dahi birden fazla anlamı olduğuna göre yorumcu yukarıda verdiğimiz sözlük anlamları arasından hangisini kullanmalıdır? Bu noktada öncelikle, “göstergelerin anlamına kim karar vermektedir?” sorusunu cevaplamak gerekir.

Ferdinand De SAUSSURE, “yorumcu, anlamın ne olabileceğini de dilin ait olduğu sosyal topluluğun izin verdiği ölçüde tayin eder”⁶⁴ diyerek, yorumcunun yalnızca anlamı açıklayan değil aynı zamanda anlam atfeden kişi olduğunu söylemektedir. Yorumcuya tanınan bu takdir hakkı elbette sentaks (sözdizimi), semantik (anlambilim), pragmatik (kullanan bilgisi) ve mantık kurallarının izin verdiği sınırlar içerisinde olmak durumundadır. Hiç kimse göstergenin keyfi doğası ilkesine itiraz etmez ancak hakikati keşfetmek onu tayin etmekten daha kolaydır.⁶⁵

Felsefeci ve dilbilimci David KAPLAN, kelimelerin/ifadelerin anlamıyla ilgili olarak semantik anlamın dışında, anlamın nedenini açıklayan dile dair tarihsel ve sosyolojik olgulardan bahsetmektedir.⁶⁶ Kaplan’ın bahsettiği tarihsel ve sosyolojik olgular bir sosyal toplulukta anlamın nasıl inşa edildiğini açıklayan pragmatığe aittir.

Dil felsefecisi Herbert Paul GRICE ise kelime ve cümle anlamı gibi anlamsal kavramların nihayetinde göstergeyi kullananın niyetine (speaker’s intention) bağlı olduğunu söyler.⁶⁷ GRICE, söylenen (what is said) ile ima edilen (what is implicated)

⁶⁴Yorumcu bir göstergeye istediği gibi anlam verebilir fakat bu anlamın kabul edilmesi önemlidir. Saussure, aslında bir toplumda kullanılan tüm ifade araçlarının, ilkesel olarak kolektif bir davranışa veya uzlaşımına dayandığını söylemektedir. “In fact, every means of expression used in society is based, in principle, on collective behavior or-what amounts to the same thing-on convention”, bkz. Saussure, F., in: Bally, C., Sechehaye, A. (1966). *Course in General Linguistics*. New York: McGraw-Hill Book Company, 68.

⁶⁵Saussure, *a.g.e.*, 1966, 68.

⁶⁶Kaplan, D. (1989), “Demonstratives,” In J. Almog, J. Perry and H. Wettstein (Eds.), *Themes From Kaplan*, New York: Oxford University Press, 573.

⁶⁷İnternet: Korta, K., Perry, J. (2015). "Pragmatics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2015 Edition)*, Edward N. Zalta (Ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/pragmatics/>, E. T: 16.07.2016.

arasında bir ayrıma giderek, ifade edilen sözel içeriğin söyleneni belirlemede kullanılacağını fakat ima edilenin sözel içerikle değil kullananın iletişim kastıyla yani niyetiyle belirlenebileceğini ileri sürer⁶⁸.

Dilbilimcilerin anlam ile ilgili yaptığı bu tanımlamalardan sonra göstergelerin anlamına kimin karar verdiğine dair ilk sorumuza vereceğimiz cevap, anlamı belirleyen tek bir etken olmadığıdır. Anlam, iletişimin tarafları, tarafların ait olduğu sosyal topluluk ve iletişimin gerçekleştiği bağlam gibi etkenlerin kolektif bir ürünüdür. Dilbilimciler bu etkenleri niyet⁶⁹ ve bağlam⁷⁰ kavramları altında açıklamaya çalışırlar.

İkinci olarak vermiş olduğumuz genel tanımda yorumu, “anlamı açıklamak” şeklinde eylemsel bir duruma atıf yaparak belirtmiştik. “Açıklamak” ifadesinin bir eylem olduğu tartışmasızdır fakat bu bir sonuç eylemidir. Dolayısıyla “yorum sonuç mudur yoksa sonuca götüren süreç midir?” sorusuna cevap vermek gerekir. Öncelikle, yorumcu açıklayacağı anlamı anlamak durumundadır. “Anlama”, yorumcunun entelektüel, duygusal ve deneyimsel özelliklerinin de dahil olduğu bilişsel bir eylem sürecidir. O halde yorum, süreç ve sonucu kapsayan bir kavramdır.

Yaptığımız açıklamalar ışığında yeni bir tanımlama yapacak olursak **yorum**: iletişimdeki niyet ve bağlam gibi etkenleri dikkate alarak, gösterge veya ifadeleri anlama sürecini kapsayan her türlü bilişsel eylem ve bu eylemlerin sonucunda ortaya konulan anlamdır.

2.2. Yorumu Neden İhtiyaç Duyarız?

Yorum, anlama (understanding) ve açıklama (explanation) kavramlarını kapsayacak şekilde kullanılan bir terimdir.⁷¹ Anlama, kelimelerin ve/veya ifadelerin anlamlı olmasına bağlıdır. Anlam, insan zihninin sınırlılığı ve dil kurallarının hatalı uygulanması gibi sebeplerle farklı anlaşılabilir. İletişimde karşılaştığımız

⁶⁸Grice, H. P. (1989). *Studies in the Way of Words*, USA: Harvard University Press, 213-223.

⁶⁹Kullananın göstergeye yüklediği anlam, iletişim kastı. Dilbilimciler ‘niyet’ kavramını göstergelyi kullanan yani iletiyi göndermek için iletişimi başlatan kişiler (speaker) için kullanmaktadır. Oysa yorumcunun niyeti de anlamın belirlenmesinde önemli bir etkidir. Bir kanun maddesini yorumlayan yargıç ile şiir okuyan bir yorumcunun niyetleri arasında farklılık olduğu açıktır. Önüne gelen ihtilafı çözmekle görevli yargıcın kanun maddesini, şiir formunda yazılmış olsa bile, şiir gibi değerlendiremeyeceği aşıkardır.

⁷⁰Göstergenin kullanıldığı veya ifadenin gerçekleştiği yer, durum, amaç, zaman vb. etkenler.

⁷¹Hirsch, E. D. (1967). *Validity in Interpretation*, New Haven-London: Yale University Press, 129.

çokanlamlılık (ambiguity) ve belirsizlik (vagueness) gibi anlam ile ilgili problemler, yanlış anlamaların ve hatta anlaşmazlıkların temelini oluşturur.⁷²

Çokanlamlılık, birden çok kavramı bir ve aynı kelimeyle dile getirme eğilimi (lexical ambiguity)⁷³, birden fazla sentaktik kategoriye ait olma⁷⁴ ve hatalı sözdizimi gibi yazım ve cümle yapısıyla ilgili problemlerden kaynaklanabileceği gibi kelimenin semantik olarak birden fazla kavramı veya nesneyi işaret etmesinden de kaynaklanabilir.⁷⁵

Pragmatik çokanlamlılık ise görünüşte aynı dili kullanan toplum üyelerinin herhangi bir terimin kullanılışını yöneten kurallar üzerinde anlaşmamış olmalarından doğar. Belirli bir canlıya “balina” adını uygulamakta anlaşılan iki kişinin, bu canlının balık mı yoksa memeli mi olduğu konusunda uzlaşamamaları, pragmatik çokanlamlılıktan kaynaklanan bir sorundur.⁷⁶

Karşılaştığımız diğer problem olan belirsizlik, dilde kullanılan kelimelerin adlandırdıkları veya uygulandıkları nesnelerin veya kavramların sınırlarını kesin olarak bilememekten kaynaklanır.⁷⁷ Örneğin, sıcak, soğuk, iyi, kötü gibi kavramların sınırları belirli midir? Sıcak ile soğuk birbirinden tam olarak ne zaman ayrılır?⁷⁸

Nesnelerle ilgili pragmatik anlaşmazlıklar, kişilerin bilimsel bilgilerinin artmasıyla veya değişmesiyle olgusal hataya düştüklerini kabul etmeleriyle giderilebilecek türden anlaşmazlıklardır. Fakat “adalet”, “iyilik”, “demokrasi” vb. gibi kavramlar üzerindeki pragmatik anlaşmazlıkları gidermek daha zordur. Çünkü kişilerin bu kavramlara yükledikleri anlamlar farklıdır ve herkes kendi iddia ettiği anlamın doğru olduğunu

⁷²Batuhan, H., Grünberg, T. (1984). *Modern Mantık*, Ankara: Orta Doğu Teknik Üniversitesi: Fen ve Edebiyat Fakültesi Yayın No:17, 48.

⁷³Örneğin dilimizdeki ‘yaz’, ‘çay’, ‘yüz’, ‘ben’ gibi farklı anlamlara gelebilen sesteş kelimeler. Bkz. Batuhan, Grünberg, *a.g.e.*, 1984, 48; Korta, Perry, *a.g.e.*, 2015

⁷⁴Cümle içerisinde hem isim hem fiil hem de sıfat görevinde kullanılabilen kelimeler, örneğin ‘yüz’ gibi.

⁷⁵‘Yorum’ kelimesinin semantik olarak 11 farklı anlama gelmesi gibi.

⁷⁶Batuhan, Grünberg, *a.g.e.*, 1984, 65.

⁷⁷Keil, G., Poscher, R. (2016). “Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives”, in: Keil, G., Poscher, R. (Eds.), *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*. Oxford: Oxford University Press., 2-3.; Korta, Perry, *a.g.e.*, 2015 ; Endicott, T. A. O. (2000). *Vagueness in Law*, New York: Oxford University Press, 31-33.

⁷⁸Sorites Paradoksu olarak bilinen bu durum felsefeciler tarafından antik çağlardan beri tartışılan bir konudur. Bkz. İnternet: Hyde, D., Raffman, D. (2018). "Sorites Paradox", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition)*, Edward N. Zalta (d.), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/sorites-paradox/>, E. T: 26.06.2019.

sonuna kadar savunabilir. Bunun temel sebebi, kişilerin karşısındakinin tavrını ve tutumunu değiştirmek istemesidir. Bu türden pragmatik tartışmaları yapanlar aslında “olanı” değil “olması gerekeni” tartışır.⁷⁹

Yukarıda bahsettiğimiz çokanlamlılık ve belirsizlik gibi anlamsal problemler yoruma neden ihtiyaç duyduğumuzu dilbilimi açısından ele almaktadır. Yorumu sadece anlama ve açıklama yönüyle ele almak edebi metinlerin yorumunda yeterli olabilir fakat hukuki belgelerin yorumu hukuki bir amaca matuf olduğu için “anlama” ve “açıklama” eylemlerine ilave olarak “uygulama”yı da kapsar. Yorum ve uygulama arasındaki korelasyonda yorum uygulamayı etkilerken, uygulama da yorumu etkilemektedir.

Yorumcu önüne gelen hukuki meseleyi çözmek için bir hukuk normunu uygulamak durumundadır. Uygulanacak hukuk normunun belirlenmesi ve bu normun içeriğinin tespit edilmesi birbirinden ayrı süreçlerdir. Uygulanabilir kuralın seçimi antlaşmanın uygulanmasıyla alakalıdır. Uygulanabilir kuralın doğru anlaşılması ise yorumla alakalıdır.⁸⁰

Yorumcu ancak bu süreç sonunda hukuk normunu müşahhas olaya uygulayabilir. Yorumcu hukuk normunu uygularken aynı zamanda normun yorumuna dair görüşünü de ortaya koymaktadır. Normun açık ve anlaşılır olduğunu ve yoruma gerek olmadan uygulanabileceğini söyleyen yorumcu dahi aslında bir yorum süreci sonunda bu kanaate ulaşmaktadır.

Uygulama ve yorumu birbirinden ayıran George SCHWARZENBERGER’e göre: “Yorum, taraflarca varılan uzlaşının hukuki niteliğini ve etkilerini tespit etme sürecidir. Uygulama ise bu yorumun müşahhas bir davadaki sonuçlarını belirleme sürecidir.”⁸¹ Yorum ve uygulamanın yöneldikleri sonuçlar bakımından ayrı olmaları, birbirlerinden bağımsız oldukları sonucunu zorunlu olarak doğurmaz. Zaten böyle olmadığı, VAHS’nin 31. maddesinin 3/b bendindeki ifadeden anlaşılmaktadır. İlgili

⁷⁹Batuhan, Grünberg, *a.g.e.*, 1984, 79.; Pragmatik anlaşmazlığa dair benzer bir açıklama için bkz. Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*, Cambridge-Massachusetts-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 159.

⁸⁰Lo, C. F. (2017). *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties: A New Round of Codification*, Singapore: Springer Nature Singapore Pte Ltd., 82.

⁸¹Schwarzenberger, G. (1968). “Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties”, *The Virginia Journal of International Law*, 9 (1),7.; Benzer bir değerlendirme için bkz. Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim For Indemnity-Jurisdiction-1927), Dissenting Opinion of Judge ad hoc Ehrlich, s. 39

maddeye göre: “Antlaşmanın yorumuna dair tarafların uzlaşısını gösteren müteakip tatbikatlar, antlaşmanın yorumunda bağlamla birlikte dikkate alınacaktır.”

2.3. Hukukta Yorum

Hukuk kurallarının oluşmasından uygulanmasına kadar her aşama, kaçınılmaz olarak belirli bir iletişim süreci gerektirir. Hukuk kurallarının oluşturulması süreci sözlü iletişim gerektirse de ortaya çıkan kurallar yazılıdır.⁸² Hukuki belge⁸³ olarak adlandırdığımız bu metinler de doğal olarak ilgili dile ait semiyotik kurallarına tabidir. Dolayısıyla iletişime dair dilbilimsel anlam kuralları ve anlam problemleri hukuk alanı için de geçerlidir.⁸⁴ Fakat hukuki belgeler nitelik olarak diğer yazınsal belgelerden farklıdır. Bu nedenle, hukuki belgelerin yorumunu diğer yazınsal belgelerin yorumundan ayıran nitelikleri açıklamak gerekir.

2.3.1. Hukuki belgenin ayırt edici özellikleri ve yorumu

Öncelikle, hukuk belgeleri insan davranışlarını düzenleyen hukuk normlarının oluşturduğu hukuk düzeninin nesneleridir ve normatif içeriklerden oluşur. Dolayısıyla hukuki belgelerin operatif bölümlerinde edebi belgelerdeki gibi betimleyici bir dil değil normatif önermelerden oluşan bir dil kullanılır.⁸⁵ Hukuki belgeler belirli bir davranışı emreder, yasaklar veya izin verir ve tüm bunları bir müeyyideye bağlar. Hukuki belgelerin normatif olması, anlama ve açıklama eylemine ilaveten uygulamayı da kapsayan bir yorum gerektirir. Yorum, kuralın uygulanma sürecinin ayrılmaz bir parçasıdır ve kuralın ait olduğu hukuk düzeni ile yorum arasında doğrudan bir bağ vardır.⁸⁶ Uygulamadan kastettiğimiz şey, “olması gereken” ile “olan” yani ideal ile

⁸²Sözel ifadelerin ve hukuk metnlerinin yorumlanırken hangi açılardan farklılık gösterdiğini anlatan bir çalışma için bkz. Gözler, G. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, 154-157.

⁸³“Hukuki belge (legal text)” ifadesini hukuk alanıyla ilgili her türlü yazılı metni kastederek değil normatif içeriğe sahip bağlayıcı metinler için kullanıyoruz. Örneğin, anayasa, yasa, tüzük, antlaşmalar gibi.

⁸⁴ Hukuki belgelerde yorum gerektiren dilsel problemler hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Peczenik, a.g.e., 2008, 16-20.

⁸⁵Hafızoğulları, Z. (1978). “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35 (1) ; Hukuki önermelerle ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Moreso, J. J. (1998). *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Ruth Zimmerling (Çev), Dordrecht: Springer Science+Business Media., 47-88.

⁸⁶Çağırın, M. E. (2005). *Uluslararası Hukukta Devletin tek Taraflı İşlemleri*, Ankara: Platin Yayınları, 571.; Hans Kelsen de “Eğer yasalar uygulanacaksa, uygulanacak normların anlamı yasal organ tarafından tespit edilmelidir, yani yorumlanmalıdır. Dolayısıyla yorum, uygulama sürecine eşlik eden entelektüel bir faaliyettir” diyerek, yorum ile uygulama arasındaki bağlantıya işaret etmektedir.

gerçeklik arasındaki bağlantının kurulmasıdır. Başka bir deyişle, olayların yürürlükte olan kurallara uygunluğunun araştırılması⁸⁷ ve bu araştırma neticesinde bir hüküm tesis edilmesidir.

İkinci olarak, hukuki belgelerin oluşturulması usul kurallarına tabidir. Gerekli usuller gözetilmeden oluşturulacak belgelerin hukuki belge niteliğinden bahsedilemez. Bu usuller sadece bir formaliteden ibaret olmayıp hukuki belgenin ve dolayısıyla hukuk normunun özellikle ulusal hukukun hiyerarşik yapısı içerisindeki yerini de belirler. Hukuki belgeleri yorumlarken ait oldukları hukuk düzenindeki yerlerini de dikkate almak gerekir. Bir yasayı yorumlarken bu yasanın anayasa ile arasındaki hiyerarşik ilişkiyi veya uluslararası bir antlaşmaya göre yerini göz önünde tutmak gerekir. Örneğin, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir kanun maddesini yorumlarken anayasanın, “milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”⁸⁸, ifadesini göz önünde tutmak gerekir.

Üçüncü olarak, hukuk belgelerinin yorumu entelektüel faaliyette bulunmanın ötesinde hukuki bir amaca yöneliktir ve yorumu kimin yaptığı önemlidir. Avukat müvekkilini savunma gayesiyle, yargıç önüne gelen davayı çözmek gayesiyle, idari organlar kuralları anlamak ve uygulamak için bu faaliyeti gerçekleştirirler. Avukatın müvekkilini savunurken yapacağı yorum, yargıca mümkün olan diğer yorumları göstermekten ve öneriler sunmaktan ibaret iken⁸⁹ yargıcın adaleti sağlamak gibi aksiyolojik bir amacı vardır.⁹⁰

Dördüncü olarak, hukuki belgelerin yorumu diğer belgelerin yorumundan bağlayıcılık ve doğuracağı sonuçlar yönüyle ayrılır. Hukuki belgelerin dışında kalan belgeleri yorumcu keyfi şekilde yorumlayabilir. Yorumun doğru veya yanlış olması toplumsal düzende herhangi bir sonuç doğurmaz ve bağlayıcı değildir. Fakat hukuki belgelerin yorumu, özellikle idari organlar ve mahkemeler söz konusu olduğunda, bireyler

⁸⁷Teziç, E. (1991), *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 5.

⁸⁸T. C Anayasası 90. madde.

⁸⁹Kelsen, H. (1951). *The Law of The United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, London: Stevens & Sons Limited, XVI.

⁹⁰S. Ströhlholm, “Juridisk tolkningsmetodik före 1800-tamets ‘moderna genombrott’” in Symposium Proceedings “Tolkning och tolkningsteori”, Stockholm, 1982, s. 47 vd.’dan aktaran Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo: D. Reidel Publishing Company, 245.

ve/veya toplum üzerinde sonuç doğurur. Bir romanı yorumlayan yorumcunun doğru veya yanlış yorum yapmasının sonuçları ile ceza kanununun bir yargıç tarafından yorumlanmasının doğuracağı sonuçlar arasındaki fark, kişinin hapis ile hürriyet arasında nerede durduğunu belirleyebilir.

Hukuki belgelerle ve bu belgelerin yorumuyla ilgili yukarıda saydığımız nitelikler, hukuki belgelerin yorumunu diğer belge türlerinin yorumundan ayırdığını düşündüğümüz temel farklılıklardır.

Hukuki belgelerin yorumuna dair ayırt edici niteliklere değindikten sonra yorumun hukukta nasıl anlaşıldığına bakmak gerekir:

*Her metin gibi hukuk kuralı koyan metinlerin de okunması ve anlamının tespit edilmesi gerekir ki, işte bir metnin okunup ne anlama geldiğinin söylenmesine “yorum” denir.*⁹¹

*Yorum söz konusu olduğunda, var olan hukuk kuralını belirlemekle yeni bir kural yaratma arasındaki ayırım belirsizleşir.*⁹²

*Her metin birden çok anlatımın taşıyıcısıdır. Değişik anlatımlar arasındaki seçim, bir yorumlamadır.*⁹³

Yukarıda verilen tanımlarda görüldüğü üzere hukuk literatüründe yorum iki türlü anlaşılmaktadır. Hukuk teorisyeni Jerzy WROBLEWSKI de buna işaret ederek hukuk literatüründe yorumun: “hukuk metninde yer alan ve zaten tek bir anlamı olan normu daha açık ve anlaşılabilir hale getirmek veya müşahhas bir olayda hukuki metnin, kanunun veya kuralın anlamı pragmatik olarak şüpheliyse, yorum yoluyla olası anlamlar arasından birisini belirlemek” şeklinde anlaşıldığını ifade etmektedir.⁹⁴

2.3.2. Kelsen, Hart ve Dworkin’in yorum anlayışı

Hans KELSEN, hukukun kelimelerle formüle edilmesinden kaynaklanan belirsizlikler olacağını kabul ederken, çeşitli yorum yöntemleriyle bu belirsizliğin ortadan kaldırılamayacağını söyler ve bu iddiasına dayanak olarak her yorum yönteminin farklı anlamlar ortaya çıkarabilmesini gösterir. Dahası, hukuk normunun birden fazla

⁹¹Gözler, K. (2012). “Yorum İlkeleri”, *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 236, 17.

⁹²Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, New York: Oxford University Press, 123-124.

⁹³Kaboğlu, İ. Ö. (1994). *Anayasa Yargısı*, 3.Baskı, İstanbul: İmge Kitabevi Yayınları, 184.

⁹⁴Wroblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*, Sadove Stosowania Prawa (Çev), Law and Philosophy Library, Volume 15, Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B.V., 88.

anlama geldiği durumlarda bu anlamlardan birinin diğerine tercih edilmesi için hukuki bir gerekçe olmadığını savunur. KELSEN'e göre tek ve gerçek anlamın doğru yorum yöntemi kullanılarak bulunacağı fikri, hukuk arayışında olan kamuyu müşahhas bir olaydaki hukuki meselenin tek bir olası cevabı olduğuna inandırarak, hukuk güvenliği yanılışmasını sürdürmek için kullanılan bir kurgudan ibarettir.⁹⁵

KELSEN, neredeyse her zaman hukuku uygulayan organın yorumundan farklı bir yorum olabileceğini söyleyerek, UAD ve USAD kararlarını bu duruma örnek verir. Bu mahkemelerin kararlarına muhalefet şerhi (dissenting opinion) düşen yargıçların argümanlarının, çoğunluğun görüşüyle en azından mantık açısından eşit değerde olduğunu söyler.⁹⁶ KELSEN, hukuk normunun gerçek anlamının yasa koyucunun iradesi olarak varsayıldığını fakat normların oluştuğu süreçler ve katılımcılar dikkate alındığında böyle bir iradenin var olup olmadığının şüpheli olacağını ileri sürer.⁹⁷ “Yorum, kanun tasarısı hazırlayanların niyetini veya yasa koyucunun iradesini ancak hukuki terimlerle ifade edilmişse dikkate alabilir. Hukuk normunun lafzının birden fazla anlama gelmesi, yasa koyucunun niyetiyle uyuşmayan diğer yorumları dışlayacak şekilde kendi niyetini ifade edemediğinin veya etmek istemediğinin kanıtıdır.”⁹⁸

KELSEN'e göre yorumun işlevinin gerçek anlamı bulmak olduğu yönündeki görüş, tamamen yorum kavramının yanlış anlaşılmasından ibarettir. Eğer yorum faaliyeti hukuk normunun gerçek anlamını bulmak ise bu ancak yorumun otantik yani bağlayıcı olmasıyla mümkün olabilir. Yorum gerçek anlamı bulmak değil mantıksal açıdan eşit derecede mümkün olan birkaç farklı anlam arasından bağlayıcı olanı açıklamaktır. Bu türden otantik yorumu ancak yasa koyucunun kendisi veya mahkemeler gibi hukuku uygulayan organlar yapabilir.

KELSEN için yorum hukuk yaratma anlamına gelmektedir. Yasa koyucunun yapacağı yorum bütün yasa uygulayıcı organları bağlayan genel nitelikte iken yasayı uygulayan mahkeme gibi organların yapacakları yorum bireysel nitelikte ve yalnızca ilgili dava açısından bağlayıcıdır. Her iki durumda da yorum hukuk yaratma anlamına gelir. Yasa

⁹⁵Kelsen, *a.g.e.*, 1951, XIII.

⁹⁶Kelsen, *a.g.e.*, 1951, XIV.

⁹⁷Kelsen, H. (1949). *General Theory of Law and State*, Anders Wedberg (Çev), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, USA, 33-34

⁹⁸Kelsen, *a.g.e.*, 1951, XIV.

koyucunun herkesi bağlayan genel yorumunun bir hukuk yaratma eylemi olduğu açıktır ve hukuku uygulayan organların yapacağı yorumla vereceği karar da olası diğer anlamların dışlanması anlamına geldiği için bir hukuk yaratma eylemidir.

KELSEN için hukuk normu yalnızca hukuki terimlerle ifade edilendir. Eğer hukuk normunun lafzı birden fazla anlama geliyorsa, bunun sebebi yasa koyucunun farklı nedenlerle böyle takdir etmesidir.⁹⁹ Yalnızca yetkili organın yapacağı otantik yorum normun içeriğini belirler. Otantik yorumda normun içeriğini belirleyen tek başına ne mantık ne de dil kurallarıdır. Yorumu yapan organın yetkili olması ve gerekli usulleri yerine getirmiş olması yeterlidir. KELSEN'e göre özellikle temyiz mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerin vereceği nihai karar, otantik yorumdur yani yeni hukuk yaratma eylemidir.¹⁰⁰

Bir diğer pozitivist hukukçu Herbert Lionel Adolphus HART da hukukçuların karşılaşabileceği durumları basit davalar (plain cases) ve müphem davalar (penumbral cases) olarak sınıflandırır. Yargıç önüne gelen uyuşmazlığa mevcut hukuk kuralları içerisinde bir çözüm bulamazsa bu dava müphem davalar sınıfına girer ve yargıç takdir hakkını kullanarak sonuca ulaşır. Yargıcın kullandığı takdir hakkı elde hukuk kuralı olmadığı için kuralı aşan bir takdirdir yani hukuk yaratma eylemidir.¹⁰¹

HART, müphem davalarda belirsizliklerin yorum kurallarıyla azaltılabileceğini fakat tamamen ortadan kaldırılamayacağını söyler. HART'a göre yorum kurallarının kendisi de dilin kullanımına dair genel kurallardır ve tüm genel kurallar gibi yoruma muhtaçtır.¹⁰²

HART, tüm hukuk sistemlerinde başlangıçta belirsiz olan kuralların belirli hale getirilmesi için büyük ve önemli bir alanın mahkemelerin ve diğer yetkililerin

⁹⁹ Kelsen, en detaylı buyruk bile buyruğu uygulayacak kişiye biraz takdir payı bırakmalıdır (Even the most detailed command must leave to the individual executing the command some discretion) der. Tanınan bu takdir payının gerekçeleri arasında yasa koyucunun gelecekte karşılaşılacak tüm durumları öngörmesinin mümkün olmaması, hukuku uygulayacak organa karşılaştığı durumun gereklerine göre değerlendirme yapabilmesi için esneklik sağlama ve normun lafzının çerçeve çizer şekilde genel ifadeler olması gibi durumlar sayılabilir. Detaylı açıklama için bkz. Kelsen, a.g.e., 1967, 349-351. Benzer bir değerlendirme için ayrıca bkz. Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford: Clarendon Press, 128.

¹⁰⁰ Kelsen, a.g.e., 2005, 354-355.

¹⁰¹ Türkbağ, A. U. (2011). "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 28, 73; Öktem, N. (2011). "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 28, 85.

¹⁰² Hart, a.g.e., 1994, 126

takdirine açık bırakıldığını söyler. Mahkemelerin önceki içtihatları genişletici veya daraltıcı kararlar vererek aslında kanun yapma yetkisini kullanmalarına rağmen, yorum yaparak ve içtihatları kullanarak yasa koyucunun niyetini ve zaten var olan kanunu aradıklarını söyleyerek, bu türden yaratıcı (creative) işlevlerini gizlediklerini ileri sürer.¹⁰³

Esasen HART da KELSEN gibi pozitivizmin formalist bakış açısına sahiptir.¹⁰⁴ Fakat KELSEN'den farklı olarak temel normun (grundnorm) yerine tanıma kuralını (rule of recognition) koyar. HART'ın tanıma kuralı resmi teamüldür (official custom) yani hukuk normu geçerliliğini devlet organlarının uygulamalarından alır. “Bir hukuk düzenindeki geçerlilik kriteri ne hukuk normu ne de önceden belirlenmiş herhangi bir normdur. Geçerliliğin kaynağı, sadece uygulandığı için var olan toplumsal kuraldır.”¹⁰⁵

Hukukun kaynakları ve hukuk normlarının etkinliği ve geçerliliği üzerine formalist bir yaklaşım izleyen hukuki pozitivizmin yorum konusuna yaklaşımı da aynı şekildedir. Klasik pozitivizme göre yorum faaliyetiyle: “Yetki ve usul öğeleri araştırıldıktan sonra, yasamanın irade bildirimi; dilbilgisi kurallarına, sözcüklerin anlamına göre ortaya çıkarılır. Yani metne bağlı yorum esas olup, amaçsal ve sosyolojik yorumlara gidilmemektedir.”¹⁰⁶ Metne sıkı sıkıya bağlı yorum anlayışı eski dönemlerden beri vardır ve hatta klasik pozitivizmin de temeli sayılan iradeci anlayışın baskın olduğu bazı dönemlerde yorum tamamen yasaklanmıştır.¹⁰⁷

Klasik hukuki pozitivizmin yorum anlayışının zaman içerisinde değişime uğradığı görülmektedir. Başlangıçta sadece dilbilgisi ve mantık kurallarına dayanan ve yasa koyucunun iradesini ortaya çıkarmak olarak kabul edilen yorum anlayışı toplumsal

¹⁰³Hart, *a.g.e.*, 1994., 135-136.

¹⁰⁴Kelsen'in normativist anlayışına göre hukuk normu geçerliliğini üstteki bir hukuk normundan alır. Dolayısıyla Kelsen'in anlayışı bir hukuk normunun geçerliliğini belirlemek için kendisinden üstteki bir hukuk normuna dayanıp dayanmadığını araştırmak şeklinde biçimci bir normativizmdir.

¹⁰⁵Internet: Green, L. (2018). "Legal Positivism", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (Ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>, E. T: 22.07.2020

¹⁰⁶Öktem, N. (1977). “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'a Armağan), 43 (1-4), 282.

¹⁰⁷Çağıl, O. M. (1966). *Hukuka ve Hukuk ilmine Giriş*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 182: *Böylece, bir ara siyasi iktidarlar, müphem ve muhtelif manalara gelen, seyyal ve elastiki lafzı tesbit etmeğe, hâkimi, kanunun lafzına bağlamaya, kanunun tefsirini, bilhassa ilim yolu ile tefsirini ve geliştirilmesini men'etmeğe, imkânsız hale getirmeye çalışmışlardır.*

değişimlere ayak uydurmakta zorlanmıştır. Selahattin KEYMAN pozitivistizmin yoruma bakışındaki bu değişimi endüstrileşme sürecinin ortaya çıkardığı yeni sorunlar karşısındaki acziyete bağlamakta ve mantık kurallarından başka unsurların da yoruma dahil olmaya başladığını söylemektedir.¹⁰⁸ KEYMAN’a göre hukuki pozitivistizmin yorum anlayışının geçirdiği bu değişimin diğer bir sebebi de özellikle sosyolojik okul, serbest hukuk okulu ve sosyolojik hukuk bilimi karşısında tutunabilmek endişesinden kaynaklanmaktadır.¹⁰⁹ KEYMAN, pozitivistizmin kendi ideolojisine ve hukukun kaynağı konusundaki kendi düşüncelerine dönerek, yorumcunun sadece kanun koyucunun yaptığı değerlendirmelerle bağlı kalması gerektiğini savunduğunu, böylece aslında yeni yorum yöntemini “kabul eder gibi” göründüğünü söyler.¹¹⁰

Modern hukuki pozitivistlerden KELSEN ve HART gibi hukukçuların da aslında klasik pozitivistlerden tamamen ayrıldığını söylemek zordur. Klasik pozitivistlerin formalist yaklaşımını modern pozitivistlerde de görürüz. Örneğin, KELSEN’in normativist anlayışının temelinde de devlet vardır. Şöyle ki, KELSEN yalnızca yasa koyucunun yarattığı ve yürütme ve yargı organlarının uyguladığı normları hukuk olarak dikkate alır. Yasama, yürütme ve yargı organları da son tahlilde egemen, yani devlettir. Bu anlamda, KELSEN’in normativizmi ile klasik pozitivist John AUSTIN’in hukuk yaratma hakkının sahibi olarak gördüğü “egemen olan (sovereign one)” kavramı birbirinden farklı değildir. Aynı şekilde, HART’ın tanıma kuralı da devlet organlarının uygulamalarına dayanmaktadır.¹¹¹

Hukuki pozitivistler, Lon L. FULLER ve Ronald DWORKIN gibi hukukçular tarafından eleştirilmiştir. FULLER’a göre AUSTIN’in “Egemen olan” kavramı, KELSEN’in “Temel norm” kavramı ve HART’ın “Tanıma kuralı” kavramı gibi tanımlamalar, hukukun ne olduğuna veya ne yaptığına dair değil, hukuk yaratma hakkının kime ait olduğuna dair ilkelerle ilgilidir.¹¹²

¹⁰⁸Keyman, S. (1978). “Hukuki Pozitivistizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35 (1), 46.

¹⁰⁹Keyman, a.g.m., 1978, 46.

¹¹⁰Keyman, a.g.m., 1978, 47.

¹¹¹Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 21.

¹¹²Fuller, L. L. (1964). *The Morality of Law*, New Haven and London: Yale University Press, 202.

DWORKIN ise pozitivistler arasından HART'ın görüşlerini kendisine hedef olarak seçer. HART'ın "hukuk eşittir kural" anlayışının yerini DWORKIN'de "hukuk eşittir kural artı ilke" anlayışı alır.¹¹³ DWORKIN, HART'ın hukuk yaratma anlamında kullandığı ve normdan bağımsız olan takdir yetkisini reddeder ve yargıcın her zaman hukuk ilkeleriyle bağlı olduğunu ve takdirinin ilkelerle sınırlandırılacağını savunur. Böylece, yargıcın önüne gelen davayı çözmesi için ihtiyaç duyacağı hukuk ilkeleri, hukuk sistemi ve kültürü içerisinde daima önceden mevcut olmaktadır.¹¹⁴

DWORKIN için hukukçuların karşılaşabileceği en problemlili anlaşılmazlık teorik anlaşılmazlıktır (theoretical disagreement). Çünkü teorik anlaşılmazlıkların çözümü ampirik anlaşılmazlıklar kadar kolay değildir. Hukukçuların teorik anlaşılmazlıkları "olan" ile ilgili değil "olması gerekenle" ilgilidir. Dolayısıyla DWORKIN'in hayali yargıç karakteri Herkül zor davaların çözümünde olması gerekeni ortaya koyan "kurucu yorum (constructive interpretation)" tekniğini kullanır.¹¹⁵ Kurucu yorum tekniği, pozitivistizmin kuralcı biçimciliğinden farklı olarak yoruma ilke unsurunu da ekler. Bu sayede, yargıç zor bir dava ile karşılaştığında elinde hiçbir kural olmasa dahi davayı çözebilecektir. DWORKIN bu iddiasını desteklemek için Elmer E. Palmer davasını kullanmıştır. Mirasını alabilmek için büyükbabasını öldüren Elmer adlı gencin mirastan mahrum olup olmayacağını tartışıldığı davada, mahkeme genci mirastan mahrum etmiştir. Halbuki, vasiyet kanununda bu konu öngörülmediği için bir düzenleme yoktur ve muris vasiyetinde Elmer'i varis olarak göstermiştir. O halde mahkeme bu karara nasıl varmıştır? DWORKIN, mahkemenin karar verirken "hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz" ilkesine dayandığını söyler.

Elmer'in mirastan mahrum olmaması gerektiği yönünde görüş bildiren yargıçlardan birisi gerekçe olarak vasiyet kanununun lafzında katilleri mirastan mahrum etmeyi gerektirecek bir istisna olmadığını ileri sürer. Ayrıca, bir suçun cezasının yasama organı tarafından önceden belirlenmiş olan ceza kanununda belirtilen sınırlar içerisinde olması gerektiği ve cezanın suç işlendikten sonra yargıçlar tarafından artırılmayacağına dair adalet ilkesini hatırlatır. Elmer işlediği cinayet için kanunun

¹¹³Türkbağ, *a.g.m.*, 2011, 73.

¹¹⁴Türkbağ, *a.g.m.*, 2011, 74.

¹¹⁵Göksu, H. T. (2014). "Ronald Dworkin'in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 4, 119.

öngördüğü cezaya çarptırılmıştır. Yargıç, Elmer'in cinayet cezası üzerine bir de mirastan mahrum edilmesini cezasının artırılması olarak değerlendirir.

Elmer'in mirası alamayacağını savunan yargıçlar ise vasiyet kanununun lafzında katillerin miras alamayacağına dair bir düzenleme olmamasından yola çıkarak yasa koyucunun katillere miras hakkı tanıma niyetinde olduğuna dair bir sonuca varılamayacağını ileri sürerler. Çünkü yasa koyucunun ileride ortaya çıkabilecek tüm hukuki olayları öngörmesi ve çıkardığı kanunların tüm sonuçlarını önceden bilmesi mümkün değildir.

Yargıçların görüşleri ilk bakışta “suç ve cezada kanunilik ilkesi” ile “hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz” ilkesinin çatışması gibi görünse de aslında öyle değildir. Mahkemenin önündeki dava Elmer'in cezalandırılmasıyla ilgili değil şahsın mirası almaya hakkı olup olmadığının tespitiyle ilgilidir. Dolayısıyla suç ve cezada kanunilik ilkesinin bu dava ile ilgisi yoktur. Bu ilke ancak Elmer'in cinayet davası görülürken kullanılabilecek bir ilkedir. Mahkeme, yasanın metnine bağlı olmayı savunan görüş ile yasa koyucunun niyetini önceleyen görüşün karşı karşıya geldiği davada, niyeti lafza tercih etmiştir.

Mahkemede ağırlıklı olan görüş, vasiyet kanununu çıkarılırken mirası almak için cinayet işlenmesi durumunda ne olacağının düşünülüp düşünülmediğinin bilinmediğini fakat eğer bu durum öngörülmüş olsaydı yasamanın katili mirastan mahrum edeceğini varsaymıştır. Bu varsayıma dayanak olarak Yargıç EARL, davayla ilgili başvuru kanununun, içerisinde bir yer teşkil ettiği hukukun bütünü ile tutarlı olması gerektiğini, bu tutarlılığın da ancak vasiyet kanununda yazılı olmasa dahi hukukun genel ilkelerinden olan “hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz” ilkesiyle sağlanacağını söylemiştir.¹¹⁶

Yorum konusunda pozitivistler ile doğal hukukçular ve hukuki realistler arasındaki temel fark, hukuku uygulayan kişinin başvuracağı hukuk kaynaklarının ne olacağı üzerindeki görüş ayrılığıdır. Hukukun belirlenmesinde KELSEN'in normlar hiyerarşisi ve HART'ın tanıma kuralı, DWORKIN'in kurucu yorumu, hukuki realizmin kural kuşkuculuğu (rule-scepticism)¹¹⁷ ve yargıçların karar verme

¹¹⁶Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Cambridge-Massachusetts-London: The Belknap Press of Harvard University Press., 19-20.

¹¹⁷Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*, 3.Edition, Oxford: Oxford University Press., 124-141.

davranışlarının incelenmesi gibi yaklaşımları, bu hukuk akımlarının yorum konusuna bakışını da etkilemiştir.

Hukuki realistler, farklı yorum yöntemleri kullanarak hukuki kaynaklardan alternatif fakat eşit derecede meşru ve birbiriyle çelişen talimatlar çıkarılabileceğinden hareketle, hukukun belirsiz (indeterminate) olduğunu ve alternatifler arasından yapılacak seçimin de politik olduğunu düşünürler.¹¹⁸ Bu yönleriyle hukuki realistler ile Kelsen'in en azından yorum konusuna bakış açılarının birbirlerine yaklaştığı söylenebilir.

2.3.3. Ulusal hukuk ve uluslararası hukuk ayrımı

Yukarıda bahsettiğimiz hukuk akımlarının “hukuk nedir?” veya “hukukun kaynağı nedir?” sorularına verdikleri cevaplar daha çok iç hukuka dönük cevaplardır.¹¹⁹ Dolayısıyla uluslararası hukukun yapısı bu sorulara verilecek cevapları ulusal hukuk düzenindeki cevaplardan ayırmaktadır.

Uluslararası hukukun merkezi bir yasama, yürütme ve yargı organı olmayışından kaynaklanan yapısal özellikleri, hukuk düzenindeki aktörlerin ve aralarındaki ilişkilerin niteliğini değiştirmektedir. İç hukukta kurallar, bireylerin aralarında yaptıkları sözleşmeler bir tarafa bırakılırsa, hiyerarşik bir düzen içerisindedir. Devlet ile hukuk şahısları arasındaki ilişki eşitler arası bir ilişki değildir. Şahısların hukuk kurallarını kabul edip etmeme serbestisi yoktur.

Uluslararası alandaki hukuki ilişkiler, uluslararası örgütleri hariç tutarsak, egemen eşit devletler arasında gerçekleşir. “eşitlerin birbirleri üzerinde egemenlikleri yoktur” şeklinde çevirebileceğimiz *par in parem non habet imperium* ilkesi gereği bir devletin yetki alanı dışında tek taraflı olarak iç hukuktaki gibi kural koyması ve bu kuralın diğer devleti bağlaması mümkün değildir. Uluslararası hukukta kuralların bağlayıcılığı

¹¹⁸Green, M. S. (2005). “Legal Realism as Theory of Law”, *William. & Mary Law Review*. 1915, 46 (6), 1976.

¹¹⁹ İstisna olarak Kelsen, “Saf Hukuk Teorisi” adlı eserinde ikinci seviye (second level) olarak tanımladığı antlaşmalardan doğan kurallarla ilgili “ahde vefa (pacta sunt servanda)” ilkesine atıfta bulunarak uluslararası hukuk düzeniyle ilgili değerlendirmeler yapmıştır. Bkz. Kelsen, *a.g.e.*, 1967, 323-324.

devletlerin rızasına (consent) bağlıdır¹²⁰ ve hukuki ilişkiler genellikle mütekabiliyet (reciprocity)¹²¹ ilkesi üzerine kurulur.

Uluslararası hukuk düzeninde klasik anlamdaki rıza unsurunu ve mütekabiliyet ilkesini aşındıran “uluslararası toplum” (international community) “jus cogens” ve “obligations erga omnes” gibi kavramların ortaya çıktığı görülmektedir.¹²² Fakat bu durum, hukuk yaratma yetkisinin istisnai bir hak olarak son tahlilde yine devletlere ait olduğu gerçeğini değiştirmemekte ve jus cogens kuralların kabulü ve tanınması da münhasıran devletlerin elinde kalmaktadır.¹²³ Dolayısıyla rıza unsuru, Avrupa insan hakları sistemi istisna olmak kaydıyla, antlaşmalar hukukunun hakim ilkesi olmaya devam etmektedir.¹²⁴

Uluslararası hukukun yapısından kaynaklanan sebeplerden dolayı uluslararası yargı organlarının antlaşmaları yorumlarken bir yasama organı gibi davranması ve yeni bir kural yaratması kabul edilebilir görünmemektedir. Açıkça hukuk boşluğu (non liquet) olduğu durumlarda dahi yargı organlarının yeni kural yaratmasının tartışmalı olduğu malum iken yorum ancak bir antlaşmadaki hukuk normunun varsa muğlaklığının ve müphemliğinin giderilmesi ve açıklanmasından öteye gitmemelidir.

Uluslararası mahkemeler, yasamaya değil yalnızca mevcut hukuku ifade etmeye yetkilidir ve uluslararası hukukta var olabilecek boşlukları, yeni hukuk kuralları yaratmak yerine kıyas (analogy), hakkaniyet (equity) ve genel hukuk ilkeleri vasıtasıyla giderirler.¹²⁵

¹²⁰Buyruk kural (jus cogens) ve Birleşmiş Milletler (BM) Şartı’nın 7. Bölümü çerçevesinde Güvenlik Konseyinin aldığı kararlarda rıza unsuru aranmaz. Bkz. Viyana Antlaşmalar Hukuk Sözleşmesi 53. madde ve BM Şartı 2. madde 6. paragrafı.

¹²¹ Bruno Simma, gelişmiş hukuk düzenlerinde mütekabiliyet ilkesinin yerini özel normların ve kurumların aldığını söyler ve ceza hukukunda cezalandırma yetkisinin zarar gören bireyin elinden alınmasını örnek olarak verir. Bkz. Simma, B. (2012). “Reciprocity”, *MPEPIL*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.

¹²²Detaylı bilgi için bkz. Tomuschat, C. (1993). “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”, *Recueils des Cours de l’Académie de Droit International (RCADI)*, Vol. 241; Simma, B. (1994). “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *RCADI*, Vol. 250;

¹²³Tomuschat, *a.g.m.*, 1993, 224.

¹²⁴Simma, *a.g.e.*, 1994, 376.

¹²⁵Bodansky, D. (2012). “Non Liqueur”, *MPEPIL*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press., prg. 13.; Farklı bir görüş olarak Hersch Lauterpacht, uluslararası hukukta da yargıçların iç hukuktaki gibi kısmen yasama işlevi gördüğünü iddia etmektedir. Bkz. Lauterpacht, H. (2011). *The Function of Law in the International Community*, [New] ed. Oxford, England: Oxford University Press., 263-265.

Uluslararası hukuk başka hiçbir hukuk düzenin dayanmadığı egemenlik ve egemen eşitlik temeline dayanır ve bu hukuk düzeninin kaynaklarından birisi olan antlaşmaların akdedilmesi de başka hukuk düzenlerince bilinmeyen kendine has, devletler arası konferanslar ve organizasyonlar gibi özel kuralları olan usullerle yapılır.

Devletler arası uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözümü de devletlerin içerisindeki yargısal sistemlerle mukayese edilemez. Bu nedenlerle, uluslararası hukuk için yorum kuralları uygulamada ve hukuk doktrininde hukukun diğer branşlarından farklı gelişmiştir.¹²⁶

2.4. Uluslararası Hukukta Yorum

Uluslararası hukukta yorumun konusunu esasen yazılı antlaşmalar ve uluslararası örgüt kararları oluşturur. Bununla birlikte, sözlü antlaşmalar, tek taraflı işlemler¹²⁷ ve uluslararası yargı organlarının hüküm ve kararları da yorumun olası konusunu teşkil edebilir. Yazılı metinlere uygulanan yorum kurallarının teamül hukuku için de elverişli olup olmadığı ise oldukça şüphelidir.¹²⁸

Bir hukuki belgedeki hükümlerin anlaşılmasını güçleştiren problemlerin ortadan kaldırılması için yoruma başvurulur. Uluslararası antlaşmaların yorumundaki gaye de antlaşmanın anlamını açıklamak ve akit tarafların iradesini açık ve kesin olarak belirlemektir.¹²⁹ Bir antlaşmanın anlamındaki belirsizlik, uygulanmasını olumsuz yönde etkileyeceği gibi akit tarafların üstlendikleri yükümlülüklerin ve elde ettikleri hakların da belirlenmesini zorlaştıracak ve uyuşmazlıklara neden olacaktır. Uluslararası hukuk gibi yargılamanın (adjudication) genellikle kullanılamaz olduğu bir düzende belirsizlik konusu daha da önemli bir hal alır.¹³⁰

¹²⁶Bernhardt, R. (1981). "Interpretation in International Law", in: Bernhardt, R. (Ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 1, p. 318., 318.

¹²⁷ M. E. Çağırın, tek taraflı işlemlerde yorumlanacak materyalin tespitinin güç olabileceğini belirterek, antlaşmalar hukukunda ve uluslararası hukukta başvuru yoruma tekniklerinin tek taraflı işlemlere uygulanmasında "işlemin" özelliklerine göre hareket etmek gerektiğini belirtir. Bkz. Çağırın, *a.g.e.*, 2005, 580.

¹²⁸Herdegen, *a.g.m.*, 2012, para. 3; Treves, T. (2012). "Customary International Law", *MPEPIL*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press., para.2.; Treves, teamül hukukunda dilsel ifade olmamasından hareketle uygulama için yazılı metinlerdeki gibi yorum gerekmediğini söyler.

¹²⁹Meray, S. L. (1962). *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara: Sevinç Matbaası., 106-107.

¹³⁰Crawford, J. (2014). *Chance, Order, Change: The Course of International Law: General Course on Public International Law*, The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, Leiden: Brill/Nijhoff., 115

VAHS öncesi dönemde yorum konusuna yaklaşım yukarıda bahsettiğimiz hukuk akımları gibi teorik olmamıştır. Hatta antlaşmalar hukukuyla ilgili yazılan ciddi eserlerde dahi herkese uyacak bir yorum formülü yaratma girişiminde bile bulunulmamıştır. Yorum konusunda yapılan çalışmalar, uluslararası yargı organlarının kararlarını gerekçelendirmek için tatbik ettiği yorum ilkelerinin tartışılmasından öteye gitmemiştir.¹³¹ Yapılan tartışmalar metni ön plana çıkaranlar (textualists) ve akit tarafların asıl niyetlerinin bulunmasını savunanlar (intentionalists) arasındaki rekabete dönüşmüştür.

Alexander P. FACHIRI, bir antlaşmayı onaylayacak makamın antlaşmanın hazırlık çalışmalarına (travaux préparatoires) katılan temsilcilerden ayrı olduğunu, dolayısıyla önüne gelen antlaşma metniyle yetinmek zorunda kalacağını söyleyerek nihai antlaşma metninin tarafların gerçek niyetlerini gösterdiğini varsaymak durumunda olduğunu ifade eder.¹³²

Charles Cheney HYDE ise tarafların niyetinin ne olduğunu araştırmanın nihai amacının kelimeler kullanılarak yaratılan anlamı saptamak olduğunu söyleyerek, yorumun konusunun tarafların iradesi değil antlaşmanın kendisi olduğunu söyler.¹³³

Gerald G. FITZMAURICE'in UAD'nin uygulamalarından hareketle hazırladığı 6 maddelik yorum ilkelerinin ilk maddesi de metne öncelik tanır (principle of actuality). FITZMAURICE, LAUTERPACHT'ın 1949 tarihli İngiliz Uluslararası Hukuk Yıllığı'nda yazdığı makaleye atıfta bulunarak, yazarın tarafların gerçekte niyetlerinin olmadığını gösteren 5 farklı durum ortaya koyduğunu, hal bu iken, olmayan bir şeyi aramanın gereksiz olduğunu söyler.¹³⁴

Rudolph BERNHARDT ise VAHS'nin taslak maddelerini yorumladığı makalesinde, hukuk güvenliğini sağlamanın en doğru yolunun tarafların antlaşma dışında

¹³¹Klabbers, J. (2010). "Virtuous Interpretation", in: Fitzmaurice, M., Elias, O., Merkouris, P. (Eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 18.

¹³²Fachiri, A. P. (1929). "Interpretation of Treaties", *AJIL*, 23 (4), 746.

¹³³Hyde, C. C. (1909). "Concerning the Interpretation of Treaties", *AJIL*, 3 (1), 47.

¹³⁴Fitzmaurice, G. (1951). "The Law and Procedure of The International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points", *BYIL*, 28, 5.

açıkladıkları belirsiz ve sorunlu olan niyetleri yerine antlaşma metnini dikkate almaktan geçtiğini söyler.¹³⁵

John WESTLAKE, James L. BRIERLY ve Hersch LAUTERPACHT gibi hukukçular ise niyeti ön plana çıkarırlar. WESTLAKE, önemli olan noktanın tarafların gerçek niyetine ulaşmak olduğunu söylerken; BRIERLY, uluslararası hukukta antlaşmaların yorumu için teknik kurallar olmadığını, yorumun amacının ancak tarafların niyetlerini tam ve uygun bir şekilde ortaya çıkarmak olabileceğini savunur.¹³⁶

Hersch LAUTERPACHT da benzer şekilde “Antlaşmaların Yorumunda Etkililik ve Kısıtlayıcı Yorum” adlı makalesinde, yorumda tarafların niyetinin en önemli etken olması gerektiğini savunur.¹³⁷

USAD ve UAD, genellikle metni esas alsa da bu yorum yaklaşımlarıyla ilgili net bir tutum sergilememiş ve her iki yaklaşımın örneklerini görebileceğimiz karar ve danışma görüşleri vermiştir. Örneğin, *Danzig’teki Polonya Yurttaşları* ile ilgili olarak verdiği 4 Şubat 1932 tarihli danışma görüşünde USAD, “Mahkemenin görevi tasarrufundaki tüm materyalleri dikkate alarak mevcut metni yorumlamaktır”¹³⁸ diyerek, elindeki metne bağlı kalmayacağını ve harici kaynaklara da başvuracağını göstermiştir.

Divan, 15 Kasım 1932 tarihli *Kadınların Gece İstihdamı* ile ilgili verdiği danışma görüşünde ise 1919 tarihli Washington Antlaşmasını dibacesinden başlamak üzere kelimesi kelimesine incelemiş ve hatta Washington Antlaşması’nı yorumlarken 1906 tarihli Berne Konvansiyonu’nu dikkate alması gerektiği şeklindeki argümanı da antlaşmada Berne Konvansiyonu’na herhangi bir atıf yapılmamasını gerekçe göstererek reddetmiştir.¹³⁹

¹³⁵Bernhardt, R. (1967), “Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties: Comments on Arts. 27, 28, 29 and 38 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 27, 496.

¹³⁶Clapham, A. (2014). *Brierly’s Law Of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, Oxford:Oxford University Press, 349.; Bkz. Article 19. Interpretation of Treaties (1935), *AJIL*, 29, Supplement: Research in International Law, 944.

¹³⁷Lauterpacht, H. (1949), “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties”, *BYIL*, 26, 75.

¹³⁸Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 44 (Feb. 4), s. 40.

¹³⁹Interpretation of Convention of 1919 concerning Employment of Women during Night, Advisory Opinion, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 50 (Nov.15), s. 377.

28 Mayıs 1948 tarihli *Birleşmiş Milletlere Bir Devletin Kabulü* ile ilgili danışma görüşünde UAD, metnin yeterince açık olduğunu, selexinin uygulamalarından sapmak için gerekçe olmadığını ve hazırlık çalışmalarına başvurmayacağını söylemiştir.¹⁴⁰ Divan bu açıklamasıyla gerekli hallerde metnin dışına çıkabileceğinin ve harici kaynakları kullanabileceğinin işaretini de vermektedir.

2.4.1. Antlaşmaların yorumunda temel yaklaşımlar ve yöntemler

Uluslararası sistemde yerleşik yargı organlarının bulunmayışı, doktrindeki yorum kurallarına dair tartışmaların mahkeme pratiklerinden yeterli kaynak bulmalarını zorlaştırmıştır. Bu durum, USAD ve UAD'nin kurulmasıyla değişmeye başlamış ve yorum kurallarıyla ilgili oldukça fazla kaynak oluşmuştur.¹⁴¹ Dolayısıyla yorumla ilgili tartışmalar mahkemelerin pratikleri ekseninde şekillenmiştir.

Mahkemelerin karar ve danışma görüşmelerinden hareketle 3 tür yorum yaklaşımının doktrinde ağırlık kazandığı söylenebilir.¹⁴² Bu yaklaşımlar: objektif yaklaşım (textualist), sübjektif yaklaşım (intentionalist) ve amaçsal (teleological) yaklaşımdır.

2.4.1.1. Objektif yaklaşım

Objektif ve sübjektif yaklaşımlar birbirlerine zıt yaklaşımlar değildir. Her iki yaklaşım da devlet rızası temelli klasik anlayışa dayanır. Yorumun amacının akit tarafların niyetlerinin belirlenmesi olduğu üzerinde aralarında bir ihtilaf yoktur.¹⁴³ Ayrıldıkları nokta, İngilizcedeki “a difference of degree, not of kind” tabiriyle ifade edebileceğimiz “tür değil derece farkıdır” ve metodolojik bir tartışmadır.

Objektif yaklaşım, akit tarafların niyetinin antlaşma metniyle mündemiç olduğunu ve metinden çıkarılacağını savunurken, sübjektif yaklaşım, tarafların niyetinin her zaman metinden çıkarılamayacağını ve harici kaynaklara da başvurmak gerektiğini ileri sürer.

¹⁴⁰Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1948, p.57., s. 63.: *The Court considers that the text is sufficiently clear; consequently, it does not feel that it should deviate from the consistent practice of the Permanent Court of International Justice, according to which there is no occasion to resort to preparatory work if the text of a convention is sufficiently clear in itself.*

¹⁴¹Bernhardt, *a.g.m.*,1984, 320.

¹⁴²UAD yargıçlarından Alejandro Alvarez'in *Sosyolojik* yaklaşımını 4. Yaklaşım olarak değerlendiren bir çalışma için bkz. Morse, O. (1960). “Schools of Approach to the Interpretation of Treaties”, *Catholic University Law Review*, 9 (1), 41.

¹⁴³Fitzmaurice, *a.g.m.*,1957, 204.

Objektif yaklaşım, antlaşmanın yazıya geçirilmesindeki gayenin tarafların niyetlerini ilan etmek istemeleri ve antlaşma maddelerinin ne olduğu konusunda sonradan ortaya çıkabilecek ihtilaflara meydan vermemek olduğunu savunur.¹⁴⁴ Başka bir deyişle, tarafların niyetleri ancak açık bir şekilde ifade ettikleri antlaşma metnindedir. Yorumun amacı tarafların tahmini niyetlerini değil açıkça ilan ettikleri niyetlerini ortaya çıkarmaktır.

Bu yaklaşımın metne öncelik vermesindeki dayanak noktalarından ilki, çok taraflı antlaşmaların hazırlanması ve onaylanması süreci üzerinden hazırlık çalışmalarına başvurulmasına getirdiği eleştiridir. Hazırlık safhasına katılarak antlaşma metnini ortaya çıkaran devlet temsilcileri ile bu metne bağlayıcılık kazandıracak onay işlemi yapacak olan merci birbirinden farklı kişilerdir. Dolayısıyla onay merciinin hazırlık çalışmalarına katılan bütün temsilcilerin görüş ve tutumlarını tam anlamıyla bilmesi ve değerlendirmesi mümkün değildir. Onay mercii, önüne gelen yazılı antlaşma metnine bakarak, tarafların niyetlerini metne yansıttığını varsaymak durumundadır.

Objektif yaklaşımın argümanını dayandırdığı bir diğer husus ise çok taraflı antlaşmalara sonradan katılım (accession) konusudur. Eğer antlaşma cevaz veriyorsa devletler antlaşmalara sonradan taraf olabilirler. Bu durumda, antlaşmanın hazırlık çalışmalarında yer almayan bir devletin, eğer hazırlık çalışmaları yayınlanmamışsa, taraf devletlerin ortak iradelerini görebileceği tek nesnel kaynak antlaşmanın metni olacaktır.

Gerald FITZMAURICE, katılma yoluyla taraf olunan antlaşmalarda niyet ile ilgili şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

*Devletler, hazırlayanların niyetleri tam anlamıyla bulunabilir olsa bile, üzeri uzun bir teamül süreci ve uygulamayla kaplanan antlaşmalara hazırlanmasından yıllar sonra katılabilirler. Mevcut taraflarının çoğunluğunu hazırlık çalışmalarında yer almayan fakat sonradan katılan devletlerin oluşturduğu bir antlaşmada, taraflarının, bulması ve yürürlüğe koyması nerdeyse imkânsız olan, yapay niyetlerinden vazgeçilmesi önerilir.*¹⁴⁵

Gerçekten de bir antlaşmanın hazırlık çalışmaları safhasında devletler çok farklı görüşler ortaya koyabilirler. Bu görüşlerin aralarında herhangi bir önem ve öncelik sırası veya geçerlilik kriteri olmadığına göre hazırlık çalışmalarında ortaya atılan

¹⁴⁴Fachiri, *a.g.m.*, 1929, 745.

¹⁴⁵Fitzmaurice, *a.g.m.*, 1951, 4.

görüşlerin yorumda tek başına belirleyici olması mümkün görünmemektedir. Örneğin, hazırlık çalışmalarında aktif rol oynayıp, müteakip süreçte antlaşmaya taraf olmayan bir devletin görüşleri yorumda dikkate alınacak mıdır? Ayrıca, FITZMAURICE' in vurguladığı gibi tarafların başlangıçtaki niyetleri teamül yoluyla değişmiş olabilir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin oylama usulüyle ilgili 27. maddesinin teamül yoluyla değişmesi gibi. Tarafların başlangıçtaki niyetlerinin bu olmadığı açıktır.

Philip Marshall BROWN'ın değerlendirmesi metin-niyet konusunu aydınlatmak için oldukça iyi bir açıklama içeriyor. BROWN, hukuki belgelerin yorumunda yorumcunun iki unsuru araştırması gerektiğini söylüyor. “Bu unsurlar, tarafların niyeti ve bu niyetin hukuki etki ve geçerlilik doğuracak şekilde ifade edilmiş olması. Niyet bir belgenin hukuki etkisi için asli ve gereklidir. Bununla birlikte, niyet hukukun gerektirdiği şekilde ifade edilmiş olmalıdır. Hukuk, mükemmel olmasa bile yeterli düzeyde yazılı ifade gerektirir.”¹⁴⁶

Bu hususta, nüans farkıyla, benzer bir görüş olarak M. Emin ÇAĞIRAN tarafların iradesi ve bu iradeyi gösteren belge (Negotium-Instrumentum) konusunda yaptığı değerlendirmede, ortada instrumentum olmasa dahi tarafların sözlü veya zımni bir irade uyuşması olabileceğini söyleyerek, instrumentum'un tek başına antlaşmayı oluşturmak için yeterli olmayacağını söyler.¹⁴⁷

ÇAĞIRAN'ın bu değerlendirmesi yazılı olmayan yollarla irade uyuşmasının ortaya çıkabileceğine işaret etmektedir. Fakat konu yorum olduğu zaman, tarafların niyetlerini tespit etmek için yazılı belgeye ihtiyaç olduğunu aşağıdaki ifadeden anlıyoruz:

*Antlaşmayı oluşturan belgelerin sayısı ne olursa olsun, ortada tek bir irade uyuşması vardır. Farklı belgeler tek bir negotium'u oluşturan unsurlardır, Dolayısıyla, antlaşmayı müşahhas bir duruma uygulamak için yorum yaparken mevcut bütün belgeler dikkate alınmak suretiyle tarafların ortak iradesi belirlenebilir.*¹⁴⁸

¹⁴⁶Brown, *a.g.m.*, 1929, 821.; Benzer bir değerlendirmeyi Hans Kelsen de dile getirmiştir. Bkz. Kelsen, *a.g.e.*, 1951, XIV.

¹⁴⁷Çağiran, *a.g.e.*, 2005, 31.

¹⁴⁸J. P. Jacqué, “Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public”, s. 48'den aktaran Çağiran, *a.g.e.*, 2005, 31.

Bu ifadede bahsi geçen belgelerin, antlaşma metni ve antlaşmayla ilgili olduğu taraflarca kabul edilen diğer belgeleri kapsadığı açıktır. Bununla beraber, hazırlık çalışmalarının bu belgeler arasında değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir çünkü hazırlık çalışmaları tarafların ortak iradelerinden ziyade genellikle farklı görüşleri veya görüş gruplarını ihtiva eder.

2.4.1.1.1. Objektif yaklaşımda yorum yöntemi

Bu yaklaşımda lafzi yorum (literal/grammatical interpretation) yöntemi kullanılır. Antlaşma metni, tarafların niyetlerini açıkça ifade ettikleri belge olarak değerlendirildiği için yorumcunun analize bu belgeden başlaması doğaldır.¹⁴⁹ Bu yöntemde yorumcu kendisini kelimelerin tercümesi ile sınırlandırır.¹⁵⁰ Bütün yorum yöntemlerinde, yorumcunun yoruma önüne gelen metinden başlaması gerekir. Çünkü taraflar arasındaki ihtilafın kaynağı ilgili metnin anlamıdır. Fakat lafzi yöntem ile diğer yorum yöntemlerini birbirinden ayıran temel unsur, yorumcunun kendisini önündeki metinle bağlı kılması ve metnin dışına çıkmak istememesidir.¹⁵¹ Yorumcu, kelimelerin olağan veya sarih anlamlarına bakarak metni anlamlandırmaya çalışır. Böylece, tarafların sübjektif niyetlerinden de uzaklaşmış olacaktır.

Uluslararası hukukta bu yöntemin fikri kökeni, VATTEL'in: "yorum gerektirmeyen şeyin yorumu uygun değildir. (It is not allowable to interpret what has no need of interpretation)"¹⁵² ilkesine dayanır. USAD ve UAD, *Danzig'te Polonya Posta Hizmetleri (1925)* ve *Birleşmiş Milletlere Bir Devletin Kabulü (1950)* hakkında verdikleri danışma görüşlerinde bu ilkeye şu şekilde vurgu yapmışlardır:

*Kelimelerin normalde kendi bağlamlarındaki anlamlarıyla yorumlanması, mantıksız ve saçma bir şeye yol açmadığı sürece, yorumun başlıca ilkesidir.*¹⁵³

¹⁴⁹Kolb, R. (2016). *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing Limited., 136.

¹⁵⁰Morse, *a.g.m.*, 1960, 41.

¹⁵¹Gözüler, *a.g.e.*, 1998, 166.

¹⁵²Vattel, Kapossy, Whatmore, *a.g.e.*, 2008, 408.

¹⁵³Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion, 1925 P.C.I.J. (ser. B) No. 11 (May 16), s. 39: "It is a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense which they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd."

*Bir antlaşmanın hükümlerini yorumlama ve uygulama çağrısında bulunulan bir mahkemenin ilk görevi, bu hükümleri husule geldikleri bağlamdaki doğal ve olağan anlamlarıyla uygulamaya gayret etmektir. Eğer ilgili kelimeler doğal ve olağan anlamlarıyla bulundukları bağlamda bir anlam ifade ediyorlarsa, burada durmak lazımdır.*¹⁵⁴

Lotus/Bozkurt davasında lafzi yöntemi kullanan Divan, “uluslararası hukukun ilkeleri” ifadesindeki kelimelerin olağan anlamları dikkate alındığında “uluslararası hukuk” un kastedildiğini söyleyerek, antlaşma metninin yeterince açık olduğunu ve hazırlık çalışmalarına bakmaya gerek olmadığını söylemiştir.¹⁵⁵

Lafzi yorum yönteminin objektiflik iddiasına rağmen kelimelerin anlamına yüklediği “sarih” ve “olağan” gibi sıfatlar, sübjektif oldukları gerekçesiyle eleştirilmekten kurtulamamıştır. Bir kelimenin anlamının sarih veya olağan olduğu görüşü, kişinin bakış açısına göre değişebilir veya bir antlaşmanın tarafları kelimeye olağan anlamı dışında özel bir anlam yüklemek istemiş fakat bunu antlaşma metnine yansıtmayı başaramamış olabilirler.¹⁵⁶ Ayrıca kelimelerin günlük konuşma dilindeki anlamlarının tespiti tek başına yeterli değildir ve mutlaka hukuki anlamın tespit edilmesi gerekir. Çünkü hukuk normunun bir gayesi vardır ve yorum, kelimeleri bu gayeye uygun olarak anlamlandırmalıdır¹⁵⁷

Lafzi yönteme getirilen bu eleştirilere değindikten sonra, kelimelerin anlamlarının kullanıldıkları bağlam ve kullanıcısının niyetine bağlı olarak değişebileceğini kabul ederek yine de kullanıcının kullandığı kelimeyi niyetini iletmek için seçmediğini ilk bakışta varsaymanın makul olmayacağını düşünüyoruz.

2.4.1.2. Sübjektif yaklaşım

Bu yaklaşımda da yorumun amacı tarafların niyetlerine ulaşmaktır.¹⁵⁸ Tarafların niyetlerinin yalnızca antlaşma metnine hapsedilmesi doğru değildir. Yorumcu,

¹⁵⁴Bernhardt, *a.g.m.*, 1984, 322: “The Court considers it necessary to say that the first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty, is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur. If the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end of the matter.”

¹⁵⁵S. S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), s. 16.

¹⁵⁶Fitzmaurice, *a.g.m.*, 1951, 2.

¹⁵⁷Çağıl, *a.g.e.*, 1966, 183.

¹⁵⁸Lauterpacht, H. (1935). “Some Observations on Preparatory Work in the Interpretation of Treaties”, *Harvard Law Review*, 48 (4), 571.; Clapham, *a.g.e.*, 2014, 349.

tarafların başlangıçtaki niyetlerini elindeki tüm kanıtları değerlendirerek ortaya çıkarmakla mükelleftir.

Yorumcu, antlaşma metninin açık ve belirgin olduğu iddiasıyla hazırlık çalışmaları veya diğer harici kanıtları kullanmaktan imtina etmemelidir. Kelimelerin ve ifadelerin birçok anlama gelebilmesi metnin açıklığı iddiasını zayıflatır. Bir hükmün anlamı hakkında taban tabana zıt görüşler ileri süren taraflar, aynı zamanda, hükmün anlamının açık olduğunu da iddia edebilirler.¹⁵⁹

Kelimeler, genel, yerel ve teknik anlamda kullanılabileceği gibi taraflar kendi aralarında anlaşarak özel bir anlam da yüklemiş olabilirler. Kelimelerin sözlükte yer alan değişik anlamlarının çoğu doğal anlamdır. Sözlüğe bakarak bu anlamlar arasından birini seçmek ve sadece bu anlamın doğal ve olağan olduğunu söylemek doğru değildir.¹⁶⁰

Sübjektif yaklaşım, antlaşma metnini tarafların ortak niyetini gösteren tek belge olarak ele almaz. Hersch LAUTERPACHT, antlaşma metinlerinde ortak niyetin olmadığının göstergesi olarak 5 durum saymıştır. Bu durumlar:

1-taraflar özdeş dili kullansalar bile aynı sonucu elde etme niyetleri olmayabilir ve iyi niyetle kelimelere farklı anlamlar yükleyebilirler.

2-taraflar kelimelere kasten farklı anlamlar yükleyerek oluşacak belirsizlikten menfaat sağlamayı düşünebilirler.

3-taraflar üzerinde anlaşamadıkları konuları belirsiz ve muğlak bırakarak gelecekte çözme umuyor olabilirler.

4-taraflar antlaşmayı yaparken öngörmedikleri fakat daha sonra ortaya çıkan bir problemle ilgili düzenleme yapmamış olabilirler.

*5-Aynı antlaşmada birbiriyle çelişen iki hüküm varsa bu tarafların ortak niyetleri olmadığını gösterir.*¹⁶¹

¹⁵⁹Lauterpacht, *a.g.m.*, 1935, 571-572.

¹⁶⁰Antlaşmaların yorumunda sözlük kullanımı ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Pavot, D. (2013). "The Use of Dictionary by the WTO Appellate Body: Beyond the Search of Ordinary Meaning", *Journal of International Dispute Settlement*, 4 (1), 29-46; Lo, C. F. (2012). "A Clearer Rule for Dictionary Use Will Not Affect Holistic Approach and Flexibility of Treaty Interpretation—A Rejoinder to Dr Isabelle Van Damme, *Journal of International Dispute Settlement*, 3 (1), 89-9; Lo, C. F. (2010). "Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding", *Journal of International Dispute Settlement*, 1 (2), 431-445; Van Damme, I. (2011). "On 'Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding'—A Reply to Professor Chang-Fa Lo, *Journal of International Dispute Settlement*, 2 (1), 231-239.

¹⁶¹Lauterpacht, *a.g.m.*, 1949, 76-80.

Sübjektif yaklaşımın hazırlık çalışmaları ve harici kaynaklarla ilgili argümanlarını, bu yaklaşımın antlaşmalara bakış açısına göre değerlendirmek gerekir. Sübjektif yaklaşımda tarafların asıl niyetleri önemlidir. Dolayısıyla antlaşma metnindeki kelimelerin olağan anlamı ancak asıl niyetin kanıtı olduğu zaman dikkate alınır. Olağan anlam ile asıl niyetin çatıştığı durumlarda olağan anlam hükümsüzdür.¹⁶²

Sübjektif yaklaşımın antlaşmalara bakış açısının yanlış değilse bile eksik olduğunu anlamak için Philip ALLOT'un açıklaması oldukça tatmin edicidir. ALLOT, “Antlaşma, yazıya dökülmüş anlaşmazlıktır” der. Taraflar antlaşmayla uzlaştıkları konuları tespit ederken aslında dolaylı olarak uzlaşamadıkları konuları da tespit ederler. Antlaşma, tarafların farklı fikirlerle katıldığı, tekil olarak hiçbirinin istemeyeceği fakat birlikte kabul edebilecekleri üçüncü bir yol bulmak için yapılan müzakere sürecidir.¹⁶³

Çok taraflı antlaşmalarla ilgili sübjektif yaklaşıma getirilen bazı eleştirileri objektif yaklaşım çerçevesinde hazırlık çalışmaları ve katılım bağlamında ele almıştık. Bu eleştirilere ek olarak, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik, tarafların antlaşmaları yazılı olarak yapmasında önemli bir etkidir. Antlaşmaları öncelikle devletlerin kendilerinin yorumladığı bir düzende tarafların niyetlerini müşahhas bir zemine oturtmak gerekir ve bunun yolu antlaşmayı metne bağlamaktır. Devletlerin gerçek niyetlerini tespit etmek her zaman mümkün olmayabilir veya tespit edilse bile, taraflar, devletlerin hazırlık çalışmalarında ortaya koydukları niyetleriyle değil antlaşma metninde olduğunu varsaydıkları ortak niyetle bağlı olmayı kabul ederler.¹⁶⁴

Antlaşmaları akdedildikleri tarihteki şartlarla ve taraflarının niyetleriyle sınırlandırmak ikili antlaşmalarda kabul edilse de çok taraflı antlaşmaların ruhuyla uyumsuz. İkili antlaşmaların akdi (contractual) yapısı, yorumu tarafların niyetleriyle sınırlandırmak için haklı bir gerekçe oluşturabilir fakat sistem veya rejim yaratan çok taraflı normatif antlaşmalar, akdedildikleri andan itibaren müelliflerinin tekil iradelerinden ayrılırlar.

¹⁶²Koskeniemi, M. (2005). *From Apology To Utopia: The Structure of International Legal Argument*, New York: Cambridge University Press, 333-334.

¹⁶³Allot, P. (1999). “The Concept of International Law”, *EJIL*, 10 (1), 43.

¹⁶⁴Çok taraflı antlaşmaların hazırlık çalışmalarında ortaya konulan görüşlerin, bu görüşü paylaşan taraflar arasındaki ilişkilerde bağlayıcı olabileceğine dair bir değerlendirme için bkz. Kolb, *a.g.e.*, 2016, 150.

2.4.1.2.1. Sübjektif yaklaşımda yorum yöntemi

Bu yaklaşımda tarihsel yorum yöntemi kullanılır. Aslında tarihsel yorum farklı yorum yöntemlerinin farklı kaynaklara uygulanmasıdır. Örneğin tarihsel yorumun ağırlık verdiği hazırlık çalışmaları, akit tarafların antlaşmanın hazırlanması sürecinde sarf ettikleri sözlerden anlam çıkarmaktan ibarettir. Bu yönüyle lafzi yönteme benzeyen tarihsel yorum, tarafların hazırlık çalışmalarında beyan ettikleri görüşlerini kullanarak asıl niyetlerini aramakla da amaçsal yorum yöntemine benzer. Antlaşmanın yapılış aşamasındaki olayları dikkate almak, kanun koyucuya veya bizim örneğimizde antlaşmanın taraflarına, “niyet atfetmek” olarak nitelenebilir.

Tarihsel yorumda tarafların antlaşma yapmaktaki gayelerini ortaya çıkaracak her türlü kaynak ve yöntem kullanılabilir. Fakat esas olarak tarafların başlangıçtaki niyetlerine ulaşmak istendiği için hazırlık çalışmaları ve antlaşmanın taraflarının onay öncesi ve sonrası tutum ve davranışları önem arz eder.¹⁶⁵ İkili antlaşmalarda tarafların antlaşmanın ardından yaptıkları ortak basın açıklamaları dahi niyetin tespitinde kanıt olarak kullanılabilir.¹⁶⁶

2.4.1.3. Amaçsal yaklaşım

Bu yaklaşımın odağında antlaşmanın konu ve amacı yer alır. Doktrinde “konu” ve “amaç” kelimelerinin eş anlamlı olup olmadığı konusunda da ihtilaf vardır. Kimileri bu iki kelimeyi eş anlamlı olarak kabul ederken kimileri de “konu” ile antlaşmanın içeriğinin, “amaç” ile de antlaşma yoluyla ulaşmak istenen nihai hedefin kastedildiğini iddia etmektedir.¹⁶⁷ Bu ihtilafla ilgili olarak Robert KOLB, “konu” ile düzenlemeye tabi olan çevre, havacılık, finans vb. gibi mevzuların kastedildiğini, “amaç” ile normun ulaşmayı istediği çevre kirliliğinin önlenmesi, hava hizmetlerinin geliştirilmesi veya enflasyonun düşürülmesi vb. gibi nihai hedeflerin kastedildiğini söyler. Bu ayrım önemlidir çünkü yorumcunun söz konusu dalın terimlerini ve kullanımlarını dikkate alması gerekir.¹⁶⁸

¹⁶⁵Herdegen, *a.g.m.*, 2012, para. 16.; Morse, *a.g.m.*, 1960, 39.

¹⁶⁶Kolb, *a.g.e.*, 2016, 150.

¹⁶⁷Fitzmaurice, *a.g.m.*, 2012, para. 90.; Linderfalk, U. (2007), *On The Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht: Springer, 207-211.

¹⁶⁸Kolb, *a.g.e.*, 2016, 145.

Tüm antlaşmaların bir amacı gerçekleştirmek üzere yapıldığı düşünülürse diğer yorum yaklaşımlarının antlaşmanın amacıyla ilgilenmediği gibi bir sonuç çıkarılamaz fakat amaçsal yaklaşımı diğer yaklaşımlardan ayıran unsur, antlaşmanın objektif amacını (ratio legis) tarafların sübjektif niyet ve amaçlarının üzerinde ve ayrı tutmasıdır. Antlaşmalara çekince koyma hususunda çekincenin antlaşmanın konu ve amacına aykırı olmaması şartının¹⁶⁹ antlaşmanın amacının tarafların niyet ve amaçlarından bağımsız, objektif bir mahiyeti haiz olduğu kanaatinden kaynaklandığı düşünülebilir.

Soykırım Sözleşmesine Çekince Koyma (1951) konusunda verdiği danışma görüşünde UAD, bu tür sözleşmelerde sözleşmenin var oluş sebebi (raison d'être) olan *yüksek amaçların* gerçekleştirilebilmesi için tarafların bireysel menfaatlerinin yerini ortak menfaatlerin aldığını belirterek, sözleşmenin amacının objektif niteliğine vurgu yapmıştır.¹⁷⁰

Amaçsal yaklaşım bu yönüyle, kanunun amacıyla müellifinin amacını birbirinden ayıran, iç hukuktaki anlayışa benzer.¹⁷¹ Doktrinde uluslararası hukukta amacın iç hukuktan farklı olarak her zaman sübjektif olacağına dair değerlendirmeler de mevcuttur.¹⁷² Gerçekten de yorumcunun, hem antlaşmanın amacını belirlemek için yorum yaptığı hem de belirlediği amacı yorum aracı olarak kullandığı düşünüldüğünde objektiflik iddiası zedelenmektedir.

Beşerî hayatta zamanla ortaya çıkan değişimler kaçınılmaz olarak hukuku da etkiler. İç hukukta bu değişimlere adapte olmak daha kolaydır çünkü yasama organı, gelişmeler ışığında her an yeni düzenlemeler yapabilir. Ayrıca mahkemelerin, sınırlı dahi olsa, yasama benzeri işleve sahip olmaları adaptasyon imkanını artırır. Uluslararası hukukta da devletlerin gelecekte ortaya çıkabilecek siyasal, sosyal ve iktisadi her türlü gelişmeyi öngörmesi ve buna göre antlaşma yapması mümkün değildir. Dolayısıyla antlaşmanın zaman içerisinde etkililiğini yitirmesi veya yetersiz kalması söz konusu olabilir. Bu durumda, yorumcunun aktüel şartlara cevap

¹⁶⁹VAHS madde 19/c.

¹⁷⁰Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, International Court of Justice (ICJ), 28 May 1951., I.C.J. Reports 1951, p.15, s.23: "In such a convention the contracting States do not have any interests of their own ; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d'être of the convention."

¹⁷¹Bahsedilen ayırım için bkz. Çağıl, *a.g.e.*, 1966, 200.

¹⁷²Linderfalk, *a.g.e.*, 2007, 205.

verebilmek adına konu ve amacı kullanarak yorum yapması, taraflara hipotetik irade izafe etmesine yol açabilir.¹⁷³

“Bir şey hükümsüz olmaktansa hüküm ifade etsin (Ut res magis valeat quam pereat¹⁷⁴)” şeklinde ifade edilebilecek yorum ilkesi gereğince antlaşma hükümlerinin faydalı netice vermesi beklenir. Tarafların antlaşmayı hiçbir netice elde etmemek üzere akdettikleri düşünülemez. Fakat bu ilke uygulanırken tarafların iradesini aşmamak veya değiştirmemek gerekir. Eğer taraflar yaptıkları antlaşmanın amacını sınırlandırmışlarsa ve bunu açıkça iradeleriyle ortaya koymuşlarsa, yorum da tarafların iradesiyle sınırlı kalmalıdır. Yorumcu eksik olduğunu düşündüğü hükümleri tamamlama veya genişletme yoluna gidemez.¹⁷⁵

UAD, *Bariş Antlaşmalarının Yorumu (1950)* hakkında verdiği danışma görüşünde “Divan’ın görevi antlaşmayı düzeltmek değil yorumlamaktır” diyerek, bu ilkenin tarafların iradesini aşmak için kullanılamayacağını şu şekilde ifade etmiştir:

*Sıklıkla etkililik kuralı olarak anılan, ut res magis valeat quam pereat vecizesinde ifade edilen yorum ilkesi, Divan’ın Bariş Antlaşmalarındaki uyumsuzlukların çözümüne ilişkin hükümlere, yukarıda belirtildiği üzere, lafzına ve ruhuna aykırı olacak şekilde anlam yüklemesini haklı gösteremez.*¹⁷⁶

Gerald FITZMAURICE, amaçsal yaklaşımla ilgili endişesini dile getirdiği değerlendirmesinde, “antlaşmanın konu ve amacı nedir?” sorusunun haklı ve doğru bir soru olduğunu fakat yorumcunun bunun bir adım ötesine geçerek, “antlaşmanın konusu ve amacı ne olmalıydı?” dediği anda durumun farklı bir hal alacağını söyler.¹⁷⁷

¹⁷³Herdegen, *a.g.m.*, 2012, para. 14.

¹⁷⁴Bir hukuki belgeyi, belgedeki dili gereksiz, geçersiz veya etkisiz kılacak şekilde yorumlamaktan kaçınılması gerektiğini ifade eden yorum ilkesi. Bkz. Fellmeth, A. X., Horwitz, M. (2009). *Guide to Latin in International Law*, New York: Oxford University Press Inc., 286.

¹⁷⁵Meray, *a.g.e.*, 1962, 109.

¹⁷⁶Advisory Opinion Concerning the Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania; Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 18 July 1950, s. 229: “The principle of interpretation expressed in the maxim: Ut res magis valeat quam pereat, often referred to as the rule of effectiveness, cannot justify the Court in attributing to the provisions for the settlement of disputes in the Peace Treaties a meaning which, as stated above, would be contrary to their letter and spirit.”

¹⁷⁷Fitzmaurice, *a.g.m.*, 1957, 209.

Gerçekten de bu soru, yorumcunun suiistimaline açıktır ve antlaşmayı tashih etmesinin önünü açabilir. Başka bir deyişle, taraflar kendilerini hiç istemedikleri yükümlülükler altında bulabilirler.¹⁷⁸

Örneğin, çevrenin korunmasıyla ilgili bir antlaşmayı yorumlayan yorumcu bu yaklaşımla, önündeki antlaşmayı çevreyi maksimum koruyacak şekilde yorumlayabilir. Fakat taraflar aslında çevrenin maksimum korunmasını değil diğer birçok etkeni de dikkate alarak dengeli bir korumayı amaçlamış olabilirler.¹⁷⁹

Antlaşmalar hukukunun kodifikasyonu ile ilgili Viyana Sözleşmesi'nden önce yapılan çalışmalarda antlaşmaların konusu ve amacı ışığında yorumlanması savunan ilk öneri Harvard Araştırma Bürosu'ndan gelmiştir. Büronun hazırladığı taslağa göre: “Yorumun görevi antlaşmanın hizmet etmek istediği amacı ortaya çıkarmak ve gerçekleştirmektir. Bunu başarmak için her türden ve her metne uygulanacak basmakalıp formülleri veya kuralları gözü kapalı uygulamak yerine, antlaşmanın amacını gerçekleştirmeyi mümkün kılacak güvenilir bütün etmenler dikkate alınmalıdır.”¹⁸⁰

Yorumun antlaşmanın amacını gerçekleştirmeyi mümkün kılacak şekilde yapılmasına dair bu öneri, tarafların ortak iradesine bağlı kalındığı sürece makul kabul edilebilir. Esas sorun, yorumcunun antlaşmaya kendince bir amaç yüklemesi halinde ortaya çıkacaktır. Taraflar böyle bir yorumu yeni yükümlülükler getirmemesi kaydıyla belki kabul edebilirler fakat bu durumda dahi ortada bir yorum değil tashih olacaktır.

Eğer akit taraflar niyetlerini antlaşma metnine açıkça yansıtamamışsa veya mevcut terimlerle antlaşmanın aşikâr olan amacını gerçekleştirmek mümkün değilse, taraflar için tek doğru çözüm antlaşmayı değiştirmek veya ilave yapmaktır.¹⁸¹

2.4.1.3.1. Amaçsal yaklaşımda yorum yöntemi

Amaçsal yaklaşım, antlaşma metnini dikkate alması sebebiyle esasen objektif yaklaşımın farklı bir versiyonu olarak görülebilir. Fakat tarafların gerçek amaçlarını

¹⁷⁸Fitzmaurice, G. (1971). “Vae Victis or Woe to the Negotiators! Your Treaty or Our "Interpretation" of It?”, *AJIL*, 65 (2), 373.

¹⁷⁹Kolb, *a.g.e.*, 2016, 146.

¹⁸⁰Bkz. Article 19. Interpretation of Treaties (1935), *AJIL*, 29, 938.

¹⁸¹Fitzmaurice, *a.g.m.*, 1957, 209.

bulmak için metinle sınırlı kalmadan müzakere sürecine ve antlaşmanın akdedilmesindeki diğer şartlara atıf yapmasıyla da sübjektif yaklaşıma benzer.¹⁸²

Bu yaklaşımda, antlaşma hükümlerinin tekil anlamlarından ziyade metnin bütününe anlamı önemlidir. Tekil hükümler ancak antlaşmanın genel bağlamı göz önünde tutularak bir anlam kazanırlar.¹⁸³ Antlaşmanın bağlamını, ana metin, ekler, dibace, hazırlık çalışmaları ve antlaşmayla bağlantılı diğer belgeler oluşturur. Bu belgeleri yorumlamak için sistematik yorum yöntemi kullanılır. Özellikle antlaşmanın dibacesi, tarafların antlaşma yapmaktaki amaçlarını açıkça ifade ettikleri kısım olarak bu yaklaşımda önemli bir yere sahiptir. Dibace hem metin ve bağlam hem de konu ve amaç altında incelenmekle yorum sürecine katılımda çifte şansa sahip olmaktadır.¹⁸⁴ Ayrıca dibace, yazım şekline bağlı olarak, yoruma diğer antlaşmaların veya uluslararası örgüt kararlarının da dahil edilmesine kapı aralayabilir.¹⁸⁵

2.4.2. Uluslararası hukuk komisyonunun yorum çalışmaları

UHK, zaman darlığı nedeniyle yorumla ilgili doktrindeki ihtilafları bir kenara bırakarak, kendisini mümkün mertebe pratik nitelikteki konularla sınırlandırmıştır.¹⁸⁶ Özel Raportör Humphrey WALDOCK, Harvard Araştırma Bürosu'nun çalışmalarından başlayarak, Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün çalışmalarını ve UAD'nin yorum konusundaki pratiklerini derleyen Gerald FITZMAURICE'in çalışmasını baz alarak, doktrinin yoruma bakışını etraflıca ortaya koymuştur.¹⁸⁷

Raportör, uluslararası yargı organlarının pratiklerinde objektif, sübjektif ve amaçsal yorum yaklaşımlarının her birine dair örnekler mevcut olduğunu ve hangi yorum yaklaşımının kullanılacağına kısmen yorumcunun takdirine kaldığını ifade etmiştir.

¹⁸²Jacobs, F. G. (1969). "Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference", *The International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, 18 (2), 319.

¹⁸³Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTO) amaçsal yaklaşımı tekil antlaşma hükümlerine de uyguladığına dair bir değerlendirme için bkz. Klabbers, J. (2012) "Treaties, Object and Purpose", *MPEPIL*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press., para. 20.

¹⁸⁴Hulme, M. A. (2016). "Preambles in Treaty Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, 164 (5), 1297.

¹⁸⁵Mbengue, M. M. 2012). "Preamble", *MPEPIL*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press., para. 9.

¹⁸⁶Komisyon üyeleri Grigory I. Tunkin ve Milan Bartos'un bu konudaki önerisi için bkz. Yearbook of The International Law Commission (1964), Volume I, Summary records of the sixteenth session, New York: United Nations, A/CN.4/SER.A/1964, s. 275, para. 3.

¹⁸⁷A/CN.4/167 and Add.1-3, s. 54.

Raportör, antlaşmaların hukuka uygun ve keyfiyetten uzak şekilde yorumlanması, ahde vefa ilkesinin bir gereği olduğunu ve doktrindeki ihtilafların metnin önemini azaltma eğilimine karşılık, UHK'nin yorumda metnin rolüyle ilgili açık bir pozisyon alması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁸

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün ve Gerald FITZMAURICE'in formülasyonlarını harmanlayarak yeni bir formül ortaya koyan Raportörün hazırladığı taslak maddeye göre tarafların iradelerinin kanıtı olan antlaşma metni yorumda öncelikli olmuştur. Antlaşma metni tarafların niyetlerinin otantik ifadesidir ve yorumun başlangıç noktası ve amacı, tarafların başlangıçtaki niyetlerini araştırmak değil metnin anlamını açığa kavuşturmadır.¹⁸⁹

Raportörün ortaya koyduğu formülde öne çıkan diğer unsurlar, iyi niyet, doğal ve olağan anlam ile bağlam olmuştur. UHK, Özel Raportörün hazırladığı yorum formülasyonunu başarılı bulmuş ve birkaç şekli düzeltme önerisi dışında içerikle ilgili fazla itiraz olmamıştır.

Komisyon üyelerinden Antonio de LUNA, akdi sözleşmeler ile uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarının farklı yorumlanması gerektiğine dair tespitte bulunurken¹⁹⁰, Gilberto AMADO, birçok metin, bağlam ve terimden meydana gelen antlaşmalarda yorumlananın terimler değil antlaşma olduğunu söyleyerek, her hâlükârda, yoruma terimlerle başlamanın imkânsız olduğunu ileri sürmüştür.¹⁹¹ Tarafların metnin anlamı üzerinde ihtilafa düştükleri düşünüldüğünde yorumun metinden ve metni oluşturan terimlerden başlaması gerekir, ayrıca LUNA, eleştirinin dışında herhangi bir öneri de getirmemiştir.

Jose M. RUDA, uluslararası hukukun mevcut aşamasında devletler için zorunlu yorum kurallarının henüz mevcut olmadığını dolayısıyla Komisyonun yaptığı çalışmanın var olan kuralların kodifikasyonundan ziyade uluslararası hukukun tedrici gelişimi (progressive development) için teklif sunmak olduğunu söylemiştir.¹⁹²

¹⁸⁸A/CN.4/167 and Add.1-3, s. 54.

¹⁸⁹A/CN.4/167 and Add.1-3, s. 56, para. 13.

¹⁹⁰A/CN.4/SER.A/1964, s. 276, para. 18.

¹⁹¹A/CN.4/SER.A/1964, s. 277, para. 28.

¹⁹²A/CN.4/SER.A/1964, s. 277, para. 33-35.; Yorumla ilgili kuralların teamül hukukunun kodifikasyonu olduğu görüşüne karşıt bir değerlendirme için bkz. Klabbers, *a.g.e.*, 2010, 24-25.

Milan BARTOS, Özel Raportörün hazırladığı yorum kurallarıyla ilgili taslağı antlaşmanın özü yerine sözünü dikkate alan İngiliz hukuk anlayışını yansıttığı gerekçesiyle eleştirmiştir. Yorum söz konusu olduğunda tarafların irade otonomisinin en önemli unsur olduğunu ve tarafların niyetlerinin antlaşmada gerçekte ne söylediklerinden daha önemli olduğunu savunmuştur.¹⁹³

UHK, tartışma ve eleştiriler neticesinde şekillenen geçici taslak maddeleri görüşlerini almak üzere hükümetlere göndermiştir. Hükümetlerin taslakla ilgili geri bildirimleri¹⁹⁴ sonrasında taslağı ikinci kez gözden geçiren UHK, Birleşmiş Milletler Antlaşmalar Hukuku Konferansı'nda kabul edilen sözleşmedeki maddelerin çekirdeğini oluşturan taslak maddeleri¹⁹⁵ aşağıdaki şekilde formüle etmiştir.¹⁹⁶

3. Bölüm: Antlaşmaların yorumu

Madde 27- Genel yorum kuralı

1. Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bağlamı içinde ve konu ve amacı ışığında verilecek olağan anlam mucibince, iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir antlaşmanın yorumu bakımından bağlam, dibace ve ekleri içine alan metne ilaveten;

a- Antlaşmanın akdedilmesi münasebetiyle bütün taraflar arasında yapılmış olan antlaşmayla ilgili herhangi bir sözleşmeyi;

b- Antlaşmanın akdedilmesi münasebetiyle bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca antlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belgeyi kapsar.

3. Antlaşmanın bağlamıyla birlikte;

a- Taraflar arasında, antlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili yapılan müteakip herhangi bir anlaşma;

b- Antlaşmanın yorumuna ilişkin tarafların mutabakatını kanıtlayan, antlaşmanın uygulanmasıyla ilgili müteakip herhangi bir tatbikat;

¹⁹³A/CN.4/SER.A/1964, s. 279, para. 64.

¹⁹⁴Geri bildirim veren 27 ülkenin değerlendirmelerine ulaşmak için bkz. Law of Treaties: Comments by Governments on the draft articles on the law of treaties drawn up by the Commission at its fourteenth, fifteenth and sixteenth session (A/CN.4/182 and Corr.1&2 and Add.1, 2/Rev.1 & 3); Türkiye yaptığı değerlendirmede antlaşmaların yorumu ile uygulanması arasındaki ilişkiye dikkat çekmiş ve yorum ilkeleri ile bu ilkeler arasındaki öncelik konusunda varılacak bir uzlaşının, antlaşmaların uygulanmasını kolaylaştıracağını belirtmiştir. Bkz. A/CN.4/182 and Corr.1&2 and Add.1, 2/Rev.1 & 3, s. 342.

¹⁹⁵Bir hatırlatma olarak, Özel Raportörün hazırladığı rapordaki maddeler ile Komisyon tarafından kabul edilen geçici taslak maddeler ve gözden geçirilmiş taslak maddelerin numaraları değişiklik göstermektedir. Özel Raportörün hazırladığı yorum kurallarıyla ilgili maddeler 70-75 ile gösterilirken Komisyon tarafından kabul edilen ve hükümetlere gönderilen taslak maddeler 27-29 ile gösterilmiştir. Viyana Konferansında kabul edilen son hali ise 31-33. maddelerdir.

¹⁹⁶Yearbook of The International Law Commission (1966), Volume II, A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, New York: United Nations, s. 217-226.

c-Taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun uygulanabilir herhangi bir kuralı da dikkate alınır.

4.Tarafların bir terime özel bir anlam vermek istedikleri tespit edilirse terime o anlam verilir.

Madde 28- Tamamlayıcı yorum araçları

27. maddenin uygulanmasından kaynaklanan anlamı teyit etmek için veya 27. maddenin uygulanması:

(a) anlamı müphem veya anlaşılmaz bırakıyorsa; veya

(b) açıkça saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa,

anlamı tespit etmek için antlaşmanın hazırlık çalışmaları ve akdedildiği şartlar dahil olmak üzere, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.

Madde 29- İki veya daha fazla dildeki antlaşmaların yorumu

1.Bir antlaşma iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği zaman, görüş ayrılığı durumunda belirli bir metnin geçerli olacağını antlaşmanın kendisi öngörmedikçe veya taraflar öyle kararlaştırmadıkça, her bir dildeki metin aynı şekilde otantik olacaktır.

2.Metnin tevsik edildiği dillerden başka bir dildeki antlaşma nüshası, ancak antlaşma öyle öngörürse veya taraflar öyle mutabık kalırsa, muteber metin olarak telakki edilir.

3.Birinci paragrafta belirtilen durumlar hariç, antlaşma terimlerinin her muteber metinde aynı anlamı taşıdığı farz edilir. Metinler arasında yapılan mukayese 27. ve 28. maddelerin uygulanmasının gidermediği bir anlam farkı ortaya çıkarırsa, metinleri mümkün mertebe uzlaştıran anlam kabul edilir.

2.4.2.1. Genel yorum kuralı ile ilgili değerlendirmeler

Bazı hükümetlerin yorum yöntemlerinin uygulanmasında hiyerarşik bir düzen oluşacağı yönündeki endişelerini gösteren geri bildirimleri dikkate alan UHK, bu endişeyi gidermek için daha önce “Genel kurallar” olarak düzenlediği taslak madde başlığını “Yorumun genel kuralı (General rule of interpretation)” başlığı ile yeniden formüle etmiştir. UHK bu sayede, maddede geçen yorum kurallarının uygulanmasını birleşik tek bir işlem olarak göstermek istemiştir.¹⁹⁷

27. madde bütün olarak okunduğunda yorumla ilgili unsurlar eşyanın tabiatı gereği bir düzen içerisinde fakat bu düzen hukuken zorunlu bir hiyerarşi yaratmaz. Anlamı araştırılan şey antlaşmanın metnidir ve yorumun metinden başlaması zaruridir. Metni oluşturan terimlerin bir bağlam içerisinde anlam kazanması kaçınılmaz olarak bağlamın da nazarı dikkate alınmasını gerektirir. Antlaşmaların belirli bir amaca matuf

¹⁹⁷A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 219, para. 8.

olması yorumda konu ve amaç unsurunu da değerlendirmeyi gerektirir. Meydana gelen metin-bağlam-amaç sıralaması öncelikten veya üstünlükten kaynaklanmayıp mantık silsilesinin bir sonucudur.

Yorum işlemi kaynaşmış bir süreçtir ve 27. maddedeki hükümler entegre olmuş tek bir kuralı oluşturur. İkinci paragraftaki “bağlam” kelimesi bu paragrafta belirtilen yorumla ilgili tüm unsurları birbirlerine bağlamak için kullanılmıştır. Üçüncü paragraftaki “bağlamla birlikte” ifadesi, bu paragraftaki unsurların da birinci paragrafta dahil edilmesini sağlamaktadır.¹⁹⁸

27. maddenin formülasyonu, antlaşma metnini tarafların gerçek niyetlerini gösteren belge olarak varsaymaktadır. Dolayısıyla yorumun başlangıç noktası, antlaşma metninin anlamını ortaya çıkarmaktır ve tarafların antlaşma metnine yansıtmadıkları başlangıçtaki bireysel niyetleri öncelikli değildir. Metni oluşturan terimler ile terimlerin kullanıldıkları bağlam ve antlaşmanın amacı arasındaki bağıntıyı kuracak olan ilke iyi niyet (bona fide) ilkesidir. İyi niyet ilkesi, tarafların birbirlerine adil ve dürüst şekilde muamele etmeleri gerektiği anlamının yanı sıra, tarafların antlaşmanın amacını ve ruhunu dikkate almadan yalnızca kelimelere yani lafzi yoruma odaklanarak haksız menfaat temin etmemesi gerektiğini de ifade eder.¹⁹⁹

27. maddedeki “olağan anlam” ifadesi, terime sözlükte karşılık gelen tüm anlamları değil antlaşmanın bağlamı ve amacıyla uyumlu olan anlamı ifade etmektedir. Yorum, tarafların uzlaştıkları niyeti araştırma sürecidir ve bu niyetin araştırılacağı en uygun ve basit kanıt antlaşma metnidir. Eğer antlaşma metninden uzlaşılan kuralların anlamına ulaşamıyorsa belirsizlik olduğu sonucu çıkarılabilir fakat belirsizlik iddiası varsayıma dayanamaz, kesinlikle var olmalıdır ve bu belirsizlik, anlamın uygunsuzluğu, yetersizliği gibi bireysel çıkarılardan kaynaklanmamalı, tanımlanabilir bir anlamın yokluğuyla ilgili olmalıdır²⁰⁰

İkinci paragraf yorumda bağlamı teşkil eden unsurlarla ilgilidir. Dibace ve antlaşmanın ekleri asıl metnin parçalarıdır. Bunlarla birlikte, tarafların tamamınca kabul edilen ve

¹⁹⁸A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 220, para. 8

¹⁹⁹Kotzur, M. (2012). “Good Faith (Bona fides)”, *MPEPIL*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press., para. 20.

²⁰⁰Orakhelashvili, A. (2008). *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, New York: Oxford University Press Inc., 322.

antlaşmanın akdedilmesi münasebetiyle yapılan sözleşmeler²⁰¹ve antlaşmayla ilgili olduğu taraflarca kabul edilen diğer belgeler²⁰² de bağlamı oluşturan parçalardır. Tek taraflı hazırlanan belgeler diğer taraflarca kabul edilmedikçe bağlamın bir parçasını oluşturmaz.²⁰³

Özel Raportör Humphrey WALDOCK’a göre tarafların kabulü şartı iki yönlüdür. Tarafların hem belgenin içeriğini hem de belgenin antlaşmayla ilgili olup olmadığını kabul etmesi gerekir.²⁰⁴ Belirsizliği veya çok anlamlılığı gidermek için tek başlarına kullanılmayan bu türden belgeler, antlaşma terimlerinin olağan anlamlarının tespitinde kullanılan bağlamın bir parçasını oluştururlar²⁰⁵ yani yorumdaki rolleri dolaylıdır.

Üçüncü paragraf, antlaşmanın yorumuyla ilgili taraflarca yapılan (a) müteakip anlaşmaları (subsequent agreements), (b) müteakip tatbikatları (subsequent practices), (c) taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan uluslararası hukukun ilgili kuralları ve (d) tarafların bir terime özel anlam yüklemesi konularını ele almaktadır. Bu paragrafta ele alınan unsurlar antlaşmanın akdedilmesinden sonra meydana geldiği için ikinci paragraftaki unsurlardan ayrılırlar.²⁰⁶

Antlaşmaların görüşülmesi safhasında, üzerinde uzlaşılan bir hükmün anlamının yoruma temel teşkil etmesinin de taraflarca istenip istenmediği belirli olmayabilir. Başka bir deyişle, antlaşma hükmü üzerinde uzlaşmak, hükmün anlamı üzerinde de uzlaşıldığı sonucunu doğurmayabilir. Nitekim taraflar arasındaki ihtilaflar da bu nedenle ortaya çıkmaktadır. Fakat bir hükmün yorumuyla ilgili olarak, antlaşmanın akdedilmesi esnasında veya öncesinde belirlenmiş bir antlaşma varsa bu antlaşma, antlaşmanın parçası olarak kabul edilir. Aynı şekilde, bir hükmün yorumuyla ilgili olarak taraflar antlaşmanın akdedilmesinden sonra aralarında bir anlaşmaya

²⁰¹Bu sözleşmelerin, antlaşmanın parçası olması hatta antlaşma olması gerekmez fakat tarafların niyetlerini açıkça ifade etmeleri gereklidir. Bkz. Aust, A. (2007), *Modern Treaty Law and Practice*, Second Edition, , New York: Cambridge University Presss, 236.

²⁰² Mark E. Villiger onay veya katılım esnasında yapılan tek taraflı yorum beyanlarını da bu belgeler sınıfına dahil etmektedir. Bkz. Villiger, M. E. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 430.

²⁰³A/CN.4/SER.A/1966/Add.I, s. 98, para. 16; Anthony Aust, imza ve onay aşamasında tek taraflı yapılan yorum beyanlarını (interpretative declarations) ayrı tutmaktadır. Bkz. Aust, *a.g.e.*, 2007, 238; Ayrıca yorumla ilgili maddelere verilen örnekler için de Aust’un adı geçen eserine başvurulabilir.

²⁰⁴A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 98, para. 16

²⁰⁵A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 221, para. 13

²⁰⁶Villiger, *a.g.e.*, 2009, 431.

ulaşmışlarsa, bu anlaşma, tarafların otantik yorumunu yansıtır ve antlaşmaya yeni bir anlam verir.²⁰⁷

Tarafların antlaşmanın uygulanmasında izledikleri müteakip tatbikatlar, tarafların antlaşmanın anlamıyla ilgili objektif anlayışlarını yansıtmaları bakımından yorumun önemli bir unsurunu teşkil ederler. Müteakip tatbikatlar tarafların niyetlerinin eyleme geçirilmiş halidir.²⁰⁸ Bu türden tatbikatlar, tarafların niyetlerini tespit etmek için veya metinden çıkarılan anlamı teyit etmek için de kullanılabilir.

Müteakip tatbikatların önemi terimlerin anlamına ilişkin tarafların ortak anlayışlarını gösterip göstermediğine bağlı olarak değişebilir. Ayrıca tarafların tatbikatları rasgele değil tutarlı olmalı ve belirli sıklıkla vuku bulmalıdır.²⁰⁹

Bütün tarafların aynı tatbikatı yapması gerekmesede yapılan tatbikatı bütün tarafların kabul etmeleri ve zımnen bile olsa karşı çıkmamaları gerekir.²¹⁰ Tarafların yasama faaliyetleri ve ulusal mevzuatları da ilgili tarafın müteakip tatbikatının kanıtı olarak değerlendirilir.²¹¹ Müteakip anlaşma ve tatbikatlar otantik yorum kaynaklarıdır. Antlaşma hükümlerinin anlamlarını otantik yorum sıfatıyla akdi veya teamüli olarak tadil edebilirler.²¹²

Üçüncü paragrafta ele alınan unsurlardan bir diğeri de taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan uluslararası hukukun ilgili kurallarıdır. Bu unsur, UHK'nin 1964 yılındaki geçici taslağında kuralların zamana göre yorumlanması (inter-temporal law) bağlamında ele alınmıştır. Terimlerin olağan anlamlarının, antlaşmanın akdedildiği zamanda geçerli olan uluslararası hukukun genel kurallarına göre belirlenmesini öngören bu ilk taslak, hukukun evrilmesi karşısında yetersiz kaldığı için eleştirilere maruz kalmıştır. Zaman unsurunun doğru şekilde uygulanmasının iyi niyet ilkesinden geçtiğine karar veren UHK, taslak maddeden zaman unsurunu çıkarmıştır.

“Uluslararası hukukun ilgili kuralları” ifadesi antlaşmaların yorumunda geniş bir bağlama işaret etse de bu genişlik sınırsız değildir. Bağlam çerçevesinde uygulanacak

²⁰⁷A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 221, para. 14

²⁰⁸Fitzmaurice, *a.g.m.*, 1957, 223.

²⁰⁹Villiger, *a.g.e.*, 2009, 431, para. 22.

²¹⁰Aust, *a.g.e.*, 2007, 243.

²¹¹Herdegen, *a.g.m.*, 2012, para. 18

²¹²Villiger, *a.g.e.*, 2009, 432, para. 23; BM Şartı'nın oylama usulü ile ilgili 27. maddesinin teamülen değişmesini örnek verebiliriz.

uluslararası hukukun ilgili kuralları öncelikle bağlayıcı ve antlaşmanın konusuyla alakalı olmalıdır (applicable and relevant rules).²¹³ Bazı durumlarda tarafların niyetleriyle tutarlı bir yoruma ulaşmak için antlaşmanın akdedildiği zamanki uluslararası hukukun yanı sıra güncel uluslararası hukuku da dikkate almak gerekebilir.²¹⁴

Bu konuyla ilgili olarak Hugh THIRLWAY, VAHS’de bahsedilen uluslararası hukuk kurallarının antlaşmanın akdedildiği tarihteki kuralları mı yoksa antlaşmanın yorumlandığı tarihteki kuralları mı ifade ettiğinin belirsiz olduğunu söyleyerek eleştirmiştir.²¹⁵ Yalnızca terimin anlamını belirlemek için değil fakat bir bütün olarak antlaşmanın bağlamını ve anlamını doğru şekilde yorumlamak için güncel kavramlara ve tatbikatlara müracaat etmek uygun olabilir.²¹⁶

Dördüncü paragraf tarafların bir antlaşma terimine özel veya teknik bir anlam yüklemesi durumunu ele almaktadır. UHK üyelerinden bazıları bahsedilen teknik veya özel anlamın bağlam içerisinde doğal anlam halini aldığını ileri sürerek bu paragrafın eklenmesini gereksiz olarak değerlendirse de UHK bu paragrafı muhafaza etmeyi uygun bulmuştur. Taraflar terime özel veya teknik bir anlam yüklendiğini ileri sürebilirler. Böyle bir durumda ispat yükü iddia eden tarafa aittir. *Doğu Grönland’ın Hukuki Statüsü (1933)* davasında USAD: “haritalarda bütün adayı adlandırmak için kullanılan “Grönland” kelimesinin coğrafi anlamını olağan anlam kabul etmek gerektiğini belirterek, eğer taraflardan birisi bu kelimenin olağan dışı veya istisnai bir anlama sahip olduğunu iddia ediyorsa, iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekir” demiştir.²¹⁷

²¹³Villiger, *a.g.e.*, 2009, 433, para. 25

²¹⁴Aust, *a.g.e.*, 2007, 243-244.

²¹⁵Thirlway, H. (1991). “The Law and Procedure of The International Court of Justice: 1960-1989 Part Three”, *BYIL*, 62 (1), 58.

²¹⁶Thirlway, *a.g.m.*, 1991, 59. (It may be appropriate to refer to contemporary concepts and practices, not merely to determine the meaning of a term, but correctly to interpret the context, the significance of the treaty as a whole.)

²¹⁷Legal Status of Eastern Greenland (Den. v. Nor.), 1933 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 53 (Apr. 5), s. 49.

2.4.2.2. Tamamlayıcı yorum araçları ile ilgili değerlendirmeler

“Tamamlayıcı” terimi, 28. maddenin alternatif veya otonom bir yorum aracı olmadığını fakat yalnızca 27. maddede belirtilen yorum araçlarına yardımcı nitelikte olduğunu vurgulamak amacıyla kullanılmıştır.²¹⁸

İfade tarzından anlaşılacağı üzere bu maddeye ancak 27. maddenin uygulanmasından sonra başvurulabilir. Eğer terimler açıksa ve ait olduğu bağlam içerisinde bir anlam ifade ediyorsa diğer yorum araçlarına başvurmak yersizdir.²¹⁹

Tamamlayıcı yorum araçları ya (a) 27. maddeyle elde edilen anlamı teyit etmek için veya (b/1) elde edilen anlamın belirsiz veya anlaşılabilir olduğu durumlarda ya da (b/2) elde edilen anlamın saçma veya makul olmayan bir sonuca götürdüğü durumlarda kullanılabilir. 28. madde, (b/1) ve (b/2) deki şartların oluşması halinde yeni bir anlam vermeyi mümkün kılacağı için tali nitelikte görünse dahi etkili olabilir. Ayrıca bu şartlar, UHK’nin benimsediği olağan anlam görüşüne de istisna teşkil etmektedir.

UHK, hazırlık çalışmalarını ve antlaşmanın akdedildiği şartları, tamamlayıcı yorum araçları olarak zikretmektedir. Hazırlık çalışmalarının neleri kapsadığı maddenin lafzından anlaşılmasa da genellikle tarafların birbirlerine veya hazırlık organına gönderdikleri muhtıralar (memoranda), diğer beyanatlar (statements) ve gözlemler (observations); taraflar arasındaki diplomatik teatiler (diplomatic exchanges), antlaşma taslakları, müzakere kayıtları, komisyon tutanaklarını vb. belgeleri içerir.²²⁰

Çok taraflı antlaşmalara taraf olan devletin hazırlık çalışmalarına katılıp katılmadığına bağlı olarak mahkemeler farklı tutum sergilemeler de UHK bu konuda belirli bir tutum takınmaktan kaçınmış ve ilgili maddeye bu konuda bir hüküm eklememiştir. Hazırlık çalışmalarına dahil olan bir materyalin değeri, otantikliğine, bütünlüğüne ve ulaşılabilirliğine bağlıdır.²²¹

UHK, 28. maddeyle ilgili yorumunda “antlaşmanın akdedildiği şartlar” konusuna değinmemiştir. Özel Raportör Humphrey WALDOCK III. raporunda bu konuyla ilgili olarak, “antlaşmanın akdedildiği şartlar” şeklindeki geniş ifadenin hem güncel şartları

²¹⁸A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 221, para. 18.

²¹⁹A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 221, para. 18.

²²⁰Villiger, *a.g.e.*, 2009, 445, para.3.; Aust, *a.g.e.*, 2007, 246

²²¹Aust, *a.g.e.*, 2007, 246.

hem de tarihsel bağlamı kapsamak niyetiyle kullanıldığını belirtmiştir.²²² Marc E. VILLIGER’a göre ise antlaşmanın akdedilmesiyle ilgili bütün siyasal, sosyal ve kültürel etmenler bu ifadeye dahildir.²²³

2.4.2.3. İki veya daha fazla dildeki antlaşmaların yorumu

Devletler farklı gerekçelerle antlaşmaları birden fazla dilde akdedebilirler. Kimi zaman diğer tarafın dilini anlamakta yaşanan zorluk kimi zaman da diğer dilin üstünlüğünü kabul etmek anlamına geleceği kaygısı devletleri böyle davranmaya itebilir. Gerekçesi ne olursa olsun antlaşmaların pek çoğunun çok dilli hazırlandığı artık bir vakıadır. Bu durumda, hangi dilde hazırlanan metnin yorumda kullanılacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Taraflar genellikle antlaşmalara hangi dildeki metnin otantik olacağıyla ilgili hüküm koyarlar fakat böyle bir hükmün olmadığı durumlarda antlaşmada kullanılan tüm dillerin eşit olduğu ve metinlerin eşit derecede otantik olduğu varsayılır. Taraflar anlaşarak farklı dildeki antlaşma metnlerinin hepsinin otantik olmasına da karar verebilirler.

Terminolojide kullanılan resmi metin (official text) taraflar aksini kararlaştırmadıkça otantik değildir. Resmi metin, tarafların imzaladığı fakat otantik olarak nitelendirmedikleri belgeleri ifade eder. Aynı şekilde, tek tarafın veya tarafların tamamının veya bir uluslararası örgüt organının hazırladığı resmi tercüme de (official translation) antlaşma veya taraflar aksini kararlaştırmadıkça otantik değildir. Taraflar tüm dillerdeki metinlerin otantik olması konusunda anlaşsalar bile ihtilaf halinde seçecekleri bir dildeki metnin otantik olmasını antlaşmaya koyacakları bir hükümle veya aralarında anlaşarak kararlaştırabilirler. Bu uygulama, tarafların tamamı arasında olabileceği gibi anlaşan belirli taraflar arasında da olabilir. Bu durumda, diğer dillerdeki metinler otantik olsalar dahi yorumda dikkate alınmaz.

UHK taslak maddenin lafzında kasıtlı olarak, “hazırlanmış (drawn up)” veya “kabul edilmiş (adopted)” terimleri yerine “tevsik edilmiş (authenticated)” terimini

²²²Yearbook of The International Law Commission (1964), Volume II, (A/CN.4/SER.A/1964/ADD.1), New York: United Nations. s. 59, para. 22.

²²³Villiger, *a.g.e.*, 2009, 445, para. 4

kullanmıştır çünkü tevsik etme işlemi taslak maddelerde ayrı bir prosedür olarak düzenlenmiştir.²²⁴

Birden fazla metnin otantik olarak kabul edildiği durumlarda ortaya çıkacak bir ihtilaf durumunda yorumcunun hangi otantik metni kullanacağı belirsizdir. Mahkemelerin bu konudaki uygulamaları da net bir cevap içermemektedir. Kimi zaman otantik metinler arasında fark olup olmadığına bakmaksızın ana metni kullanan mahkemeler, kimi zaman da tarafların niyetlerine ulaşma amacıyla farklı metinleri mukayese etme yolunu seçmiştir.²²⁵

UHK, 29. maddenin birinci paragrafında genel bir ifade kullanarak, antlaşmada hüküm olmaması veya tarafların aralarında anlaşarak ihtilaf halinde hangi otantik metnin kullanılacağını belirlemedikleri durumlarda, yorumcunun ne yapması gerektiğini belirsiz bırakmıştır.

İkinci paragraf, belirlenen usulle tevsik edilmemiş olan belgelerin de anlaşmaya konulacak bir hükümle veya tarafların aralarında anlaşmaları halinde yorumda otantik olarak kabul edileceğini ifade eder. Birden fazla otantik metnin olması yorumda problemlere yol açabileceği gibi bazı durumlarda problemi çözücü bir etkiye de sahip olabilir. Örneğin bir dildeki anlamı müphem veya saçma olan bir terimin, diğer dildeki anlamı açık ve tarafların niyetlerini gösterme konusunda daha ikna edici olabilir.²²⁶

Birden fazla otantik metin olması, yoruma “mukayese” unsurunu da dahil eder. Bu unsur, yeni bir yorum yöntemi kullanılacağı anlamına gelmez. Yorum hala 27. ve 28. maddelerdeki kurallara göre yapılır. Ortada tek bir antlaşma olduğuna göre farklı otantik metinlerdeki anlamların da aynı olduğunu varsaymak gerekir. Bu varsayım, metinler arasında bir tercih yapmak yerine hepsinde ortak olan anlamı bulmayı gerektirir. Bir terimin anlamı tüm otantik metinlerde müphem veya saçma ise

²²⁴**Metnin tevsiki (authentication)**

Bir antlaşma metni aşağıdaki hallerde sarı ve kat'i olarak tespit edilir:

a- metinde öngörülebiyecek bir usulle veya antlaşmanın hazırlanmasına katılan Devletlerin üzerinde mutabık kaldıkları bir usulle;

b- böyle bir usul yoksa, bu Devletlerin temsilcilerinin antlaşma metnini veya metni içine alan bir Konferans Nihai Senedini imzalamaları, ad referandum imzalamaları veya parafe etmeleri ile., bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf, E. T: 24.11.2019; UHK'nin 1966 tarihli taslağında 9. maddede yer alan tevsik işlemi, VAHS'de 10. maddede yer almaktadır.

²²⁵A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 224, para. 4

²²⁶A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 225, para. 7

yorumcunun uyması gereken ilk kural standart yorum kurallarını uygulayarak tarafların bu terime yükledikleri anlamı bulmaya çalışmaktır. Antlaşmanın çok dilli olması yorumcunun bir metni diğerine tercih etmesini haklı çıkarmayacağı gibi normal yorum kurallarından ayrılması için de bir gerekçe teşkil etmez. Metinlerin eşitliği demek makul her türlü çabayı göstererek öncelikle metinleri uzlaştırmak ve normal yorum yollarına başvurarak tarafların niyetlerini belirlemektir.²²⁷ Eğer antlaşma otantik dillerden sadece birinde müzakere edildi ve hazırlandıysa, özellikle anlamı açıksa, o metne daha fazla güvenmek doğaldır.²²⁸

Antlaşmanın niteliğinin uygulanacak yorum ilke veya metodunu etkileyeceğini kabul eden UHK, yorumla ilgili genel kuralları kodifiye ettiği gerekçesiyle bu ayrımı taslak maddelerde dikkate almamıştır. İyi niyet ilkesi haricinde yorumla ilgili mantıksal ve dilsel ilkelere yer vermemeyi tercih eden UHK, etkililik ilkesini de 27. maddedeki konu ve amaç vurgusunda zaten mündemiç olduğu için eklememiştir. Etkililik ilkesine yer verilmemesinin bir diğer nedeni de bu ilkenin antlaşma metnini hukuksuz şekilde aşırı yorumlama girişimlerini artırma potansiyelidir.²²⁹

Buraya kadar olan bölümde UHK'nin yorum kurallarıyla ilgili hazırladığı taslak maddeleri yorumlarıyla birlikte vermeye çalıştık. UHK'nin değinmediği konulara veya belirtmenin faydalı olacağını düşündüğümüz doktrindeki diğer değerlendirmelere de kısmen yer verdik. UHK'nin nihai raporunu Genel Kurula sununcaya kadar yapmış olduğu değerlendirmeler ve revizyonlar VAHS'de kabul edilen yorum kurallarını da kapsadığı için VAHS'de kabul edilen yorum kurallarını vermekle yetinip, yapılan yorumları ve tartışmaları tekrar etmeyeceğiz.

2.4.3. VAHS yorum kuralları

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yorum kurallarıyla ilgili aşağıda verdiğimiz maddeler²³⁰, Özel Raportör Humphrey WALDOCK'un hazırladığı taslak maddelerin hükümetlerin yaptığı geri bildirimler ve UHK'nin yaptığı tartışma ve revizyonlar neticesinde tedrici olarak gelişmesiyle ortaya çıkan ve UHK'nin 1966

²²⁷A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 225, para. 7

²²⁸Aust, A. (2010). *Handbook of International Law*, Second Edition, New York: Cambridge University Press, 90.

²²⁹A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, s. 223, para. 19.

²³⁰Verdiğimiz metinde altı çizili olan yerler taslak maddede olmayıp nihai metinde yer alan değişiklikleri göstermek için tarafımızdan eklenmiştir.

tarıhli 16. oturumunda kabul ederek nihai rapor halinde BM Genel Kuruluna sunduğu maddelerdir.²³¹

Metinde görüleceği üzere 1966 tarihli taslakta yapılan tek değişiklik çok dilli antlaşmaların yorumuyla ilgili maddede olmuştur. Taslakta 29. madde başlığı “iki veya daha fazla dildeki antlaşmaların yorumu” şeklinde düzenlenmişken VAHS 33. maddede, “İki veya Daha Fazla Dilde Tevsik Edilen Antlaşmaların Yorumu” şeklinde değiştirilmiştir. Yukarıda “tevsik” teriminin kasıtlı olarak seçildiğini ve tevsik işleminin VAHS’de ayrı bir prosedür olarak düzenlendiğini belirtmiştik.

Yine 33. maddeye taslakta olmayan yeni bir paragraf (3.) eklenerek 4 paragrafa çıkarılmıştır. Yeni paragrafla “her otantik metinde kelimelerin anlamlarının aynı olduğunun varsayılması” eklenmiştir. Aslında bu paragrafta yer alan düzenleme, taslak metnin 29/3 paragrafında zaten vardı ama VAHS’de ayrı bir paragraf olarak düzenlenmiştir.

Dördüncü paragrafın giriş cümlesinde taslaktaki geniş ifade spesifik hale getirilmiş ve “belirli bir metnin geçerli olduğu durumlar hariç” şeklinde vurgu yapılmıştır. Yine dördüncü paragrafta taslak metindeki “metinleri mümkün mertebe uzlaştıran anlam” ifadesi yerine “metinleri antlaşmanın konu ve amacını göz önünde tutarak en iyi uzlaştıran anlam” ifadesi getirilerek, yorumcuyu antlaşmanın konu ve amacıyla bağlı kılarak sınırlandırmıştır.

3. BÖLÜM: ANTLAŞMALARIN YORUMU

MADDE 31- GENEL YORUM KURALI

1.Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bağlamı içinde ve konu ve amacı ışığında verilecek olağan anlam mucibince, iyi niyetle yorumlanır.

2.Bir antlaşmanın yorumu bakımından bağlam, dibace ve ekleri içine alan metne ilaveten;

a-Antlaşmanın akdedilmesi münasebetiyle bütün taraflar arasında yapılmış olan antlaşmayla ilgili herhangi bir sözleşmeyi;

b-Antlaşmanın akdedilmesi münasebetiyle bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca antlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belgeyi kapsar.

3.Antlaşmanın bağlamıyla birlikte;

²³¹İnternet: Diplomatic Conferences: United Nations Conference on the Law of Treaties (Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969), http://legal.un.org/diplomaticconferences/1968_lot/, E. T: 08.04.2022

a-Taraflar arasında, antlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili yapılan müteakip herhangi bir anlaşma;

b-Antlaşmanın yorumuna ilişkin tarafların mutabakatını kanıtlayan, antlaşmanın uygulanmasıyla ilgili müteakip herhangi bir tatbikat;

c- Taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan uluslararası hukukun ilgili kuralları da dikkate alınır.

4.Tarafların bir terime özel bir anlam vermek istedikleri tespit edilirse terime o anlam verilir.

Madde 32- TAMAMLAYICI YORUM ARAÇLARI

31. maddenin uygulanmasından kaynaklanan anlamı teyit etmek için veya 31. maddenin uygulanması:

(a) anlamı müphem veya anlaşılmaz bırakıyorsa; veya

(b) açıkça saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa,

anlamı tespit etmek için antlaşmanın hazırlık çalışmaları ve akdedildiği şartlar dahil olmak üzere, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.

Madde 33- İKİ VEYA DAHA FAZLA DİLDE TEVSİK EDİLEN ANTLAŞMALARIN YORUMU

1.Bir antlaşma iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği zaman, görüş ayrılığı durumunda belirli bir metnin geçerli olacağını antlaşmanın kendisi öngörmedikçe veya taraflar öyle kararlaştırmadıkça, her bir dildeki metin aynı şekilde otantik olacaktır.

2.Metnin tevsik edildiği dillerden başka bir dildeki antlaşma nüshası, ancak antlaşma öyle öngörürse veya taraflar öyle mutabık kalırsa, muteber metin olarak telakki edilir.

3.Antlaşmanın terimlerinin her bir otantik metinde aynı anlama sahip olduğu varsayılır.

4. Birinci paragraf mucibince belirli bir metnin geçerli olduğu durumlar hariç, antlaşma terimlerinin her muteber metinde aynı anlamı taşıdığı farz edilir. Metinler arasında yapılan mukayese 31. ve 32. maddelerin uygulanmasının gidermediği bir anlam farkı ortaya çıkarırsa, metinleri antlaşmanın konu ve amacını göz önünde tutarak en iyi uzlaştıran anlam kabul edilir.

2.4.4. VAHS'nin yorum kurallarına getirilen eleştiriler

UHK'nin nihai raporuna kadar yapılan tartışmalar ağırlıklı olarak şekli ve teknik konularla sınırlı olmuştur. Viyana Konferansı esnasında yorum kurallarıyla ilgili ortaya çıkan büyük tartışmanın kaynağı, New Haven Okulu'nun kurucularından Myres S. MCDUGAL'ın fikri altyapısını hazırladığı, lafzi yorum eleştirisidir. MCDUGAL, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order* adlı eserinde, uluslararası antlaşmaların kâğıt üzerindeki birtakım sözcükler olarak değerlendirilemeyeceğini ve taraflar arasında devam eden bir iletişim ve iş

birliği süreci olduğunu savunmaktadır.²³² McDOUGAL'ın antlaşmayı metinle sınırlandırmamayı savunan bu görüşü, UHK'nin çalışmalarını etkilemekte geç kalsa da ABD Heyetinin Konferanstaki tutumunu etkilemiştir.²³³

UHK'nin antlaşmaların yorumuyla ilgili nihai önerisinde metni öne çıkaran vurgusunu büyük bir hata ve trajedi olarak niteleyen McDOUGAL, UHK'nin belirli ilkeleri ve içerikleri zorunlu hale getirerek azizlik mertebesine yükselttiğini söylemiştir.²³⁴ Tarafların niyetlerini sübjektif bir unsur olarak antlaşma metninden ayrı değerlendiren UHK'yi, antlaşma metninin tarafların niyetlerinin otantik göstergesi olduğu varsayımına dayandığı için eleştirmiştir. McDOUGAL'a göre UHK bu keyfi varsayımını Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün onayına ve UAD'nin açıklamalarına dayanarak “yerleşik kural” olarak tanımlamaktadır.²³⁵

UHK'nin mantıksal yorum araçları ile yorum kuralları arasında yaptığı ayrımla ilgili McDOUGAL, mantıksal yorum araçlarının yorumcunun takdirine bırakıldığını fakat yorum kurallarının uygulamada nerdeyse zorunlu ve otomatik olduğunu söylemiştir. 27. maddenin lafzında geçen “olağan anlam” ifadesini, lafzi yorum yönteminin kaçınılmaz ikizi olarak niteleyen McDOUGAL, maddede geçen “bağlam ve “amaç” terimlerinin “olağan anlamın” körlüğünü ve keyfiliğini gidermek maksadıyla ve tarafların gerçek niyetlerine ulaşmak için değil, zaten metinde yerleşik olan birtakım sözcüklere referans yapmak için kullanıldığını söylemektedir.²³⁶

UHK'nin 27 ve 28. maddeler arasında hiyerarşı olmadığı iddiasına rağmen 28. maddeye başvurabilmek için öncelikle 27. maddeyi uygulamak gerekmesi sebebiyle zorunlu bir hiyerarşı olduğuğunu belirten McDOUGAL, 28. maddenin başlığında kullanılan “tamamlayıcı araçlar” ifadesinin bu hiyerarşinin göstergesi olduğuunu ifade etmiştir.²³⁷

²³²McDougal, M. S., Laswell, H. D., Miller, J. C. (1994). *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, Dordrecht:Martinus Nijhoff Publishers, xxiii.

²³³Gardiner, R. K. (2015). *Treaty Interpretation*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 71.

²³⁴McDougal, M. S. (1967). “The International Law Commission's Draft Articles upon Interpretation: Textuality Redivivus”, *AJIL*, 61 (4), 992.

²³⁵McDougal, *a.g.m.*, 1967, 992.

²³⁶McDougal, *a.g.m.*, 1967, 993.

²³⁷McDougal, M. S. (1968). “Vienna Conference on the Law of Treaties: Statement of Professor Myres S. McDougal, United States Delegation, To Committee of The Whole, April 19, 1968”, *AJIL*, 62 (4), 1022.

Oluştuğu geniş bağlamın dışında metnin bir anlam ifade etmeyeceğini ileri süren McDOUGAL, Harvard Araştırma Bürosunun hazırladığı taslağa gönderme yaparak, yorumcunun hazırlık çalışmaları, müteakip antlaşma ve tatbikatlar, antlaşmanın akdedildiği şartlar vb. gibi tüm unsurları dikkate alması gerektiğini savunmuştur.²³⁸

Hazırlık çalışmalarının kullanımına getirilen kısıtlamanın yerleşik uygulamalara ters düştüğünü belirten McDOUGAL, *Lotus/Bozkurt* davasına atıf yaparak, mahkemenin “antlaşma metni yeterince açıksa hazırlık çalışmalarına bakmaya lüzum yoktur” derken bile aslında hazırlık çalışmalarına başvurduğunu söylemiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün uygulamada hazırlık çalışmalarına çok fazla başvurmasını uluslararası örgütlerin Viyana Sözleşmesi’nden bağışık tutulmasının gerekçesi olarak açıklayan Clarence Wilfred JENKS’in görüşünün de UHK’nin tutumunu göstermesi açısından önemli olduğunu belirtmiştir.

McDOUGAL’a göre hazırlık çalışmalarına veya antlaşmanın akdedildiği şartlara başvurmadan 27. maddenin uygulanmasıyla ulaşılan anlamın belirsiz veya saçma olup olmadığının tespiti mümkün değildir. Tarafların gerçek niyetleri anlamın belirlenmesi için zaruridir ve lafzi yöntemin kifayetsizliği nedeniyle UHK, birden fazla dildeki otantik metinler arasında ihtilaf çıkması durumunda utangaç bir şekilde tarafların niyetine başvurmak zorunda kalmıştır.²³⁹

Myres S. McDOUGAL ile UHK arasındaki dikotomi objektif ve sübjektif yorum arasındaki yöntemsel bir ihtilaftır. Taraflar, niyetin hangi yöntem ve kaynaklarla elde edileceği üzerinde anlaşamamaktadır. ABD heyetinin verdiği değişiklik teklifiyle UHK’nin taslağı arasındaki tek fark, 27 ve 28. maddenin birleştirilmesi ve ön şart olmadan tüm dahili ve harici kaynakların yorumcu tarafından kullanılmasıdır.

Tarafların gerçek niyetlerine ulaşmak için mümkün olan her türlü kaynağın kullanılması gerektiğini savunan McDOUGAL, Harvard Araştırma Bürosunun taslağını örnek göstererek amaçsal yaklaşımı, tarafların gerçek niyetlerine yaptığı vurgu ile de sübjektif yaklaşımı benimsemiş görünmektedir. Francis G. JACOBS, McDOUGAL’ın sübjektif ve amaçsal yorumu birleştirdiğini düşünmektedir.²⁴⁰

²³⁸McDougal, *a.g.m.*, 1968, 1022-1023.

²³⁹McDougal, *a.g.m.*, 1968, 1025.

²⁴⁰Jacobs, *a.g.m.*, 1969, 324.

New Haven Okulu'nun yorumda antlaşma metni ile bağlı kalmak istememesi, uluslararası antlaşmaları devam eden iletişim ve iş birliği süreci olarak değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Tarafların antlaşmayı uygulamak için iş birliği ve iletişim halinde olmaları doğaldır. Bazı antlaşmaların zaman içerisinde gelişmesi ve detaylandırılması da beklenebilir fakat böyle bir beklentinin olmadığı ve taraflar arasında uygulamayla ilgili iş birliği dışında iletişim gerektirmeyen tek seferlik (one-off) veya rutin olarak uygulanan teknik antlaşmalar da hayli fazladır.²⁴¹

Francis G. JACOBS da 27 ve 28. maddelerin lafzi yorum yöntemi lehine açıkça bir hiyerarşi yarattığını söylemektedir. Fakat esas eleştirisi, müteakip tatbikatların *asıl*, hazırlık çalışmalarının da *tamamlayıcı* yorum araçları arasına konularak USAD'nin pratiklerinden uzaklaşılmasıdır. JACOBS'a göre uygulamada USAD ve UAD, hazırlık çalışmalarını daha sık, müteakip tatbikatları ise nadiren ve sadece metnin anlamını teyit etmek için belirsizlik olduğu durumlarla sınırlı olarak kullanmaktadır. Örneğin USAD, *Lozan Antlaşması'nın 3. maddesinin Yorumu* ile ilgili danışma görüşünde ve *Sırbistan ve Brezilya ile ilgili Borçlar* davasında müteakip tatbikatların tarafların niyetlerinin açık olmadığı durumlarda kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir.²⁴² Hazırlık çalışmalarının ulaşılan anlamı teyit etmek için kullanılabileceğine dair 28. maddede yapılan düzenlemenin öngörülemeyen problemler yaratabileceğini belirten JACOBS, anlamı teyit etmek maksadıyla hazırlık çalışmalarına başvurulduğunda hazırlık çalışmaları tam anlamıyla zıt bir yorum ortaya çıkarırsa ne olacağının belirsiz olduğunu söylemektedir.²⁴³

2.5. Çıkarılan Sonuçlar

Kabul edilen yorum kurallarıyla ilgili tartışmalar tercih edilen lafzi yorum yöntemi üzerinde yoğunlaşmıştır. UHK, yorum yöntemleri arasında hiyerarşik bir düzen öngörmediğini ve tüm yöntemleri bir potada erittiğini savunsa da Özel Raportörün kendi beyanı ve kuralların formülasyonu objektif yaklaşımın ve lafzi yorum yönteminin ağırlıklı olduğunu göstermektedir. Esasen UHK'nin bu tercihi, uluslararası mahkeme pratiklerinin kodifikasyon çalışmalarına yansımalarından kaynaklanmaktadır.

²⁴¹Gardiner, *a.g.e.*, 2015, 71.

²⁴²Jacobs, *a.g.m.*, 1969, 328-329.

²⁴³Jacobs, *a.g.m.*, 1969, 326-327.

VAHS'nin özneleri devletler olsa da yorum kuralları daha çok yargı organlarının pratiklerinden elde edilmiştir. Teamül hukukunun kodifikasyonu olarak değerlendirilen VAHS yorum kurallarının VAHS öncesinde devletler tarafından teamül hukuku oluşturacak şekilde tek tip uygulanıp uygulanmadığı belirsizdir. Mohamed SHAHABUDDEEN'in dediği gibi “antlaşmaların yorumuyla ilgili kuralların iç hukuk ilkelerine bazı şeyler borçlu olduğunu”²⁴⁴ kabul etsek bile, bu ilkelerin uluslararası hukukta teamül oluşturacak kadar şümulü uygulandığını söyleyemeyiz. Kaldı ki, devlet ve uluslararası yargı pratiklerinde yorum yaklaşım ve yöntemlerinin farklı örnekleri her zaman mevcuttur.

Jan KLABBERS, VAHS'nin yorum kurallarının teamül hukuku niteliğiyle ilgili tereddütlerini şu sözlerle ifade etmiştir: “...güya yüzyıllar boyunca devletler ve temsilcileri önlerindeki metinlere genel bir uygulama oluşturacak şekilde aynı bakmaya başladılar ve bu genel uygulama zamanla yasa olarak kabul edilmeye başladı.”²⁴⁵

KLABBERS, kurala dayalı bir faaliyet olarak görmediği yorum faaliyetinin “norm yaratıcı nitelikte” bir davranış olmadığını ve dolayısıyla teamül kuralı oluşturma şartını yerine getirmediğini iddia eder. Yorumu, keman çalmaya veya tenis oynamaya benzeten KLABBERS, tenis oyunuyla ilgili kuralları okuyan birinin bazı temel bilgiler edinebileceğini fakat bir Roger Federer olmayacağını söyler.²⁴⁶ Aynı şekilde, yorum kurallarını okuyan ve uygulayan iki farklı kişinin aynı metinle ilgili yapacağı yorum da farklılık gösterebilir.

KLABBERS, “eğer yorum kuralları teamül kuralı olsaydı ihlali halinde haksız fiil (wrongful act) sonucunu doğurması gerekirdi” diyerek, Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesini yaptığı yanlış yorumla ihlal eden bir devlet görevlisinin veya onun devletinin, yorum kuralını ihlal etmekten değil Konsolosluk İlişkilerine Dair Sözleşme'nin ihlali nedeniyle dava edilebileceğini söyler. Dolayısıyla yorum kuralları teamül kuralları değil, yargıçlara veya diğer karar vericilere ilgili hukuki belgelerin

²⁴⁴Shahabuddeen, M. (1996). “Municipal law reasoning in international law”, in: Lowe, V. and Fitzmaurice, M. (Eds), *Fifty years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 90.

²⁴⁵Klabbers, *a.g.m.*, 2010, 24.

²⁴⁶Klabbers, *a.g.m.*, 2010, 25.

nasıl okunabileceği hakkında fikir veren yöntemsel araçlardır.²⁴⁷ Antlaşmaların yorumuyla ilgili kurallar VAHS ile akdi bir nitelik kazanmıştır. Fakat ihlali haksız fiil oluşturmadığına göre ve hatta ihlalinin mümkün olup olmadığı bile belli olmayan bu kuralların, teamüli veya akdi nitelikte olmasının pratikte bir önemi kalmamaktadır.

VAHS'nin yorum yöntemi olarak kabul ettiği lafzi yöntemin hiyerarşik bir yapı oluşturduğu iddiası kısmen doğru olmakla birlikte bu hiyerarşi, seçilen yöntemin kendisinden kaynaklanmaktadır. Bağlam ve amaç unsurlarının metne eklenmesi farklı yorum yöntemlerinin aynı potada eritildiği iddiasını desteklese de bu unsurların, antlaşmanın lafzına aykırı yorumlar üretmek için kullanılamayacak olması lafzi yöntemi öne çıkarmaktadır. Fakat VAHS'nin lafzi yöntemi mutlak değil, bağlam, amaç, iyi niyet ilkesi gibi bazı sınırlamalara tabidir, lafzi yöntemi sınırlandıran bu unsurlar da antlaşma metniyle sınırlandırılmış ve bir denge sağlanmıştır.²⁴⁸

Hangi yaklaşım veya yorum yöntemi olursa olsun antlaşma metnini göz ardı edemez. Yorumun özü tarafların antlaşma metninde kayıt altına aldıkları uzlaşılan niyet ve amacı açığa çıkarmaktır. Dolayısıyla VAHS'nin lafzi yorum yöntemini eleştirenler dahi antlaşma metnine bakmak zorundadır. “Olağan anlam” ile ilgili McDOUGAL'ın yaptığı eleştiriler aşırıya kaçmaktadır. UHK, “olağan anlamı” McDOUGAL'ın iddia ettiği gibi bağlamdan bağımsız olarak değerlendirmemektedir. Görüş ayrılığının asıl kaynağı bağlamın genişliğiyle ilgilidir. McDOUGAL bağlamı mümkün olduğunca genişletme çabasıdadır, UHK ise objektif yaklaşıma ve lafzi yonteme uygun olarak bağlamı antlaşma ile ilgili dahili ve harici kaynaklarla sınırlı tutmuştur.

Hazırlık çalışmalarının ikincil planda olmasını eleştiren McDOUGAL, hazırlık çalışmalarında yer almayan devletlerin katılım yoluyla antlaşmaya taraf olması halinde ne olacağı konusuna değinmemektedir. Hazırlık çalışmalarının çoğu zaman eksik olması veya yazılı metne ulaşmanın zor veya imkânsız olması gibi durumlar göz önünde bulundurulduğunda, yorumcunun hazırlık çalışmalarını her zaman güvenilir bir kaynak olarak kullanması zor görünmektedir. Uzun müzakere süreci dikkate alındığında aralarında ihtilaf olan her iki tarafın da karşıt görüşlerine hazırlık

²⁴⁷Klabbers, *a.g.m.*, 2010, 30-31

²⁴⁸Jacobs, *a.g.m.*, 1969, 338.

çalışmalarından destek bulmaları mümkündür. Bu durum, antlaşma ilişkilerinde belirsizliğe ve istikrarsızlığa yol açabilir.²⁴⁹

“Antlaşmanın konu ve amacı ışığında” ve “uluslararası hukukun ilgili kuralları” ifadeleri yorum kurallarına amaçsal yaklaşımın kısmen dahil edilmesini sağlamıştır. Amaçsal yaklaşım, antlaşmanın amacının tarafların niyetlerinden bağımsız ve ayrı olabileceği varsayımına dayanır.²⁵⁰ Dolayısıyla VAHS’nin belirlediği yorum kurallarından daha geniş kapsamlıdır. VAHS, amaçsal yaklaşımın geniş kapsamını antlaşma metni ve ekleriyle sınırlandırarak terimlerin olağan anlamlarının belirlenmesine yardımcı bir araç olarak düzenlemiştir.

Harvard Araştırma Bürosunun hazırladığı taslakta ise antlaşmanın amacı, yoruma bizzat yön veren asli unsurdur ve antlaşma metniyle sınırlı değildir. UAD, *Barış Antlaşmalarının Yorumu (1950)* ile ilgili danışma görüşünde, Mahkemenin taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için antlaşmanın lafzına ve ruhuna aykırı şekilde antlaşma hükümlerine anlam yükleyemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Antlaşmanın ruhu antlaşmanın yapılış amacıdır. Amaçsal yaklaşım, yorumcuya antlaşmanın amacını olduğundan daha ileriye götürme hakkı vermez.²⁵¹

VAHS yorumda kullanılan mantıksal veya dilsel ilkeleri sözleşme metnine dahil etmemekle birlikte bu kuralların kullanılmasına herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Özel Raportör, yorumcunun önündeki davanın şartlarına bakarak bu ilkelere başvurmaya gerek olup olmadığına kendisinin karar vereceğini ve dolayısıyla bu ilkelerin zorunlu değil takdiri ilkeler olduğunu belirtmiştir.²⁵² VAHS’nin yorumla ilgili genel kuralları kodifiye etme amacı düşünüldüğünde her türlü ilke ve vecizeye yer vererek antlaşma metnini detaya boğması uygun olmayacaktır.

Uluslararası hukukun asli amacı uyuşmazlıkları çözmek için ideal yöntem sağlamak değil uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını önlemektir. Bunu sağlayabilmek için açık,

²⁴⁹Reuter, *a.g.e.*, 1989, 76; Jacobs, *a.g.m.*, 1969, 339.

²⁵⁰Giorgio Gaja, UHK tarafından kabul edilen maddelerin yorumunda, konu ve amaca atıf yapılması durumunda maddelerin tamamından kaynaklanan bir amaçtan bahsederek, antlaşmaların tarafların iradelerinden bağımsız otonom amaçları olabileceği görüşüne benzer bir değerlendirme yapmaktadır. Bkz. Gaja, G. (2015). “Interpreting Articles Adopted by The International Law Commission”, *BYIL*, 85 (1), 10.

²⁵¹Bederman, D. J. (2002). *The Spirit of International Law*, Athens-London: The University of Georgia Press, 72.

²⁵²A/CN.4/SER.A/1964/ADD.1, s. 54, para. 6-7.

basit ve belirli yorum kurallarına ihtiyaç vardır. Antlaşma metninin yorumda öncelikli olması bu amaca hizmet edebilecek en uygun yoldur çünkü taraflar, antlaşmaları odak noktasının metin olacağını bilerek hazırlayacaklar ve böylece antlaşma metnini yorumlayarak yükümlülüklerini belirlemeleri kolaylaşacaktır.²⁵³

VAHS'nin yorum kuralları yürürlüğe girdiği tarihten itibaren²⁵⁴ ve hatta yürürlüğe girmeden önce²⁵⁵ uluslararası yargı organları tarafından atıf yapılarak uygulanmaktadır. Bu kuralların, Myres S. McDUGAL'ın iddia ettiği gibi uygulanamaz olmadığı ortaya çıkmıştır. VAHS'nin yorumla ilgili yeni bir şey getirmediğini zaten var olan ve uygulanan kuralları kodifiye ettiğini düşünürsek bu sonuç şaşırtıcı değildir. Bu aşamadan sonra önemli olan husus bu kuralların nasıl uygulandığıdır. Özellikle insan hakları alanında, denetleme mekanizmaları yetki sınırlarını genişletmek adına devlet rızası ilkesini yorumlamada hatırı sayılır ölçüde serbestlik talep etmektedir.²⁵⁶ VAHS'nin yorum kurallarından uzaklaşılmasıyla ilgili tartışmalar, İnsan Hakları Komitesi'nin (İHK) çekincelerle (reservations) ilgili 24 no'lu Genel Yorumu ve AİHM'nin *Loizidou* kararıyla artmaya başlamıştır.

İHK'nin Genel Yorumuyla ilgili yaptığı değerlendirmede Alain PELLET, bir antlaşmanın, amacına bakmaksızın devlet iradesine dayalı hukuki bir fiil olduğunu ve anlamının varsayılamayacağını söylemektedir. “İnsan hakları antlaşmalarının konu ve amaçları, onları, iradeleri hilafına devletleri bağlayacak uluslararası kanunlara dönüştürmez.”²⁵⁷

Yapılan tartışmalar, VAHS'nin belirlediği yorum kuralları ile uluslararası yargı organlarının bu kuralları uygulayışı arasında farklılıklar olduğunu göstermektedir. İnsan haklarıyla ilgili antlaşmaların yorumunda VAHS'nin objektif yaklaşımı yerini amaçsal yaklaşıma bırakmış görünmektedir. Bu değişimin müsebbibi olarak uluslararası yargı organları öne çıkmaktadır. Hukuk kurallarının yaratılmasında ve

²⁵³Jacobs, *a.g.m.*, 1969, 342.

²⁵⁴VAHS 84 (1) maddesi uyarınca 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. İnternet: Entry into force of Vienna Convention on Law of Treaties, United Nations Treaty Series Online: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028003902f&clang=_en, E. T: 23.04.2022

²⁵⁵Golder Birleşik Krallığa Karşı (1975) davasında AİHM, VAHS'nin yorum kurallarına atıf yapmıştır. Bkz. ECtHR, Case of Golder v. The United Kingdom, Judgment of 21 February 1975, s. 10, para. 29.

²⁵⁶Meron, *a.g.e.*, 2006, 198.

²⁵⁷Second report on reservations to treaties, by Mr. Alain Pellet, Special Rapporteur, International Law Commission, 10 May and 13 June 1996, A/CN.4/477 and Add.1, para. 229.

uygulanmasında asli amil olan devletlerin belirli alanlarda ademimerkezi yapıdan daha merkezi bir yapıya doğru kayması şeklinde değerlendirilebilecek bu değişim, yorum eliyle gerçekleşmektedir. Martti KOSKENNIEMI, uluslararası hukukun belirli alanlarında uzmanlaşmanın artmasıyla eski ilkelere ve kurumlara karşı meydan okumanın da arttığını söyleyerek, bu türden özel rejimlerin ortaya çıkmasıyla siyasal uyuşmazlıkların yargı yetkisiyle (jurisdiction) ilgili uyuşmazlıklara dönüşeceğini iddia etmektedir.²⁵⁸

Devlet egemen uluslararası hukuk düzeni ile yargıç egemen uluslararası yargı düzeni arasındaki bu uyuşmazlığın hem kaynağı hem de çözümü olarak yorum kuralları daha da önemli hale gelmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde AİHM ile özdeşleşen dinamik yorum yöntemini ve bu yöntemin VAHS'nin yorum kurallarıyla ilişkisini inceleyeceğiz. İnsan haklarının gelişimi açısından olumlu olabilecek bu yöntem, antlaşmaların akdedilmesinde ve uygulanmasında asli olan devlet iradesiyle çatışma ihtimali nedeniyle uzun vadede olumsuz sonuçlar doğurma potansiyeline de sahiptir.

²⁵⁸Koskenniemi, M. (2007). "The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics", *The Modern Law Review*, 70 (1), 5

3. AİHM’NİN YORUM ANLAYIŞI

Klasik antlaşmalardan ayrılan yönleri olmasına rağmen AİHS de neticede uluslararası bir antlaşmadır. Antlaşmaların askıya alınması veya sonlandırılmasını düzenleyen 60. maddede VAHS, insan haklarıyla ilgili antlaşmalara farklı muamele edileceğini belirtse de bu, AİHS’nin uluslararası antlaşma olma niteliğini etkilememektedir. Dolayısıyla VAHS’nin yorum kuralları AİHS için de geçerlidir. Bu konu üzerinde zaten herhangi bir ihtilaf da yoktur.

Golder davasında AİHM, yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen uluslararası hukukun kabul edilmiş genel ilkeleri olan VAHS’nin yorum kurallarıyla ilgili 31. ve 33. maddelerini rehber olarak kullanacağını ifade etmiştir.²⁵⁹ Bu nedenle, AİHM’nin VAHS’nin belirlediği bu kuralları nasıl anladığını ve uyguladığını ortaya koymak gerekir.

AİHM’nin antlaşmayı yorumlarken kullanacağı yaklaşım ve yöntemi belirlemesinde belki de en önemli etken kendi rolü ile ilgili algısıdır. Bu algı, AİHM’nin “olağan anlam” ile “amaç” odaklı yorum arasında yapacağı tercihi belirlemektedir.²⁶⁰ *İrlanda Birleşik Krallık’a Karşı (1978)* davasında AİHM, kendisini yalnızca bir denetleme organı olarak görmediğini, aynı zamanda, insan haklarını geliştirmek gibi daha şümullü bir vazifeyi de ifa ettiğini şu sözlerle ortaya koymaktadır: “Mahkemenin kararları aslında sadece önüne gelen davaya karar vermekle kalmıyor, aynı zamanda, antlaşma tarafından tesis edilen kuralları açıklamak, korumak ve geliştirmek gibi daha genel bir görev yerine getiriyor...”²⁶¹

AİHS’nin yorumunu etkileyen bir diğer unsur da AİHM’nin antlaşmanın niteliğiyle ilgili kanaatidir. AİHM, antlaşmayı yorumlarken başvurduğu ilkeleri ve yöntemleri haklı göstermek için AİHS’nin özel niteliği üzerinde önemle durmaktadır.²⁶² Biz de bu nedenle, öncelikle AİHS’nin niteliği üzerinde duracağız.

²⁵⁹ECtHR, *Case of Golder v. The United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, s. 10, para. 29.

²⁶⁰Van Dijk, P., Van Hoof, G. J. H. (1998). *Theory and the Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 72.

²⁶¹ECtHR, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Application no. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, s. 54. para. 154

²⁶²Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 1998, 72.

3.1. AİHS'nin Objektif Niteliği

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve AİHM, neredeyse tüm davalarda antlaşmanın *objektif* niteliğine vurgu yaparak davaya başlamaktadır. Başka bir ifadeyle, AİHS'nin, bireysel menfaatlerden ziyade uluslararası toplumun menfaatlerini düzenleyen, yasa veya anayasa benzeri, kural koyucu antlaşma (law-making treaty) özelliğini öne çıkarmaktadır.

Bazı antlaşmaların farklı nitelikte olduğu görüşü hem yargı organları nezdinde hem de uluslararası hukukçular nezdinde yaygın olarak kabul görmektedir. Gerald FITZMAURICE, UAD'nin *Güneybatı Afrika'nın Uluslararası Statüsü* (1950) ile ilgili danışma görüşünü değerlendirirken, "Divan'ın, bazı türden uluslararası rejim veya sistemlerin belge kökeni olarak şeklen akdi olsalar da nitelik olarak akdi olmadıklarını, kendilerini yaratan belgeden bağımsız olarak objektif nitelikte olduklarını ve kapalı devre (self-contained) bir rejim oluşturduklarını dolayısıyla varlıklarının belgenin sona ermesinden, hükümlerinin maddi olarak değişmesinden veya taraflarından birinin ayrılmasından etkilenmeyeceğini, dolaylı olarak ifade ettiğini belirtmiştir."²⁶³

Antlaşmaların objektif niteliği konusu, *Soykırım Sözleşmesine Çekince Koyma* (1951) ile ilgili tartışmalarda da gündeme gelmiştir. İngiliz hükümeti Soykırım Sözleşmesi'yle ilgili yaptığı değerlendirmede, bu tür antlaşmaların tarafları için nadiren doğrudan haklar doğurduğunu çünkü bu antlaşmaların amaçlarının ve etkilerinin toplumsal olduğunu ifade etmiştir.²⁶⁴ İngiliz hükümetine göre bu tür antlaşmalar esasında akdi nitelikte değildir ve işleyişleri diğer devletlerle akdi bir ilişkinin olmasına bağlı değildir.²⁶⁵

Gerald FITZMAURICE, antlaşmaların sona ermesi ve askıya alınması bağlamında yaptığı bir değerlendirmede mütekabiliyete, karşılıklı bağımlılığa ve imtiyaza dayalı antlaşmaların yanı sıra insan hakları antlaşmaları gibi farklı nitelikte antlaşmalar

²⁶³Fitzmaurice, G. (1950). "The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law", *BYIL*, 27, 8.

²⁶⁴İnternet: Written statement of the Government of the United Kingdom (January 1951), ICJ Advisory Opinion, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Pleadings, Oral Arguments, Documents, s. 68, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/12/11767.pdf>, E. T: 20.04.2022

²⁶⁵Written statement of the Government of the United Kingdom, s. 64.

olduğunu söyleyerek, bu antlaşmalardaki yükümlülüğü şu şekilde tarif etmiştir: “...mütekabiliyetten daha ziyade mutlak bir niteliğe sahiptir, bu yükümlülük, deyim yerindeyse, belirli taraflara karşı değil tüm dünyaya karşı bir yükümlülüktür...”²⁶⁶

Doktrindeki bu değerlendirmeler, *Avusturya İtalya’ya Karşı (1960)* davasıyla ilgili AİHK’nin kabul edilebilirlik (admissibility) kararında da karşımıza çıkmaktadır. Olayın yaşandığı tarihte Avusturya’nın AİHS’ye taraf olmaması nedeniyle zaman bakımından (ratione temporis) kabul edilemezlik (inadmissibility) kararı verilmesini isteyen İtalya’ya AİHK olumsuz yanıt vermiştir. AİHK, Avusturya’nın antlaşmaya olayın meydana gelmesinden sonra taraf olduğunu kabul etmekle birlikte İtalya’nın o tarihte antlaşmanın tarafı olduğunu belirterek, antlaşmanın ne 24. maddesinde ne de başka bir maddede, ilgili tarafın yalnızca antlaşmayı onaylamasından sonra meydana gelen olaylarla ilgili başvuru yapma yetkisi olduğuna dair bir hüküm bulunmadığını belirtmiştir.

İtalya’nın olayın meydana geldiği tarihte Avusturya’ya karşı değil, yalnızca diğer akit taraflara karşı yükümlük altında olduğu veya o tarihte Avusturya antlaşmaya taraf olmadığı için İtalya’nın Avusturya’nın yetki alanındaki konularla ilgili mütekabiliyet gereği şikâyet hakkına sahip olup olamayacağı hususlarıyla ilgili olarak konuyu mütekabiliyetle sınırlandırmadan daha genel bir çerçevede ele alan AİHK, “Antlaşmanın dibacesinde belirtildiği gibi tarafların bu antlaşmayı akdetme amacı birbirlerine karşılıklı haklar bağışlamak veya yükümlülükler yüklemek değil, Avrupa Konseyi’nin (Council of Europe) Statüsünde ifade ettiği amaçları gerçekleştirmek ve ortak miras olan siyasal gelenekleri, fikirleri, hürriyetleri ve hukukun üstünlüğü koruyarak, Avrupa’nın özgür demokrasilerinin kamu düzenini tesis etmektir. Antlaşma, taraflar için sübjektif ve karşılıklı haklar yaratmak için değil insanların temel haklarını akit tarafların ihlallerine karşı korumak için tasarlanan *objektif* nitelikli yükümlülüklerden meydana gelir.”²⁶⁷, demiştir.

²⁶⁶A/CN.4/SER.A/1957/Add.1, s. 54. para. 126.

²⁶⁷Decision of the Commission as to the Admissibility of Application No. 788 / 60, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1961 (4)*, Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B.V., s. 116-140.

AİHK, İtalya'nın mütakabiliyet esasına dayandırdığı itirazlarını antlaşmadaki yükümlülüklerin antlaşmanın amacından kaynaklanan objektif yükümlülükler olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

Antlaşmanın objektif niteliğiyle ilgili benzer değerlendirmeler AİHM'nin müteakip kararlarında da tekrar edilmiştir. *İrlanda Birleşik Krallık'a Karşı (1978)* davasında, AİHS'nin akit devletler arasındaki mütakabiliyete dayalı yükümlülüklerden oluşan klasik antlaşmalardan daha fazlasını içerdiği belirtilmiştir.²⁶⁸

Loizidou Türkiye'ye Karşı (1995) davasında AİHM, antlaşmayı “yaşayan belge (living instrument)” ve “Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi (constitutional instrument of European public order)” olarak niteleyerek, antlaşmanın günümüz şartları ışığında ve etkililik ilkesine göre yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.²⁶⁹

Bruno SIMMA:

*İnsan hakları antlaşmalarında tarafların karşılıklı maddi menfaatler elde etmeyeceğini kabul etmekle, bu olgusal veya sosyolojik yokluğun, taraflar arasında karşılıklı hukuki haklar ve yükümlülükler olmayacağı sonucunu da doğurduğunu kabul etmek, birbirinden farklı şeylerdir. Bir antlaşmaya taraf olan devletler karşılıklı maddi menfaatleri olmaksızın da haklara sahip olabilirler.*²⁷⁰

diyerek, objektif yükümlülük taraftarlarının iki konuyu birbirine karıştırdıklarını ileri sürmüştür. SIMMA, *Güneybatı Afrika (1966)* kararında UAD'nin: “yasal hak veya menfaatin, maddi veya müşahhas bir şeyle ilgili olması gerekmez ve maddi bir zarar olmadan da ihlal edilebilir.” dediğini belirterek kendi görüşünü desteklemektedir.²⁷¹

Doktrinde antlaşmaların nitelikleriyle ilgili ayrıma dair farklı görüşler²⁷² olduğunu belirttikten sonra kanaatimizce objektif yükümlülükler yaratan insan haklarıyla ilgili antlaşmalarda, taraflar arasındaki mütakabiliyet antlaşmanın koruma altına aldığı haklarla ilgili değil taraflar arasındaki usul hukukuyla ilgili ilişkiler bağlamında olabilir.²⁷³ Bu da zaten tali bir konudur.

²⁶⁸ECtHR, Case of Ireland v. The United Kingdom, s. 82.

²⁶⁹ECtHR, Case of Loizidou v. Turkey (preliminary objections), Judgment of 23 March 1995, para. 75.

²⁷⁰Simma, B. (1995). “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *RCADI*, Vol.250, s. 369.

²⁷¹Simma, a.g.e., 1995, 369.

²⁷²Paul Reuter'in akdi ve kural koyucu antlaşma ayrımını belirsiz olarak nitelediği açıklama için bkz. Reuter, a.g.e., 1989, 20.

²⁷³Örneğin *Avusturya İtalya'ya Karşı (1960)* davasında İtalya, olayın olduğu tarihte Avusturya Sözleşmeye taraf olmadığı için İtalya'nın yapacağı ihlallerle ilgili şikayetçi olma hakkını

Objektif yükümlülükler içeren antlaşmaların üç ortak özelliği olduğunu varsayabiliriz. *Birincisi*, bu antlaşmalar herhangi bir zaman aralığında yürürlükte kalmak üzere akdedilmemiştir, yani süreklidir. *İkincisi*, bu antlaşmalar düzenledikleri konuyla ilgili genel bir çerçeve çizerler ve içeriklerinin zamanla ortaya çıkacak değişimlere ve gelişmelere uyum sağlaması gerekir. Jan KLABBERS'ın ifadesiyle antlaşmanın anlamı antlaşma akdedildiğinde taşa oyulmamıştır.²⁷⁴ *Üçüncüsü*, bu antlaşmaların amacı taraflarının bireysel niyetlerinden ayrı ve bağımsız değerlendirilebilir.

Bahsettiğimiz bu üç özellik, antlaşma metnini durağanlıktan kurtararak içtimai hayatın gelişimine paralel şekilde hukukun da değişmesini ve gelişmesini sağlayacak olan dinamik hukuk anlayışına kapı aralar. Dinamik hukuk anlayışı, yorumcunun antlaşmanın konu ve amacını temel alan amaçsal yorumu tercih etmesinde önemli bir etkidir. Nitekim *Wemhoff Almanya'ya Karşı (1968)* davasında AİHM, antlaşmanın niteliğiyle tercih edeceği yaklaşım arasındaki bağı şu şekilde kurmuştur: “Kural koyucu bir antlaşma olduğu düşünülürse, antlaşmanın amacını gerçekleştirecek en uygun yorumu da aramak gerekir...”²⁷⁵

Kural koyucu antlaşmaların iç hukuktaki yasa veya anayasa ile benzerliklerinden dolayı farklı yorum kurallarına tabi olup olmayacaklarıyla ilgili *Belçika Ulusal Polis Birliği Belçika'ya Karşı (1975)* davasındaki muhalefet şerhinde Gerald FITZMAURICE, antlaşmaya izafe edilen anayasal niteliğin olağan yorum kurallarından uzaklaşmak için bir gerekçe olamayacağını şu sözlerle eleştirmiştir: “Fakat kabul etmeyi imkânsız bulduğum şey, antlaşmanın anayasal bir yönü olmasından dolayı taraflarca aslında tasarlanmayan konuları ve amaçları geliştirmek için antlaşma yorumuyla ilgili mutlak kuralların göz ardı edilebileceği veya bir kenara atılabileceğine dair zımni öneridir.”²⁷⁶

FITZMAURICE'in dile getirdiği AİHM'nin VAHS'nin yorum kurallarından ayrılıp ayrılmadığı hususu, sübjektif bir değerlendirme olarak karşımıza çıkmaktadır.

kullanamayacağı tezini ileri sürmüştür. Tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükler temelinde antlaşma yaptığı düşünüldüğünde İtalya'nın iddiası doğru kabul edilebilir çünkü bu durumda Avusturya yükümlülük altına girmeden sadece hak sahibi olmaktadır. Fakat Mahkeme bunu dikkate almamıştır.

²⁷⁴Klabbers, *a.g.m.*, 2005, 406.

²⁷⁵ECtHR, Case of Wemhoff v. Germany, Judgment of 27 June 1968, ECHR, s. 19, para. 8.

²⁷⁶ECtHR, Case of National Union of Belgian Police v. Belgium, Judgment of 27 October 1975, Dissenting Opinion of Judge Gerald Fitzmaurice, s. 29. para. 9.

Doktrinde her iki görüşe de rastlamak mümkündür. Örneğin George LETSAS, kendi yorum tekniklerini geliştiren AİHM'nin AİHS'yi yorumlarken VAHS kurallarına önemsiz bir rol verdiğini söyleyerek, bunun gerekçesinin ise belirsiz olduğunu ileri sürmüştür.²⁷⁷

Başak ÇALI ise insan hakları hukukunun bazılarının ileri sürdüğü gibi istisnai bir rejim oluşturmadığını ve VAHS'nin 31. maddesindeki yorum ilkelerinin insan haklarını kapsayacak kadar esnek olduğunu ayrıca, insan hakları hukukuyla ilgili yorum kurallarının özelleşmiş olmasının normatif ve mücerret nitelikteki antlaşma hükümlerinin müşahhas olaylara uygulanması gerekliliğinden kaynaklandığını söyleyerek, insan hakları antlaşmalarına özel bir statü verme gayesi olmadığını ifade etmektedir.²⁷⁸ Steven GREER de AİHM'nin amaçsal yorum yaklaşımının VAHS'nin yorum kurallarından türediğini iddia etmektedir.²⁷⁹

AİHS'nin niteliğinin yorum kurallarının uygulanması üzerindeki etkisiyle ilgili teorik tartışmaları bir kenara bırakarak pratikteki duruma odaklanmak daha faydalı olacaktır. AİHM, yorumda kullandığı *Antlaşmanın Amacı* ve *Etkililik İlkesi* unsurlarını antlaşmanın objektif niteliğine dayandırmaktadır.

3.1.1. AİHS'nin amacı

Doktrinde “konu” ve “amaç” terimlerinin aynı olup olmadığı konusunda çok fazla tartışma mevcuttur. Amaçsal yaklaşım başlığı altında bu konuya kısmen değindiğimiz için burada tekrar detaya girmeden kıta Avrupası hukuk sistemiyle, Anglo-Sakson hukuk sisteminin (common law) konuya farklı yaklaştığını belirtmek gerekir. Amaçsal yaklaşımı daha fazla kullanan kıtasal hukuk sistemi “konu” ve “amaç” ayrımı yaparken, lafzi yöntemi benimseyen Anglo-Sakson hukuk sistemi iki terimi benzer görme eğilimindedir.²⁸⁰

²⁷⁷Letsas, G. (2010). “Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer”, *EJIL*, 21 (3), 513.

²⁷⁸Çalı, B. (2020). “Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights”, in: Hollis, D. B (Ed), *The Oxford Guide to Treaties*, , Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 504-505.

²⁷⁹Greer, S. (2006). *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge: Cambridge University Press, 195.

²⁸⁰Bu konuyla ilgili detaylı bir çalışma ve farklı görüşler için bkz. Jonas, D. S., Saunders, T. N. (2010). The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 43 (3); Buffard, I., Zemanek, K. (1998). “The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma?”, *Austrian Review of International & European Law*, 3, s. 331 ve tamamı.; Crnic-Grotic, V. (1997).

Bu iki kavramı birbirinden ayrı değerlendirmek daha doğru olacaktır. Çünkü antlaşmanın amaçları arasında sayılan bazı hususların antlaşmanın konusuyla doğrudan ilgisi olmayabilir. “Konu” antlaşmanın düzenlediği spesifik meseleyi, başka bir ifadeyle, tarafların istedikleri amacı elde etmek için düzenledikleri hukuki belgeyi ve onun hükümlerini ifade ederken, amaç, tarafların antlaşma yapmaktaki gerekçelerini ve elde etmek istedikleri sonuçları ifade eder.²⁸¹

Antlaşmanın amacı, yorumcunun benimsediği yorum yaklaşımına göre de farklı değerlendirilebilmektedir. Objektif yaklaşım, antlaşmanın amacını antlaşma metni ve tarafların bu metindeki ortak niyetleri ile sınırlı tutarken sübjektif yaklaşım, antlaşmanın amacının tarafların antlaşma akdedildiği zamanki gerçek niyetleriyle belirleneceğini savunur. Amaçsal yaklaşımda ise amacı antlaşma metninde ifade edilenlerle sınırlı tutan görüşün yanı sıra amacın antlaşma metni ile sınırlı tutulamayacağını savunarak aşırıya kaçan görüşlerde vardır.

Amaçsal yaklaşımın aşırıya kaçması yasama ve yargılama faaliyetinin birbirine karıştırılması riskini de barındırır.²⁸² Amaçsal yaklaşımın aşırı formlarının pratikte bir tür “yargısal yasama” gibi hareket ettiğini belirten Gerald FITZMAURICE, bu yaklaşımın, eğer antlaşmanın amacını geliştirecekse mahkemenin boşlukları doldurmasının, hataları düzeltmesinin ve hatta istenmeyen muğlaklıkları gidermek için antlaşmayı değiştirmesinin sadece meşru değil aynı zamanda bir gereklilik olarak gördüğünü ifade etmektedir.²⁸³

Gerald FITZMAURICE’in, “zuhur eden amaç (emergent purpose) teorisi” olarak adlandırdığı bu anlayışa göre, antlaşmanın konu ve amacı statik değildir ve değişime tabidir. Başka bir ifadeyle amaç, antlaşma hazırlandığında içerisinde gizlidir ve ancak zamanın geçmesiyle ortaya çıkar ve kendini ifade eder.²⁸⁴ V. Crnic-GROTIC, uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarının yorumunda karşılaştığımız “zımni yetkiler” kavramını da bu anlayışla ilişkilendirmektedir.²⁸⁵

"Object and Purpose of Treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties." *Asian Yearbook of International Law*, 7, 141-174.

²⁸¹Buffard, Zemanek, *a.g.m.*, 1998, 331-332.

²⁸²Crnic-Grotic, *a.g.m.*, 1997, 164.

²⁸³Fitzmaurice, G. (1957). "The Law and Procedure of The International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and other Treaty Points", *BYIL*, 33, 208.

²⁸⁴Fitzmaurice, *a.g.m.*, 1957, 208.

²⁸⁵Crnic-Grotic, *a.g.m.*, 1997, 156.

VAHS'nin 31. maddesi yorumda konu ve amaca sınırlı bir rol vermiştir. 31. maddede konu ve amaç, bağlam ve iyi niyet ilkesi ile birlikte olağan anlamın tespitinde kullanılan bir unsurdur. Dolayısıyla konu ve amaç antlaşmanın bağlamı ve metniyle sınırlandırılmıştır. UAD'nin yorumda konu ve amaca verdiği rol de VAHS öncesinde ve sonrasında bu yönde olmuştur.

UAD, *Fas'taki Amerikan Vatandaşlarının Hakları (1952) Kasikili/Sedudu Adası (1999)*, *Sınır İhtilafı (1994)*, *Jan Mayen (1993)* ve *Hükümetlerarası Denizcilik Danışma Örgütü (1960)* gibi muhtelif dava ve danışma görüşlerinde, ilgili antlaşmaları konu ve amacını dikkate alarak yorumlamıştır.²⁸⁶

Fas'taki Amerikan Vatandaşlarının Hakları davasında UAD: “Bu şartlarda Mahkeme, Madrid Sözleşmesi hükümlerinin, sözleşmede beyan edilen konu ve amaçların kapsamının dışına çıkacak şekilde çıkarım yaparak yorumlanmasını kabul edemez.”²⁸⁷

Kasikili/Sedudu davasında UAD: “Mahkeme şimdi antlaşmanın konu ve amacının antlaşma terimlerine verilen anlamı nasıl ve ne ölçüde açıklığa kavuşturacağını tetkik edecektir.”²⁸⁸

Üstteki paragraflarda verdiğimiz örneklerde görüleceği üzere Divan antlaşmanın amacını antlaşma metninde ifade edildiği şekliyle ele almış ve bu amaçları metnin olağan anlamını bulmak için kullanmıştır. Dolayısıyla UAD'nin antlaşmanın konu ve amacıyla ilgili pratikleri VAHS'nin 31. maddesiyle tutarlıdır. Zaten VAHS'nin büyük ölçüde UAD'nin uygulamalarına bakılarak hazırlandığı düşünülürse böyle olması beklenen bir şeydir.

VAHS'nin antlaşmanın konu ve amacıyla ilgili belirlediği sınırı aşarak antlaşmaya yorum yoluyla yeni bir amaç izafe etmek antlaşmanın değiştirilmesi anlamına gelir. FITZMAURICE'in bir tür yargısal yasama olarak nitelendirdiği bu eylem, en azından, iyi niyet ilkesiyle bağdaşmaz.

Theodor MERON da insan hakları antlaşmalarının yorumunda Strasburg organlarının bazen olağan anlamın iptal edilmesi anlamına gelse bile amaçsal yoruma öncelik

²⁸⁶Orakhelasvili, *a.g.e.*, 2008, 345-348.

²⁸⁷Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Judgment, France v. U.S., 1952 I.C.J. 176 (Aug. 27), s. 196.

²⁸⁸Kasikili/Sedudu Island Case (Bots. v. Namib.), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13), para. 43.

verdiğini ve VAHS'nin 32. maddesindeki hazırlık çalışmalarını görmezden geldiğini iddia etmektedir.²⁸⁹

Theodor MERON'un bu eleştirileriyle ilgili belirtmek gerekir ki, *Lawless İrlanda'ya Karşı (1961)* davasında AİHK hazırlık çalışmalarına başvurmuştur fakat AİHM, metnin anlamının açık olduğunu söyleyerek hazırlık çalışmalarına bakmamıştır. AİHM'nin bu davranışının VAHS'nin yorum kurallarıyla bağdaşmadığını iddia etmek abartılı bir yorum olacaktır. VAHS hazırlık çalışmalarını tamamlayıcı yorum araçları olarak belirlemiştir ve eğer metin açık ve anlaşılır ise yorumcu tamamlayıcı araçlara başvurmak zorunda değildir.

Konu ve amaç, VAHS'de yorumun birincil kuralı içerisinde yer alan bir unsur olmasına rağmen taraflar için doğrudan hak ve yükümlülük yaratmaz fakat hak ve yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesine yardımcı olur.²⁹⁰

LaGrand (2001) davasında UAD, kendi Statüsünün geçici tedbirlerle (provisional measures) ilgili 41. maddesini yorumlarken maddenin lafzında geçen Fransızca "indiquer" ve "l'indication" terimleri ile İngilizce metindeki "indicate" ve "suggested" terimlerinin ve devamındaki cümlelerin geçici tedbirlerin bağlayıcılığı konusunda net bir sonuç ortaya koymadığını belirterek, antlaşmada bu durumla ilgili bir düzenleme veya otantik metinler arasında ihtilaf olması durumunda ne yapılacağına dair taraflar arasında da herhangi bir anlaşma bulunmaması nedeniyle VHS'nin 33. maddesinin 4. paragrafında belirtilen, *metinleri antlaşmanın konu ve amacını göz önünde tutarak en iyi uzlaştıran anlam kabul edilir*, ifadesini dikkate almıştır.

UAD: "41. maddede ifade edilen geçici tedbirlerin bağlayıcı olmayabileceği iddiası bu maddenin konu ve amacına aykırı olacaktır."²⁹¹ diyerek, şartlar gerektirdiğinde geçici tedbir kararı alma yetkisinin bu kararların bağlayıcılığını zorunlu kıldığını ifade etmiştir. UAD Statüyü yorumlarken metnin anlamını belirlemek için 41. maddenin amacıyla birlikte Divanın işlevine de atıf yaparak, "Statünün konu ve amacı Divan'ın uluslararası uyuşmazlıkları 59. maddeye uygun şekilde çözme işlevini yapmasını

²⁸⁹Meron, *a.g.e.*, 2006, 193.

²⁹⁰Orakhelasvili, *a.g.e.*, 2008, 343.

²⁹¹LaGrand Case (F.R.G. v. U.S.), 2001 I.C.J. 466 (June 27), para. 102.

mümkün kılmaktır” demiştir.²⁹² Bu değerlendirmeye UAD, Statünün amacını Divanın işlevini de kapsayacak şekilde yorumlamıştır.

Antlaşmaların amaçları arasında antlaşma metnindeki müşahhas unsurların yanı sıra tarafların üzerinde uzlaştıkları ortak değerler ve menfaatler gibi mücerret unsurlar da bulunabilir. Örneğin AİHS’nin amaçlarının yer aldığı dibacede mücerret amaç ve değerlere de atıf yapılmaktadır. Bunun nedeni, antlaşmanın amaçlarıyla atıf yapılan diğer hususlar arasında doğrudan veya dolaylı bağlantı olduğu düşüncesidir.

AİHS’nin dibacesinde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine (1948) ve Avrupa Konseyinin amaçlarına da yer verilmiştir. Evrensel Beyannamenin dibacesinde hukukun üstünlüğünden dostane ilişkilere; ifade hürriyetinden toplumsal gelişime kadar pek çok konuya değinilmiştir. Dibacenin son paragrafında ise amaç olarak, beyannamedeki haklara ve hürriyetlere saygı duyulmasını eğitim ve öğretim yoluyla teşvik etmek ve ulusal ve uluslararası tedrici önlemlerle, bu hak ve hürriyetlerin evrensel ve etkili şekilde tanınırlığını ve gözetilmesini sağlamaktır²⁹³ şeklinde genel bir ifade kullanılmıştır.

Avrupa Konseyinin Statüsünde ise amaçlar, ortak miras olan manevi ve ahlaki değerlere ve demokrasinin temelini oluşturan kişisel hürriyet, siyasal hürriyet ve hukukun üstünlüğü ilkelerine bağlılık olarak ifade edilmiştir. Statüde ayrıca, bu ideallerin gerçekleşmesi ve ekonomik ve sosyal ilerleme için Avrupa’nın benzer düşünen tüm ülkelerinin birliğine ihtiyaç olduğu belirtilmiştir.²⁹⁴

Daha çok taraf devletler için ifade edilen bu mücerret ve müşahhas amaçların AİHS’nin yorumunda ne derece etkili olacağı AİHM’nin takdirine bağlıdır. AİHS’de yer alan insan hakları ve temel hürriyetlerin korunması, yukarıda bahsettiğimiz amaçların gerçekleşmesi için bir araç olarak görülse de AİHM’nin bunu yaparken hangi sınırlar içerisinde hareket edeceği net değildir.

²⁹²LaGrand, para. 102.

²⁹³İnternet: Preamble, Universal Declaration of Human Rights, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>, E. T: 13.06.2018

²⁹⁴İnternet: Statute of the Council of Europe, European Treaty Series- No. 1, London, 5.V.1949, <https://rm.coe.int/1680306052>, E. T: 02.04.2022.

Dünyadaki adaletin ve barışın dayanağı olan temel hürriyetlerin, etkili siyasal demokrasiyle ve insan haklarıyla ilgili ortak anlayış geliştirerek korunabileceği²⁹⁵ düşüncesi, AİHM’ye standart denetim işlevinin yanı sıra düzenleyici bir rol de vermektedir. Düzenlemeden kastettiğimiz şey hukuki işlem anlamında değil taraf devletlerin yapacağı hukuki işlemlere rehberlik etme anlamındadır.

3.1.2. Etkililik ilkesi

Antlaşmaların yorumunda etkililik ilkesi dar ve geniş anlamda kullanılmaktadır. Faydalı netice ilkesi olarak da adlandırılan ilkenin dar anlamı, antlaşmada yer alan her hükmün, kelimelerin olağan anlamı ve antlaşmanın diğer bölümleriyle tutarlı olacak şekilde anlamlandırılmasıdır.²⁹⁶ Antlaşma hükümlerinin hiçbir netice vermemek üzere konulduğu düşünülemez.

Geniş anlamda etkililik ise antlaşmanın bütününe ve her bir hükmünün, antlaşmanın amacını gerçekleştirecek şekilde ele alınmasıdır, diğer bir deyişle, antlaşmanın amaçsal yoruma tabi tutulmasıdır. Hugh THIRLWAY etkililik ilkesinin geniş anlamıyla ilgili olarak yaptığı uyarıda antlaşmanın amacını gerçekleştirmek adına antlaşma metnini etkisiz kılan bir yoruma şüpheyile yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁹⁷

Etkililik ilkesini antlaşmanın hem yorumunun hem de uygulanmasının ayrılmaz bir parçası olarak gören AİHM, *Airey İrlandaya Karşı (1979)* ve *Artico İtalyaya Karşı (1980)* davalarında, “Sözleşmenin teorik veya hayali hakları değil tatbiki ve gerçek hakları güvence altına almak için tasarlandığını”²⁹⁸ vurgulamıştır. AİHM’nin etkililik ilkesiyle ilgili bu tanımı, mahkemenin görünüşe ve formalitelere bakmadan bireyin durumuyla ilgili gerçeklere odaklanacağını göstermektedir.²⁹⁹

²⁹⁵Bkz. Preamble of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, European Treaty Series - No. 5, 4.XI.1950

²⁹⁶Fitzmaurice, *a.g.m.*, 1951, 9.

²⁹⁷Thirlway, *a.g.m.*, 1991, 44.

²⁹⁸ “The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective”, Case of Airey v. Ireland, Judgment of 9 October 1979, s.9, para.24; Case of Artico v. Italy, Judgment of 13 May 1980, s. 13. para. 33.

²⁹⁹Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 1998, 74.

Soering Birleşik Krallığa Karşı (1989) davasında AİHM, etkililik ilkesini şu şekilde açıklamıştır:

*Sözleşmenin yorumunda, Sözleşmenin insan hakları ve temel hürriyetlerin kolektif icrası için özel nitelikte bir antlaşma olduğunu göz önünde tutmak gerekir. Bireyin korunması için bir araç olarak Sözleşmenin konu ve amacı, Sözleşme hükümlerinin Sözleşmenin garantilerini tatbiki ve etkili yapacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirir.*³⁰⁰

Soering davasındaki AİHM kararını değerlendiren Shai DOTHAN, etkililik ilkesinin antlaşmadaki hak ve hürriyetlerin içeriğini ve kapsamını genişleterek³⁰¹ tarafların antlaşmayı onaylarken üzerinde uzlaştıkları yükümlülüklerin ötesine geçilmesine yol açabileceğini belirterek, AİHM'nin *Soering* davasında radikal şekilde geniş yorum yaparak antlaşma metninde yer almayan hakları yaratarak koruduğunu ileri sürmüştür.³⁰² DOTHAN bu sonuca, AİHS'nin 3. maddesindeki “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”, hükmünün lafzında suçluların iade (extradition) edilmesiyle ilgili hiçbir ibare bulunmadığından hareketle ulaşmaktadır.

Davalı Birleşik Krallık hükümeti, 3. maddenin yargı yetkisi dışındaki eylemlerle ilgili taraf devlete sorumluluk yükleyecek şekilde yorumlanamayacağını ileri sürerek, suçluların iadesinin, iade eden devlet için yargı yetkisi dışındaki insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza nedeniyle sorumluluğunu içermediğini belirtmiştir.

Birleşik Krallık hükümeti, AİHS'nin 1. maddesindeki “yetki alanı” ifadesini temel hak ve hürriyetlerden yararlanmada ülkesel sınırlama olarak değerlendirerek, AİHS'nin, ne Sözleşmeye taraf olmayan devletlerin eylemlerini kontrol etme amacıyla olduğunu ne de akit devletlerin diğer devletlere Sözleşme standartlarını dayatması gerektiği iddiasında olduğunu ifade etmiştir.³⁰³

Birleşik Krallığın bu değerlendirmesine karşılık AİHM, bir kaçağın iade edilmesi halinde 3. maddede yer alan muamele veya cezaya maruz kalmasının iade eden devletin sorumluluğuna yol açıp açmayacağı hususunda *İşkenceye ve Diğer Zalimane*,

³⁰⁰ECtHR, Case of *Soering v. The United Kingdom*, Judgment of 07 July 1989, s. 27, para. 87.

³⁰¹Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 74.

³⁰²Dothan, S. (2019). “The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights”, *Fordham International Law Journal*, 42 (3), 773.

³⁰³ECtHR, Case of *Soering*, para. 83-86.

Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin: “Hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatını uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir.”³⁰⁴

hükümünü düzenleyen 3. maddesine atıf yapmış ve AİHS’nin 3. maddesinde mündemiç olan yükümlülüğün özü itibariyle bu maddedeki yükümlülüğe benzer olduğunu ifade ederek, Sözleşmenin 3. maddesinde açıkça ifade edilmemesine rağmen bu şartlarda suçlunun iade edilmesinin antlaşmanın ruhuna ve amacına açıkça aykırı olacağı sonucuna ulaşmıştır.³⁰⁵

AİHM, AİHS’nin 3. maddesinde istisnalara veya aykırılık tedbirlerine izin veren bir hükmün olmamasını yasağın mutlak olduğunun göstergesi olarak kabul etmiş ve hangi yolla olursa olsun taraf devletlerin bu yasağın ihlal edilmesine doğrudan veya dolaylı olarak vesile olmaması gerektiğine karar vermiştir. Gerçekten de 3. maddede yer alan güvencenin etkili olabilmesi ancak bu sayede mümkündür.³⁰⁶

Etkililik ilkesinin bir başka yönü de antlaşma hükümlerinden ilk bakışta çıkarılamasa da taraf devletler için pozitif yükümlülükler doğurabilecek olmasıdır.³⁰⁷ Örneğin *Marckx Belçika’ya Karşı (1979)* davasında AİHM, Belçika devletinin pozitif yükümlülüğü olduğu sonucuna ulaşmıştır. Dava konusu özetle şu şekildedir: Paula Marckx ve kızı Aleksandra Marckx, Belçika Medeni Kanunu’ndaki düzenlemelerden mağdur oldukları gerekçesiyle dava açmışlardır. Davanın konusu, Aleksandra Marckx’ın gayrimeşru olarak dünyaya gelmesi ve Belçika Medeni Kanunu’nun evlenmemiş anne ile gayrimeşru çocuğu arasında sadece doğum nedeniyle hukuki bağ oluşmasına izin vermemesidir. Anne ile çocuğun arasındaki hukuki bağ, “tanıma (recognition)” ve “evlat edinme (adoption)” gibi bazı yasal prosedürlerin

³⁰⁴İnternet: İşkenceye ve Diğer Zalimane; Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, *Resmî Gazete*, 10 Ağustos 1988 — Sayı: 19895 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19895.pdf>, E. T: 07.05.2020

³⁰⁵ECtHR, Case of Soering, para. 88.

³⁰⁶ECtHR, Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey (2005) davasında AİHM, Özbekistan’ın iade edilen şahıslara işkence yapılmayacağına, mallarının müsadere edilmeyeceğine ve idam cezası verilmeyeceğine dair Türkiye’ye verdiği güvenceler nedeniyle ve Özbekistan’ın işkence yaptığına dair müşahhas delil olmaması gerekçesiyle Türkiye’nin AİHS’nin 3. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Özbekistan’ın verdiği teminatlar 3. maddedeki güvencelerin etkili olması için yeterli kabul edilmiştir. Verilen teminatlara rağmen Özbekistan’ın ilgili şahıslara işkence yaptığı tespit edilseydi AİHM’nin Türkiye’yi sorumlu tutup tutmayacağı belirsiz kalmıştır.

³⁰⁷Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 74

tamamlanması neticesinde oluşmaktadır. Bu durumda dahi çocuğun hukuki bağı yalnızca annesiyle oluşmakta ve annenin ailesiyle oluşmamaktadır. Haliyle bu durumun çocuk açısından miras hakkı ve bakım yükümlüğü gibi ikincil sonuçları da ortaya çıkmaktadır.

Ezcümle, davacı taraf hak ehliyetinin kısıtlanmasını ve “meşru-gayrimeşru, evli-bekar” temelinde ayrımcılık yapılmasını gerekçe göstererek antlaşmanın 8 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

AİHM, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddenin meşru veya gayrimeşru aile gibi bir ayırım yapmadığını söylemiştir. Ayrıca ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin de diğer unsurların yanı sıra “doğum” nedeniyle ayrımcılık yapılmasını yasakladığını ifade etmiştir.

AİHM, 8. maddenin birinci paragrafındaki “saygı” kelimesinin, bu hakkın kullanılmasına devletin müdahale edemeyeceğine dair negatif yükümlülüğü göstermesinin yanı sıra aile hayatına saygının *etkili* olabilmesi için devletin pozitif yükümlülükleri olabileceğini de gösterdiğini belirterek, “devlet, aile bağlarıyla ilgili iç hukukunu düzenlerken evli olmayan anne ile çocuğunun da normal bir aile hayatı yaşamasını sağlayacak şekilde hareket etmelidir”³⁰⁸ demiştir.

Devletin pozitif yükümlülüğünü ortaya çıkaran durumlar sadece bireyin devlete karşı korunmasıyla sınırlı değildir. Devletler, bireyin bireye karşı korunmasını gerektiren durumlarla ilgili de pozitif yükümlülükler altına girebilirler. *X ve Y Hollanda’ya Karşı (1985)* davasında AİHM: 8. madde esasen bireyi kamu otoritesinin keyfi müdahalelerine karşı korumayı amaçlasa da devletin sadece bu tür müdahalelerden kaçınması yeterli değildir. Devlet negatif taahhütlerinin yanı sıra bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de özel hayata saygıyı güvence altına alacak kanunları yapmakla yükümlüdür. Bireyler arasındaki ilişkilerde özel hayatın korunmasıyla ilgili alınacak tedbirler konusunda devletlerin takdir payı olsa da medeni kanundaki önlemler *Bayan Y* için yeterli değildir. Etkin caydırıcılık özel hayatın korunması alanının ayrılmaz bir parçasıdır ve bu caydırıcılık ancak ceza kanunu hükümleriyle sağlanabilir. Zihinsel engellilere karşı işlenecek cinsel suçlarla ilgili ceza kanununda yasal düzenleme olmaması hukuki bir boşluk yaratmaktadır ve ceza kanununun 248.

³⁰⁸ECtHR, Case of Marckx v. Belgium, Judgment of 13 June 1979, para. 31.

maddesi asıl mağdurun şikâyet etmesine izin verdiği için kanuni temsilcisi mağdur adına şikâyetle bulunamamaktadır. Dolayısıyla ceza kanunu *Bayan Y* için pratik ve etkili bir koruma sağlamamaktadır. Hollanda'nın ceza kanununda gerekli yasal düzenlemeyi yapmamasından kaynaklanan 8. maddenin ihlali nedeniyle *Bayan Y* mağdur olmuştur.³⁰⁹

AİHM'nin pozitif yükümlülüklerle ilgili kararları bağlamında AİHS'de yer almayan hakları yaratıp koruduğuna dair getirilen eleştirilerin çıkış noktası, belirtilen yükümlülüklerin antlaşma metninin lafzından ilk bakışta çıkarılamamasıdır. Antlaşma hazırlanırken gelecekte karşılaşılabilecek bütün olayları veya olasılıkları öngörerek antlaşma hükümlerini belirlemek ve yazıya dökmek pratikte hem mümkün değildir hem de gerekli değildir. Aksi halde her antlaşmanın ciltler dolusu olması gerekir. Dolayısıyla antlaşma hükümleri düzenlediği konuyla ilgili genel bir çerçeve belirler. Yorumcu karşısına çıkan hukuki olayın bu çerçeve içerisine girip girmediğini belirleyerek yine bu çerçevenin amacına göre bir karar verir. Yukarıda verdiğimiz örneklerde AİHM'nin ulaştığı yükümlülüklerin antlaşma metninin lafzında olmadığı doğrudur fakat antlaşmanın özünde ve amacında olmadığı iddiasını destekleyecek geçerli bir argüman yoktur.

Örneğin *X ve Y Hollanda'ya Karşı (1985)* davasında antlaşma metnine bakarak devletin özel hayatın dokunulmazlığını sağlamak için ceza kanununda değişiklik yapmak zorunda olmadığı sonucu çıkarılabilir fakat mevcut hukuk mevzuatının da *Bayan Y* ve onun durumunda olanları koruyamayacağı ortadadır. Bu durumda, AİHS'nin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi amacına ulaşmamış olacak ve etkililik ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla 8. maddenin amacına ulaşabilmesi için devletin hukuk mevzuatında gerekli olan değişiklikleri yapması maddenin lafzında olmasa bile amacı içerisinde mündemiçtir.

AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve hürriyetlerin etkili şekilde korunmasıyla bağlantılı olarak bu hak ve hürriyetlerin kullanılmasına getirilen istisnalara da etkililik ilkesi açısından değinmek gerekir. AİHM etkililik ilkesinin doğal sonucu olarak bu istisnaları dar yorumlama yoluna gitmektedir. Hukuk mantığı içerisinde de zaten böyle olması gerekir. Çünkü istisna kuralın kapsamını daralttığı için kuralın

³⁰⁹ECtHR, Case of X and Y v. The Netherlands, Judgment of 26 March 1985, para. 24-30.

değiştirilmesi anlamına gelir. Kuralı değiştirme yetkisi ise sadece ve sadece kuralı koyan makama aittir. Dolayısıyla istisnayı genişletme yetkisi de münhasıran kuralı koyan makama aittir. Bu nedenle, bir istisnanın yorumlanmasına ihtiyaç duyulursa istisna geniş yorumlanarak kapsamı genişletilemez. Tersine, söz konusu istisna dar yorumu tâbi tutulmalıdır.³¹⁰

3.1.3. Otonom anlam

AİHM, terimlerin AİHS içerisindeki anlamıyla taraf devletlerin iç hukuklarındaki anlamını birbirinden ayrı değerlendirerek bazı terimlere özel ve otonom anlamlar atfetmektedir. AİHM'nin bu tutumu VAHS'nin genel yorum kuralıyla ilk bakışta uzlaşmaz gibi görünse de aslında VAHS'deki “olağan anlam” ile arasında bir insicam vardır.

VAHS'nin 31/1. paragrafındaki “olağan anlam” müstakil değildir. Bir terimin veya hükmün olağan anlamı bağlam ve diğer unsurların birlikte değerlendirilmesiyle ortaya çıkmaktadır. AİHM de Sözleşmede yer alan bazı terimlere AİHS'nin bağlamını ve amacını göz önünde tutarak anlam yüklemektedir. Aslında AİHS'deki hakların gerçek anlamda ve etkili şekilde korunması ve uygulanması için başvuru olan otonom anlam kavramı etkililik ilkesinin doğal bir sonucudur.

Engel ve Diğerleri Hollanda'ya Karşı (1976) davasında AİHM, “disiplin” kelimesini Hollanda askeri ceza kanunu veya askeri disiplin hukuku içerisindeki anlamıyla değerlendirmenin AİHS'nin konu ve amacıyla örtüşmeyeceğini söyleyerek: “Bir cürmün disiplin hukuku alanına mı yoksa ceza hukuku alanına mı girdiği konusunda takdir hakkı taraf devletlerde olursa, AİHS'nin 6 ve 7. maddelerinin işleyişi o devletlerin egemen iradelerine bağlı hale gelir” demiştir.³¹¹ AİHM, 6. maddenin garantilerinden kurtulmak için taraf devletlerin kasıtlı veya kasıtsız olarak bazı eylem veya ihmalleri disiplin suçu olarak sınıflandırmasından endişe etmiştir.³¹²

Marckx Belçika'ya Karşı (1979) davasında AİHM, “mağdur” kelimesinin Aleksandra Marckx'ı kapsamayacağı çünkü mağdur kelimesinin “söz konusu eylem veya ihmalden doğrudan etkilenen kişi” için kullanıldığı şeklindeki Belçika hükümetinin görüşünü de kabul etmemiştir. AİHM, annesinden mülk edinme ehliyeti üzerindeki

³¹⁰Gözler, *a.g.m.*, 2012, 59.

³¹¹ECtHR, *Case of Engel and Others v. The Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, para. 81.

³¹²Letsas, G. (2004). “The Truth in Autonomus Concepts: How to Interpret the ECHR”, *EJIL*, 15, 281.

kısıtlamalar ve anne tarafından yakın akrabalarının vasiyet bırakmadan ölmeleri halinde tüm mirastan mahrum kalacak olması nedeniyle Aleksandra Marckx'ın da “mağdur” kapsamına gireceğini ifade etmiştir. Belçika'nın sınırlı “mağdur” tanımı AİHM için yeterli olmamıştır.³¹³

AİHM Hukuki Danışmanlık Başkanlığının (Directorate of Jurisconsult) kabul edilebilirlik şartlarıyla ilgili hazırladığı rehberde ifade ettiği üzere, “mağdur” nosyonu iç hukuka bakmaksızın ve otonom olarak yorumlanır.³¹⁴

AİHM, AİHS metninin ulusal hukuka referans yaptığı durumlarda dahi bu referansı tam ve münhasır olarak kabul etmez. Hak ve hürriyetleri kısıtlayan ulusal yasal standartlar üzerindeki hukuki öngörülebilirlik ve erişilebilirlik ve keyfiyetten yoksunluk gibi değerlendirmeler, AİHM'nin ulusal standartların içeriği üzerinde de bir derece kontrol sağlamasına imkân tanımaktadır.³¹⁵

3.2. Dinamik Yorum³¹⁶

Dinamik yorum ve amaçsal yorum genelde aynı kavramı ifade etmek için kullanılmaktadır. Her iki yorum anlayışının da antlaşmaların yorumunda “amaç” vurgusu yapmaları ve yorumu genişletici etkileri bu düşüncede etkili olmaktadır. Dinamik yorum ve amaçsal yorum “alt sistem” olarak tabir edilen hukuki alanlarda kullanılmakla birlikte aralarında bazı farklar vardır.

Amaçsal yorum daha geniş bir anlayışla ilgilidir ve yorumu yalnızca teknik bir konu olarak görmez. Amaçsal yorum, uygulandığı alanın genel hukuk düzeni içerisindeki yerini ve sınırlarını belirleyen bir işlev de görür. Bu alanlarda antlaşmalar iç hukuktaki yasa veya anayasa gibi değerlendirilmektedir ve bu antlaşmaları yorumlayan yorumcu kendini tarafların niyetleriyle bağlı görmez.

Yorumcunun rolüyle ilgili benzer bir değerlendirmeyi farklı açıdan Pierre Marie DUPUY de yapmaktadır. DUPUY, antlaşmaların yorumunda yargıca düşen rolün taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre değiştiğini söyler. Eğer ilişki, egemenler arası klasik yatay düzlemdeyse, yargıç öncelikle tarafların rızasını gözetmek

³¹³ECtHR, Case of Marckx v. Belgium, ss. 10-22.

³¹⁴Internet: Practical Guide on Admissibility Criteria, Directorate of the Jurisconsult, 30 April 2019, s. 10, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf, E. T: 04.04.2021.

³¹⁵Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 77.

³¹⁶Dinamik yorumla eşanlamlı olarak “evrimsel yorum”, “liberal yorum” gibi ifadeler de kullanılmaktadır.

durumundadır ve vereceği kararın tarafların geçmişte açıkladıkları iradeye uygun olmasını sağlamalıdır.

Diğer taraftan, eğer yargıç taraflar arasında sadece hakem vazifesi görmüyorsa ve ortak bir kurumun denetçisi gibi hareket ediyorsa dinamik yoruma başvurmakta daha cesur davranacaktır.³¹⁷ DUPUY 'un değerlendirmesi, bizim yukarıdaki paragrafta antlaşmanın nasıl algılandığıyla ilgili tespitimizi de dolaylı olarak teyit etmektedir. Taraflar arasındaki ilişki düzlemi farklıysa bu ilişkinin ürünü olan antlaşmanın uygulanmasının da farklı nitelikte olması doğaldır.

Amaçsal yorum bu cihetiyle, bu türden antlaşmaları anayasa seviyesine çıkarırken genel uluslararası hukuk içerisindeki statülerini ve sınırlarını da tayin ederek “alt sistem” oluşturmaktadır. Bu durumu, doktrinde uluslararası hukukun “parçalanması”³¹⁸ olarak değerlendirenler olduğu gibi “gelişmesi” olarak değerlendirenler de mevcuttur.³¹⁹

Yorumda antlaşmanın amacını başlangıç noktası kabul eden dinamik yorum ile amaçsal yorum arasındaki ilişki belirgin değildir.³²⁰ Dinamik yorum yöntemi genellikle amaçsal yaklaşımın başvurduğu bir yöntem olmasına rağmen sadece o yaklaşıma özgü değildir.

³¹⁷Dupuy, a.g.m., 2011, 125-126.

³¹⁸Özellikle insan hakları mahkemeleri gibi ihtisas mahkemelerinin (specialized court) uluslararası hukuk sisteminin tutarlılığı için risk oluşturduğuna dair değerlendirme için bkz., Charney, J. I. (1999). “The impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 31 (4), 706.; İnternet: The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order”, Speech by His Excellency Judge Gilbert Guillaume, President of The International Court of Justice, To The Sixth Committee of The General Assembly of The United Nations, 27 October 2000, <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/1/3001.pdf>, E. T: 11.09.2021.

³¹⁹Simma, B. (2004). “Fragmentation in a Positive Light”, *Michigan Journal of International Law*, 25, 845-848; Simma, B. (2009). “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, *EJIL*, 20 (2), 270.; Olumlu ve olumsuz sonuçları birlikte değerlendiren bir çalışma için bkz. DuPuy, P. M. (1999). “The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and The International Court of Justice”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 31 (4), 791-808.; Uzmanlaşma ve işbölümünü artıracak için uluslararası mahkemelerin yayılmasını olumlu gören başka bir değerlendirme için bkz. Abi-Saab, G. (1999). “Fragmentation or unification: Some concluding remarks”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 31 (4), 925.; Pauwelyn, J. (2004). “Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands”, *Michigan Journal of International Law*, 25 (4), 904.

³²⁰Fitzmaurice, M. (2013). “Interpretation of Human Rights Treaties”, in: Dinah Shelton (Ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, 577. DOI: 10.1093/law/9780199640133.003.0032.

Objektif yaklaşımı benimseyen bir yorumcu da dinamik yorum yöntemini kullanabilir. Örneğin antlaşmada geçen jenerik bir terimin³²¹ (generic term) zamanla geçirdiği anlam değişimini göz önünde tutan bir yorumcu, ilgili terimi yorumlarken dinamik yorum yöntemini kullanmasına rağmen antlaşmanın geneli için lafzi yorum yöntemine göre hareket ediyor olabilir.

Diğer taraftan, amaçsal yorum da her zaman genişletici sonuç doğurmayabilir. Örneğin *Petrol Platformları Davası* (1996) ile ilgili kararında UAD, İran ile ABD arasındaki 1955 tarihli Dostluk Antlaşması'nı yorumlarken amaçsal yoruma başvurmasına rağmen antlaşmanın 1. maddesini dar yoruma tabi tutmuştur.³²²

UAD, 1. maddede geçen: “ABD ile İran arasında kesin ve kalıcı bir barış ve içten dostluk olacaktır.” ifadesinin, antlaşmanın amacından bağımsız değerlendirilemeyeceğini, antlaşmanın amacının ise taraflar arasında ticari ve konsolosluk ilişkileri tesis etmeye dönük olduğunu, taraflar arasında genel anlamda barış ve dostane ilişkiler kurmakla ilgili olmadığını, dolayısıyla taraflara gerçek yükümlülükler yüklemeyeceğini belirterek dar yorumlamıştır.³²³

Dinamik yorum, antlaşma terimlerinin ve hükümlerinin antlaşmanın amacı doğrultusunda yeniden anlamlandırılması görevini yerine getirir. Eğer bir antlaşma uygulanmak için akdedildiği alanın meselelerine yeterince cevap veremez duruma gelirse, taraflardan, antlaşmanın değiştirilmesi veya gözden geçirilmesi hususunda talepler gelmesi muhtemeldir. Antlaşmaların değiştirilmesi veya tadil edilmesi birçok prosedür gerektirdiği için genellikle yargıçlardan, özünü değiştirmeden antlaşmanın anlamını yeniden tanımlaması istenir.³²⁴

Dinamik yorum, hukukun sosyal değişimlere uyum sağlama aracıdır. Hukukun değişimi ve gelişimi “zaman” ile ilişkili olmakla birlikte, ortak anlayış, beklenti ve ihtiyaç gibi unsurlar da bu değişimde etkili olmaktadır. Zaman ve bu unsurlar arasında bir korelasyon olması kuvvetle muhtemeldir fakat hangisinin hukukun değişiminde daha etkili olduğu konusuna girmeden yorumda zamanın rolüne değineceğiz.

³²¹Özü gereği zaman içerisinde anlamının değişmesi veya gelişmesi muhtemel olan terimlerdir. Örneğin “iletişim araçları” ifadesinin yüz yıl önceki kapsamıyla bugün ki kapsamının aynı olmayacağı açıktır.

³²²Kolb, *a.g.e.*, 2016, 147.

³²³Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I. C. J. Reports 1996, p. 803., ss.812-813.

³²⁴Dupuy, *a.g.m.*, 2011, 125.

“Zamana göre yorum (inter-temporal law)” meselesi, antlaşmaların akdedildikleri zamanın kurallarına göre mi yoksa güncel kurallara göre mi yorumlanacağıyla ilgilidir. Doktrin ve yargı organları bu mesele karşısında yeknesak bir tutum göstermemiştir. *Palmas Adası Davası* (1928) ile ilgili kararda Daimî Hakemlik Mahkemesi yargıcı Max HUBER: “...hukuki hadiseler uyumsuzluğun ortaya çıktığı veya çözülmesi istendiği zamanki hukukla değil ait oldukları çağda yürürlükte olan hukukla değerlendirilmelidir. Dolayısıyla İspanya’nın keşfinin etkileri 16. yüzyılın ilk yarısında veya daha önce yürürlükte olan kurallarla belirlenmelidir...”³²⁵

Max HUBER’in bu yaklaşımı, *S.S Wimbledon* (1923) davasında USAD tarafından ve *Fas’taki Amerikan Vatandaşlarının Hakları* (1952) davasında da UAD tarafından kabul edilmiştir.³²⁶ UHK ise 1964’teki ilk taslakta “zamana göre yorum” konusunu HUBER’in görüşüyle aynı şekilde ele almış fakat gelen eleştiriler karşısında sonraki taslaklarda yer vermemiştir. VAHS’nin bu konuda sessiz kalması dinamik yoruma başvurmak isteyenler için daha sonra manevra alanı sağlamıştır.³²⁷

VAHS’nin bu konudaki sessizliğini ilk değerlendiren belki de AİHS’nin yargı organlarıdır. Yorum kurallarına henüz VAHS yürürlüğe girmeden atıf yapan AİHM, bu kuralları AİHS’yi yorumlarken rehber olarak kullanacağını belirtmiştir. Müteakip süreçte AİHK ve AİHM, AİHS’nin koruma altına aldığı hakların durağan olmadığını antlaşmanın akdedildiği tarihteki şartları değil güncel gerçekleri ve davranışları dikkate alacağını ifade ederek dinamik yorumu benimsemiştir.³²⁸

AİHM’nin dinamik yorumu benimsemesi sübjektif yorum anlayışını ve bu anlayışın dayandığı hazırlık çalışmaları gibi yardımcı yorum araçlarının önemini azaltmıştır. Buradan hareketle yardımcı yorum araçlarının tamamen göz ardı edildiği sonucunu çıkarmak doğru olmaz. Örneğin Komisyon *Lawless İrlanda’ya Karşı* (1961) davasıyla ilgili raporunda 5. maddenin yorumuyla ilgili ön çalışmalara (preliminary works) atıf yapmıştır.³²⁹ Başka davalarda da hazırlık çalışmalarına başvuran AİHM, bunu

³²⁵Island of Palmas case (Netherlands, USA), Reports of International Arbitral Awards, Volume II pp. 829-871, 4 April 1928, United Nations, s. 845

³²⁶Dupuy, P. M. (2011). “Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy”, in: Cannizzaro, E., Arsanjani, M. H., Gaja, G. (Eds), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, New York: Oxford University Press, 128.

³²⁷Dupuy, a.g.m., 2011, 127.

³²⁸Van Dijk, Van Hoof, a.g.e., 1998, 77-78.

³²⁹ECtHR, Case of Lawless v. Ireland (No. 3), (Application no 332/57), Judgment of 1 July 1961, s. 25. para. 14

tarafların asıl niyetlerine ulaşmak için değil ulaştığı anlamı teyit etmek maksadıyla, yani VAHS’de belirlendiği şekilde kullanmıştır. Nitekim *Lawless İrlanda’ya Karşı* (1961) davasında antlaşma metninin açık ve anlaşılır olduğunu belirterek hazırlık çalışmalarına başvurmaya gerek görmemiştir.

Tyrer Birleşik Krallık’a Karşı (1978) davası dinamik yorum yöntemine sıkça referans gösterilse de *Wemhoff Almanya’ya Karşı* (1968) davasında AİHM, “yorumun amacı Sözleşmenin amacına ulaşmasını sağlamaktır.” diyerek, amaçsal ve dinamik yorumla ilgili erken işaretleri vermiştir. Yine *Golder Birleşik Krallık’a Karşı* (1975) davasında AİHS’nin amacına vurgu yaparak adil yargılanma hakkını geniş yorumlamış ve AİHS 6. maddesinin lafzında yer almayan mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkı kapsamı içerisinde değerlendirmiştir.

Tyrer davasında ise AİHM şöyle demiştir: “Komisyonun haklı olarak vurguladığı gibi Mahkeme, Sözleşmenin güncel şartlara göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu da hatırlamalıdır. Huzurundaki davada Mahkeme, bu alanda Avrupa Konseyine üye devletlerin ceza politikalarındaki gelişmelerden ve genel kabul görmüş standartlarından etkilenmezlik edemez.”³³⁰

Bu davada AİHM, Man Adası’nda geleneksel³³¹ olarak çocuklara uygulanan adli falaka cezasının AİHS’nin 3. maddesi kapsamında aşağılayıcı ceza veya muamele olup olmadığını değerlendirmiştir. AİHM, Avrupa’da kabul edilen standartlar çerçevesinde falaka cezasının 3. madde kapsamında aşağılayıcı ceza veya muamele olarak kabul edildiğini belirterek³³², 1950 yılında kabul edilebilir görülen uygulamaların kararın verildiği 1978 yılında da mutlaka kabul edilebilir olmayacağını zımnen ifade etmiştir.³³³

³³⁰ECtHR, Case of Tyrer v. The United Kingdom, Judgment of 25 April 1978, s. 12.para. 31

³³¹“Geleneksel” ifadesi cezanın eskiden beri uygulandığını ifade etmek için kullanılmıştır. Falaka cezası, Man Adası hukukundaki *Petty Sessions and Summary Jurisdiction Act 1927* uyarınca verilmektedir.

³³²Dothan, *a.g.m.*, 2019, 775-776.

³³³Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 1998., 78.

Marckx Belçika'ya Karşı (1979) davasında da AİHM, meşru aile ve gayrimeşru aile ayrımının AİHS'nin akdedildiği tarihte çoğu Avrupa ülkesinde kabul edilebilir ve normal olarak görüldüğünü fakat müteakip süreçte taraf devletlerin ulusal hukuklarında yaptıkları değişiklikler ve uluslararası antlaşmalar dikkate alındığında bu ayrımın modern toplumlarda artık kabul görmediğinin anlaşıldığını ve “ana daima bellidir” ilkesinin taraf devletlerin çoğunluğu tarafından hukuken tanınmaya başladığını ifade etmiştir.³³⁴

AİHM'nin dinamik yorum yöntemini nasıl temellendirdiğini kavramak için kararlarında vurguladığı bazı unsurlara değinmek gerekir.

3.2.1. “Güncel şartlar”

Statik hukuk anlayışını reddeden “Güncel şartlar” ifadesi AİHM'nin antlaşmanın akdedildiği zamanda geçerli olan hukuku ve şartları değil, ihlale neden olduğu iddia edilen olayın yaşandığı veya davanın mahkeme huzuruna geldiği zamanda geçerli olan hukuku ve şartları dikkate alacağını göstermektedir.

Sheffield ve Horsham Birleşik Krallık'a Karşı (1998) davasında AİHM, eşcinsellikle ilgili daha önceki kararlarına da atıf yaparak günümüze kadar tıp biliminde eşcinselliğin nedenleriyle ilgili şüpheleri giderecek gelişmeler yaşanmadığını ve davacı tarafın örnek gösterdiği Profesör L. J. G. Gooren'in cinsiyetin belirlenmesinde biyolojik değerlendirmelerin etkisini azaltacak nitelikteki tıbbi araştırma sonuçlarının konuyla ilgili tartışmalara önemli katkılar sunduğunu kabul etmekle birlikte evrensel olarak kabul görmediğini söyleyerek, davalı devlet otoritelerinin bu çalışmanın sonuçlarını kabul etmemelerinin eleştirilemeyeceğini ifade etmiştir.³³⁵ AİHM bu kararında, hak ve hürriyetlerin korunmasında devlete tanınan takdir payının sınırlarını belirlerken yalnızca hukuki gelişmeleri değil güncel tıbbi ve bilimsel gelişmeleri de evrensel kabul görmeleri halinde dikkate alacağını dolaylı olarak ortaya koymuştur.

3.2.2. “Genel kabul gören standartlar”

AİHM'nin vurguladığı *ikinci* unsur, “genel kabul gören standartlar”dır. Bu ifade, taraf devletlerin kendi ulusal alanlarında kabul gören sosyal veya hukuki standartların

³³⁴Case of Marckx v. Belgium, s. 15, para. 41.

³³⁵ECtHR, Case of Sheffield and Horsham v. The United Kingdom, Judgment of 30 July 1998, para.56; ECtHR, Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom, Judgment of 11 July 2002, para. 81.

AİHS'nin anlamını tek taraflı olarak belirleyemeyeceğini, bunun yanında, tarafların ortak kanaatlerini ve uzlaşılarını yansıtan hususların ise yorumda dikkate alınacağını göstermektedir. AİHM ve AİHK tarafların ortak kanaatini ve uzlaşısını gösteren bu standartları, taraf devletlerin ulusal hukuklarından, uluslararası ve bölgesel antlaşmaları kapsayan hukuki uzlaşıdan; uzman görüşlerinden ve Avrupa kamuoyunun görüşlerinden elde etmektedir.³³⁶

Özellikle eşcinsellerin haklarının korunmasıyla ilgili tedrici gelişimde taraf devletlerin ortak tutumları ciddi rol oynamıştır. AİHM, bu konudaki davaların ilk örneklerinde taraf devletler arasında ortak bir tutum olmaması nedeniyle ihlal kararı vermekte çekingen davranırken³³⁷ müteakip süreçte taraf devletlerin ulusal hukuklarında eşcinseller lehine yaptıkları yasal düzenlemeleri uzlaşma olarak değerlendirerek ihlal kararı vermeye başlamıştır.

Christine Goodwin Birleşik Krallık'a Karşı (2002) davasında AİHM, konunun kendi takdir payı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki davalı devletin görüşünü şu şekilde reddetmiştir: “Yukarıdaki hususları dikkate alarak, Mahkeme, davalı Hükümetin konunun kendi takdir payı alanına girdiğini daha fazla iddia edemeyeceğini tespit etmiştir...”³³⁸

AİHM'nin *Christine Goodwin* davasında bahsettiği hususlar arasında AİHS'ye taraf devletlerin ulusal hukuklarındaki eşcinseller lehine yapılan düzenlemelerin yanı sıra AİHS'ye taraf olmayan devletlerin yaptığı hukuki düzenlemeler de yer almaktadır. Ulusal alandaki bu düzenlemeleri eşcinsellerin haklarının hukuken tanınması yönünde artan bir uluslararası eğilim olarak değerlendiren AİHM, taraf devletlere bu konuyla ilgili tanınan takdir payını kısıtlamaya başlamıştır fakat bir konu hakkında taraf devletlerin uzlaşısı olduğunun kabulü için gereken oran veya sayıya dair net bir tespit bulunmamıştır.

Akit devletin “genel kabul gören standartlar”dan ayrı düştüğü her durum AİHS'nin ihlali anlamına gelmeyebilir. Eğer ilgili devletin “genel kabul gören standartlar”dan

³³⁶Helfer, L. R. (1993). “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, 26, 139.

³³⁷ECtHR, *Case of Rees v. The United Kingdom*, Judgment of 17 October 1986, para. 37.

³³⁸*Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, para.93: “Having regard to the above considerations, the Court finds that the respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation...”

ayrılma gerekçeleri AİHM tarafından geçerli kabul edilirse AİHS'nin ihlali ortaya çıkmayabilir. Nitekim *A, B ve C İrlanda'ya Karşı (2010)* davasında AİHM, akit devletlerin çoğunda kürtaj yasal olmasına rağmen hayati risk oluşturmadıkça İrlanda'da gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemesini ihlal olarak değerlendirmemiştir. AİHM, akit devletler arasında kürtajın serbestliği konusunda uzlaşısı olduğunu kabul etmesine rağmen fetüsün yaşamının ne zaman başladığı konusunda bir uzlaşının olmadığını dolayısıyla fetüsün hayat hakkının korunması konusunda İrlanda'nın takdir payının geniş olduğuna hükmetmiştir.³³⁹

Kararda kürtaj hakkını fetüsün hayat hakkı ve ahlakın korunması bağlamında değerlendiren AİHM, İrlanda hukukundaki kürtajı yasaklayan düzenlemelerin A ve B'nin iddia ettiği 8. maddenin (özel ve aile hayatına saygı hakkı) ihlali anlamına gelmediğini diğer taraftan, gebeliğin anne açısından yaşamsal risk yaratacağı için İrlanda ulusal hukukuna göre C'nin kürtaj yaptırmasına izin verdiğini fakat C'nin bu haktan etkin şekilde yararlanabilmesi için gerekli yasal veya düzenleyici bir rejimin olmamasını, devletin 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.³⁴⁰

“Genel kabul gören standartlar”dan sapmanın AİHM tarafından kabul edildiği bir diğer gerekçe ise ilgili devletin içinde bulunduğu özel şartlardır. Eğer taraf devlet içerisinde bulunduğu şartların “genel kabul gören standartlar”dan ayrılmayı zaruri kıldığı konusunda ikna edici olabilirse, AİHM bu durumu karar verirken dikkate almaktadır. Örneğin, *Rus Cumhuriyetçi Partisi Rusya'ya Karşı (2011)* davasında AİHM, çok az Avrupa Konseyi üyesi Devletin bölgesel partileri yasakladığını veya bir siyasi partinin belirli sayıda bölgesel veya yerel şubeye sahip olmasını gerekli kıldığını belirterek, bu konuda akit tarafların uzlaşısı olduğunu kabul etmiştir. Fakat bu uzlaşya rağmen, daha kısıtlayıcı bir uygulamayı gerekli kılan özel tarihsel veya politik hususların mevcut olduğu durumlarda farklı bir yaklaşım sergilenebileceğini de eklemiştir.³⁴¹

Rusya'nın tarihsel ve politik olarak ayrılıkçı, milliyetçi ve terörist güçlerin yarattığı zorluklarla karşı karşıya kalmasından kaynaklanana özel durumunun, siyasi partilerle

³³⁹ECtHR, Case of A, B and C v. Ireland, Judgment of 16 December 2010, para. 235-238.

³⁴⁰Case of A, B and C v. Ireland, para. 267.

³⁴¹ECtHR, Case of Republican Party of Russia v. Russia, Judgment of 12 April 2011, para. 126.

ilgili daha sıkı tedbirler almayı gerekli kılabileceğini kabul eden AİHM, 1991 yılında Sovyetler Birliği'nin dağılmasının akabinde ve demokratik reform çalışmalarının başlamasıyla Rusya'nın istikrarı korumak ve kırılgan demokratik kurumların oluşmasını ve güçlenmesini sağlamak için bazı tedbirler almak durumunda olduğunu, bölgesel siyasi partilerin yasaklanmasının da bu tedbirlerden sayılabileceğini belirtmiştir. Fakat AİHM, bu tedbirlerin dağılma sürecinin hemen sonrasında uygulanması halinde bir gerekçe olarak haklı sayılabileceğini belirterek dağılmanın üzerinden 10 yıl geçtikten sonra bu gerekçenin anlamlı olmayacağını ekleyerek, davacı partinin kapatılmasını 11. maddenin (toplantı ve dernek kurma özgürlüğü) ihlali olarak değerlendirmiştir.³⁴²

Yukarıda verilen kararlardan anlaşılacağı üzere AİHM, “genel kabul gören standartlar” unsurunu ve diğer unsurları her davanın kendine özgü şartlarını dikkate alarak uygulamaktadır. Dolayısıyla akit taraflar dinamik yoruma temel teşkil eden unsurların her davadaki etkisini önceden ve kesin şekilde bilmenin zorluğundan kaynaklanan belirsizlikle karşı karşıya kalmaktadır.

3.2.3. “Yaşayan belge”

Üçüncü unsur “yaşayan belge” ifadesidir. Bu ifade, aslında diğer iki ifadeyi de kapsayan ve onlara ilave olarak AİHS'nin niteliğiyle ilgili de tespit yapan bir ifadedir. Yaşayan belge ifadesi, AİHS'nin taraf devletlerin başlangıçtaki niyetleriyle sınırlı kalamayacağını göstermektedir. Başka bir ifadeyle, AİHS'nin amacıyla tarafların amacını birbirinden ayrı tutmaktadır.

Feldbrugge Hollanda'ya Karşı (1986) davasında AİHM, sosyal güvenlik ve sağlık sigortası alanındaki konuların AİHS'nin 6. maddesinin 1. paragrafında ifade edilen “medeni hak” kapsamına girip girmediğinin tespitine bağlı olarak *Bayan Hendrika Maria Feldbrugge*'ün adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine karar vermiştir. *Bayan Feldbrugge* adil yargılanma hakkının iki nedenle ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Birincisi, hastalık tazminatı hakkının tespiti sürecinde *daimî tıbbi uzmanlar* tarafından hazırlanan iş görebilir raporunun kendisine verilmemesi nedeniyle bu raporlara karşı argüman getirme şansı bulamamış olması ve ikinci olarak, *Temyiz Kurulu Başkanı*

³⁴²Case of Republican Party of Russia v. Russia, para. 127-128.

tarafından kendisine veya yasal temsilcisine sözlü veya yazılı savunma hakkı verilmemesidir.

AİHM, davacının ileri sürdüğü adil yargılanma hakkının ihlaliyle ilgili karar vermeden önce sosyal güvenlik ve hastalık tazminatının 6. maddenin 1. paragrafında bahsedilen “medeni hak”lardan olup olmadığına karar vermek durumunda kalmıştır.

AİHM, sosyal güvenlik ve hastalık tazminatı hakkının kamu hukuku alanına ait bir hak olduğu yönündeki Hollanda hükümetinin iddiasına karşılık, Hollanda yasalarındaki düzenlemelere bakıldığında bu hakların hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanının özelliklerini taşıdığını belirterek, bu haklar Hollanda hukukunda kamu hukuku alanına ait bir hak olarak sınıflandırılıyorsa dahi bu sınıflandırmanın yalnızca bir başlangıç sağlayacağını ve belirleyici olmayacağını belirtmiştir.³⁴³

Esasen AİHM daha önce *König Almanya’ya Karşı (1978)* davasında kamu otoritesi tarafından denetlenen veya bu otoritelerin yasal düzenlemelerine tabi olan özel hukuk alanındaki faaliyetlerin otomatik olarak kamu hukukuna tabi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.³⁴⁴

Feldbrugge ve *König* davalarında davalı devletler, AİHS 6. maddenin 1. paragrafının özel hukuk ihtilaflarını kapsadığını dolayısıyla kamu hukukuna ait konular için uygulanmayacağını savunmuşlardır. AİHM, dava konusu hakkın ifadesinde yer alan “medeni hak” kavramının anlamını ilgili devletlerin bu hakla ilgili yasal sınıflandırmalarından değil hakkın maddi içeriğinden ve etkilerinden elde edeceğini ifade etmiştir.

Feldbrugge davasında AİHM, Hollanda hukukuna göre sosyal güvenlik katkı payının bir kısmının çalıştığı dönemlerde işveren tarafından sigortalıdan kesildiğini bir kısmının ise işveren tarafından doğrudan ödendiğini hatırlatarak Hollanda Hükümetinin ödemelere herhangi bir katkısı olmadığını belirtmiştir. Bu ve diğer bazı sebepleri birlikte değerlendiren AİHM sosyal güvenlik ve hastalık tazminatı konularını özel hukuk içerisinde değerlendirerek, davacının Temyiz Kurulu Başkanı önünde kendisini savunmasına izin verilmemesini ve üst derece yargı organlarına

³⁴³ECtHR, Case of *Feldbrugge v. The Netherlands*, Judgment of 29 May 1986, para. 28.

³⁴⁴ECtHR, Case of *König v. Germany*, Judgment of 28 June 1978, para. 92-93.

başvurusunun kabul edilmemesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.

Bu davayla ilgili raporunda AİHK, sosyal güvenlik yardımlarının 6. maddenin 1. paragrafındaki “medeni hak”lardan kabul edilmesinin maddenin kapsamını önemli ölçüde genişleteceğini ve eğer taraf devletler ekonomik, sosyal ve kültürel hakları güçlendirmek isterlerse bunu uygun başka araçlarla yapabileceklerini söyleyerek, AİHS’nin hükümlerinden açıkça çıkarılamadıkça bu şekilde geniş bir yorumun uygun olmayacağı dolayısıyla 6. maddenin 1. paragrafının uygulanamayacağı yönünde karar vermiştir.³⁴⁵

Davada AİHK gibi düşünerek karara muhalefet şerhi düşen yargıçlar, AİHS’nin uluslararası antlaşma olması sebebiyle VAHS’nin 31 ve 32. maddelerindeki kurallara göre yorumlanması gerektiğini belirttikten sonra: “Mahkeme ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini yalnızca Sözleşmeyi hazırlayanların zihninde olduğu varsayılan şeylere göre değil akit devletlerin demokratik toplumlarında geçerli olan günümüz şartları ışığında yorumlamanın gerekliliğini de kabul etmiştir.”³⁴⁶

Şeklindeki AİHM’nin görüşünü, dinamik yorumun, AİHS’de zaten mevcut olan değişken ve değişen kavramları günümüz şartları ışığında yorumlamaya izin verdiğini fakat AİHS’ye tamamen yeni kavramlar ve uygulama alanları sokmaya izin vermediğini, bunun Avrupa Konseyi üyesi devletlere ait bir yasama işlevi olduğunu belirterek³⁴⁷ eleştirmişlerdir. Başka bir deyişle, dinamik yoruma tabi tutulacak kavramların antlaşmada zaten mündemiç olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Richard K. GARDINER, dinamik yorumun, antlaşmanın anlamıyla ilgili tarafların ortak anlayışlarının değişmesinden veya antlaşma hükümlerinin ortak anlayışın olmadığı şartlara uygulanmasından kaynaklandığını söyleyerek, aslında ilk durumda, antlaşmanın uygulama yoluyla veya yetkili merciin kararıyla değiştirildiği söylenebilecekken, ikinci durumda, tarafların antlaşmanın hazırlanması esnasında

³⁴⁵ECtHR, Case of Geziena Hendrika Maria Feldbrugge against The Netherlands, Application No . 8562/79, *Report of The Commission* (Adopted on 9 May 1984), para. 110-111.

³⁴⁶Case of Feldbrugge v. The Netherlands, Joint Dissenting Opinion of Judges Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Sir Vincent Evans, Bernhardt And Gersing, para. 12; Benzer değerlendirmeler için bkz. Case of Marckx v. Belgium, para.41; Case of Tyrer v. The United Kingdom, para. 31.

³⁴⁷Case of Feldbrugge v. The Netherlands, para. 24.

veya önceki içtihatlarda öngörülmeven gelişmelere uyum sağlamak için yaptıkları yoruma “dinamik” sıfatının verilmesinin daha uygun olduğunu söylemektedir.³⁴⁸

Belirtmek gerekir ki, ilk durumdaki “antlaşmanın değışmesi” ile kastedilen antlaşma hükmüyle ilgili yerleşik anlayışın veya yorumun, hükmün metni aynı kalmasına rağmen değışikliğe uğramasıdır. İkinci durumdaki dinamik yorum ise tarafların önceden öngöremediğı yeni şartlara antlaşma hükümlerinin *nasıl uygulanacağıının belirlenmesi* işlemidir. Bu durumda, sürmekte olan davanın şartlarıyla ilgili taraflar arasında mevcut bir ortak anlayış olmadığı için antlaşma hükmünün anlamıyla ilgili herhangi bir değışiklikten de bahsedilemez.³⁴⁹

AİHM’nin “yaşayan belge” anlayışı maddi hakların kapsamı üzerinde genişletici bir etki yaratmıştır. Hatta bazı davalarda akit tarafların hazırlık çalışmaları esnasında AİHS’ye dahil edilmemesine karar verdiği konuları dahi kapsam içerisine almıştır. *Young, James ve Webster Birleşik Krallık’a Karşı (1981)* davasında İngiltere’deki *sendika işyeri* (closed shop) uygulaması uyarınca davacıların belirli sendikalara üye olmak zorunda bırakılmalarını AİHS’nin 11. maddesinin şahıslara tanıdığı toplanma ve dernek kurma özgürlüğünün *negatif* boyutuna atıf yaparak ihlal olarak değerlendirmiştir.

Davalı devlet savunmasında toplantı ve dernek kurmak özgürlüğünün negatif boyutunun *sendika işyeri* uygulaması olan ülkelerde yaratacağı sorunlar nedeniyle hazırlık çalışmalarında kasten hariç tutulduğunu ileri sürmüştür.³⁵⁰ Gerçekten de 11. maddenin görüşülmesi esnasında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20. maddesinin 2. paragrafındaki “Hiç kimse bir derneğe girmeye zorlanamaz” şeklindeki ifadenin, madde taslağı hazırlanırken dahil edilmemesinin uygun olacağı belirtilmiştir.³⁵¹

AİHM, *sendika işyeri* uygulamasının AİHS ile ilişkisine girmeden uygulamanın davacılar üzerindeki etkilerini değerlendireceğini belirterek, davacıların bahsi geçen

³⁴⁸Gardiner, *a.g.e.*, 2015, 472.

³⁴⁹Dzehtsiarou, K., O’Mahony, C. (2013). “Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court”, *Columbia Human Rights Law Review*, 44 (2), 319.

³⁵⁰ECtHR, Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, Judgment of 13 August 1981, para.51.

³⁵¹Preparatory Work on Article 11 of the European Convention on Human Rights, Information Document prepared by the Secreteriat of the Commission (16 August 1956), para. 15.

sendikalara üye olmak veya işlerini kaybetmek ikilemi arasında kaldıklarını söylemiştir. Bir sendikaya veya derneğe üye olmaya zorlamanın her zaman AİHS’yi ihlal etmek anlamına gelmeyeceğini belirten AİHM, önündeki davada davacı şahısları işten çıkarma tehdidinin *zorlamanın* en ciddi hali olduğunu ve bu tür bir zorlamanın 11. maddenin güvence altına aldığı özgürlüğe darbe vurduğunu dolayısıyla sadece bu nedenle her üç davacının özgürlüğüne müdahale edildiğine karar vermiştir. Ayrıca eğer bireye seçme hakkı veya hareket serbestisi tanınmaz ise bireyin dernek kurma özgürlüğünden gerçekten yararlandığı söylenemez³⁵² demiştir.

Young, James ve Webster Birleşik Krallık’a Karşı (1981) davasında 11. maddeyi negatif yönüyle değerlendirerek genişleten AİHM, *Pretty Birleşik Krallık’a Karşı (2002)* davasında ise hayat hakkının ölüm hakkını da içerecek şekilde aksi yorumunu kabul etmemiştir. Hayat hakkıyla bağlantılı bir diğer konu olan gönüllü gebeliğe son verme hakkıyla ilgili ise görüş bildirmekten kaçınmıştır.³⁵³

AİHM’nin ceninin hayat hakkıyla ilgili görüş bildirmekten kaçınmasında akit taraflar arasında uzlaşma olmayışı ve devletlerin ulusal hukuklarında konuyu farklı düzenlemesinin etkili olduğu söylenebilir. Ayrıca kürtaj konusunun ahlaki ve dini inançlarla ilgili bir yönü olması da AİHM’nin çekingen davranmasında etkili olmuştur.³⁵⁴ Kürtaja zorlama ise özel ve aile hayatına saygı hakkı (madde 8) ve evlenme hakkı (madde 12) ihlali olacağı için hayat hakkı (madde 2) altında incelemeye gerek yoktur.³⁵⁵

“Yaşayan belge” anlayışının etkisi yalnızca maddi haklarla sınırlı kalmamıştır. AİHS’nin usûlî ve yapısal bölümlerine de yayılmıştır. *Cruz Varas ve Diğerleri İsveç’e Karşı (1991)* davasında AİHK, AİHS’nin “Yüksek Akit Taraflardan böyle bir beyan yapmış olanlar işbu hakkın müessir bir tarzda kullanılmasına hiçbir suretle engel

³⁵²Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, para. 55-56.

³⁵³Çağırın, M. E. (2011), *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, İkinci Baskı, Ankara: Barış Kitap, 229.

³⁵⁴Nitekim Avrupa’da 22 ülke kürtaja yasal olarak izin verirken, farklı dinler ağırlıklı olarak kürtaja karşı çıkmaktadır. Konuyla ilgili dini bakış açıları ve Avrupa Birliği ülkelerindeki hukuki durum hakkında bilgi için bkz. İnternet: *Encyclopedia of Bioethics*, S. G. Post (Ed.), I. Cilt, 3. Baskı, 2004, s.28-43; “Abortion laws vary significantly across the EU”, <https://www.france24.com/en/20180525-abortion-laws-vary-eu-ireland-malta-poland-termination>, E. T: 28.10.2019.

³⁵⁵Opsahl, T. (1993). “The Right to Life”, in: Macdonald, R. St., Matscher, J F., Petzold, H., (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff publishers, 220.

olmamayı taahhüt ederler.”³⁵⁶, şeklindeki 25/1. maddesinin³⁵⁷ son paragrafından hareketle İsveç’in davacının sınır dışı edilmemesi yönündeki geçici tedbir kararına uymamasını 25. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

İsveç’in geçici tedbirlere uymamasını davacı *Bay Cruz Varas*’ın bireysel başvuru hakkını etkili şekilde kullanmasının engellenmesi olarak gören AİHK, davalı İsveç’in geçici tedbirlere uymamanın zorunlu olmadığı şeklindeki görüşünü ise AİHK İçtüzüğü’nün 36. maddesindeki “Komisyon veya Komisyon toplantı halinde değilse Başkan, kabulü tarafların menfaatine uygun görünen veya Komisyon önündeki kovuşturmaların uygun şekilde yürütülmesi için taraflara herhangi bir geçici tedbir bildirebilir” ifadesinin, AİHS’nin 36. maddesindeki “Komisyon İçtüzüğünü hazırlar” hükmüne dayandığını dolayısıyla AİHK’nin İçtüzüğü’nün 36. maddesini kararına dayanak göstermek suretiyle yetkisi dışına çıktığının iddia edilemeyeceğini savunmuştur.³⁵⁸

AİHM bu davayla ilgili kararında AİHK’nin görüşüne katılmamış ve geçici tedbirlerle ilgili AİHS’de açık bir hüküm olmaması halinde İçtüzüğü’nün 36. maddesine dayanarak geçici tedbirlerin taraf devletler için bağlayıcı yükümlülük doğurduğunun varsayılamayacağına hükmetmiştir.³⁵⁹

Mamatkulov ve Abdurasulovic Türkiye’ye Karşı (2005) davasında Türkiye’nin geçici tedbir kararına uymayarak AİHS’nin 34. maddesini ihlal ettiğine karar veren AİHM, AİHK İçtüzüğü’nün *Cruz Varas* davasında dayanak olamayacağını savunmasına rağmen *Mamatkulov ve Abdurasulovic Türkiye’ye Karşı* davasında kendi İçtüzüğüne dayanarak karar vermiştir.³⁶⁰ Büyük Daire (Grand Chamber) de *Mamatkulov ve Abdurasulovic Türkiye’ye Karşı* davasıyla ilgili 2005 yılında verdiği kararında geçici tedbirlere uymamayı ihlal olarak değerlendirmiştir.³⁶¹

³⁵⁶İnternet: T.C. Resmî Gazete, Sayı: 8662, 19 Mart 1954, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>, E. T: 26.05.2021

³⁵⁷AİHS’nin son halinde 34. madde altında düzenlenmiştir.

³⁵⁸ECtHR, Case of Hector Cruz Varas, Magaly Maritza Bustamento Lazo and Richard Cruz against Sweden, Report of The Commission (adopted on 7 June 1990), para. 107.

³⁵⁹ECtHR, Case of Cruz Varas and Others v. Sweden, Judgment of 20 March 1991, para. 98.

³⁶⁰ECtHR, Case of Mamatkulov And Abdurasulovic v. Turkey, Judgment of 6 February 2003, para. 110-111.

³⁶¹ECtHR, Case of Mamatkulov And Askarov v. Turkey, Judgment of 4 February 2005, para. 128-129.; Yargıç Cabral BARRETO mutabık görüşünde (concurring opinion) geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili prensiplerden uzaklaştığını ifade etmiştir. Bkz. Concurring Opinion of Judge Cabral Barreto, Case of Mamatkulov And Askarov v. Turkey, Judgment of 4 February 2005, s. 41.

Büyük Daire, VAHS'nin 31. maddesindeki antlaşmaların iyi niyet ilkesine uygun olarak ve konu ve amacı ışığında yorumlanmasının gereğini vurgulayarak, *UAD, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ve İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi* gibi organların son dönemdeki kararlarında, ileri sürülen hakkın telafi edilemez şekilde zarar görme riskine karşı korunmasının geçici tedbirlerin temel amacı olduğunu vurguladıklarını, dolayısıyla yargılama devam ederken telafi edilemez eylemlerden kaçınmanın adaletin gereği olduğunu ifade etmiştir.³⁶² UAD'nin 2001 yılında verdiği *LaGrand* kararı da düşünüldüğünde uluslararası yargı organlarının geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı konusunda ortak bir tutum belirlemeye başladıkları söylenebilir.

AİHK ve AİHM, *Loizidou* ve *Chrysostomos* davalarında da maddi hakların ötesine geçerek AİHS'nin usuli ve yapısal bölümlerini yorumlamıştır. *Loizidou* davasında Türkiye, AİHK'ye bireysel başvuru hakkını tanıırken AİHS'nin 25/1 maddesi ile ilgili yaptığı beyanın ilk paragrafında AİHK'nin yetkisini yalnızca T.C Anayasasının uygulanabileceği ülkesiyle sınırlandırmış ve son cümlede AİHK'nin yetkisinin bu beyanın depozitere gönderildiği tarihten sonraki olayları kapsayacağını bildirmiştir.³⁶³

Her iki davada da “yetki alanı” kavramını Türkiye'nin beyanında belirttiği sınırlandırmalara rağmen geniş yorumlayan AİHK ve AİHM, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde (K.K.T.C) gerçekleşen olayların Türkiye'ye isnat edilebileceğini belirtmiştir.³⁶⁴

Büyük Daire ilk itirazlarla (preliminary objections) ilgili kararında “yaşayan belge” yaklaşımın AİHS'nin maddi haklarla ilgili hükümleriyle sınırlandırılmayacağını ve 25. ve 46. maddelerdeki gibi icra mekanizmasını yöneten hükümlere de uygulanması gerektiğini belirterek, bu hükümlerin akit tarafların 40 yıl önceki niyetlerine göre

³⁶²Case of Mamatkulov And Askarov v. Turkey, para. 124.

³⁶³İnternet: “Declaration transmitted by the Ministry of Foreign Affairs of Turkey and registered at the Secretariat General on 28 January 1987 – Or. Fr.”, Reservations and Declarations for Treaty No.005-Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article number: Ex-25, <https://www.coe.int/en/web/conventions/cets-number/-abridged-title-known?module=declarations-by-treaty&numSte=005&codeNature=1&codePays=TUR>, E. T: 04.06.2021.

³⁶⁴Report of the Commission (adopted on 8 July 1993), *Chrysostomos and Papachrysostomou against Turkey*, Application No. 15299/89- Application No. 15300/89, para. 96-97 ve 102.; *Chrysostomos* davasında AİHK Türkiye'nin yetki alanını sınır bölgesiyle sınırlı tutmamıştır.

yorumlanamayacağını hatta ilgili maddeler belirtilen sınırlamalara izin veriyor olsa dahi bunun belirleyici olamayacağını savunmuştur.³⁶⁵

AİHM, Türkiye'nin beyanlarının geçerliliğini değerlendirirken ülkesel sınırlamaları ve beyanın bütününe ayrı değerlendirme yoluna gitmiştir. AİHM, beyanın *ratione loci* sınırlandırma getiren kısmını geçersiz sayarken beyanın AİHK'nin yetkisini kabul eden kısmını geçerli saymıştır. Yargıç F. GÖLCÜKLÜ ve L.-E. PETTITI karara düştikleri ortak muhalefet şerhinde, Türkiye'nin beyanının geçersiz olduğunun iddia edilebileceğini fakat beyanı bölerek bir kısmını geçerli bir kısmını geçersiz saymanın doğru olmadığını belirtmişlerdir.³⁶⁶ Gerçekten de Türkiye'nin AİHK'nin bireysel başvurularla ilgili yetkisine beyanındaki *ratione loci* sınırlandırmaların kabulüne bağlı olarak rıza gösterdiğini düşünmek mantığın gereğidir. Diğer taraftan, AİHK'nin iddia ettiği gibi Sözleşmenin konu ve amacı düşünüldüğünde Komisyonun yetkisini kısmen tanımının mümkün olmadığı iddiasına karşılık ise konu ve amaç düşünüldüğünde Komisyonun yetkisini kısmen tanımak hiç tanımamaktan daha uygundur.³⁶⁷

Loizidou kararında AİHM, Türkiye'nin 46. maddeye getirdiği *ratione temporis* sınırlamayı da *mütemadi ihlal* (continuing violation) kavramına başvurarak etkisizleştirmiştir. 1985 tarihli K.K.T.C Anayasası'nın 159. maddesi uyarınca yapılan kamulaştırma işlemi neticesinde davacı *Loizidou*'nun mülkiyet hakkının ortadan kalktığını savunan Türkiye'nin tezini AİHM kabul etmemiştir. Türkiye'nin bu tezi kabul edilmiş olsaydı davacının mülkiyet hakkı kamulaştırmadan kaynaklanan *anlık eylem* (instantaneous act) sonucu ortadan kalkacak, yani en geç 7 Mayıs 1985 tarihinde, dolayısıyla Türkiye'nin AİHM'nin yargı yetkisini kabul ettiği 22 Ocak 1990 tarihli beyanının depozitere tevdi edildiği tarihten önceki olaylar için uygulanamayacaktı.

AİHM, davacının mülkiyet hakkının 22 Ocak 1990 tarihinden önce ortadan kalkmadığı ve halen devam ettiği sonucuna Güvenlik Konseyinin 541 ve 550 sayılı kararlarına da atıf yaparak, K.K.T.C'nin uluslararası toplum tarafından devlet olarak

³⁶⁵ECtHR, Case of *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Judgment of 23 March 1995, para. 71.

³⁶⁶Joint Dissenting Opinion of Judges Gölcüklü and Pettiti, Case of *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), s. 32.

³⁶⁷Golsong, H. (1993). "Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?", in: Macdonald, R. St., Matscher, J. F., Petzold, H. (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers., 161.

tanınmaması nedeniyle K.K.T.C Anayasasının 159. maddesinin hukuken geçersiz olduğundan hareketle ulaşmıştır. K.K.T.C Anayasasının 159. maddesinin hukuki geçerliliği ile ilgili yaptığı değerlendirmede AİHM şöyle demiştir:

*...Uluslararası toplum KKTC'yi uluslararası hukuka göre Devlet olarak kabul etmemektedir ve Kıbrıs Cumhuriyeti, insan haklarının ve azınlık haklarının korunması alanındaki uluslararası standartlara saygı göstermek zorunda olan tek meşru Kıbrıs Hükümeti olarak kalmıştır. Bu arka plana karşı Mahkeme, Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda, Türk Hükümeti'nin dayandığı Anayasanın 159. maddesi gibi hükümlere hukuki geçerlilik atfedemez.*³⁶⁸

Chrysostomos (1993) davasında AİHK, davacıların Ceza Usul Kanununun ilgili maddeleri uyarınca tutuklanmalarının AİHS'nin 5. maddesindeki “kanunda öngörülen usule uygun şekilde” olma şartını karşıladığına dolayısıyla 5. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.³⁶⁹ Chrysostomos davasında K.K.T.C'nin Ceza Usul Kanunu geçerli olurken Loizidou davasında Anayasa'nın 159. maddesi geçersiz sayılmıştır.³⁷⁰

AİHM anayasanın ilgili maddesinin hukuken neden geçersiz olduğuyla ilgili tatmin edici gerekçe ortaya koymadan, Güney Afrika hükümetinin Manda rejimi sona erdikten sonra Namibya adına veya Namibya ile ilgili yaptığı resmi işlemlerin geçersiz olacağına dair UAD'nin danışma görüşüne atıf yapmakla yetinmiştir. Namibya danışma görüşünde UAD, doğum, ölüm ve evlenme kayıtlarının tutulması gibi işlemlerin Namibya halkının aleyhine olmadığı sürece geçerli olacağını söylemektedir.³⁷¹

³⁶⁸ECtHR, Case of Loizidou v. Turkey, Judgment of 18 December 1996, para. 44.

³⁶⁹Report of the Commission (adopted on 8 July 1993), Chrysostomos and Papachrysostomou against Turkey, para. 149.

³⁷⁰Yargıç L.-E. PETTITI, K.K.T.C'nin Medeni hukuk ve Özel hukuk alanındaki işlemlerini kabul ederken diğer hukuk alanlarındaki düzenlemeleri neden geçersiz saydığına ilişkin Mahkemenin gerekçe göstermediğini belirtmektedir. Bkz. Dissenting Opinion of Judge Pettiti, Case of Loizidou v. Turkey Judgment

³⁷¹Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16 (June 21), para. 125.

K.K.T.C'nin hukuken tanınmaması nedeniyle yaptığı hukuki işlemlerin geçersiz olacağı değerlendirmesinin yoruma açık olduğu ve genel kabul görmediği karara düşülen muhalefet şerhlerinden anlaşılmaktadır.³⁷² Yargıç Rudolph BERNHARDT, kamulaştırma işleminin geçerliliği konusunda Mahkemenin tereddütlerini paylaştığını belirttikten sonra asıl belirleyici olan şeyin Türkiye'nin beyanında belirttiği üzere Mahkemenin yargı yetkisini sadece “beyanın depozitere tevdi işleminden sonra meydana gelen olaylar” için tanıdığını ve 1974 yılında sınırın kapanmasının ve sonrasında meydana gelen olayların *mütemadi ihlal* kavramı altında değerlendirilemeyeceğini savunmuştur.

BERNHARDT'ın kamulaştırma işleminin hukuken geçerli veya geçersiz olmasının belirleyici olmadığı yönündeki görüşüne rağmen *Bayan Loizidou*'nun dava konusu mülklerin sahipliğine devam ettiği tespiti ve dolayısıyla *mütemadi ihlal* kavramının uygulanması ancak kamulaştırma işleminin hukuken geçersiz sayılmasıyla mümkün olabilmiş ve Türkiye'nin AİHM'nin yargı yetkisiyle ilgili beyanındaki *ratione temporis* sınırlamaya dayandırdığı ilk itirazı reddedilmiştir. Jean D'ASPREMONT'un ifadesiyle: “Loizidou davasında AİHM, VAHS'nin 31. maddesinin 3 (c) paragrafını hukuk yerine olayları yorumlamak için kullanmıştır.”³⁷³

Mahkemenin yargı yetkisinin tanınmasıyla ilgili olarak Türkiye'nin beyanını göz ardı eden Mahkeme, *mütemadi ihlal* kavramını sunduğu zayıf gerekçelere dayanarak davaya dahil etmiş ve kendisini bu sayede yetkili kılmıştır. “Yaşayan belge” anlayışının toplumsal değişimlere uyum sağlayabilmek adına maddi hakların kapsamını genişletmesi kabul edilebilirdir. Çünkü bu haklar bireye ait olan haklardır ve mütekabiliyet esasına dayanmamaktadır. Fakat AİHS'de maddi hakların dışındaki düzenlemelerin de objektif nitelikte olduğunu ve mütekabiliyete tabi olmadığını söylemek güçtür.

AİHS'nin ülkesel uygulamayı düzenleyen 56. maddesinin 1. paragrafı akit taraflara Sözleşmenin uygulanacağı alanları belirleme konusunda takdir hakkı tanımaktadır. Bu

³⁷²Dissenting Opinion of Judge Bernhardt Joined By Judge Lopes Rocha, Dissenting Opinion of Judge Baka, Dissenting Opinion of Judge Jambrek, Case of Loizidou v. Turkey Judgment

³⁷³d'Aspremont, J. (2013). "Articulating International Human Rights and International Humanitarian Law: Conciliatory Interpretation under the Guise of Conflict of Norms-Resolution", in: Fitzmaurice, M. and Merkouris, P. (Eds), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights*, Leiden: Brill- Nijhoff Publishers, 14.

durum göz önüne alındığında akit tarafların AİHS'yi uygulayacakları ülkesel alanın belirlenmesi işlemi subjektiftir ve Sözleşme bölümlerinin tamamının objektif nitelikte olduğu iddiasına ters düşmektedir. Dolayısıyla “yaşayan belge” anlayışının temelindeki maddi hakların objektifliği ilkesini subjektif özellikler gösteren diğer bölümlere uygulamak ve bu bölümleri “yaşayan belge” anlayışına göre yorumlamak makul görünmemektedir. Heribert GOLSONG'un ifadesiyle: “...Strazburg organları, usuli veya yapısal hükümlere akit devletler tarafından atfedilen anlamı değiştirmek veya bu hükümlere metinde açıkça destek bulamayan bir anlam eklemek üzere yetkilendirilmemiştir.”³⁷⁴

3.2.4. “Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi”

AİHM'nin dinamik yorum yöntemini dayandırdığı *dördüncü* unsur, AİHS'yi “Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi” olarak görmesidir. AİHM'nin “anayasallık” vurgusu normlar hiyerarşisi içerisindeki amir hüküm manasında bir anayasallık değildir.³⁷⁵ AİHS'nin anayasallığını *instrumentum*'dan ziyade *negotium*³⁷⁶ olarak anlamak gerekir. *Instrumentum*³⁷⁷ anlamında AİHS bir anayasa değil uluslararası bir anlaşma olarak kalmaktadır. İstisnai olsa da AİHS'ye anayasal merteye veren bazı akit devletlerde bu merteye anayasanın ihlali için bir gerekçe oluşturmayacağı³⁷⁸ için AİHS'nin *instrumentum* olarak anayasallığından bahsedilemez.

Kanada Anayasa Mahkemesi Başkanlarından Robert George Brian DICKSON'ın *Hunter ve Diğerleri Southam Anonim Şirketi'ne Karşı (1984)* davasında yasa ve anayasa arasındaki farkla ilgili yaptığı açıklama anayasanın arkasındaki fikri göstermesi açısından aydınlatıcıdır. DICKSON'a göre, anayasa geleceği göz önünde tutarak düzenlenir ve siyasal erkin meşru şekilde kullanılması için bir çerçeve sağlamakla birlikte temel hak ve hürriyetlerin mütemadiyen korunması işlevini de yerine getirir. Bu özellikleri nedeniyle: “...Bir kez yürürlüğe girdikten sonra

³⁷⁴Golsong, *a.g.m.*, 1993, 150.

³⁷⁵Hollanda ve Avusturya gibi bazı ülkeler AİHS'ye anayasal merteye atfetmiş olsa da Sözleşmenin ulusal anayasalar karşısındaki mertebesi değişkenlik göstermektedir. Konuyla ilgili bir çalışma için bkz. Martinico, G. (2012). “Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts”, *EJIL*, 23 (2), 404.

³⁷⁶Negotium: Bir hukuki belgenin arkasındaki niyet veya politik amaç. Bkz. Fellmeth, Horwitz, *a.g.e.*, 2009, 193.

³⁷⁷Instrumentum: Antlaşma, yasa veya kontrat gibi hukuki bir belge. Bkz. Fellmeth, Horwitz, *a.g.e.*, 2009, 139.

³⁷⁸Martinico, *a.g.m.*, 2012, 422.

anayasanın hükümleri kolayca yürürlükten kaldırılamaz veya değiştirilemez. Dolayısıyla hazırlayanların çoğu zaman beklemediği yeni sosyal, politik ve tarihi gerçeklikleri karşılamak için zaman içinde büyüme ve gelişme kabiliyetine sahip olmalıdır.”³⁷⁹

Avrupa Konseyi Statüsü, iktisadi, toplumsal, kültürel, bilimsel, hukuki ve idari konularda anlaşmalar yoluyla ortak eylemde bulunmayı ve insan hakları ve temel hürriyetlerin ilerlemesini gerçekleştirmeyi amaçları arasında saymaktadır.³⁸⁰ Statü’de sayılan ve AİHS’nin dibacesinde tekrar vurgulanan bu amaçlar, anayasaların ait oldukları toplumda üstlendikleri göreve benzer şekilde Avrupa Konseyi üyeleri arasında bir “kamu düzeni” sağlamaya yöneliktir. Bu anlamda, “AİHS Avrupa Anayasası’nın embriyosu olmuştur.”³⁸¹

AİHM Yargııcı Juan Antonio Carrillo SALCEDO, AİHS’nin uluslararası hukuktaki yeriyle ilgili yaptığı değerlendirmede, Sözleşmenin uluslararası antlaşma olması nedeniyle taraf devletlerin bazı şartlarla çekince koyma hakları olmasını; bireysel başvurularla ilgili AİHK’nin yargı yetkisinin ihtiyari olmasını (25. madde); AİHM’nin zorunlu yargı yetkisinin tanınmasını taraf devletlerin beyanına bağlı kılmasını ve bu tanınmanın belirli sürelerle yapılmasını (46. madde) ve Sözleşmeye Ek Protokollere tüm devletlerin taraf olmayışı nedeniyle de tarafların aynı hukuki yükümlülöklere sahip olmamasını, Avrupa kamu düzeninin oluşmasını sınırlayan görecelik (relativism) işaretleri olarak nitelendirmiştir.³⁸²

SALCEDO’nun denetim organlarının yargı yetkisiyle ilgili değerlendirmesi AİHM’nin yapısal olarak değiştirildiği 11. Ek Protokole kadar olan dönem için geçerli olmakla birlikte 11. Protokolün yürürlöğe girmesinden sonra AİHM tek denetim organı olmuş ve yargı yetkisi de ihtiyari olmaktan çıkmıştır (34. madde). Fakat tarafların farklı hukuki yükümlölöklere tabi olma durumu bazı devletler Ek

³⁷⁹İnternet: Supreme Court of Canada, Hunter et al. v. Southam Inc., Supreme Court Judgments, [1984] 2 S.C.R. 145, s. 155, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/5274/1/document.do>, E. T: 23.06.2021

³⁸⁰Article 1/b, Statute of the Council of Europe

³⁸¹Ryssdal, R. (1991). “On the Road to a European Constitutional Court”, *Collected Courses of the Academy of European Law: The Protection of Human Rights in Europe*, Vol. II Book 2, Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B.Y., 9.

³⁸²Salcedo, J. A. C. (1993). “ The Place of the European Convention in International Law”, in: Macdonald, R. St., Matscher, J. F., Petzold, H. (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers,, 18-22.

Protokollere taraf olmamayı tercih ettiği için veya taraf olsalar bile koydukları çekince ve beyanlar nedeniyle devam eder görülmektedir.

Heribert GOLSONG, *Chrysostomos Türkiye'ye Karşı (1993)* davasında AİHK'nin muhakemesine dayanak olarak kullandığı “Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi” olma gerekçesini belirsiz bir kavram olarak nitelendirmiş ve AİHK'nin bu kavramı yerleşik uluslararası hukuk kurallarından kaçmak için kullandığını belirterek, AİHS'nin “Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi” olduğu iddiasını eleştirmiştir.³⁸³

AİHS'nin “Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi” olduğu iddiasıyla ne kastedildiği gerçekten de tam anlamıyla açık değildir. Eğer taraf devletler arasında bir kamu düzeni varsa bu düzenin AİHS sayesinde mi oluştuğu yoksa başka dinamiklerle oluşan bir düzenin AİHS'nin yorumunu mu etkilediği sorusuna kesin bir cevap vermek kolay görünmemektedir. AİHM'nin uygulamalarına bakıldığında aslında ikinci ihtimal daha ağır basmaktadır. AİHM hakları yorumlarken taraf devletler arasında ortak anlayışın olduğu konularda dinamik yorum yöntemine daha rahat başvurmaktadır. Dolayısıyla taraf devletler arasında belirli insan hakları konularında zaten oluşan “kamu düzeni”nin AİHM'nin kararlarına etki ettiği söylenebilir. AİHM yargıç M. Khanlar HAJIYEV bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

*AİHM, içtihadını öyle dikkatli bir şekilde oluşturur ki çoğu davada karar, Avrupa'ya geniş ölçüde yayılmış ahlak kurallarını ve standartları yansıtır. Daha doğrusunu söylemek gerekirse, AİHM, içtihadında belirtilen ve Avrupa ülkelerinde yaygın olarak kabul edilen ve geniş ölçüde uygulanan genel ilkelere dayanarak hükümlerini verir.*³⁸⁴

AİHS'yi *instrumentum* anlamında anayasa metni ile benzer kılan tek özellik, Sözleşmenin yazımında kullanılan dil ve yazım tekniğidir. AİHS de anayasa gibi sosyal, siyasal ve iktisadi değişimlere cevap verebilecek şekilde esnek bir dille hazırlanmıştır. Anayasalardaki gibi açık dokulu (open-textured) ve genel terimler kullanılarak hazırlanan AİHS hükümleri, bu sayede, alternatif yorumlara imkân tanıyarak maddi hakların dinamik şekilde yorumlanabilmesini mümkün kılmıştır. “Açık dokulu ve genel bir dil kullanılması dilsel anlamda eksiklik olarak anlaşılmamalıdır. Yargıç dilsel anlamda bir eksiklik veya boşluk ile karşılaştığı zaman

³⁸³Golsong, *a.g.m.*, 1993, 158.

³⁸⁴Hajiyev, M. K. (2013). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi Yorumu ve Anayasa Mahkemelerine Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 30, 64-65.

bu eksikliği yorum yerine başka doktrinlerle tamamlamak durumundadır. Yargıç anayasal dilin sınırlarına saygı göstermelidir.”³⁸⁵

AİHS’nin “anayasal belge” niteliği konusunda farklı görüş ve tereddütler olmasına rağmen önüne gelen davalarda AİHM, dinamik yorum yöntemine gerekçe olarak yukarıda bahsettiğimiz diğer unsurlarla birlikte bu unsuru da kullanmaktadır.

3.3. Çıkarılan Sonuçlar

AİHS’yi klasik uluslararası antlaşmalardan ayrı tutan AİHM, *Golder* davasında VAHS’nin yorum kurallarını rehber edineceğini ifade ederek müteakip davalarda bu yöntemleri kendine özgü şekilde yorumlamıştır. Şeklî açıdan VAHS’nin yorum kurallarına riayet ettiği görülen AİHM’nin, uygulamada bu kuralları “yorum farkı” olarak niteleyebileceğimiz şekilde farklı değerlendirdiği görülmektedir.

VAHS’nin 31. maddesindeki “olağan anlam”, “konu ve amaç” ve “bağlam” gibi yorum kurallarıyla ilgili kavramlar, AİHM için klasik antlaşmalardakinden farklı anlamlar ifade etmektedir. VAHS’deki “olağan anlam” kavramı AİHM uygulamalarında yerini “otonom anlam” kavramına bırakmaktadır. Karar verirken AİHS’nin bireye sağladığı güvencelerin gerçek ve etkili olmasını ön planda tutan AİHM, Sözleşmedeki terimlerin anlamlarını belirlerken bu terimlerin, akit tarafların ulusal hukuklarındaki bireyin haklarını kısıtlayıcı türden anlamlarını kabul etmemektedir.

AİHM’nin bu tutumu bireyin haklarını gerçek ve etkili şekilde korumayı mümkün kılrsa da akit tarafların terimlere anlam atfettikleri başlangıçtaki niyetleriyle uyuşmazlık ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. *Feldbrugge* ve *Konig* davaları, davalı devletler ile AİHM’nin “medeni hak” kavramını nasıl farklı anladıklarını göstermesi açısından önemlidir. AİHM yaptığı yorumla akit tarafların “kamu hukuku” ve “özel hukuk” alanıyla ilgili sınıflandırmalarını dikkate almamış ve dava konusu hakkın kamu hukuku alanına girdiği iddiasını kabul etmemiştir.

VAHS’nin yorum kurallarına göre “konu ve amaç” antlaşma metni ve bağlamla birlikte değerlendirilmelidir. Antlaşmanın konu ve amacı olağan anlamın tespitinde kullanılacak bir araçtır. AİHM uygulamalarında ise Sözleşmenin amacı olağan

³⁸⁵Barak, *a.g.e.*, 2005, 373.

anlamın tespiti için araç olmanın ötesinde bir anlam ifade eder. “Amaç” asıl gerçekleştirilmesi gereken unsurdur ve AİHM yapacağı yorumla amacın gerçekleşmesini sağlamalıdır. Daha kısa ifadeyle, VAHS’ye göre konu ve amaç yoruma hizmet eden bir unsur iken AİHM’ye göre yorum amaca hizmet eden bir unsurdur.

VAHS’nin “bağlam” tanımı dibace ve antlaşmanın eklerini kapsayan antlaşma metnine ilaveten antlaşmayla ilgili olarak düzenlenen ve tüm tarafların kabul ettiği sözleşme ve/veya belgelerdir. VAHS yaptığı bağlam tanımına ek olarak taraflar arasında antlaşmanın yorumuyla ilgili mutabakatı gösteren müteakip uygulamaların (madde 31-3/b) ve taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan uluslararası hukukun ilgili kurallarının da (madde 31-3/c) yorumda bağlamla birlikte dikkate alınacağını düzenlemiştir.

AİHM’nin uygulamalarına bakıldığında “genel kabul gören standartlar” unsurunun aslında antlaşmadaki bazı hakların yorumu konusunda tarafların hepsinin değilse bile çoğunun mutabakatını gösteren müteakip uygulamaları yansıttığı görülmektedir. Dolayısıyla AİHM’nin bu konuda dayanağını VAHS’nin yorum kurallarından aldığı söylenebilir. Bu konuyla ilgili tenkit edilebilecek nokta, AİHM’nin tarafların bir hakkın yorumu konusunda mutabık olduğunu kabul etmek için gereken net bir oran belirlemekten kaçınmasıdır.³⁸⁶

VAHS’nin 31-3/c maddesindeki “taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan uluslararası hukukun ilgili kuralları” ifadesi ise AİHM’nin bağlam kapsamında AİHS dışındaki uluslararası hukuk kurallarına başvurusu için bir dayanak oluştursa da *Loizidou* kararında olduğu gibi K.K.T.C’nin iç hukukundaki işlemleri hukuken geçersiz sayarak “mütemadi ihlal” kavramı yoluyla Türkiye’nin *ratione temporis* beyanını geçersiz saymasını mümkün kılacak kadar geniş yorumlanmamalıdır.

VAHS’nin 31-3/c maddesindeki “uygulanabilir” kelimesiyle kastedilen antlaşmanın konu ve amacıyla alakalı uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasıdır. *Loizidou* davasında mahkemenin kararına dayanak olarak kullandığı kural ve kararlar,

³⁸⁶AİHM’nin taraflar arasında mutabakat olduğunu varsaydığı davalarla ilgili sayısal verilere dayanan bir çalışma için bkz. Wildhaber, L., Hjartarson, A., Donnelly, S. (2013). “No Consensus on Consensus? The Practice of The European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 33 (7-12), 258.

AİHS'nin konu ve amacıyla alakalı değil³⁸⁷ K.K.T.C'nin uluslararası hukuki statüsü ile ilgilidir. Dolayısıyla Türkiye'nin AİHS ile ilgili beyan veya çekincelerinin içeriğini belirlemek, değiştirmek veya geçersiz saymak amacıyla kullanılması uygun değildir. UAD Başkanlarından Yargıç Gilbert GUILLAUME 6. Komiteye³⁸⁸ yaptığı konuşmada AİHM'nin *Loizidou* davasındaki tutumunu şu şekilde eleştirmiştir:

*...Strazburg Mahkemesi, zorunlu yargı yetkisi beyanıyla ilgili ülkesel çekinceler konusunda Uluslararası Adalet Divanı'ndan farklı bir pozisyon aldı. Mahkememiz, selefi Uluslararası Daimî Adalet Divanı gibi bu tür çekincelerin meşru olduğuna ve onaylanması gerektiğine karar vermiştir oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi farklı bir çözüm benimsemiştir...*³⁸⁹

AİHS'yi nitelik olarak farklı görmesi AİHM'yi VAHS'nin objektif yorum anlayışından uzaklaştırarak amaçsal yorum anlayışına ve dinamik yorum yöntemine yöneltmiştir. VAHS'nin lafzi yonteme ağırlık veren ve görece statik olarak kabul edebileceğimiz objektif yorum anlayışının insan hakları gibi dinamik bir alandaki hukuki problemlere çözüm üretmesinin zorluğu, yorumda kullanılacak yöntemin de dinamik olmasını zaruri kılmıştır.

AİHS'nin nihayetinde uluslararası bir antlaşma olması, AİHM'nin VAHS'nin yorum kurallarını dikkate almasını sağlasa da bu kuralların ne anlama geldiği ve nasıl uygulanacağı yoruma tabi olacağı için akit devletlerin yorumu ile AİHM'nin yorumu arasında her zaman değilse bile kimi zaman fark olmasına yol açmıştır. AİHM'nin amaçsal yorum anlayışı hak ve hürriyetlerin *ratione materia* kapsamının ve uygulanabilirliğinin genişlemesini ve akit taraflar için pozitif yükümlülükler doğmasını da beraberinde getirmiştir.³⁹⁰

³⁸⁷Tzevelekos, V. P. (2010). "The Use of Article 31(3)(C) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology?", *Michigan Journal of International Law*, 31 (3), 671.

³⁸⁸BM Genel Kurulunun ana komitelerinden birisidir. Detaylı bilgi için bkz. İnternet: Sixth Committee (Legal), <https://www.un.org/en/ga/sixth/index.shtml>, E. T: 25.04.2022.

³⁸⁹Speech by His Excellency Judge Gilbert Guillaume, s. 5. ; UAD Başkanlarından Yargıç R. Higgins, Yargıç Guillaume'den farklı düşündüğünü ifade ederek, AİHM'nin çekinceler konusundaki yaklaşımını "güncel realitelere cevap verecek hukukun geliştirilmesi" olarak nitelemektedir. Bkz. İnternet: Speech given by Rosalyn Higgins on the occasion of the opening of the judicial year: "The International Court of Justice and the European Court of Human Rights: Partners for the protection of human rights", *Proceedings of the Seminar 30 January 2009: Fifty years of the European Court of Human Rights viewed by its fellow international courts*, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2009, s. 83, https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2009_ENG.pdf, E. T: 04.03.2020.

³⁹⁰A. Rachovitsa (2015), "Fragmentation of International Law Revisited: Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case Law of the European Court of Human Rights", *Leiden Journal of International Law*, 28, 866.

AIHM, dinamik yorum yöntemini dava konusu olan maddi hakka bağılı olarak uygulamakta ve yukarıda bahsettiğimiz 4 unsura farklı ağırlık vermektedir. Örneğin, *özel ve aile hayatına saygı hakkı* konusunda “genel kabul gören standartlar” ve “etkililik” unsuruna daha fazla ağırlık verirken³⁹¹ Ek Protokollerin kapsamına giren hükümlerde “yaşayan belge” unsuruna başvurmadan kaçınmaktadır.³⁹² Çünkü AIHM, Ek Protokolleri taraflara yeni yükümlülükler getirmek için ana metnin normal yollarla değiştirilmesi olarak görmektedir.³⁹³

Dinamik yorumun etkisi hakların kapsamını yalnızca yatay ekseninde genişletmekle kalmamaktadır. *Selmouni Fransaya Karşı (1999)* davasında AIHM, geçmişte insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak sınıflandırılan fiillerin gelecekte işkence olarak sınıflandırılabilirliğini, insan hakları ve temel hürriyetlerin korunması için gittikçe daha yüksek standartlara ihtiyaç duyulduğunu, buna karşılık ve kaçınılmaz olarak, demokratik toplumların temel değerlerinin ihlaliyle ilgili değerlendirmelerin daha sıkı ve sağlam olmasının gerektiğini vurgulamıştır.³⁹⁴ AIHM’nin bu yorumu, hakların kapsamının dikey ekseninde genişleme potansiyeli de olduğunu göstermektedir.

Hakların kapsamının dinamik yorumla genişlemesi yeni bir hak yaratma olarak nitelendirilmese bile bu, akit tarafların beklemedikleri veya istemedikleri yükümlülüklerle karşılaşmayacağı anlamına gelmemektedir. Ortaya çıkan yeni yükümlülüğün söz konusu hak içerisinde zaten mündemiç olduğu varsayılsa bile *Young, James ve Webster Birleşik Krallığa Karşı (1981)* davası göstermiştir ki akit taraflar AIHS’ye taraf olurken açıkça reddettikleri bir yükümlülüğün dahi mahkûm olabilmektedir.

Klasik uluslararası hukukun temelindeki rıza ve egemenlik ilkelerinin bir anlamda görmezden gelinmesi³⁹⁵ olan dinamik yorumun radikal şekilde uygulandığı bu ve benzeri kararların akit tarafların iyi niyetine ve iş birliğine muhtaç olan AIHM’nin

³⁹¹Wildhaber, Hjartarson, Donnelly, *a.g.m.*, 2013, 257.

³⁹²Mowbray, A. (2005). “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 5 (1), 67.

³⁹³ECtHR, *Case of Soering v. The United Kingdom*, Judgment of 07 July 1989, para. 103.

³⁹⁴ECtHR, *Case of Selmouni v. France*, Judgment of 28 July 1999, para. 101.

³⁹⁵Gardbaum, S. (2008). “Human Rights as International Constitutional Rights”, *EJIL*, 19 (4), 752.

geleceği açısından olumsuz sonuçlar doğurması, henüz gerçekleşmemiş olmasına rağmen ihtimal dahilindedir.³⁹⁶

Rudolph BERNHARDT, dinamik yorumun ve “yaşayan belge” anlayışının AİHM tarafından kolay kabul görmesini, çalışanlarının ve yargıçlarının ağırlıklı olarak uluslararası hukuk uzmanı olmayıp daha çok anayasa ve devletlerin iç hukuk düzenlerine aşina olmalarına bağlamaktadır.³⁹⁷ Bu görüş, dinamik yorumun AİHM tarafından neden kolaylıkla kabul edildiğine dair bir cevap vermekle birlikte akit tarafların neden kabul ettiğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

Akit taraflar AİHM’nin dinamik yorumunu ve AİHS’yi anayasa gibi görmesini neden kabul etmektedir? Bu sorunun cevabı aslında AİHS’nin dibacesinde saklıdır. Dibacenin lafzından AİHS’nin amacının yalnızca insan hakları ve temel hürriyetleri korumakla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır.³⁹⁸ İnsan hakları ve temel hürriyetler, Avrupa Konseyi üyeleri arasında sıkı bir birlik oluşturmanın yollarından birisidir. Bu birlik ancak demokratik bir rejimle ve insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve saygıyla mümkün olabilecektir ve Avrupa Konseyi üyelerinin siyasal gelenekler, idealler, hürriyetlere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaştığı varsayılmaktadır.

³⁹⁶İngiliz yargıç ve Parlamento Üyesi Lord Leonard Hoffmann, İngiltere’nin AİHM’nin yargı yetkisinden kurtulması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Pinto-Duschinsky, M. (2011). *Bringing Rights Back Home: Making Human Rights Compatible with Parliamentary Democracy*, *Policy Exchange*, 7.; Benzer bir yaklaşım için bkz. İnternet: Lord Judge (the former Lord Chief Justice of England and Wales), European Court of Human Rights 'risk to UK sovereignty', BBC News, 28 December 2013, <https://www.bbc.com/news/uk-politics-25535327>, E. T: 08.07.2020.

³⁹⁷Bernhardt, R. (1999). “Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights”, *German Yearbook of International Law*, 42, 24. Bernhardt’ın AİHM ile ilgili tespitini haklı çıkaracak türden bir değerlendirme Interlaken Beyanı’nda da yer almıştır. Beyanda, seçilecek yargıçların uluslararası hukuk bilgisine sahip olması aranan kriterlerden birisi olarak vurgulanmaktadır. Bkz İnternet: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration (19. February 2010), https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf, E. T: 24.08.2021, para. 8(a).

³⁹⁸AİHM, *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen Danimarkaya Karşı (1976)* davasında AİHS’nin demokratik toplumun değerlerini ve ereklerini korumak ve geliştirmek için tasarlanan bir vasıta olduğunu ifade etmiştir. Bkz. ECtHR, *Case of Kjeldsen, Busk Madsen And Pedersen v. Denmark*, Judgment of 7 December 1976, para. 53.; Benzer bir görüşü Yargıç S. K. MARTENS de *Cossey Birleşik Krallığa Karşı (1990)* davasındaki muhalif görüşünde dile getirmiştir. Bkz. ECtHR, *Cossey v. The United Kingdom* Judgment, Dissenting Opinion of Judge Martens, para. 26.

AİHS ile demokrasi arasında kurulan bu ayrılmaz ilişki³⁹⁹ haklara yapılan müdahalenin “kanunla gösterilmiş olma (prescribed by law)”, “meşru amaç (legitimate aim)” ve “demokratik bir toplumda gerekli olma (necessary in a democratic society)” gerekçelerini kümülatif olarak karşılamasını gerektirmektedir. Dolayısıyla Avrupa Konseyi üyeleri AİHS’nin dibacede sayılan amaçları gerçekleştirecek şekilde yorumlanacağını bilerek taraf olmaktadır.

Akit tarafların siyasal gelenekler, idealler, hürriyetlere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaştığı varsayımıyla hareket eden AİHM, bu ortak miras içerisinde insan hakları ve temel hürriyetlerin etkili şekilde korunduğu demokrasileri referans noktası olarak almaktadır. Dinamik yorumun amacı akit devletlerin uygulamalarını mümkün mertebe bu referans noktasına yaklaştırmaktır.

Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP) ve Sosyalist Parti (SP) davalarında Türkiye, ne 11. maddede ne de başka bir maddede siyasal partilerin belirtilmediğini dolayısıyla 11. maddenin siyasal partilere uygulanamayacağını ileri sürmüştür.⁴⁰⁰ Ayrıca Türkiye, siyasal partilerin diğer örgütlenme biçimlerinden ayrı tutulduğunu belirterek siyasal partilerin ulusal anayasaların örgütlenme hürriyeti ile ilgili bölümlerinde değil başka bölümlerde yer almasını iddiasına kanıt olarak ileri sürmüştür.

AİHM, siyasal partilerin demokrasinin düzgün işleminin temeli olan bir örgütlenme biçimi olduğunu ve demokrasinin AİHS’deki önemi göz önüne alındığında siyasal partilerin 11. madde kapsamına girdiği konusunda şüphe olmadığını söyleyerek, bu hakikatin 11. maddenin lafzından daha ikna edici olduğunu⁴⁰¹ belirtmiş ve siyasal partilerin Türkiye’nin anayasal düzenindeki konumu yerine demokratik bir toplumda olması gereken konumunu değerlendirerek karar vermiştir.

Dinamik yorum, Avrupa Konseyi üyelerinin AİHS’ye taraf olurken göze aldıkları ve farkında oldukları bir yorum yöntemi olarak kabul edilse dahi uygulamadaki öngörülemezlik akit taraflar için temel belirsizlik olmaya devam etmektedir. Antlaşma

³⁹⁹Demokrasi ve insan hakları arasında ayrılmaz bir ilişki olduğu varsayımı AİHM ile sınırlı değildir. BM çatısı altında düzenlenen *Dünya İnsan Hakları Konferansı*’nda demokrasi, insan hakları ve temel hürriyetlerin birbirlerine bağımlı oldukları ve birbirlerini güçlendirdikleri vurgulanmaktadır. Bkz. Vienna Declaration and Programme of Action Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993, para. 8.

⁴⁰⁰ECtHR, Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Application no.133/1996/752/951 Judgment of 30 January 1998, para. 19; ECtHR, Case of Socialist Party and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, para. 26.

⁴⁰¹Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, para. 25.

hükümlerinin yorumunun müteakip süreçte değişme ihtimali, akit tarafların mevcut içtihadı göre pozisyon almalarını ve idari veya hukuki tasarruflarının gelecekte ihlale neden olup olmayacağını bilmelerini güçleştirmektedir.

AİHM, dinamik yorum yönteminin uygulamadan kaynaklı belirsizliğini ve öngörülemezliğini azaltmak adına akit taraflara belirli bir *takdir payı* tanımaktadır. AİHS’yi uygularken hak ve hürriyetlerin nasıl ve ne kadar kısıtlanabileceğinin sınırlarını belirleyen *takdir payı*, dinamik yorumdan kaynaklanan öngörülemezliğe karşı akit taraflara kısmi bir güvence sağlasa da aslında dinamik yorum doğal bir sonuç olarak takdir payının sınırlarını da daraltmaktadır. Dolayısıyla takdir payının tek başına öngörülebilirliği sağlaması mümkün görünmemektedir.

Her ne kadar VAHS, antlaşmalar hukukunun yorumunda objektif yorum yöntemini benimsemiş olsa da dinamik yorum yöntemini uygulamak isteyen yorumcu için de yeterince zemin yaratmaktadır. Dolayısıyla AİHM’nin dinamik yorum yönteminin VAHS’ye aykırı olduğunu iddia etmek güçtür. Fakat AİHM’nin dinamik yorum yönteminin yarattığı belirsizlik ve öngörülemezlik, antlaşmalar hukukunun belirliliğinin yorum kurallarının muayyen olmasına bağlı olduğunu söyleyen⁴⁰² UHK’nin amacıyla birlikte değerlendirildiğinde antlaşmalar hukuku için yorum kuralları koymanın esbabımucibesiyile örtüşmemektedir.

Dinamik yorum yönteminin insan haklarının gelişmesinde ve korunmasında oynadığı rol göz ardı edilemez. Fakat sosyal ve hukuki gelişmelere uyum sağlayabilmek için kullanılan bu yöntemin de belirli sınırlamalara tabi olması gerekir. Her şeyden önce dinamik yorum yöntemi AİHS’nin amaçlarına ve insan haklarını koruyan sistemin tutarlılığına uygun olmak durumundadır.⁴⁰³

Uluslararası toplum ve uluslararası hukukun artan etkisine rağmen insan haklarını koruyan sistem halen devlete muhtaçtır. İnsan hakları ve temel hürriyetleri devlete “rağmen” ne kullanmak ne de korumak mümkündür. AİHM’nin içtihadında *ikincillik ilkesi* olarak karşımıza çıkan bu gerçek, insan haklarını koruyan sistemin başat aktörünün devlet olduğunun teyit edilmesinden başka bir şey değildir. Mahkemeler,

⁴⁰²A/CN.4/SER.A/1964, s. 23, para. 34.

⁴⁰³ECTHR, Case of Pretty v. The United Kingdom, Judgment of 29 April 2002, para. 54.

akit devletlerin egemenlik alanlarına giren konulara müdahale edeceklerse ikna edici gerekçeler geliştirmelidirler.⁴⁰⁴

Avrupa Konseyi'nin, AİHM içtihadında zaten var olan *ikincillik ilkesini* ve *takdir payı doktrinini* Ek 15. Protokolle AİHS'nin dibacesine eklemesi⁴⁰⁵, dinamik yorumun öngörülemezliğini azaltma gayretinin ve akit taraflara güvence sağlama düşüncesinin bir sonucudur. Takdir payını genişleterek AİHS'nin uygulanmasında ve yorumunda kendilerine daha fazla hareket alanı açmak isteyen akit devletler, 15. Protokolle birlikte Mahkemeye bu konuda güçlü bir mesaj göndermek istemiştir.⁴⁰⁶ Çünkü takdir payı doktrini, kararların ne olabileceğinden ziyade kararları kimin alacağıyla ilgilidir. Mahkeme akit tarafların egemenlik alanına izinsiz girmekten kaçınmak için yalnızca kesinlikle gerekli olduğunda müdahale etmelidir.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴Helfer, *a.g.m.*, 1993, 141.

⁴⁰⁵15. Protokolle yapılan değişiklik ve değişiklikle ilgili şerh için bkz. İnternet: Explanatory Report, Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 213), https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf, E. T: 02.11.2021.

⁴⁰⁶İnternet: Background paper (30 January 2015), "Seminar to mark the official opening of the judicial year: Subsidiarity: a two-sided coin?", para. 22. https://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_ENG.pdf, E. T: 04.05.2021

⁴⁰⁷Hutchinson, M. R. (1999). "The Margin of Appreciation Doctrine in The European Court Of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 640.



4. AİHS DÜZENİNDE TAKDİR PAYI VE YETKİ PAYLAŞIMI

Takdir payı doktrininin Sıkıyönetim Hukuku'nda, İdare Hukuku'nda ve Fransız Danıştay'ının (French Conseil d'Etat) içtihadında yerleşik olduğu ve AİHM içtihadına ulusal hukuktan geçtiğine dair literatürde yaygın bir kanı vardır.⁴⁰⁸ Özellikle Fransız ve Alman hukukunu doktrinin kaynağı olarak görme eğilimlerine karşı Eirik BJORGE, sanılanın aksine takdir payının ulusal hukuktan geçmediğini ve 20.Yüzyıl'ın başlarında uluslararası hukukta zaten var olduğunu iddia etmektedir.⁴⁰⁹

Fransız ve Alman hukukunun AİHM'nin takdir payı doktrinine kaynak teşkil etmediğine dair önemli kanıtlar ortaya koyan⁴¹⁰ BJORGE'nin iddiası, AİHM ile Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin (Bundesverfassungsgericht) dinamik yoruma yaklaşımları arasında paralellik kuran Birgit PETERS'in, *yalnızca AİHM'nin takdir payı doktrininin bu paralelliğin istisnası olduğu*⁴¹¹ şeklindeki görüşüyle de örtüşmektedir.

Takdir özgürlüğünün (liberté d'appréciation) Max HUBER'in Tek Hakem olduğu *Fas İspanyol Bölgesindeki İngiliz İddiaları* (1925) davasında belirgin şekilde görüldüğünü belirten BJORGE, Mahkemenin, hem takdir özgürlüğü terimini açıkça kullandığını hem de bazı askeri eylemlerin gerekliliğiyle ilgili değerlendirme yapma hakkını İspanyol otoritelere bıraktığını söylemektedir.⁴¹²

⁴⁰⁸Doktrini ulusal hukuk ile ilişkilendiren bazı değerlendirmeler için bkz. Cot, J. P. (2012). "Margin of Appreciation",), *MPEPIL*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press, para. 5; Arai-Takahashi, Y. (2013). The margin of appreciation doctrine: A theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry, in: Føllesdal, A., Peters, B., Ulfstein, G. (Eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Studies on Human Rights Conventions, pp. 62-105 Cambridge: Cambridge University Press, s. 64. doi:10.1017/CBO9781139169295.004; Yourow, H. C. (1987). "The Margin of Appreciation Doctrine in The Dynamics of European Human Rights Jurisprudence", *Connecticut Journal of International Law*, 3, 118.; İnternet: The Lisbon Network, "The Margin of Appreciation", https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp?toPrint=yes&, E. T: 09.05.2020

⁴⁰⁹Bjorge, E. (2015). "Been There, Done That: The Margin of Appreciation and International Law", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 4 (1), 182.

⁴¹⁰Bjorge, a.g.m., 2015, 183-185.

⁴¹¹Peters, B. (2012). "Germany's Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the Bundesverfassungsgericht's Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision", *German Law Journal*, 13 (6), 769.

⁴¹²Bjorge, a.g.m., 2015, 186. Makalede ayrıca uluslararası hukukta takdir payıyla alakalı USAD ve UAD'nin dava ve danışma görüşlerinden de örnekler verilmektedir.

Takdir payı doktrininin kökeniyle ilgili tartışmaların aslında pratikte bir önemi yoktur. Hem ulusal hukukta hem de uluslararası hukukta doktrinle ilgili örnekler bulunabilir. Hatta takdir payı, bir doktrin olarak değil *metodolojik yaklaşım* veya *denetim standardı* (standard of review) olarak da nitelenebilmektedir.⁴¹³

Ulusal hukukta, bir hukuk normunun devlet organları tarafından yorumlanması ve uygulanması hususunda güçler ayrılığından kaynaklanan farklılıklar olabilir. Hukukun üstünlüğünü benimseyen tüm siyasi sistemlerde yasama ve yürütmenin işlemleri yargı denetimine tabi tutulur.⁴¹⁴ Yapılan denetiminin sınırlarına bağlı olarak mahkemeler ve hakimler, *yargısal eylemcilik* (judicial activism) veya *yargısal özkısıtlama* (judicial self-restraint) yaptıkları gerekçesiyle eleştirilere maruz kalabilirler.

Hâkimin veya mahkemenin mevcut olan hukuku değiştirmesi olarak açıklayabileceğimiz *yargısal eylemcilik*⁴¹⁵, hâkimin kendisine tanınan yorum yetkisini aşması ve toplum içerisindeki rolünü gayri meşru şekilde genişleterek kendisini yasama gibi görmesidir. *Yargısal özkısıtlama* ise hâkimin veya mahkemenin, hükümetin eylemlerini bağımsız olarak denetleme sorumluluğunu üzerinden atması riskini taşır.⁴¹⁶

Yargısal eylemcilik ve *yargısal özkısıtlama* konusunda özellikle ABD iç hukukunda, anayasanın münasip yorum yönteminin nasıl olması gerektiğine dair uzun yıllar devam eden tartışmalar⁴¹⁷, temelde bir yorum sorunu olarak ele alınmıştır. Seçmenlere karşı sorumlu olmayan Anayasa Mahkemesi yargıçlarının, anayasaya aykırılık gerekçesiyle, yasama ve yürütmenin kararlarını geçersiz kılacak olmaları yapılan tartışmaların özünü oluşturmuştur.

ABD'nin siyasi yapısından kaynaklanan hukuki düzen ile AIHS'nin oluşturduğu hukuki düzen birbirlerinden ayrı olsalar da temel hak ve hürriyetlerin korunması

⁴¹³Cot, *a.g.m.*, 2012, para. 2,

⁴¹⁴Şen, M. (2013). "İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (1-2), 1624.

⁴¹⁵Hâkimin yarattığı hukuk (judge made law) olarak da adlandırılabilir.

⁴¹⁶Mahoney, P. (1990). "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European. Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", *Human Rights Law Journal*, 11 (1-2), 58.

⁴¹⁷Tartışmalarla ilgili detaylı bir literatür için bkz. Mahoney, *a.g.m.*, 1990, 59.

yönündeki ortak amaçları ve bu amaçları gerçekleştirmek adına izledikleri hukuki dinamizm arasında benzerlik olduğu söylenebilir.

Thijmen KOOPMANS'a göre ABD anayasasını hazırlayanlar güçler ayrılığı ilkesini çok ciddiye almıştır ve yargının gücünü Kongre ve Başkanın gücüyle neredeyse aynı görmüşlerdir. Bunun sonucunda, ABD anayasası uygulanırken yasamanın kesintisiz şekilde yargısal denetime tabi tutulması geleneği doğmuştur.⁴¹⁸ Yoruma tabi tutulan ABD Anayasasının lafzının genel ifadeler içermesi ve muhtemel dava ve olaylarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapmaması da hukuki yoruma geniş bir alan açmıştır.

ABD Anayasa Mahkemesinin Baş yargıcı John Marshall ile başlayan⁴¹⁹ yargısal eylemcilik geleneğinin etkisi 19.Yüzyıl ortalarından itibaren azalmaya başlasa da *Brown Eğitim Kuruluna Karşı (1954)* davasıyla birlikte temel hak ve hürriyetlerin sınırları mahkeme tarafından yeniden belirlenmeye ve genişletilmeye devam etmiştir.⁴²⁰

ABD Anayasa Mahkemesi'nin denetim standardı ve temel hak ve hürriyetlerin yorumuyla ilgili yargısal eylemciliğinin, Nordik ülkelerden başlayarak insan haklarıyla ilgili Avrupa düşüncesinin şekillenmesinde önemli bir rol oynadığı söylenebilir.⁴²¹ Buradaki yargısal eylemcilik, hâkimin kendisini yasama yerine koyarak hukuk yaratmasından farklıdır. Bu türden bir yargısal eylemcilik daha çok KELSEN'in tarif ettiği "hukuk yaratma" işlevine karşılık gelmektedir yani hâkimin hukuk normuna tamamen yeni bir anlam vermek yerine olası diğer anlamlar arasından seçim yaparak hukuk yaratmasıdır.⁴²²

⁴¹⁸İnternet: Koopmans, T. (1988), "The Roots of Judicial Activism", Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda. Köln: Heymanns, 382, https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/22743/T_Koopmans-The_roots_of_judicial_activism.pdf?sequence=1, E. T: 03.07.2020

⁴¹⁹Yargıç Marshall'ın yargısal denetimin sınırlarını genişletmesi bakımından *Marbury v. Madison (1803)* davası bir dönüm noktası olarak kabul edilebilir. Yüksek mahkeme bu davada ilk kez kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenebileceğine ve anayasaya aykırı kanunların uygulanmayacağına karar vermiştir. Bkz. İnternet: U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>, E. T: 21.07.2020

⁴²⁰Koopmans, *a.g.m.*, 1988, 385.

⁴²¹Helgadóttir, R. (2006). *The Influence of American Theories of Judicial Review on Nordic Constitutional Law*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library Volume 25, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 175.

⁴²²AIHM eski yargıçlarından Paul Mahoney, takdir hakkını kullanmayı gerektiren zor davalarda, mahkemenin makul alternatifler arasından seçim yapmak zorunda olduğunu ve yargıcın bu süreçte sadece hukuku keşfeden ve uygulayan tarafsız bir role sahip olmadığını, aynı zamanda, hukuk yaratma işlevi de gördüğünü, dolayısıyla yargısal eylemciliğin yeni hukuk yaratma anlamında kaçınılmaz olduğunu iddia etmektedir. Bkz. Mahoney, *a.g.m.*, 1990, 60.

AİHS taraf devletlere detaylı kurallar yerine sonuç yükümlülüğü getirmektedir. Güvence altına alınan haklar gerektiği şekilde korunduğu müddetçe, hangi yol ve yöntemin kullanılacağı konusunda AİHS taraf devletlere Sözleşme'nin herhangi bir hükmünün kendi iç hukuklarında etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak için nasıl bir yol izlemeleri gerektiğini söylemez.⁴²³ Christian TOMUSCHAT'ın dediği gibi “önemli olan sonuçtur, sonuca götüren yollar değildir.”⁴²⁴ Dolayısıyla taraf devletler, Sözleşmeyi uygularken istedikleri yol ve yöntemleri seçme konusunda serbesttirler. Taraf devletlere tanınan bu serbesti tamamen sınırsız değildir. AİHM, seçilen yol ve yöntemlerin bazı şartları karşılayıp karşılamadığına bakarak AİHS'ye uygunluğu denetlemektedir. Yargıç Angelika NUßBERGER, mahkemeyi bir arabadaki navigasyon sistemine benzeterek, AİHM ile ulusal mahkemeler arasındaki ilişkiyi şu şekilde açıklamaktadır:

Ulusal hakimler sürücülerdir; yön açıkça belirtilmiştir: “AİHS ile uyumluluk”. Mahkemenin kararları yol göstericidir. Navigasyon sistemindeki yumuşak ses “sağa dön”, “sola dön” diyebilir, ancak ulusal hakimler bölgeyi daha iyi tanıdıkları için hâlâ aynı hedefe götüren farklı bir yol seçmeye karar verebilirler. Genellikle navigasyon sistemi seçimi kabul eder ve buna göre kendini sıfırlar. Ancak seçilen yeni yön ile hedefe artık ulaşamayacağı konusunda uyarıda da bulunabilir...⁴²⁵

AİHM ve taraf devletler arasındaki ilişki, ABD'deki federal devlet ile federe devletler arasındaki ilişkiye benzetilebilir. Merkezîyetçi (centralist) federal devletin görüşü ile ademimerkezîyetçi (decentralist) federe devletlerin görüşlerinin temel hakların yorumuna bakışları arasındaki farklılık, AİHM ile taraf devletler arasında da görülmektedir. Merkezîyetçi bakış açısına göre eyaletler, yerel çoğunluk tarafından desteklense dahi, ulusal düzeyde tanımlanmış temel haklara müdahale etme veya kısıtlama yetkisine sahip değildir. Bireysel hakların içeriği belirlenirken de ilgili hakkın eyaletlerin çoğunluğu tarafından nasıl anlaşıldığı, hakkın içeriğinin belirlenmesi için yalnızca güçlü bir kanıt sağlar.⁴²⁶

⁴²³ECtHR, Case of Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden, Application no. 5614/72, Judgment of 6 February 1976, para. 50; ECtHR, Case of James and Others v. The United Kingdom, Application no. 8793/79, Judgment of 21 February 1986, para. 84.

⁴²⁴Tomuschat, C. (2010). “The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court”, *German Law Journal*, 11 (5), 518.

⁴²⁵Nußberger, A. (2015). “Comments on Sabino Cassese's Paper “Ruling Indirectly – Judicial Subsidiarity in The ECHR”, *Proceedings of the Seminar 31 January 2015 “Subsidiarity: a two-sided coin?”*, Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2015, s. 21.

⁴²⁶Warbrick, C. (1989). ““Federal” Aspects of the European Convention on Human Rights”, *Michigan Journal of International Law*, 10 (2), 707.

Ademimerkeziyetçi bakış açısı ise temel hakların sınırlarının belirlenmesi gibi bazı meselelerin çözümünün eyaletlere bırakılması gerektiğini savunarak, federal veya siyasi gücün bölündüğü diğer sistemlerde önemli meseleler üzerinde farklılık olmasının kaçınılmaz olduğunu ve federal sistemin korunabilmesi için önemli oranda gücün federe devletlere bırakılması gerektiğini ileri sürer. Siyasi ve toplumsal meselelerde özellikle temel haklar söz konusu olduğunda, federe devletlerin daha hassas ve etkili olacağını savunur.⁴²⁷

Temel hakların yorumu konusundaki görüşler arasında analogi yapılacak olursa merkeziyetçi görüş ile AİHM'nin görüşleri arasında ve ademimerkeziyetçi görüş ile taraf devletlerin görüşleri arasında ciddi manada benzerlik olduğu hemen göze çarpmaktadır.

Hakların yorumu ve uygulanması konusunda AİHM ve taraf devletler arasında karşımıza çıkan bu görüş ayrılığı, *ikincillik ilkesi* ve *takdir payı doktrini* ile aşılmaya çalışılmaktadır. AİHM'nin dinamik yorum yöntemi hakların normatif içeriğinin belirlenmesinde taraf devletler üzerinde giderek artan bir baskı yaratırken, taraf devletlere tanınan takdir payının bu baskıyı azaltıp azaltmayacağı belirsizliğini korumaktadır. Çünkü normatif içeriğin belirlenmesi AİHS'nin yorumu meselesi iken takdir payı doktrini, kısmen yorum konusu olmakla birlikte, daha çok AİHS'nin uygulanmasıyla ilgilidir.

İkincillik ilkesinin ve takdir payı doktrininin AİHS'nin dibacesine eklenmesi AİHM'nin yönünü değiştirmesi için taraf devletlerden gelen alışılmadık ve çok güçlü bir işarettir.⁴²⁸ AİHM eski başkanlarından Nicolas Dušan BRATZA'nın ikincillik ilkesi ve takdir payı doktrininin AİHS'ye eklenmesiyle ilgili görüşleri, taraf devletler ile AİHM arasındaki fikrî uyuşmazlığı göstermesi bakımından önemlidir. Yargıç BRATZA Brighton Konferansında eleştirilerini şu sözlerle ifade etmiştir:

Hukukun üstünlüğüyle yönetilen bir sistemde bir mahkemenin temel özelliği bağımsızlığıdır. Avrupa Mahkemesinin görevini yerine getirebilmesi için sadece bağımsız olması yetmez; bağımsız görünmesi de gerekir. Söylemeliyim ki, hükümetlerin, kendisine verilen yargı işlevlerini nasıl yerine getirmesi gerektiği

⁴²⁷Warbrick, *a.g.e.*, 1989, 708.

⁴²⁸Rui, J. P. (2013). "The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention of Human Rights?", *Nordic Journal of Human Rights*, 31 (1), 35.

*konusunda veya içtihadın nasıl gelişmesi gerektiği konusunda Mahkemeye dikte edebileceği fikrinden rahatsızsınız...*⁴²⁹

*İkincilik konusunda Mahkeme, Sözleşme sisteminin Strazburg ile ulusal mahkemeler arasında karşılıklı saygıya dayalı bir ilişki kurmayı ve demokratik süreçlere saygı göstermeyi içeren ortak bir sorumluluk gerektirdiğini açıkça kabul etmiştir. Ancak, ilkenin uygulanması, Sözleşmenin ulusal düzeyde muntazam uygulanmasına bağlıdır ve Mahkemenin denetimini hiçbir zaman tamamen dışlayamaz. Hiçbir şartta, örtülü bağışıklık olarak adlandırılacak şeyleri veremez.*⁴³⁰

*Takdir payı doktrini çok tartışılan karmaşık bir konudur. Denetiminin kapsamını belirlemek için Mahkemenin kendisi tarafından geliştirilen değerli bir araç olarak önemine itiraz etmiyoruz. Kesin tanımlamaya elverişli olmayan değişken bir nosyondur. Kısım bu nedenle, Mahkeme tarafından kendisine verilen yargı görevinin yerine getirilmesinde geliştirdiği diğer birçok yorum aracından daha fazla bunu Sözleşmeye koyma girişiminde bulunma ihtiyacını ve hikmetini görmekte güçlük çekiyoruz.*⁴³¹

Yargıç BRATZA, taraf devletlerin AİHS'nin yorumunda ve uygulanmasında daha fazla söz sahibi olma arzusundan kaynaklanan memnuniyetsizliğini açıkça ortaya koymuştur. İtalya Anayasa Mahkemesi eski yargıçlarından Sabino CASSESE de konuyla ilgili çekincelerini şu şekilde ifade etmiştir:

Öncelikle, ikincilik ve takdir payı farklı içeriklere sahipmiş gibi iki farklı ilke olarak ele alınmaktadır. Bu, Mahkeme için ilkinin ikinciye karşı özelliklerini belirlemek gibi zor bir görev ortaya çıkaracaktır.

*İkinci olarak, Sözleşme sisteminin ulusal sistemlere bel bağladığı ve hakları ihlal edilen taraflara onların etkili çözümler sunması gerektiği Sözleşme'nin bir parçasıdır. Ancak Sözleşme- Mahkeme tarafından yorumlandığı şekliyle- bazı durumlarda ulusal düzeyde sağlanana ek koruma sağlayabilir. Bu davalar için Mahkeme, hâkimin hukuku olarak, takdir payı doktrinini geliştirmiştir. Bu gönüllü bir kısıtlamadır. Ancak bundan böyle hem ikincilik ilkesi hem de takdir payı doktrini, Sözleşme tarafından Mahkemeye yüklenmektedir. Her ikisi de şimdi başka bir hukuk kaynağına dayanıyor, bu, hâkimin hukuku değil Sözleşme hukukudur. ...ikincilik ilkesi ve takdir payı üçüncü taraflar (üye devletler) tarafından Mahkemeye karşı "ileri sürülebilir": Mahkeme önünde, Sözleşme ve Protokollerde tanımlanan hak ve hürriyetleri güvence altına almada birincil sorumluluğa sahip olduklarını iddia edebilirler...*⁴³²

⁴²⁹Bratza, N. (2012). Opening addresses – Discours d'ouverture, *Proceedings/Actes: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, Brighton, 18-20 April 2012, s. 23.

⁴³⁰Bratza, a.g.e., 2012, 23.

⁴³¹Bratza, a.g.e., 2012, 24.

⁴³²Cassese, S. (2015). "Ruling Indirectly – Judicial Subsidiarity in The ECHR", *Proceedings of the Seminar 31 January 2015 "Subsidiarity: a two-sided coin?"*, Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2015, s. 13-14.

Yapılan tartışmalardan anlaşılacağı üzere takdir payı ve ikincillik ilkesi arasında karşılıklı bir ilişki vardır. İki kavram arasındaki ilişki biyoloji alanındaki simbiyotik⁴³³ ilişkiye kısmen benzetilebilir yani iki kavram birlikte var olabilmektedir.

Sözleşme:

***Yüksek Sözleşmeciler Taraflar** kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve hürriyetlerden yararlanmalarını sağlarlar.*⁴³⁴

*Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca **iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra** ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.*⁴³⁵

*Bu Sözleşme 'de tanınmış olan hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, **ulusal bir merci önünde** etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.*⁴³⁶

Demek suretiyle, Sözleşmenin uygulanmasında birincil sorumluluğun akit taraflarda olduğunu, ancak iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'nin davaya bakabileceğini ve ihlal iddiasında bulunan kişinin iddiasını öncelikle ulusal bir merci önüne getireceğini belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM'nin ikincil niteliğinin kaynağı kendi inisiyatifi değil AİHS'dir. Taraf devletlere tanınan takdir payının kaynağı ise 15. Ek Protokole kadar AİHM⁴³⁷ iken adı geçen protokolden sonra AİHS'nin kendisi olmuştur.⁴³⁸

Takdir payı ve ikincillik ilkesi arasındaki ilişkiyi nedensellik ile açıklayamamak bile korelasyona dayalı bir ilişki olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla asıl konumuz olan takdir payının tam olarak kavranabilmesi için ikincillik ilkesinin ne anlama geldiğini ve nasıl uygulandığını tafsilatlı şekilde açıklamak gerekir. Bu nedenle, sonraki bölümde ikincillik ilkesi üzerinde durulacaktır.

⁴³³İnternet: Bakırcı, Ç. M. (18 Mayıs 2011). "Ortak Yaşam (Simbiyoz) Nedir ve Nasıl Evrimleşmiştir?", Evrim Ağacı, <https://evrimagaci.org/ortak-yasam-simbiyoz-nedir-ve-nasil-evrimlesmistir-84>, E. T: 07.08.2020

⁴³⁴AİHS, 1. madde., vurgular bize aittir.

⁴³⁵AİHS, 35/1. madde., vurgular bize aittir.

⁴³⁶AİHS, 13. madde., vurgular bize aittir.

⁴³⁷AİHS metninde veya hazırlık çalışmalarında yer almayan takdir payı doktrininin Mahkeme tarafından gönüllülük esasına dayalı olarak geliştirildiğine dair değerlendirme için bkz. Spielmann, D. (2012). "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 383.

⁴³⁸Cassese, a.g.e., 2015, 14.

4.1. İkincillik İlkesi

İkincillik ilkesi AİHS metninde açıkça belirtilmemektedir. Bununla birlikte, Sözleşmenin uygulanmasında asıl sorumluluğun taraf devletlere yüklenmiş olması ve AİHM önüne gelen bir davanın kabul edilebilirlik şartları arasında yer alan “olağan kanun yollarının tüketilmiş olması” şartı, AİHS’nin ve getirdiği denetim mekanizmasının ikincilliğinin zımnen ifade edilmesi anlamına gelir.

AİHS, normatif veya usuli olarak iç hukuktaki insan haklarının ve koruma mekanizmalarının yerine geçmek üzere değil taraf devletlerin bireye sağladığı güvencelere ek olarak ve nihai bir çözüm sağlamak üzere tasarlanmıştır.⁴³⁹ “Sözleşme, her akit devlete kendi hukuk düzeni içerisinde garanti altına alınan çeşitli hak ve hürriyetleri uygulaması için bir dizi seçenek bırakır.”⁴⁴⁰ Devletler bu seçenekler arasından hangisini kullanacaklarına kendileri karar verirler. Burada AİHM’ye düşen görev, tercih edilen seçeneğin AİHS’nin bireye sağladığı güvencelere uygunluğunu denetlemektir.

Akit devletlerin AİHS’yi uygulaması denildiğinde genel olarak yasama, yürütme ve yargı organlarının eylemleri kastediliyor olsa da iç hukukta yasama ve yürütmenin eylemleri yargı denetimine tabi olacağı için esasen AİHS ve AİHM’nin ikincilliğini ulusal hukuk ve ulusal mahkemelerle ilişkisi bağlamında değerlendirmek daha uygun olur.

Federal sistemlerde daha çok karşımıza çıkan ikincillik ilkesi ile AİHM’nin ikincilliğini birbirinden ayırmak gerekir. “Klasik anlamda ikincillik ilkesi, otoritenin bir merkez ve çeşitli alt birimler arasında dağıldığı bir siyasi düzen içerisinde yetkinin tahsisini ve/veya kullanımını düzenler.”⁴⁴¹ Başka bir ifadeyle, işlev ve yetkinin merkez ve çevre arasında dikey olarak dağıtılmasıdır.

Uluslararası alanda ulusal alandaki yapıya bire bir benzeyen bir yasama, yürütme ve yargı erki olmaması nedeniyle klasik anlamda bir merkez-çevre ilişkisinden

⁴³⁹Petzold, H. (1993). “The Convention and the Principle of Subsidiarity”, in: Macdonald, R. St., Matscher, J. F., Petzold, H. (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers., 43.

⁴⁴⁰Petzold, a.g.e., 1993, 44; Mahoney, a.g.m., 1990, 78.

⁴⁴¹Cassese, a.g.e., 2015, 14.; Carozza, P. G. (2016). “The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions”, *The American Journal of Jurisprudence*, 61 (1), 51.

bahsetmek zordur. Ulusal hukukta dikey olarak işleyen kural koyma, kuralı uygulama ve yargı denetimi süreçleri, uluslararası hukukta yatay olarak işlemektedir.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf olan devletler, sözleşme yükümlülüklerini ulusal hukuklarına katarak, yükümlülüklerin ihlali halinde sözleşmeyle ilgili uluslararası mahkeme veya diğer kurumların infaz makamı olarak devreye girmesini sağlayacak bir mekanizma tasarlamışlardır.⁴⁴² Bu açıdan bakınca, taraf devletlerle kazai antlaşma organları arasında dikey bir ilişki varmış gibi görünebilir fakat bu durumda dahi kazai organ veya diğer kurumların müdahilliği ve yetki sahibi olmaları ancak devletin *rıza* denilen önceki bir yatay kararına dayanmaktadır.⁴⁴³

Taraf devletler AİHM'nin denetim organı olarak devreye girmesine rıza göstermiş olsalar da AİHM'ye anayasa veya temyiz mahkemesi statüsü vermemişlerdir. AİHM'nin ulusal mahkemelerin kararlarını bozma veya yasaları iptal etme yetkisi yoktur. Mahkemenin görevi, müşahhas bir olayla ilgili olarak yasama, yürütme ve yargı erkinin eylemlerini insan hakları hukuku açısından değerlendirmek ve ihlal olup olmadığını tespit etmektir. "AİHM'nin ihlal kararından sonra ilgili devlet ne yapacağına politik bir organ olan Bakanlar Komitesi ile yapacağı müzakerelerden sonra kendisi karar verir. AİHM'nin kimseye ne yapacağını söyleme yetkisi yoktur."⁴⁴⁴

Taraf devletlerin insan hakları hukuku ile Avrupa insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi ulusal/uluslararası ayrımına dayanarak açıklamak yanıltıcı olabilir. İki düzen birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmadığı gibi tamamen entegre olup hiyerarşik bir yapı oluşturmuş da değildir. Nico KRISCH'in ifadesiyle bu düzen: "Bileşenleri arasındaki ilişkilerin hukuk kurallarıyla değil siyasetle yönetildiği heterarşik bir düzendir."⁴⁴⁵

⁴⁴²McGuinness, M. E. (2008). "Federalism and Horizontality in International Human Rights", *Missouri Law Review*, 73 (4), 1265.

⁴⁴³Falk, R. A. (1959). International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order, *Temple Law Quarterly*, 32 (3), 298.

⁴⁴⁴İnternet: Çalı, B. (2011). 'Disinformation or Undemocratic Monster: Why the European Court of Human Rights is under attack in the United Kingdom?' 09 February 2011, *Online Comment*. <https://ecthrproject.files.wordpress.com/2011/02/comment-policy-exchange.pdf>, E. T: 11.10.2021.

⁴⁴⁵Krisch, N. (2008). "The Open Architecture of European Human Rights Law", *The Modern Law Review*, 71 (2), 185.

İki düzen arasında hiyerarşik bir ilişkinin olmayışı, ihtilafların hallini sağlayacak anayasa benzeri bir üst norm ve nihai otorite eksikliği yaratmaktadır. Esasen, bir hakkın ihlal edilip edilmediği konusunda AİHM nihai otorite olarak karşımıza çıksa da verilen kararlar tespit niteliğindedir ve taraf devletleri kararları uygulama konusunda icbar edecek bir mekanizma yoktur.

Eğer taraf devlet, AİHM kararını uygulamayı reddetmeye devam ederse Avrupa Konseyi üyeliğinin askıya alınması veya Konseyden ihraç edilmesi mümkündür. Fakat bu müeyyideler, AİHM kararının cebri icra ile yerine getirilmesi anlamına gelmez. Yalnızca AİHS yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletin düzen dışına çıkarılmasından ibarettir. Hakkı ihlal edilen açısından bir değişiklik yaratmaz. Dolayısıyla AİHS düzeni ulusal hukuktaki hiyerarşik otorite yapısından yoksun durumdadır.

AİHS'nin ulusal hukuklardaki konumu da taraf devletlerin benimsedikleri- düalist/monist- hukuk anlayışına bağlı olarak farklılık göstermektedir. Düalist hukuk anlayışında bireyin hak ve yükümlülükleri yalnızca ulusal hukukta var olabilmektedir.⁴⁴⁶ Bu anlayışı benimseyen taraf devletler AİHS'yi kendi hukuklarına dahil ederken genellikle anayasalarından daha alt bir seviyede konumlandırarak yasa statüsü vermektedirler. Dolayısıyla ulusal hukukta üst konumda bulunan anayasanın, değer ve ilkelerine bağlı olarak koruduğu kamusal menfaatler ile uluslararası insan hakları hukukunun koruduğu bireysel hak ve hürriyetler öncelik bakımından her zaman aynı olmamaktadır.

Monist hukuk anlayışında ise ulusal hukuk her şeyi kapsayan uluslararası hukukun bir unsuru olarak kabul edilir. Dolayısıyla uluslararası hukuk kuralları ulusal hukuka aktarılıp aktarılmadığına bakılmaksızın ulusal otoriteleri bağlar. Bu hukuk anlayışına göre bireyin hak ve ödevlerinin kaynağı doğrudan uluslararası hukuktur. Birey, ulusal davalarda uluslararası hukuk kurallarını doğrudan ileri sürebilir. İhtilaf halinde uluslararası hukuk kuralları ulusal hukuk kurallarından öncelikli olarak uygulanır.⁴⁴⁷ Monist hukuk anlayışı teorik olarak bu şekilde olmakla birlikte pratikteki durum farklıdır. Uluslararası hukuk, devletlere uluslararası hukuk kurallarını kendi hukuk

⁴⁴⁶Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 1998, 16.

⁴⁴⁷Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 1998, 16.

düzenlerinde nasıl uygulayacakları ve uluslararası yükümlülüklerini ne şekilde yerine getirecekleri konusunda tam takdir hakkı tanımaktadır.⁴⁴⁸

Monist hukuk anlayışını kabul eden devletler, genel kural olarak, onaylanan uluslararası antlaşmaların ulusal hukuktaki etkilerini kabul etseler de bu kabulün kapsamı değişkenlik göstermektedir. Hollanda, Lüksemburg ve Belçika gibi bazı ülkeler uluslararası antlaşma hükümlerinin ulusüstü etkilerini kabul etmişlerdir ve uluslararası antlaşmalar anayasa normlarının otoritesinin yerini almıştır.⁴⁴⁹ Fransa, Bulgaristan, Almanya⁴⁵⁰, İspanya gibi kimi monist devletlerde ise uluslararası antlaşmalar anayasa ve yasalar arasında konumlandırılmış, Slovakya, Romanya ve Lihtenştayn gibi devletlerde ise yalnızca insan haklarıyla ilgili antlaşmalar diğer yasaların üzerinde kabul edilmiştir.⁴⁵¹

Taraf devletlerin ulusal hukuklarında AİHS'ye atfettikleri rol, AİHM içtihadına karşı tutumlarında da karşımıza çıkmaktadır. Anayasa mahkemelerinin AİHM'nin yaptığı yoruma önem verdikleri söylenebilirse de anayasanın özünü Avrupa müdahalesinden koruma konusunda hassas davrandıkları ve AİHM içtihadına karşı otonom sınırlar çizdikleri görülmektedir.⁴⁵² Üstelik devletlerin kendi anayasalarıyla çelişen uluslararası mahkeme veya örgüt kararlarına karşı direnç göstermeleri Avrupa'daki anayasa mahkemeleriyle sınırlı kalmamaktadır. Venezüella, Sri Lanka, ABD gibi ülkelerin anayasa mahkemeleri de benzer eğilimler göstermektedir.⁴⁵³

Alt derece mahkemelerin AİHM kararlarına karşı tavırları anayasa mahkemelerinden daha da serttir. Örneğin, Almanya'da yaşayan Kazım Görgülü adlı bir Türk

⁴⁴⁸Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 1998, 17.

⁴⁴⁹Report by Tanchev, E. (2015). "Competing Hierarchies: Constitutional Supremacy versus Supranational Law Primacy", *International Conference: Application of International Treaties by Constitutional Courts and Equivalent Bodies: Challenges to the Dialogue*, Venice Commission, Batumi, Georgia 9-10 September 2015.

⁴⁵⁰Esasen Alman anayasası monist ve düalist özellikleri birlikte barındırmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Wolfrum, R., Hestermeyer, H. P., Vöneky, S. (2015). "The reception of international law in the German legal order: An introduction", in: de Wet, E., Hestermeyer, H., Wolfrum, R. (Eds.), *The Implementation of International Law in Germany and South Africa* (pp. 2-21). Pretoria University Law Press. <http://www.icla.up.ac.za/news/131-new-publication-the-implementation-of-international-law-in-germany-and-south-africa>, E. T: 09.05.2020

⁴⁵¹Report by Tanchev

⁴⁵²Nico Krisch, AİHM kararlarının anayasal ilkelerle ve anayasa hükümleriyle çelişmesi halinde Fransa, İspanya, Almanya ve Avusturya Anayasa Mahkemelerinin gösterdiği direnci detaylı bir şekilde ortaya koymaktadır. Bkz. Krisch, *a.g.m.*, 2008.

⁴⁵³Nollkaemper, A. (2009). "Rethinking the Supremacy of International Law", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 65 (1), 9.

yurtaşının, varlığını sonradan öğrendiği ve annesi tarafından bakıcı aileye verilen evlilik dışı çocuğunu görme çabası ve velayet davasına karşı yerel otoritelerin ve mahkemelerin tutumu nedeniyle, özel ve aile hayatına saygı hakkının (AİHS 8. madde) ihlal edildiğine hükmeden AİHM'nin *Görgülü* kararına ilişkin yetkili Temyiz Mahkemesi olan *Naumburg Yüksek Bölge Mahkemesi* 2004 yılında verdiği kararda, AİHM kararlarının yalnızca uluslararası kamu hukukunun öznesi olan Federal Almanya Cumhuriyeti'ni bağlayacağını fakat onun organlarını, yetkililerini ve Anayasanın (Basic Law) 97/1. maddesi uyarınca bağımsız olan adaletin uygulanmasından sorumlu organları bağlamayacağını ileri sürmüştür.⁴⁵⁴

Naumburg Yüksek Bölge Mahkemesi bu ilginç argümanla yetinmemiş, AİHS'nin anayasanın altında sıradan yasalarla eşdeğer olmasından dolayı AİHM'nin, taraf devletlerin mahkemeleriyle ilişkisi bakımından işlevsel olarak üst seviyede olmadığını, bu nedenle, ne AİHS'nin yorumu konusunda ne de ulusal temel hakların yorumu konusunda ulusal mahkemelerin AİHM kararlarıyla bağlı olmayacağını savunmuştur.⁴⁵⁵ Mahkemenin ast-üst ilişkisi bağlamında ileri sürdüğü görüş doğru ise de AİHS'nin yorumu konusunda nihai organ olarak taraf devletlerin rızasıyla kurulan AİHM'nin yorumunun bağlayıcı olmadığı iddiasını kabul etmek güçtür.

Federal Anayasa Mahkemesi, *Naumburg Yüksek Bölge Mahkemesi* kararını bozmuş olmakla birlikte AİHM kararlarının yerine getirilmesi gerektiğine dair net bir görüş belirtmekten kaçınmış ve “Federal Almanya Cumhuriyeti yetkilileri ve mahkemeleri kararlarını verirken, belirli şartlar altında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini AİHM tarafından yorumlandığı şekliyle dikkate almak zorundadır.” diyerek, hem zayıf bir dil kullanmış hem de AİHM kararlarının bazı şartlar altında dikkate alınmayabileceğini zımnen ifade ederek, bu tür bir sapma durumunda yetkili ulusal organların AİHM kararından neden saptıklarını izah etmelerinin yeterli olacağını söylemiştir.⁴⁵⁶

Alman mahkemelerinin AİHM'nin *Görgülü* kararına karşı tutumlarının bir benzeri, ABD Federal Başsavcısının ve Arizona Valisinin UAD'nin 3 Mart 1999 tarihinde

⁴⁵⁴İnternet: Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), Order of the Second Senate of 14 October 2004 - 2 BvR 1481/04 -, http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104en.html, E.T: 16.10.2021., para. 1-72, http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104en.html, para. 17.

⁴⁵⁵BVerfG, *a.g.y.*, para. 18.

⁴⁵⁶Tomuschat, *a.g.m.*, 2010, 522-523.

LaGrand davasıyla ilgili aldığı ihtiyati tedbir kararında da görülmektedir. Federal Başsavcılık, Yüksek Mahkeme'ye (Supreme Court) gönderdiği mektupta UAD'nin ihtiyati tedbir kararının bağlayıcı olmadığını ifade etmiştir. Arizona Valisi de UAD'nin ihtiyati tedbir kararı kendisine bildirilmesine rağmen ölüm cezasını ertelemeyi reddetmiştir.⁴⁵⁷

Davada ABD, ihtiyati tedbir kararının uygulanmamasıyla ilgili olarak başka gerekçelerin yanı sıra esasen ulusal hukukunu ve siyasi yapısını göstermiştir. Federalizmden kaynaklanan federal hükümet ve federe devletler arasındaki yetki ayrımı nedeniyle federal devletin, kararı, uygulama veya durdurma konusunda hukuken yetkili olan Arizona valisine bildirmekten başka yapabileceği bir şey olmadığını ileri sürmüştür.⁴⁵⁸

VAHS'nin 27. maddesindeki, "Bir taraf bir andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz" hükmü antlaşmalar açısından geçerli ise de uluslararası yargı organlarının ihtiyati tedbir kararlarına riayet etmeme konusunda ulusal hukukun bir gerekçe teşkil edip etmeyeceği belirsizdir. UAD konunun bu yönüne değinmeden, ABD'nin herhangi bir yorum yapmadan ihtiyati tedbir kararını Arizona Valisine iletmesinin yükümlülüklerini yerine getirdiği anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir.⁴⁵⁹

Bir başka örnek olarak, İtalya Anayasa Mahkemesi de kendi yorumunun Strazburg Mahkemesi'nin AİHS'ye ilişkin yorumunun yerini alamayacağını belirttiikten sonra kendisinin Avrupa Mahkemesinin yorumunun sonuçlarının İtalyan anayasal düzeniyle nasıl ve ne ölçüde etkileşime girdiğini değerlendirebileceğini söylemektedir. Mahkeme, AİHM içtihadının maddi içeriğini kendi hukuk düzeninin özel niteliklerine uyumu ölçüsünde ve belirli bir takdir payıyla değerlendireceğini ifade etmektedir.⁴⁶⁰ "Böyle bir muhakeme, Anayasa Mahkemesi'nin tekeline güçlendirmek anlamına gelir

⁴⁵⁷*LaGrand Case* (F.R.G. v. U.S.), 2001 I.C.J. 466 (June 27), p. 466, para. 32,33 ve 94.

⁴⁵⁸*LaGrand Case*, Counter-Memorial Submitted by The United States of America, 27 March 2000., para. 121.

⁴⁵⁹*LaGrand Case*, Judgment, para. 112.

⁴⁶⁰Internet: Constitutional Court of Italy (Corte costituzionale), Judgment No. 236 of 2011, s. 8, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S2011236_Quaranta_L_attanzi_en.pdf, E.T: 11.09.2020

çünkü başka hiçbir kurum, AIHS'nin veya AIHM kararının anayasal düzenin 'özüne' saygı gösterip göstermediğini değerlendirme hakkına sahip değildir.”⁴⁶¹

Ulusal otorite ve mahkemelerin uluslararası mahkemelere özellikle de insan hakları mahkemelerine karşı olumsuz tutumlarına dair yukarıda verilen örnekler çoğaltılabilir. İnsan hakları mahkemelerinin kararlarına riayet etmeme davranışının altında siyasi, hukuki, teknik vb. birçok neden yatmaktadır.⁴⁶² İnsan hakları mahkemelerinin toplumsal meşruiyetiyle ilgili yapılan bir çalışma; politikacıların bu mahkemeleri iç işlerine müdahale eden veya etme riski taşıyan yapılar olarak gördüklerini, bazı yüksek mahkeme üyelerinin de ulusal hukukun bütünlüğünü tehdit edebilecek yapılar olarak değerlendirdiklerini ortaya koymaktadır.⁴⁶³ İnsan hakları mahkemelerinin algılanış biçimi, ulusal otoritelerin bu mahkemelere ve kararlarına yaklaşımını etkileyen önemli bir etmendir.

İnsan hakları mahkemelerinin hükmettikleri çözümlerin niteliği de ulusal otoritelerin bu mahkemelerle ilgili algılarını etkilemektedir. Devletler hükmedilen çözümün niteliğine bakarak mahkemenin kendi iç işlerine karışıp karışmadığına dair bir yargıya varmaktadırlar. AIHM, önüne gelen davada ihlal olduğuna hükmederse bireysel tedbirler ve/veya genel tedbirler alınmasına karar verebilir. AIHM, ulusal hukukun ihlalin sonuçlarını gidermeye kısmen imkân tanıdığı durumlarda gerekirse adil tazmin (just satisfaction) kararı kapsamında hakkı ihlal edilen tarafa tazminat ödenmesine de hükmedebilir.

Tazminat dışındaki bireysel ve/veya genel tedbirleri uygularken hangi yol ve yöntemleri kullanacağına ilgili devlet kendisi karar vermektedir yeter ki ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırsın. Fakat devletlerin riayet etmekte en çok direndiği veya eleştirdiği kararlar tazminat kararları değil bireysel veya genel tedbirlerle ilgili olanlardır. Bireysel tedbirlere (tutukluluğun sonlandırılması gibi) veya genel tedbirlere

⁴⁶¹Repetto, G. (2013). “Rethinking a Constitutional Role for the ECHR. The Dilemmas of Incorporation into Italian Domestic Law”, in: Repetto, G. (Ed), *The Constitutional Relevance of The ECHR in Domestic and European Law: An Italian Perspective* (ss. 37-51), Intersentia Publishing Ltd., Cambridge - Antwerp – Portland, 50.

⁴⁶²Devletlerin mahkeme kararlarına riayetini etkileyen temel faktörleri inceleyen bir çalışma için bkz. Hawkins, D., Jacoby, W. (2010). Partial compliance: comparison of the european and inter-american courts of human rights, *Journal of International Law and International Relations*, 6 (1), 35-86.

⁴⁶³Çalı, B., Koch, A., Bruch, N. (2013). “The Legitimacy of Human Rights Courts: A Grounded Interpretivist Analysis of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 35 (4), 956. DOI: 10.1353/hrq.2013.0057

(yasa değişikliği gibi) riayetin parasal tedbirlere oranla daha düşük olduğu gözlemlenmektedir.⁴⁶⁴

Selahattin Demirtaş Türkiye'ye Karşı (2020) davasındaki AİHM kararı, AİHM ile ilgili olumsuz algının nasıl oluştuğunu göstermesi açısından güncel bir örnektir. Büyük Daire'nin, tutukluluğun derhal sona erdirilmesi talebi hükümet tarafından yargıya müdahale olarak değerlendirilmiştir.⁴⁶⁵ Büyük Daire heyeti içerisinde de kararla ilgili benzer endişeler kısmi muhalefet şerhlerinde dile getirilmiştir.

Yargıç Krzysztof WOJTYCZEK, kişiyi cezai açıdan sorumlu kılacak eylem ve ihmallerin, usul hukukuna veya usuli dokunulmazlıkların kapsamına değil maddi hukuka dayandığını söyleyerek, Anayasa'nın geçici 20. maddesinin kabulünün, başvuru sahibini cezai sorumluluk altına sokacak eylem ve ihmalleri değiştirmedeğini belirtmiştir. Yargıç WOJTYCZEK, Parlamento dokunulmazlığının milletvekillerinin şahsi tatminlerini veya diğer hususi menfaatlerini korumak için değil parlamentonun işleyişini ve anayasal demokrasiyi korumak için var olduğunu, dolayısıyla şahısların parlamento dokunulmazlığıyla ilgili kuralların değişebileceğini göz önüne almaları gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁶⁶

Büyük Daire'nin dikkate almadığı husus, Anayasa değişikliğinin Demirtaş'ın eylemlerini ceza davasının konusu haline getirmediği, zaten ceza davasının konusu

⁴⁶⁴ Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına riayet konusunda yapılan bir çalışmada, devletlerin davranışları nedeniyle özürlerini sunmalarını gerektiren bir karara riayet oranı %31 iken faillerin cezalandırılması istendiğinde bu oran %13'e, hakları ihlal edilene haklarının geri iade edilmesi gerektiğinde %19'a ve iç hukukunu veya yargı kararını değiştirmesi, ilga etmesi ya da yeni bir yasa yapması istendiğinde %5'e düşmektedir. Detaylar için bkz. Fikfak, V. (2018). "Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights", *EJIL*, 29 (4), 1094.

⁴⁶⁵ İnternet: Son dakika! Cumhurbaşkanı Erdoğan'dan AİHM'nin 'Selahattin Demirtaş' kararına tepki (23.12.2020), <https://www.sabah.com.tr/video/yasam/son-dakika-cumhurbaskani-erdogandan-aihm-nin-selahattin-demirtas-kararina-tepki-video>, E. T: 02.02.2022; Cumhurbaşkanı Başdanışmanı Mehmet Uçum, "Yargı erkinin sözü edilen niteliklerinin eksiksiz uygulandığı durumlarda ülke yargıları milli olma özelliği kazanır. Hiçbir bağımsız ülke egemenlik hakkının bir fonksiyonu olan yargısının millilik özelliğinin aşındırılmasını, zaafa uğratılmasını, ulusal yargı yetkisinin mutlak olarak kısmen ya da tamamen ülke dışı mercilere devredilmesini istemez, kabul edemez. Ulusal yargı yetkisinin kısmen ya da tamamen ülke dışı veya ülke üstü mercilere devredildiği durumlarda o ülkenin tam bağımsızlığından söz edilemez. Tam da bu nedenle uluslararası sözleşmelerin hükümlerinin, uluslararası yargı mercilerinin kararlarının "ikincillik" özelliği, "ikincillik ilkesi" vardır. Yani asıl olan ulusal yetkilerdir, uluslararası düzenlemeler ve kararlar talidir." demiştir. Bkz. Uçum, M. (18.01.2021). "Milli yargı yetkisi devredilemez", *Habertürk*, <https://www.haberturk.com/mehmet-ucum-milli-yargi-yetkisi-devredilemez-2940869>, E. T: 21.01.2021

⁴⁶⁶ Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge Wojtyczek, ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), Judgment of 22 December 2020, para. 6.

olan eylemlerin adli makamlarca soruşturulmasını ve kovuşturulmasını mümkün kılan “Yasama dokunulmazlığının kaldırılması” usulünde değişiklik yapmış olduğudur. Büyük Daire’nin ilginç tespitlerinden birisi de Anayasa değişikliğinin belirli şahısları hedef aldığı yönündeki görüşüdür.⁴⁶⁷ Halbuki, değişikliğin hedefi belirli şahıslar değil belirli eylemlerdir ve fezlekesi bulunan tüm milletvekillerinin dokunulmazlığı kaldırılmıştır.⁴⁶⁸

Kısmi muhalefet şerhi düşen diğer Yargıç Lado CHANTURIA, Anayasa Mahkemesi’nin, başvuru sahibinin yaptığı bireysel başvuruyla ilgili olarak AİHS’nin 5. madde 3. paragrafıyla ilgili ihlal kararına ve tazminata hükmettiğini hatırlatarak, AİHM’nin içtihadında sürekli vurguladığı ikincillik ilkesine rağmen, Büyük Daire’nin Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararını neden kabul etmediğini sorgulamakta ve Büyük Daire’nin ilgili maddenin ihlali yönünde Anayasa Mahkemesi’nin karar vermediği iddiasının gerçeği yansıtmadığını söylemektedir. Yargıç CHANTURIA’ya göre AİHM, sadece Anayasa Mahkemesi’nin hükmettiği tazminat miktarını tetkik etmelidir çünkü ulusal otoriteler ihlal kararı vermiş ve tazminata hükmetmiştir.⁴⁶⁹

Büyük Daire, “Anayasa Mahkemesi’nin ihlal tespitinde bulunmadığı” iddiasını farklı bir gerekçeye dayandırmaktadır. Büyük Daire, 5. madde 3. paragraf kapsamında başvurusunun “mağdur” sıfatının devam ettiğine dair iki hususu öne sürmektedir. Öncelikle, “Anayasa Mahkemesi en başta verilen tutuklu yargılanma (pre-trial detention) kararı konusunda (5. madde 1. paragraf) ihlal tespitinde bulunmamış sadece tutukluluğun devamı yönündeki kararlarla (5. madde 3. paragraf) ilgili hak ihlaline hükmetmiştir.” diyerek, Anayasa Mahkemesi’nin 5. madde 1. paragrafın ihlalini kabul etmediği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi sadece tutukluluğun devamı kararlarıyla ilgili hak ihlali tespit etmiştir fakat 9 Haziran 2020 tarihli bireysel başvuru kararında gerekçesini şu şekilde açıklamıştır:

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesince başvurusunun suç işlediğine dair kuvvetli belirtilerin bulunduğu tespit edilerek tutuklamanın hukuki olmadığına dair iddianın

⁴⁶⁷ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), Application no. 14305/17, Judgment of 22 December 2020, para. 269.

⁴⁶⁸İnternet: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1028) ve Anayasa Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss313.pdf>, E. T:16.01.2021.

⁴⁶⁹Partly Dissenting Opinion of Chanturia, ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), para. 2.

*açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu, yine tutukluluğun makul süreyi aştığı sonucuna varılırken de tutukluluğun devamı kararlarında yer alan kuvvetli suç belirtisine ilişkin açıklamaların yeterli görüldüğü hatırd tutulmalıdır. Eldeki başvuruda hak ihlali tespiti yalnızca tutukluluğun devamı kararlarındaki gerekçelerin -başvurucunun konumu da dikkate alındığında- tutuklama nedenleri ve ölçülülük bakımından ilgili ve yeterli olmadığı değerlendirilmesine dayanmaktadır...*⁴⁷⁰

Büyük Daire, Anayasa Mahkemesinin başvuru sahibinin suç işlediğine dair kuvvetli belirtiler bulunduğu tespitiyle, en baştaki tutuklu yargılanma kararının hukuki olduğu yönündeki kararını göz ardı etmektedir. Üstelik AİHM İkinci Dairesi 20 Kasım 2018 tarihinde bu konuyla ilgili verdiği kararda, “ceza davası dosyasında objektif bir gözlemciyi başvuru sahibinin yargılandığı suçların en azından bir kısmını işlemiş olabileceğine ikna etmek için yeterli bilgi bulunduğu”⁴⁷¹ şeklinde Anayasa Mahkemesi’nden daha önce tespitte bulunmuş ve tutuklamanın makul şüpheye dayandığını kabul etmiştir.

Büyük Daire’nin “mağdur” sıfatının devam ettiği yönündeki görüşünü dayandırdığı ikinci husus, başvuru sahibinin tutukluluğunun devam etmesidir. Burada belirtmek gerekir ki, 5. madde 3. paragrafa ilgili olarak yalnızca hükmedilen tazminatın ödenmesi ihlali ortadan kaldırmayacaktır. İhlalin tespit edilmesindeki öncelikli amaç, mağdurun haklarını mümkünse ihlalden önceki duruma getirmektir. Dolayısıyla ancak tutukluluğun sona erdirilmesi halinde ihlalin ortadan kalktığı söylenebilir fakat buradaki durum biraz karmaşıktır. Esasen Ankara Ağır Ceza Mahkemesi başvuru sahibinin tahliyesine karar vermiştir fakat Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının başvurusu sonrasında Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi başvuru sahibinin hakkındaki başka bir ceza soruşturması kapsamında tutuklu yargılanmasına karar vermiştir. Dolayısıyla Büyük Daire tarafından verilen tutuklunun derhal serbest bırakılması kararı, halen Anayasa Mahkemesi’nde devam eden başvuru sahibinin diğer bir bireysel başvurusuna uzanmaktadır.

Yargıç Péter PACZOLAY’ın da katıldığı kısmi muhalefet şerhinde Yargıç Saadet YÜKSEL, Büyük Daire’nin, önündeki davanın kapsamına girmeyen ve ulusal mahkemede devam eden hukuki bir konuda alışılmadık bir değerlendirme yaparak

⁴⁷⁰ AİHM, Selahattin Demirtaş Başvurusu (3), Başvuru Numarası: 2017/38610, Karar Tarihi: 9/6/2020 R.G. Tarih ve Sayı: 19/6/2020-31160, para. 232.

⁴⁷¹ ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) (Application no. 14305/17) Judgment, 20 November 2018, para. 169-170.

davalı devleti tutukluluğu derhal sonlandırmaya davet etmesinin ortaya çıkarabileceği sakıncaları şu şekilde ifade etmiştir:

...Bu nedenle, doğru hareket tarzı ikincilik ilkesine uygun olarak ulusal mahkemelerin yetkisine saygı göstermek olacaktır. Bunu yapmayı reddetmek, ne yazık ki, sadece Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamalara halel getirmekle kalmayıp, aynı zamanda Mahkemeyi ikinci tutukluluk kararının olgusal temelini tespit eden bir savcı konumuna sokma riski de taşıyabilir. Böyle bir yaklaşımdan kaçınılmalıdır.⁴⁷²

AİHM, ulusal mahkemelerin olgularla ve kanıtlarla ilgili değerlendirmeleriyle kendisini bağlı görmese de bu değerlendirmelerden ayrılmak için ikna edici gerekçeler ortaya koymak durumundadır.⁴⁷³ AİHM'nin önündeki davanın olgularını ihlal edildiği iddia edilen hakkın niteliğine bağlı olarak usul veya esas yönünden değerlendirdiği görülmektedir. Örneğin, *Demirtaş* davasında delil olarak sunulan sabit disk ve telefon kayıtlarının, sanık tarafından “üretilmiş delil” olduğu iddiasının yargı yetkililerince araştırılmaması, delilin güvenilirliğini gösterme yükümlülüğünün ihlali olarak Büyük Daire tarafından usul yönünden değerlendirilmiştir.⁴⁷⁴

Olguların esas (substantial) yönünden değerlendirilmesine örnek olarak ise tutuklu yargılanma kararına temel teşkil eden “makul şüphe”nin varlığının tespiti gösterilebilir. Bu değerlendirmede kişinin tutuklu yargılanmasını gerektirecek derecede makul şüphenin olup olmadığı olgulardan ve delillerden elde edilmektir yani esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır. Üstelik AİHM makul şüphenin varlığını tek başına tutuklama için yeterli görmemektedir. Tutuklama tedbirini son çare olarak gören Mahkeme öncelikle diğer tedbirlere başvurulmasını istemektedir. *Mehmet Hasan Altan Türkiye'ye Karşı (2018)* davasında, İnsan Hakları Komiserinin tutuklamanın istisnai nitelikte olması gerektiğine dair görüşü Mahkeme tarafından da tekrarlanmaktadır.⁴⁷⁵

AİHM'nin görevi, ulusal mahkemelerin bir davadaki değerlendirmelerini hukuki veya maddi hata yönünden incelemek veya yargılamak değildir. AİHM'nin görevi yapılan

⁴⁷²Partly Dissenting Opinion of Judge Yüksel Joined by Judge Paczolay, ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), Judgment of 22 December 2020, para. 7.

⁴⁷³Spielmann, D. (2014). “The European Court of Human Rights: Master of the Law but not of the Facts?”, Speech to the British Institute of International and Comparative Law, https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20141106_Spielmann_BIICL.pdf, E. T: 28.02.2021

⁴⁷⁴ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), para. 336.

⁴⁷⁵ECtHR, Case of Mehmet Hasan Altan v. Turkey Judgment of 20 March 2018, para. 117 ve 211.

değerlendirmelerin AİHS tarafından korunan bir hakkı ihlal edip etmediğini denetlemektedir.⁴⁷⁶ AİHK de kendisinin hukuki veya maddi hata iddialarını değerlendirmek için kurulan bir yüksek mahkeme olmadığını ilk yıllardaki bireysel başvurularda dile getirmiştir.⁴⁷⁷ AİHM, önüne gelen davanın olgularıyla ilgili kendi değerlendirmesini ulusal mahkemelerin değerlendirmeleri yerine koyma niyetinde olmadığını bir çok kez ifade etse de pratikte böyle olmadığı söylenebilir. Taraf devletlerin AİHM kararlarına yönelik eleştirilerinin bir sebebi de olguların değerlendirilmesi nedeniyle ikincilik ilkesinin AİHM tarafından göz ardı edildiği düşüncesidir.

Olguları değerlendirmede kullanılan kaynakların farklı olması AİHM ve ulusal mahkemelerin değerlendirmeleri arasındaki ayrışmanın temel nedenidir. Olgularla ilgili değerlendirme yaparken ulusal mahkemelerin ve AİHM'nin farklı perspektiflere sahip olduğu görülmektedir. AİHM'nin önüne gelen davalar arasında adil yargılanma, hürriyet ve güvenlik hakkı ve ifade özgürlüğü konuları ağırlıktadır.⁴⁷⁸ Ulusal mahkemeler bu davalarda olguları ulusal mevzuatın çerçevesinde kalarak daha dar bir alanda değerlendirmektedirler. Halbuki AİHM, ulusal hukukun tek başına yeterli olmadığını içtihadıyla ortaya koymaktadır. Örneğin, *Creangă Romanya'ya Karşı* davasında hürriyetten yoksun kılma kararlarıyla ilgili olarak Büyük Daire, "AİHS'nin esasen ulusal hukuku ve ulusal hukukun esas ve usul hukuku kurallarını işaret ettiğini belirtmiş fakat hürriyetten yoksun kılma kararlarının ulusal hukuka uygun olduğu durumlarda bile hâlâ keyfi ve AİHS'ye aykırı olabileceğini"⁴⁷⁹ söylemiştir.

AİHM, ulusal mercilerden farklı olarak olgularla ilgili değerlendirmesini ulusal hukuk kuralları ve pratiğinin yanı sıra uygun olduğu ölçüde uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuk kurallarına ve diğer hukuki materyallere de dayanarak yapmaktadır.⁴⁸⁰ Ayrıca Venedik Komisyonu, Avrupa Parlamentosu Parlamenter

⁴⁷⁶Petzold, *a.g.e.*, 1993, 50

⁴⁷⁷Council of Europe, Directorate of Human Rights: *Yearbook of the European Convention on Human Rights: Individual Applications, Application No. 646/59, Decision of 2nd June 1960*, The European Commission and European Court of Human Rights, 1960, Volume 3, , Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B.V. s. 276.

⁴⁷⁸İhlallerle ilgili istatistikler için bkz. İnternet: Violations by Article and by State, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf, E. T: 02.03.2022.

⁴⁷⁹ECtHR, Case of Creangă v. Romania, Application no. 29226/03, Judgment, 23 February 2012, para. 84

⁴⁸⁰Spielmann, *a.g.y.*, 2014.

Demokrasiyi Geliştirme Bürosu, Uluslararası Af Örgütü, Parlamentolar Arası Birlik, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri gibi birçok kurum, kuruluş ve kişinin rapor ve görüşleri de olguların değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır.⁴⁸¹ Örneğin, İnsan Hakları Komiserinin Türkiye’deki mahkemeler tarafından verilen tutuklu yargılanma kararlarının mutlak bir uygulama haline geldiği yönündeki görüşü, AİHM’nin bu davalara daha baştan itibaren şüpheyle yaklaşması için uygun zemin yaratmaktadır.

Ulusal makamlar AİHM ile aralarındaki perspektif farklılığını fark ederek bazı önlemler alma yolunda adımlar atmaktadır. Örneğin 5170 Sayılı yasa ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesine yapılan ilave sonucunda, Türk mahkemeleri AİHS ve AİHM’nin içtihadını göz önünde bulundurarak karar vermeye başlasalar da bu pratiğin yaygınlığı ve etkililiği tam olarak istenilen seviyeye ulaşmamıştır.⁴⁸² AİHS ile korunan haklar çoğunlukla bir ihlal davasına konu olduğu zaman hatırlanmaktadır. AİHS ve AİHM içtihadının soruşturma ve kovuşturma aşamasından başlayarak yargılama süreci boyunca yeterince dikkate alınmaması, müteakip süreçte yeni davaların AİHM önüne gelmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi AİHM öncesi bir çözüm noktası olarak düzenlenmiş olsa da Anayasa Mahkemesi kararlarını uygulama konusundaki isteksizlik, bu mahkemenin bireysel başvurulardaki etkililiğini de tartışmalı hale getirmektedir.⁴⁸³

Kavala Türkiye’ye Karşı davasında kovuşturma dosyasına konulan deliller konusunda AİHM, “Avrupa Konseyi organları veya uluslararası kuruluşlarla iş birliği içinde yürütülen, bir Sözleşme hakkının kullanılmasından ibaret olan çok sayıda ve tamamen yasal eylemlere atıfta bulunan belgelerin kovuşturmanın güvenilirliğini azalttığını söylemektedir.”⁴⁸⁴ AİHM’nin bu tespiti, delillerin toplanmasından olguların

⁴⁸¹AİHM’nin dikkate aldığı uluslararası hukuk kuralları ve belgelerinin yanı sıra görüşlerini dikkate aldığı kurum, kuruluş ve kişilerle ilgili kapsamlı bir örnek için bkz. . ECtHR, Case of El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia Application no. 39630/09 Judgment, 13 December 2012.

⁴⁸²Anayasanın 90. maddesine yapılan ekleme ile AİHS ve AİHM içtihadının Türk yargı sisteminde yarattığı değişiklikler ve mahkeme kararlarından örnekler için bkz. Başlar, K. (2008). *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye’de İnsan Hakları Reformlarının Uygulanmasına Destek Projesi, Ankara: Şen Matbaa.

⁴⁸³AİHM, ilk derece mahkemelerinin özellikle ağır ceza mahkemelerinin içtihadındaki gelişmelere bakarak, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvurularda etkili bir başvuru yolu olup olmadığını değerlendirme hakkını saklı tuttuğunu söylemektedir. Bkz. Case of Mehmet Hasan Altan v. Turkey, para. 142.

⁴⁸⁴ECtHR, Case of Kavala v. Turkey, Application no. 28749/18, Judgment, 10 December 2019, para.223-224.

değerlendirilmesine kadar tüm yargı süreci boyunca AİHS'nin koruduğu hakların ulusal mercilerce göz önünde tutulması gerektiğini göstermektedir.

Hâkim ve Savcılar Kurulu'nun hâkim ve savcılarının yükselmeye layık olup olmadıklarının tespitinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesince yapılan incelemelerde ihlal kararına sebebiyet verip vermedikleri, neden oldukları ihlalin niteliği ve ağırlığı ile ilgililerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile teminat altına alınan hakların korunması konusundaki gayretlerini ⁴⁸⁵ bir kriter olarak belirlemesi de bu sorunun çözümü yolunda atılan bir başka adım olarak kabul edilebilir.

AİHM kararlarına karşı ikincilik ilkesinin sıklıkla hatırlatılmasının nedeni ilkenin ne olduğuna dair taraflar arasında ortak bir anlayış olmamasıdır. Ulusal merciler, yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinin birincil niteliğine atıfla uluslararası antlaşmaları ve yargı kararlarını ikincil nitelikte görmektedirler. Bu görüş temelde doğrudur fakat iç hukukta öngörülen usule göre onaylanan bir uluslararası antlaşma da artık ulusal hukukun parçasıdır. Dolayısıyla yasama tarafından yapılan kanunlar arasında birincil-ikincil ayrımı yapabilmek için haklı bir gerekçe ileri sürmek zordur. Anayasa ve kanunlar arasında normlar hiyerarşisine dayanarak asli ve tali norm ayrımı yapmak mümkünse de AİHS'ye taraf olan devletlerin çoğu sözleşmeye ulusal düzenlerinde anayasal statü vermemiştir. Hatta Avusturya gibi AİHS'ye anayasal statü veren devletler dahi konu AİHM kararlarının uygulanması olduğunda bazı anayasal engellerin olabileceğine işaret etmektedir.⁴⁸⁶

Uluslararası yargı kararlarının ulusal düzendeki ikincilliği konusunu uluslararası antlaşmalardan ayrı olarak değerlendirmek gerekir. Devletler uluslararası yargı organlarının yargı yetkisini kabul ederken ilgili uluslararası antlaşmanın ve uluslararası hukukun izin verdiği şekilde konu, şahıs, yer ve zaman bakımından çekince koyabilmekte ve uluslararası mahkemenin yargı yetkisini

⁴⁸⁵İnternet: Hâkim ve Savcılarının Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararı, Karar No: 675/1, Karar Tarihi: 05.04.2017, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/0111202116251-derece-ilke-kararipdf.pdf>, E. T: 02.01.2022.

⁴⁸⁶Breuer, M. (2019). “ ‘Principled Resistance’ to ECtHR”Judgments: Dogmatic Framework and Conceptual Meaning”, in: Breuer, M. (Ed), *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?* Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), vol 285, Berlin-Heidelberg: Springer, 27.

sınırlandırabilmektedir. Dolayısıyla uluslararası yargı organlarının tali niteliği daha müşahhastır. Tali nitelikteki bu mahkemelerin kararlarının temyiz mahkemesi kararı gibi değerlendirilemeyeceği ortadadır. Zaten AİHM'nin de böyle bir iddiası yoktur. O halde problemin kaynağı nedir?

Problemin temel kaynağı ulusal mercilerin ikincillik ilkesini farklı yorumlamalarıdır. Ulusal mercilerin anladığı şekilde ikincillik ilkesi, AİHM kararlarının bağlayıcı olmadığı veya kabulünün tercihe bağlı olduğu anlamına gelmez. Buradaki ikincillik, hak ve hürriyetleri koruma sorumluluğunun birincil olarak ulusal makamlara ait olması demektir. AİHS hak ve hürriyetleri korumada asgari standartları oluşturur. Taraf devletler eğer isterlerse bu asgari standartlardan daha azını değil ama daha fazlasını verebilirler. Bu asgari standartların kapsamını belirlemede ve hak ve hürriyetlerin devlet tarafından bu standartlara uygun olarak korunup korunmadığının tespitinde nihai otorite AİHM'dir.

İlkenin yorum ve uygulamayı barındıran ikili yapısı taraf devletler ile AİHM arasında ilke üzerinde ortak bir anlayış belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Her ne kadar AİHS'nin uygulanması belli ölçüde yorum gerektirse de bu yorumun amacı, taraf devletlerin hakların kapsamını ve içeriğini belirlemesine izin vermekten ziyade hakları uygulamada devletlere kendi yol ve yöntemlerini belirleme imkânı sağlamaktır.

Nihai yorum yetkisini elinde tutan AİHM, hakların uygulanmasında taraf devletlerin belirlediği yol ve yöntemlerin AİHS'ye uygunluğunu da denetlemektedir. Taraf devletlerin belirlediği yol ve yöntemler ulusal hukuka tamamen uygun olsa dahi AİHM, nihai yorum yetkisiyle AİHS'nin ihlal edildiğine karar verebilir. Böyle bir durumda, taraf devletler kendi egemenlik alanlarına müdahale edildiğini düşünebilirler çünkü yaptıkları iş ve işlemler klasik egemenlik anlayışında devletlerin mahfuz alanlarına (domaine réservé) aittir. Fakat devletler bireysel hak ve hürriyetleri etkileyen eylemler konusundaki takdir yetkilerini taraf oldukları insan hakları sözleşmeleriyle sınırlandırdıklarını ve mutlak olmaktan çıkardıklarını hatırla tutmalıdır.

İkincillik ilkesi AİHS'nin uygulanmasında taraf devletlere kontrollü bir alan bırakmakta fakat AİHS'nin yorumu konusunda neredeyse hiç alan bırakmamaktadır. Birincil sorumluluğun taraf devletlere yüklenmesinin sebepleri arasında AİHM'nin iş yükünü azaltmak gibi pragmatik sebeplerin yanı sıra kamu menfaatleri ile bireysel

haklar arasındaki dengeyi kurmakta ulusal mercilerin AİHM'ye nazaran daha iyi bir konumda olması ve AİHS düzeninin hakları uygulama konusunda icra mekanizmalarından⁴⁸⁷ yoksun bulunması gibi yapısal sebepler sayılabilir.⁴⁸⁸ Bu sebepler, hakların uygulanması konusunda devlete belirli bir hareket alanı bırakılmasını gerektirmiştir. Bu hareket alanının nasıl belirleneceği ve sınırlarının ne olduğu hususunda AİHS metni genel hatlar çizdiği için AİHM içtihat yoluyla takdir payı doktrininin geliştirmiştir.

Büyük ölçüde AİHM'nin tasarrufuna bağlı olan bu doktrinin AİHS metnine eklenmesiyle, AİHM ve taraf devletler arasındaki ikincillik ilkesinden kaynaklanan yetki paylaşımının AİHM aleyhine daralması beklenebilir. Bu durumda, AİHM'nin yorum yetkisi ile taraf devletlerin takdir paylarının sınırları arasındaki ilişki daha da önemli hale gelmektedir. Dolayısıyla takdir payı doktrini müteakip bölümde bu ilişki çerçevesinde ele alınacaktır.

4.2. Takdir Payı

Takdir payı doktrininin AİHM içtihadıyla geliştirildiğine dair genel bir kabul olmakla birlikte, AİHS'nin lafzının da içtihadın bu yönde gelişmesine zemin hazırladığı muhakkaktır. Nasıl ki metnin lafzının genel ifadeler içermesi AİHM'nin dinamik yorumuna imkân tanımışsa, taraf devletlerin de uygulamada farklı yol ve yöntemler arasından tercih yaparak hakların nasıl kullanılacağıyla ilgili takdir kullanabilmelerine imkân tanımıştır.

Değişen toplumsal şartlara ve tutumlara cevap vermek için AİHM'nin izlediği dinamik yorum anlayışını hukuk yaratma sürecine katılım olarak değerlendiren Yargıç Paul MAHONEY, "Strazburg yargıçlarının hukuk yaratma eylemlerinin kabul edilebilir sınırlarını çizmek için bazı yargı denetimi ilkelerine ihtiyaç vardır."⁴⁸⁹ diyerek, takdir payının bir anlamda bu sınırları belirleyen yargısal denetim (judicial review) ilkelerinden olduğunu ifade etmektedir. Ulusal hukukta yargı denetiminin sınırlarını

⁴⁸⁷"İcra mekanizmaları" ifadesiyle AİHS düzeninin devletler gibi hakların uygulanmasını sağlayacak idari ve hukuki düzenlemelere ve faaliyetleri yerine getirecek yasama ve yürütme organlarına sahip olmaması kastedilmektedir.

⁴⁸⁸Carter Jr, W. M. (2008). "Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication", *Hamline Journal of Public Law & Policy*, 30 (1), 319-320.

⁴⁸⁹Mahoney, P. (1998). "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?", *Human Rights Law Journal*, 19 (1), 2.

belirleyen düzenlemeler zaten mevcuttur. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. madde 4. fıkrasında:

*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.*⁴⁹⁰

Yine, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/2. maddesinde yargısal denetimin sınırları şu şekilde ifade edilmektedir:

*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.*⁴⁹¹

Takdir payı kavramına bütün yargı sistemlerinde rastlanılabilir. İdare hukukundaki takdir payı ile AİHS düzenindeki takdir payı arasında benzerlikler olmakla birlikte yapısal bazı farklılıklar da vardır. Devletlerin idare hukukundaki takdir payı kavramı, yargı erki tarafından idari birimlere tanınan takdir payına dayanarak, devlet erkleri arasında yatay düzlemdeki yetki dağılımını açıklar. AİHM tarafından uygulanan takdir payı ise uluslararası bir organ tarafından ulusal organlara dikey düzlemde yukarıdan aşağıya doğru tanınan bir paydır.⁴⁹²

Hukuk kurallarının gelecekteki bütün olay ve durumları öngörerek eksiksiz ve tafsilatlı düzenlemeler getirmesi mümkün değildir. Nitekim 17000 paragrafıyla her hukuki duruma nihai bir çözüm olarak yargıçlara yorum alanı bırakmama niyetindeki⁴⁹³ Prusya Medeni Kanun'u (1794) dahi bunu başaramamıştır. Takdir payı konusuna, “yasa koyucunun gelecekte karşılaşılabilecek tüm durumları öngörememesi, hukuku uygulayacak organın karşılaştığı durumun gereklerine göre değerlendirme yapabilecek esnekliğe sahip olabilmesi ve uygulanan normun lafzının genel ifadeler

⁴⁹⁰İnternet: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>, E. T: 11.03.2022.

⁴⁹¹İnternet: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası : 2577, Kabul Tarihi : 6/1/1982 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>, E. T: 11.03.2022.

⁴⁹²Arai-Takahashi, *a.g.m.*, 2013, 64.

⁴⁹³İnternet: Britannica, T. Editors of Encyclopaedia (2018, June 10). Prussian Civil Code. Encyclopedia Britannica, <https://www.britannica.com/topic/Prussian-Civil-Code>, E. T: 10.07.2021

içermesi gibi nedenlerle, en detaylı buyruğun bile buyruğu uygulayacak kişiye biraz takdir payı tanınması gerekir”⁴⁹⁴ anlayışıyla yaklaşmak en doğrusudur.

Bu durumda, takdir payı ile alakalı karşımıza tespit edilmesi gereken iki husus çıkmaktadır. Bunlardan ilki, uygulanacak hukuk normunun hukuku uygulayacak organa takdir payı tanıyıp tanımadığının tespiti. İkincisi ise eğer bir takdir payından söz edilebiliyorsa, bu payın sınırlarının ne olduğu ve bu sınırları kimin belirleyeceğinin tespiti. İlk hususun tespiti ikinciye nazaran daha kolaydır. Çünkü uygulanacak hukuk normunun lafzı genellikle bu tespiti sağlayacak ifadeler barındırır. Hatta takdirin zıttı olan ve idareye yükümlülük yükleyen ifadeler dahi mücerret olarak ifade edilmişse, idare bu durumda nasıl hareket edeceği konusunda tercihte bulunabilir.⁴⁹⁵

İdarenin bütün iş ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Dolayısıyla idarenin iş ve işlemlerinde kullandığı takdirin de hukuka uygun olması gerekir. Hukuka uygunluk, kanunun yanı sıra tüzük, yönetmelik, kararname, genel hukuk ilkeleri ve mahkeme içtihatlarına uygunluğu da kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. İdarenin iş ve işlemlerinin hukuka uygunluğu, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden denetlenebilecektir. Fakat konumuz gereği bu detaylara girmeden, idarenin iş ve işlemlerinin yalnızca hukuka uygunluk yönünden denetlenebilecek olmasının AİHM tarafından yeterli görülmediğini belirtmek gerekir. Nitekim ulusal hukuka uygun olan bazı iş ve işlemlerin AİHS’ye aykırı olabileceğine dair Mahkemenin geçmişte yaptığı değerlendirmeler mevcuttur.⁴⁹⁶ Esas sorun da zaten burada ortaya çıkmaktadır.

AİHM’nin yaptığı bu tür değerlendirmeleri egemenlik alanlarına müdahale olarak gören taraf devletler ile Mahkeme arasında ihtilaf yaşanmaktadır. Taraf devletlerin rızasına dayalı olarak kurulan ve işleyen insan hakları hukuku sisteminin devam edebilmesi, taraf devletlerin egemenlikleri ile AİHS çerçevesinde üstlendikleri yükümlülükler arasında kabul edilebilir bir dengenin sağlanmasıyla mümkün

⁴⁹⁴Kelsen, H. (1967). *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight (2005), The Lawbook Exchange Ltd., 349-351.

⁴⁹⁵Cane, P. (2011). *Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 5. Baskı, 140.

⁴⁹⁶Bkz. ECtHR, Case of Creangă v. Romania, para. 84.

olacaktır.⁴⁹⁷ AİHS’yi hazırlayanlar bu durumun farkında oldukları için farklı devletler arasında insan hakları konusunda ortak payda oluşturacak bir antlaşma tasarlamışlardır. Strazburg yargıçları da AİHM ile taraf devletler arasında yaşanabilecek sakıncalı yüzleşmeleri yatıştırmak için taraf devletlere hareket alanı yani takdir payı tanımıştır.⁴⁹⁸

Takdir payı, AİHS’nin uygulanmasında izlenecek yol ve yöntemlerin taraf devletlerce belirlenmesi şeklinde geniş olarak tanımlanabilir. AİHS’nin bireysel hak ve hürriyetler konusunda öngördüğü koruma sağlandığı müddetçe, izlenecek yol ve yöntemi her taraf devletin kendi hukukuna göre belirlemesi sorun teşkil etmemektedir. “Farklı ulusal otoriteler aynı uluslararası normu uygularken farklı kararlar alsalar dahi bu sayede meşru sınırlar içerisinde kalabilirler.”⁴⁹⁹ Dar anlamda takdir payı ise bireysel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında devletin ne kadar ileri gidebileceğinin belirlenmesidir ve taraf devletler ile AİHM arasında sorun yaratma potansiyeli olan esas durum budur.

AİHS metninde taraf devletlerin hak ve hürriyetleri kısıtlayabilmesini sağlayan iki ayrı kategori mevcuttur. Birinci kategori, 15. maddede düzenlenen *aykırılık* tedbirleridir⁵⁰⁰ ve “taraf devletlere tek yanlı bir kararla AİHS’nin kimi hükümlerinin kendisi karşısında tesir doğurmasını geçici bir süreyle engelleme yetkisi vermektedir.”⁵⁰¹ İkinci kategori ise ulusal güvenlik, kamu düzenini sağlamak/korumak, sağlığın, ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması vb. durumlar için hak ve hürriyetlerin belirli şartlar altında ve olağan zamanlarda kısıtlanabilmesini düzenler.⁵⁰² Bu kategorideki kısıtlamaya konu olabilecek haklar ve kısıtlama şartlarını belirleyen fıkralar şu şekildedir: Hayat hakkı (madde 2/2 ve 6 numaralı Protokol, madde 2), Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (madde 4/3), Hürriyet ve güvenlik hakkı (madde 5/1-a, b, c, d, e, f), Adil yargılanma hakkı (madde 1’deki istisnalar kapsamında duruşmalar basına veya dinleyicilere kapalı yapılabilir), Özel ve aile hayatına saygı

⁴⁹⁷Macdonald, R.St. J. (1993). “The Margin of Appreciation”, in: Macdonald, R. St., Matscher, J. F., Petzold, H. (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 83.

⁴⁹⁸Arai-Takahashi, *a.g.m.*, 2013, 63.

⁴⁹⁹Shany, Y. (2006). “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, *EJIL*, 16 (5), 910.

⁵⁰⁰İnsan hakları belgelerinde derogasyon (derogations) olarak ifade edilmektedir.

⁵⁰¹Çağırın, *a.g.e.*, 2020, 287.

⁵⁰²Rosalyn Higgins, sözleşme hükümlerindeki bu tür kısıtlamaları *geri alma şartı* (clawback clause) olarak ifade etmektedir. Bkz. Higgins, R. (1976), “Derogations under Human Rights Treaties” *BYIL*, 48 (1), 281.

hakkı (madde 8/2), Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (madde 9/2), İfade özgürlüğü (madde 10/2), Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (madde 11/2), Evlenme hakkı (madde 12. Bu maddede ayrı bir kısıtlama şartı yoktur fakat “ulusal yasalara uygun olma” şartı, eşcinsel evliliklerin yasak olduğu hukuk düzenleri için zımni bir kısıtlama getirmektedir), Yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması (madde 16. 10., 11. ve 14. madde hükümlerinin yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanmasını yasakladığı şeklinde yorumlanamayacağını belirten bu madde, yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanabileceğini dolaylı olarak ifade etmektedir), Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usuli güvenceler (Ek 7 Numaralı Protokol, madde 2. Bu madde, sınır dışı edilmenin -

kamu düzeni yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde, bir yabancıya ilgili protokolün 1. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilmesine izin vermektedir),

Mülkiyetin korunması (Ek Protokol No.1, madde 1. Bu madde, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için devletlerin gerekli gördükleri yasaları uygulama haklarını koruyarak, mülkiyet hakkının kısıtlanabilmesine izin vermektedir).

57. maddede düzenlenen “çekinceler” ve 56. maddede düzenlenen “ülkesel uygulama” da aslında hak ve hürriyetleri kısıtlayan düzenlemelerdir. Çekinme koyma, taraf devletin ulusal hukukundaki bir düzenleme ile AİHS hükmünün çatışması nedeniyle daha baştan uygulanabilirliği imkânsız kıldığı için devletlere tanınan bir haktır ve AİHS’nin genelini kapsar nitelikte değildir.⁵⁰³

Ülkesel uygulama ise taraf devletin uluslararası ilişkilerini yürüttüğü ülke toprağı veya toprakları için AİHS veya ek Protokollerinin uygulanacağı yerin sınırlandırılmasıdır. Ülkesel uygulama konusunda söylemek gerekir ki, *Loizidou* davasında Türkiye’nin AİHK’nin bireysel başvurularla ilgili yargı yetkisini kendi anayasasının uygulandığı ülke toprakları ile sınırlandırdığı beyanını AİHM, “yetki alanı” kavramını farklı yorumlayarak kabul etmemiştir.

⁵⁰³VAHS 19. maddenin (c) fıkrasına göre çekince, (a) ve (b) fıkrasındaki şartların yanı sıra antlaşmanın konu ve amacına da aykırı olmamalıdır.

Görüldüğü üzere çekince ve ülkesel uygulama ilkesinin kullanılması halinde hak ve hürriyetler yukarıda bahsedilen iki kategoriden farklı olarak bireylere daha en başından verilmemektedir. Aykırılık tedbirleri ve sınırlandırma tedbiri içeren hakların kısıtlanması ise belirli şartlara bağlı olarak sonradan ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla çekinceye konu olan hükümleri ve ülkesel uygulama alanının sınırlandırıldığı durumları takdir payı kapsamında değerlendirmeye gerek yoktur. Çünkü bir hükme çekince koyan veya ülkesel uygulama alanını sınırlandıran taraf devlet -bu işlemlere karar vermek de taraf devletin takdiri olmakla birlikte- AİHS ve ek Protokollerin uygulanmasıyla ilgili takdir payı kullanmayıp, çekince koyduğu hüküm veya belirlediği ülkesel uygulama alanıyla ilgili bir yükümlülük altına girmeyeceği yönündeki iradesini ortaya koymaktadır.

AİHS'nin aykırılık tedbirleri ve sınırlandırma tedbirleri içeren hükümler yoluyla bazı hakları kısıtlamaya izin vermesinin altında yatan temel düşünce, devlet ile birey arasında bir uzlaşma sağlama arayışı değil bireyin hak ve hürriyetleri ile kamunun ve dolayısıyla kamuyu oluşturan diğer bireylerin hak ve hürriyetleri arasında bir denge sağlamaktır. Bu nedenle, insan hakları belgeleri bireyin hakları ile bireyin parçasını oluşturduğu topluluğa karşı olan ödevleri arasında bir uyum olmasını gözetirler.⁵⁰⁴

Kamu düzeni olarak adlandırabileceğimiz bu uyumun sağlanması ve sürdürülebilmesi için taraf devletlere hakları geçici olarak askıya alma ve sınırlandırma imkânı tanınmış olsa da taraf devletler bu imkânı keyfi şekilde kullanamaz.⁵⁰⁵ Dolayısıyla AİHS keyfiliği bertaraf etmek için hem aykırı tedbirlere hem de sınırlandırma tedbiri içeren hükümlere başvurabilmeyi bazı şartlara bağlamıştır. Bu şartları açıklamak için aykırılık tedbirleri ve sınırlandırma tedbiri içeren haklar aşağıda ayrı başlıklar altında detaylı olarak ele alınacaktır.

4.2.1. Aykırılık tedbirleri

Devletlerin çoğu olağanüstü haller karşısında gerekli tedbirleri meşru şekilde almayı sağlayacak olağanüstü hâl mevzuatları hazırlarlar.⁵⁰⁶ Taraf devletlerin mevzuatları

⁵⁰⁴Higgins, *a.g.m.*, 1976, 282.

⁵⁰⁵Çağiran, *a.g.e.*, 2020, 287.

⁵⁰⁶Örnekler için bkz. İnternet: Olağanüstü Hal Kanunu (Türkiye), Kanun Numarası : 2935, Kabul Tarihi : 25/10/1983, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2935.pdf>, E. T: 24.03.2020.

İnternet: Emergencies Act (Canada), R.S.C., 1985, c. 22 (4th Supp.), [1988, c. 29, assented to 21st July, 1988], <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/e-4.5/page-1.html>, E. T: 24.03.2020.

çerçevesinde alacağı ve AİHS’den kaynaklanan yükümlülüklerine aykırılık teşkil eden tedbirler AİHM denetimine tabidir. Mahkeme bu denetimi hem usul hem de esas yönünden yapar.

4.2.1.1. Usule ilişkin denetim

Aykırılık tedbirinin usul denetimine tabi olan kısmı, AİHS 15. madde 3. paragraf gereğince aykırılık tedbiri hakkını kullanan taraf devletin alınan tedbirleri ve nedenlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirme şartıdır. Aynı bildirim şartı aykırılık tedbiri yürürlükten kaldırılırken de yerine getirilmelidir.

Taraf devlet alacağı aykırılık tedbirlerini Genel Sekretere nedenleriyle birlikte bildirdiği takdirde usul şartını yerine getirmiş olur fakat bildirimde hangi maddelerin aykırılık tedbirlerine tabi olacağının açıkça ifade edilmemesi karşısında AİHM, *Mehmet Hasan Altan Türkiye’ye Karşı (2018)* davasında şu değerlendirmeyi yapmıştır:

Bu bağlamda, Mahkeme öncelikle not eder ki, askeri darbe girişimi ve diğer terör eylemlerinden kaynaklanan ciddi tehlikelerin ulusun varlığına yönelik oluşturduğu tehlikelerin üstesinden gelmek için olağanüstü hâl ilan edildiğini belirten aykırılık tedbiri bildiriminde Türkiye, Sözleşme’nin hangi maddelerinin aykırılık tedbirine tabi olacağını açıkça belirtmemiştir. Bunun yerine, sadece “alınan önlemlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri ihlal edebileceğini” bildirmiştir.⁵⁰⁷

Yaptığı bu değerlendirmeyle Mahkeme, aykırılık tedbirlerine başvuran taraf devletin yapacağı bildirimde aykırılık tedbirine tabi olacak maddeleri açıkça belirtmesinin mecburiyet olmasa bile daha uygun olacağını zımnen ifade etmektedir.

AİHM, davanın tarafları arasında bildirim şartının yerine getirilip getirilmediğine dair bir ihtilaf olmasa dahi bu konuyu kendiliğinden tetkik etmeye yetkilidir.⁵⁰⁸ AİHS, aykırı tedbirlere başvurmanın usuli şartı olan bildirim gerekliliğini düzenlemiş fakat bu şartın yerine getirilmemesi veya eksik getirilmesi durumunda ne olacağına dair bir düzenleme yapmamıştır. Bu konu, Covid-19 salgını nedeniyle birçok devletin olağanüstü hâl ilan etmesiyle birlikte aykırı tedbirler hakkındaki farklı tartışmaları yeniden ortaya çıkarmıştır.

İnternet: État d'urgence (France), Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000695350/>, E. T: 24.03.2020

⁵⁰⁷ECtHR, Case of Mehmet Hasan Altan v. Turkey, para. 89.

⁵⁰⁸ECtHR, Case of Aksoy v. Turkey, Judgment of 18 December 1996, para. 85-86.

Birleşik Krallık mahkemesinde görülen bir davada yargıç 15. maddeye atıf yaparak, AİHS'nin hürriyet ve güvenlik hakkıyla (5. madde) ilgili maddesinden doğan yükümlülüklerin askıya alınması yönünde karar vermiştir. Üstelik yargıç bu aykırılık tedbiri kararını Avrupa Konseyi'ne önceden bildirmenin zorunlu olmadığını iddia etmiştir.⁵⁰⁹

Aykırılık tedbiri kararının geçerli olabilmesi için Genel Sekretere bildirimde bulunmanın gerek-şart olup olmadığı konusunda içtihat da yeterli bir cevap yoktur. AİHK bu konuya cevap verme fırsatı yakaladığı *Yunanistan Birleşik Krallık'a Karşı* (1958) davasında, alınan tedbirlerin AİHS'yi ihlal etmediğinden hareketle⁵¹⁰, Yunanistan'ın ileri sürdüğü aykırılık tedbiri kararıyla ilgili bildirim yapılmadığı iddiasını⁵¹¹ değerlendirme gereği duymamıştır.

Sonraki süreçte de *Lawless İrlanda'ya Karşı* (1961), *Kıbrıs Türkiye'ye Karşı* (1979) ve *Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda Yunanistan'a Karşı* (1968) davalarına konu olan “bildirimde bulunmama” veya “eksik bildirimde bulunma” halinin, taraf devletin aykırılık tedbirine başvurmasını engelleyip engellemeyeceği açığa kavuşturulmamıştır.⁵¹²

Kıbrıs Türkiye'ye Karşı (1983) davasında AİHK, “resmi ve aleni bir bildirim olmaması durumunda, Sözleşme'nin 15. maddesi davalı devlet tarafından alınan tedbirlere uygulanmaz”⁵¹³ diyerek, bildirimde bulunmama durumunda aykırı tedbirlere başvuran devletin bu tedbirleri AİHK veya AİHM önünde ileri süremeyeceğini ortaya koymuştur.

⁵⁰⁹Yargıç Anthony Paul Hayden'in kararı için bkz. İnternet: BP and Surrey County Council and RP , [2020] England and Wales Court of Protection Decisions (EWCOP) 17 (Case No: 1352489T), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCOP/2020/17.html>, E. T: 18.12.2021

⁵¹⁰Report of The European Commission of Human Rights Volume II, Application No . 176/56 by The Government of The Kingdom of Greece Lodged Against The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, para. 407.

⁵¹¹Report of The European Commission of Human Rights Volume II, Application No . 176/56 by The Government of The Kingdom of Greece Lodged Against The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, para. 294.

⁵¹²İnternet: Holcroft-Emmess, N. (2020), “Derogating to Deal with Covid 19: State Practice and “Thoughts on the Need for Notification”, *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, <https://www.ejiltalk.org/derogating-to-deal-with-covid-19-state-practice-and-thoughts-on-the-need-for-notification/>, E. T: 11.12.2021

⁵¹³Report of The European Commission of Human Rights, Application No . 8007/77 by Cyprus against Turkey, para. 67

Geç bildirim konusuyla alakalı olarak ise *Yunanistan Birleşik Krallık'a Karşı (1958)* davasında, Genel Sekretere geç bildirimde bulunma sebebiyle aykırılık tedbirlerinin geçersiz kılınamayacağını belirten AİHK, bu görüşün 15. maddenin 3. paragrafına uymamanın hiçbir şartta butlan (nullity) veya başka bir müeyyide gerektirmeyeceği şeklinde anlaşılmaması gerektiğini de eklemiştir.⁵¹⁴ AİHK'nin bu ifadesinden kimi durumlarda aykırılık tedbirlerinin bildirim şartına uyulmadığı durumlarda butlan veya başka müeyyidelerle karşılaşabileceği zımnen çıkarılabilir.

Makul sürede bildirim konusuyla ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus da bildirimin yapılacağı makamın kim veya neresi olduğudur. Aykırı tedbirlere başvuran devletin dava AİHK veya AİHM önüne geldikten sonra ve davaya bakan birimlere yapacağı bildirim, 15. maddenin 3. paragrafındaki bildirim şartının yerine getirildiği şeklinde değerlendirilmeyecek ve makul süre olarak kabul edilmeyecektir.⁵¹⁵ Bildirim, ihlal iddiası mahkemenin önüne dava konusu olarak gelmeden önce ve Genel Sekretere yapılmalıdır.

Esasen bildirim yükümlülüğü AİHS'nin diğer akit taraflarını aykırı tedbirler konusunda haberdar etmektir. Genel Sekreter aldığı bildirimini diğer akit taraflara iletmekle görevlidir. Akit tarafların aykırılık tedbirlerinden haberdar olmalarında kendileri açısından hukuki menfaat vardır çünkü devletlerarası başvuru hakları geçici olarak kısıtlanmaktadır. Aynı şekilde, AİHM'nin de yapılan bireysel başvurularla ilgili kabul edilebilirlik kararını zamanında verebilmesi için aykırılık tedbirlerinden zamanında ve yeterli şekilde haberdar olmalıdır.⁵¹⁶

Konuyla ilgili bir diğer husus olağanüstü hâl durumunun iç hukuk düzeninde ilan edilmesinin gerekip gerekmediğidir. AİHS'de bu konu düzenlenmemiş olmakla birlikte bir dava vesilesiyle Mahkeme, ilgili devletin olağanüstü halin varlığını resmen ilan etmeden beyan şeklinde kamuya bildirmesini de kabul etmiştir.⁵¹⁷ Medeni ve

⁵¹⁴Report of The European Commission of Human Rights Volume I, Application No . 176/56, para. 158.

⁵¹⁵Komisyon veya Alt Komisyona verilen bilginin 15. madde 3. paragrafta belirlenen bildirim şartının yerine getirilmesi olarak kabul edilmeyeceğini belirten AİHK değerlendirmesi için bkz. Report of the European Commission of Human Rights on the "Greek Case (1969)", para. 80 (6)

⁵¹⁶Report of The European Commission of Human Rights Volume I, Application No . 176/56, para. 158.

⁵¹⁷ECtHR, Case of Brannigan and McBride v. The United Kingdom, Judgment of 25 May 1993, para. 73.

Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde (1966) ise ulusun varlığını tehdit eden ve resmen ilan edilmiş olağanüstü hâl durumunda, bazı şartları sağlamak kaydıyla aykırı tedbirler alınabileceği belirtilmiştir.⁵¹⁸ BM İnsan Hakları Komitesi, aykırı tedbirlere başvurmadan önce iki temel şartın sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu şartlar sırayla, ulusun varlığını tehdit eden bir olağanüstü hâl durumunun varlığı ve bu hâlin resmi olarak ilan edilmesidir. İkinci şart en çok ihtiyaç duyulduğu zamanda kanunilik ilkesinin ve hukukun üstünlüğünün muhafaza edilmesi için zorunludur.⁵¹⁹

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı ise aykırı tedbirlerle ilgili hüküm içermediği için olağanüstü hâl veya diğer özel durumlar hakların kısıtlanması veya askıya alınması için bir gerekçe oluşturmamaktadır. Fakat 27. madde 2. paragrafa göre hak ve hürriyetler, başkalarının hakları, kolektif güvenlik, ahlaka uygunluk ve ortak çıkarlar gözetilerek kullanılacağı için diğer insan hakları belgelerindeki sınırlandırma tedbiri içeren hükümlerde olduğu gibi olağan zamanlarda hak ve hürriyetleri kısıtlamakta kullanılabilir.⁵²⁰

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yükümlülükleri askıya alma konusunu düzenlediği 27. maddede de olağanüstü hâl durumunun resmi olarak ilan edilmesiyle ilgili bir düzenleme yoktur.⁵²¹ Uluslararası Hukukçular Komisyonu Amerikan Derneği, MSHS hükümleriyle ilgili olarak taraf devletlerin başvurabilecekleri aykırılık tedbirlerinin suiistimalini engellemek amacıyla belirlediği *Siraküza İlkeleri*'nde olağanüstü hâlin resmi olarak ilan edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵²²

Aykırı tedbirlere başvurabilmek için olağanüstü halin resmi olarak ilan edilmesinin gerekliliği konusunda uluslararası antlaşmalarda bir düzenleme olmaması pratik

⁵¹⁸İnternet: Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS), Adopted in 16 December 1966 by General Assembly resolution 2200A (XXI), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, E. T: 15.03.2019

⁵¹⁹UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 : Article 4: Derogations during a State of Emergency, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11

⁵²⁰İnternet: University Module Series, Module 7: Counter-Terrorism and Situations of Public Emergency: Derogation in times of public emergency, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), <https://www.unodc.org/e4j/en/terrorism/module-7/key-issues/derogation-during-public-emergency.html>, E. T: 16.05.2021

⁵²¹İnternet: American Convention on Human Rights, Article 27 (Suspension of Guarantees), <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, E. T: 22.04.2020

⁵²²American Association for the International Commission of Jurists, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* (1985), para. 42.

açından önemli değildir. Çünkü aykırı tedbirlere başvuracak devletin iç hukuku genellikle bu konuyla ilgili düzenlemeleri içerir. Mesela T.C Anayasası'na göre olağanüstü hâl kararı için kararın verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanma ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulma şartı vardır.⁵²³ Ayrıca iç hukukunda resmi olarak olağanüstü hâl ilan etmeyen devlet, olağanüstü halin varlığını AİHM huzurunda ispat etmekte zorlanacaktır⁵²⁴.

Konuyla ilgili bir başka husus da durumun aciliyeti nedeniyle devletlerin aykırı tedbirleri Genel Sekretere bildirimde bulunmadan önce uygulamalarıdır. Bu uygulamanın altında yatan gerekçe AİHK yargıcı Pedro O. Ch. DELAHAYE tarafından *Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda Yunanistan'a Karşı (1969)* davasında şu şekilde ifade edilmektedir: “iç veya dış tehlikeyle karşılaştığı zaman hükümetin ilk endişesinin ulusal hukuktan veya bir antlaşmadan doğan şekli yükümlülükleri yerine getirmek olmaması oldukça anlaşılabilir.”⁵²⁵

Bazı aykırı tedbirlerin ivedilikle alınması gerektiği konusunda AİHM ve taraf devletler arasında bir ihtilaf ortaya çıkmaya da bildirimde bulununcaya kadar geçen süre aykırılık tedbirine başvuran devletin 15. maddenin 3. paragrafının gereğini yerine getirip getirmediğinin tespitinde önemli olmaktadır. Makul sürede yapılmayan bildirim, devletin ayrıntılı bilgi sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucunu doğuracaktır.⁵²⁶ *Lawless İrlanda'ya Karşı (1961)* davasında AİHM, aykırılık tedbirleri yürürlüğe girdikten 12 gün sonra yapılan bildirim “gecikmeksizin yapılan bildirim” olarak değerlendirmiş⁵²⁷ fakat *Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda Yunanistan'a Karşı (1969)* davasında aykırılık tedbiri kararının gerekçeleri için yaklaşık dört ay

⁵²³T.C. Anayasası, 119. madde; Fransız Anayasası: “Cumhuriyetin kurumlarının, Millet'in bağımsızlığının, toprak bütünlüğünün veya uluslararası taahhütlerin yerine getirilmesinin ciddi ve yakın bir tehdit altına girdiği durumlarda Cumhurbaşkanı bu durumların gerektirdiği önlemleri alır” dedikten sonra Cumhurbaşkanı'nın ulusa hitap ederek bu önlemlerle ilgili bilgi vereceğini söyler. Bkz. İnternet: Fransız Anayasası, (Constitution of October 4, 1958), 16. madde, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constitution_anglais_oct2009.pdf, E. T: 28.04.2021

⁵²⁴Rainey, B., Wicks, E., Ovey, C. (2021). *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Eighth Edition, Oxford: Oxford University Press, 123.

⁵²⁵Report of the European Commission of Human Rights on the "Greek Case (1969)", Dissenting Opinion of Pedro O. Ch. Delahaye, para. 83.

⁵²⁶Higgins, a.g.m, 1976, 290

⁵²⁷ECtHR, Case of Lawless v. Ireland (No. 3), para. 47.

sonra yapılan bildirimini AİHK, “aşırı gecikmiş (undue delay) bildirim” olarak değerlendirmiştir.⁵²⁸

Bildirim için gereken makul sürenin ne olduğu konusunda AİHS metninde bir açıklama olmadığı gibi makul sürenin nasıl hesaplanacağı konusunda da AİHK ve AİHM tarafından ortaya konulmuş net kurallar yoktur. Makul bildirim süresinin belirlenmesinde davanın olgu ve olayları belirleyici olabilmektedir. Örneğin, *İrlanda Birleşik Krallık’a Karşı (1978)* davasında İngiliz Hükümeti, tutuklamak istediği şahısların fark edip kaçmasını önlemek için aykırılık tedbiri bildirimini gözaltı işleminin uygulanışından sonraya bıraktığını belirtmiş ve Mahkeme de bu sebeple on iki gün sonra yapılan bildirim “gecikmeksizin bildirim” olarak kabul etmiştir.⁵²⁹

AİHM, aykırı tedbir bildirimini yapıldıktan sonra tedbirler geri çekilinceye kadar olağanüstü tedbire ihtiyaç olup olmadığının sürekli şekilde gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵³⁰ Mahkemenin yaptığı bu değerlendirme olağanüstü halin devam edip etmediğinin tespiti açısından önemli olsa da devletler arası veya bireysel bir başvuru olmadan bu gözden geçirme işleminin kim tarafından ve nasıl yapılacağı belirsizdir. Aykırı tedbirlerle ilgili usule uygun yapılan bildirim alan Genel Sekreterin aykırı tedbirler sona erinceye kadar ilgili devletten olağanüstü halin varlığının devam edip etmediğiyle ilgili yeniden bilgi talep etmesiyle ilgili bir düzenleme yoktur.⁵³¹ Ayrıca olağanüstü halin devam edip etmediği konusu usule ilişkin değil olağanüstü halin varlığına yani esasa ilişkindir.

Aykırı tedbirlerin sonlandığını gösteren bildirim yapılmadığı müddetçe olağanüstü halin devam ettiği -olay ve olgular bir dava çerçevesinde mahkeme tarafından değerlendirilip aksi yönde karar verilinceye kadar- varsayılabilir.⁵³² Usul denetimiyle ilgili söylenebilecek son husus, aykırı tedbirlerin bildirim şartında AİHM’nin akit

⁵²⁸Report of the European Commission of Human Rights on the "Greek Case", 05/11/1969, para. 81.

⁵²⁹Zand, J. (2014). “Article 15 of The European Convention on Human Rights and The Notion of State of Emergency”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), s. 192.

⁵³⁰ECtHR, Case of Brannigan and McBride v. The United Kingdom, para. 54.

⁵³¹Genel Sekreterin yapılan bildirimini eksik olarak değerlendirmesi halinde ilgili devletten yeniden bilgi talep etmesi gerektiği konusunda bir değerlendirme için bkz. Report of the European Commission of Human Rights on the "Greek Case (1969)", Dissenting Opinion of J. E. S. Fawcett, para. 86

⁵³²Olağan halin kural, olağanüstü halin istisna olması gerekirken, olağanüstü halin yerleşik, kurumsallaşmış, daimî ve de facto bir hal alması hakkında eleştirel bir değerlendirme için bkz. Gross, O. (1998). “Once More unto the Breach”: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies”, *The Yale Journal of International Law*, 23 (437), s. 455.

devletlere tanıdığı takdir payının çok sınırlı olduğudur. Zaten 15. maddenin 3. paragrafında kullanılan dil, 1. paragrafta kullanılan dilden farklı olarak akit devletlere fazla takdir payı bırakmamaktadır.⁵³³

4.2.1.2. Esasa ilişkin denetim

AİHM aykırı tedbirlerin esasına ilişkin denetim yaparken üç şartın sağlanmasına dikkat etmektedir. Bildirim şartıyla ilgili usuli şartların yanı sıra esasa ilişkin bu şartların da kümülatif olarak sağlanması gerekir. 15. maddenin 1. paragrafında bu şartlar şu şekilde ifade edilmiştir:

*Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir olağanüstü hâl durumunda her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek şartıyla, bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.*⁵³⁴

Paragrafın lafzından anlaşılabacağı üzere sağlanması gereken temel şart, ulusun varlığını tehdit eden savaş veya başka bir olağanüstü hâl durumunun var olmasıdır. Paragrafta geçen savaş ifadesinin anlamı konusunda herhangi bir muğlaklık olmamasına rağmen olağanüstü halin ne olduğu konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmiştir. *Lawless İrlanda'ya Karşı* davasında AİHK üyelerinin çoğunluğu tarafından olağanüstü hâl şu şekilde tanımlanmıştır: “Belirli gruplardan farklı olarak genel halkı etkileyen ve söz konusu devleti oluşturan topluluğun örgütlü yaşamına tehdit oluşturan istisnai ve yakın tehlike veya kriz durumu.”⁵³⁵

Bu tanımda bazı unsurlar öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, ortaya çıkan tehlikenin “istisnai” nitelikte olmasıdır. Her tür tehlike aykırı tedbirlere başvurmak için haklı gerekçe oluşturmamaktadır. AİHS’nin olağan hallerde izin verdiği normal tedbirlerin ve sınırlandırma tedbirlerinin mevcut durumla başa çıkmakta açıkça yetersiz kalması gerekir.⁵³⁶

İkinci unsur, ortaya çıkan tehlikeden halkın genelinin etkilenmesidir. Bu genellik, coğrafi alan olarak ülkenin tamamı veya tüm ulusun doğrudan etkilenmesi olarak

⁵³³15. maddenin 1. paragrafında “tedbirler alabilir (may take measures)” şeklinde kullanılan ve takdir payı tanıyan dile karşın 15. maddenin 3. paragrafında “Genel Sekreteri eksiksiz şekilde bilgilendirir (shall keep the Secretary General fully informed)” şeklinde daha kesin ve emredici bir dil kullanılmaktadır.

⁵³⁴Vurgular bize aittir.

⁵³⁵Report of The European Commission of Human Rights (Gerard Richard Lawless Against the Republic of Ireland), Application No. 332/57, 19/12/1959, para. 90.

⁵³⁶Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e.*, 2021, 119.

anlaşılmalıdır. Zaten AİHM, ülkenin belirli kısımlarında ortaya çıkan tehlikelerin de aykırı tedbirlere başvurmak için gerekçe oluşturabileceğini verdiği kararlarla göstermiştir.

Mahkeme, Abdulsamet Yaman Türkiye’ye Karşı (2004) davasında ülkenin belirli bir bölümünde olağanüstü hâl ilanı sebebiyle aykırılık tedbirlerine başvurulabileceğini zımnen kabul etmiş fakat dava konusu olayın bildirimde belirtilen bölge dışında gerçekleşmesi nedeniyle konuyu 15. madde açısından değerlendirmeye lüzum görmemiştir.⁵³⁷ O halde, AİHK’nin tanıtımda bahsettiği genellik tehlikenin yaygınlığını ifade etmek için kullanılmaktadır.⁵³⁸

Üçüncü unsur, tehlikenin “yakın (imminent)” olduğu durumlarda da aykırı tedbirlere başvurulabileceğinin ifade edilmesidir. Bu ifadeyle, yalnızca gerçekleşmiş ve etkilerini göstermeye başlamış tehlike hali dışında, henüz ortaya çıkmamış muhtemel tehlikelere karşı da taraf devlet aykırı tedbirler alabilecektir. Potansiyel tehlike değerlendirmesi yakın tehlikeden farklı olarak aykırı tedbirler uygulanması için gerekçe teşkil etmez.⁵³⁹

Halkın genelini etkileyen olağanüstü halin varlığı tespit edilirken tehlike veya kriz durumunun nereden kaynaklandığı önemli olmamaktadır. Bu kaynak, hükümet darbesi, doğal afetler ve ayaklanma gibi sebepler olabileceği gibi bir ülkenin belirli bölgesine sağlık hizmetlerinin götürülememesi gibi sebepler de olabilir. Mesela *Iversen Norveç’e Karşı (1963)* davasında AİHK, Kuzey Norveç bölgesine dış sağlığı hizmetlerinin götürülmesinde yaşanan sorunlara ilişkin Norveç Hükümetinin yaptığı “bölge halkının sağlığını tehdit eden olağanüstü hâl” nitelemesini kabul etmiştir.⁵⁴⁰

AİHM, takdir payı doktrinin şekillenmeye başladığı ilk davalarda, “o anın acil gereksinimleri ile doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle, hem böyle bir acil durumun varlığına hem de önlemek için gerekli olan aykırı tedbirlerin doğası

⁵³⁷ECtHR, Case of Abdulsamet Yaman v. Turkey, Application no. 32446/96, Judgment of 2 November 2004, para. 68 ve 70.

⁵³⁸Çağiran, *a.g.e.*, 2020, 288.

⁵³⁹Çağiran, *a.g.e.*, 2020, 289; Potansiyel tehlike değerlendirmesinin aykırı tedbirlere başvurmak için kullanılamayacağı Siraküza İlkeleri’nde de vurgulanmaktadır. Bkz. American Association for the International Commission of Jurists, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* (1985), para. 54.

⁵⁴⁰ECtHR, Case of I. v. Norway, Application No:1468/62, Judgment of 17 December 1963.

ve kapsamına karar verme konusunda ilke olarak ulusal makamların uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumda olması”⁵⁴¹ nedeniyle olağanüstü halin varlığına karar verme konusunda devlete sınırsız değil ama geniş bir takdir payı tanımıştır.

Devlete tanınacak bu takdir payı, bir olağanüstü hâl durumunun var olduğuna inanmak için devletin yeterli nedeni olup olmadığına bakmadan böyle bir olağanüstü hâl durumun gerçekten var olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirir.⁵⁴² Bu değerlendirmeyi yaparak aykırı tedbirleri gerekli kılan olağanüstü bir durumun varlığına karar verecek olan ve tedbirlerin uygulanmasında AİHS’nin belirlediği şartlara ve sınırlandırmalara uygun davranılıp davranılmadığı konusunda nihai kararı verecek olan merci AİHM’dir.⁵⁴³

Olağanüstü bir halin varlığı tespit edildikten sonra AİHM’nin değerlendireceği ikinci şart alınan aykırı tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olmasıdır. *Aksoy Türkiye’ye Karşı (1996)* davasında Avrupa denetiminin devlete tanınan takdir payına eşlik ettiğini belirten AİHM, bu denetim yerine getirilirken aykırı tedbirlerden etkilenen hakların niteliği, olağanüstü hale neden olan şartlar ve olağanüstü halin süresi gibi faktörlere önem verilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵⁴⁴ AİHM’nin bu denetimde incelediği esas husus, alınan tedbirlerin orantılı olup olmadığıdır.

Orantılılık testi (Proportionality test) olarak adlandırılan bu uygulama, alınan tedbirlerin karşılaşılan olağanüstü hâl ile başa çıkmak için gerekli olup olmadığının tespitiyle başlamakta sonrasında da alınan tedbirlerin olağanüstü hâl ile başa çıkmak için gerekenden fazla olup olmadığının tespiti ve tedbirlerin kapsamı ve ne kadar süre uygulanacağıyla devam etmektedir.⁵⁴⁵ AİHM’nin bu testi uygulamadaki maksadı aykırı tedbirlerin kötüye kullanılmasına veya aşırılığa kaçılmasına karşı bir güvence sağlamaktır.⁵⁴⁶

Mesela *Şahin Alpay* ve *Mehmet Hasan Altan* davalarında, Anayasa’nın 15. maddesi gereğince aykırı tedbirler uygulanabileceğini kabul eden Anayasa Mahkemesi, güçlü ve müşahhas deliller olmadan olağanüstü hali gerekçe göstererek davacıların tutuklu

⁵⁴¹ECtHR, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, para. 207.

⁵⁴²Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e.*, 2021, 119.

⁵⁴³Çağırın, *a.g.e.*, 2020, 289.

⁵⁴⁴ECtHR, *Case of Aksoy v. Turkey*, para. 68.

⁵⁴⁵Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e.*, 2021, 121.

⁵⁴⁶Çağırın, *a.g.e.*, 2020, 289.

yargılanmasının hürriyet ve güvenlik hakkının sağladığı güvenceleri anlamsız hale getireceğini belirtmiş ve tutuklu yargılamaların basın ve ifade hürriyetine de müdahale olduğuna hükmederek, tutuklu yargılamaların durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olmadığına ve orantısız olduğuna karar vermiştir. AİHM de Anayasa Mahkemesi'nin bu davalardaki kararlarına katılmıştır.⁵⁴⁷

Orantılılık testinde, alınacak aykırı tedbirin ortaya çıkan olağanüstü hali bertaraf etmeye yönelik olması esastır. Aykırı tedbirin niteliğinden ziyade bu tedbirin olağanüstü hâl ile ilişkisi önemlidir. *A ve Diğerleri Birleşik Krallık'a Karşı (2009)* davasında Büyük Daire, aykırı bir tedbirin hürriyet hakkı gibi temel bir Sözleşme hakkını ihlal ettiği durumlarda, Mahkemenin, bu tedbirin olağanüstü duruma gerçek bir yanıt olduğu, olağanüstü halin özel şartları tarafından tamamen gerekçelendirildiği ve istismara karşı yeterli güvencelerin sağlandığını konusunda tatmin olması gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁴⁸

Bu davayla ilgili olarak değinilmesi gereken önemli bir husus da Mahkemenin, aykırılık tedbirlerini vatandaşlar ve vatandaş olmayanlar arasında ayırım yapılarak uygulanması nedeniyle orantısız bulmasıdır. Orantılılık kavramının bu şekilde genişletilerek ayrımcılığın temel unsur haline getirilmesine M. E. ÇAĞIRAN, “tedbirler tehlikeyle orantılı olmasına rağmen ayrımcı olabilir veya ayrımcı olmadığı halde orantısız olabilir”⁵⁴⁹ diyerek haklı bir eleştiri getirmektedir.

Orantılılık testinin dikkate aldığı bir diğer husus da uygulanan aykırı tedbirlerin süresidir. AİHS’de konuyla alakalı açık bir hüküm yoktur. *Brannigan ve McBride Birleşik Krallık'a Karşı (1993)* davasında “aykırı tedbir bildirimi yapıldıktan sonra tedbirler geri çekilinceye kadar olağanüstü tedbire ihtiyaç olup olmadığının sürekli şekilde gözden geçirilmesi gerektiği”⁵⁵⁰ ifadesi, aykırı tedbirlerin geçici olduğunun zımnen kabul edilmesi olarak değerlendirilebilirse de *A ve Diğerleri Birleşik Krallık'a Karşı (2009)* davasında Mahkeme, olağanüstü halin yıllarca sürebileceğini ve sırf

⁵⁴⁷Bkz. ECtHR, Case of Şahin Alpay v. Turkey, Application no. 16538/17, Judgment of 20 March 2018, para. 32 ve 108.; ECtHR, Case of Mehmet Hasan Altan v. Turkey, para. 128-129.

⁵⁴⁸ECtHR, Case of A. and Others v. The United Kingdom, Application no. 3455/05, Judgment of 19 February 2009, para. 184.

⁵⁴⁹Çağiran, *a.g.e.*, 2020, 291.

⁵⁵⁰ECtHR, Case of Brannigan and McBride v. The United Kingdom, para. 54.

geçici olmadığı için aykırı tedbirlerin geçersiz sayılamayacağını belirtmiştir.⁵⁵¹ İHK da Genel Yorumunda aykırı tedbirlerin istisnai ve geçici nitelikte olması gerektiğini vurgulamaktadır.⁵⁵²

Bir hukuk kuralının uygulanması esas, askıya alınması ise istisna olduğu için aykırılık tedbirlerinin geçici olması gerektiğine hukuk mantığı ile ulaşılabilir.⁵⁵³ Dolayısıyla aykırı tedbirlere gerekçe teşkil eden olağanüstü hâl durumunun ortadan kalkmasıyla aykırı tedbirlerin sona ermesi gerekir. Aykırı tedbirlerin uzun süreden beri yürürlükte olması tedbirlerin geçici olma niteliğini etkilemez. Çünkü tedbirlerin uygulanması zamanla alakalı olmayıp tedbirlere gerekçe teşkil eden olağanüstü hâl durumunun ortadan kalkıp kalkmamasıyla alakalıdır. Aykırı tedbirlerin alınmasının üzerinden uzun bir zaman geçmesine rağmen olağanüstü hâl ortadan kalkmamış olabilir.

Aykırı tedbirlerin uygulama alanının da olağanüstü halin etkilediği alanla sınırlı kalması gerekir. Aksi halde aykırı tedbirlere başvuran devlet AİHS’den doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olur. AİHM, aykırı tedbirlerin aykırılık tedbiri bildiriminde açıkça zikredilen alanların dışına genişletilmesini kabul etmesi halinde Mahkemenin ilgili maddenin konu ve amacı aleyhine hareket etmiş olacağını söyleyerek, 15. maddenin aykırı tedbirlere “yalnızca durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması” şartıyla izin verdiğini belirtmiştir.⁵⁵⁴

15. maddenin ikinci fıkrası hangi haklarla ilgili aykırılık tedbirlerine başvurulamayacağını düzenleyerek bir kısıtlamaya gitmektedir. AİHS’ye taraf devletler olağanüstü hâl şartlarında dahi meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. madde 1. fıkraya (hayat hakkı), 3. madde 1. fıkraya (işkence yasağı), 4. madde 1. fıkraya (kölelik ve zorla çalıştırma yasağı), 7. maddeye (kanunsuz ceza olmaz), 7 no.lu Protokolün 4. maddesine ve 13 no.lu Protokolün 1. maddesine aykırı tedbirler alamazlar. Benzer düzenlemeler MSHS⁵⁵⁵ ve Amerikan İnsan Hakları

⁵⁵¹ECtHR, Case of A. and Others v. The United Kingdom, para. 178.

⁵⁵²UN Human Rights Committee, General Comment No. 29, para. 2.

⁵⁵³Çağırın, *a.g.e.*, 2020, 291.

⁵⁵⁴ECtHR, Case of Sakık and Others v. Turkey, Application no. 87/1996/706/898-903, Judgment of 26 November 1997, para. 39.

⁵⁵⁵Bkz. İnternet: International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Article 4, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, E. T: 16.12.2021

Sözleşmesi'nde⁵⁵⁶ de genişletilmiş şekilde yer almaktadır. Bazı hakların bu şekilde dokunulmaz olarak belirlenmesi, “haklar arasında bir hiyerarşi olduğunun zımnen ifade edilmesidir ve uluslararası teamül hukuku normu hatta buyruk kural (jus cogens) olduğunun kanıtıdır”, şeklinde değerlendirmeler yapılmasına yol açmıştır.⁵⁵⁷

İHK, 24 ve 29 no'lu Genel Yorumunda MSHS'ye çekince konulmasını ve olağanüstü hâl durumlarında aykırılık tedbiri alınmasını değerlendirirken MSHS'deki haklar arasında önem bakımından bir hiyerarşi olmadığını vurguladıktan sonra bazı hakların olağanüstü hâl durumunda dahi askıya alınamayacağını belirtmiştir. İHK yaptığı değerlendirmede, hayat hakkı ve işkence yasağı gibi hakların dokunulmaz haklar olarak nitelenmesinin bu hakların buyruk kural olarak tanınması şeklinde değerlendirilebileceğini fakat dokunulmaz haklara eklenen diğer bazı hakların buyruk kural olarak görülmelerinden ziyade bu hakları askıya almakla olağanüstü halin meşru şekilde kontrol edilmesi arasında bir alakanın olmaması, bazı hakları askıya almanın pratik olarak mümkün olmaması ve bazı haklar olmaksızın hukukun üstünlüğünden söz edilemeyecek olması gibi gerekçelere dayanmıştır.⁵⁵⁸ İHK'nin gerekçeleri değerlendirildiğinde gerçekten de işkence yasağını askıya almakla veya hayat hakkını ortadan kaldırmakla, olağanüstü hali bertaraf etmek arasında meşru bir ilişki kurmak mümkün değildir. Aynı şekilde, kanuni dayanak olmadan ceza tatbik edilen bir düzende hukukun üstünlüğünden de söz edilemez.

Aykırılık tedbirleriyle ilgili başka bir kısıtlama da tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülöklere ters düşmemesi şartıdır fakat bu şarta uygun olmamanın hangi hallerde aykırı tedbirleri geçersiz kılacağı konusu belirsizdir.⁵⁵⁹ “Uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlölükler” ifadesini teamül hukuku, hukukun genel ilkeleri ve insancıl hukuk kurallarını kapsayacak şekilde geniş olarak anlamak mümkün ise de AİHM'nin, devletlerin açık uzlaşısına veya açık uluslararası içtihat hukukuna

⁵⁵⁶İnternet: American Convention on Human Rights, Article 27 (Suspension of Guarantees), <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, E. T: 22.04.2020

⁵⁵⁷Schabas, William A. (2015). *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford: Oxford University Press, 592-593.

⁵⁵⁸ UN Human Rights Committee, General Comment No. 24 : Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para. 10.; UN Human Rights Committee, General Comment No. 29, para. 11.

⁵⁵⁹Fawcett, J. E. S. (1969). *The Application of the European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford: Oxford, 250.

dayanmadan, sözleşme hukukunun kapsamı dışına çıkması pek olası görünmemektedir.⁵⁶⁰ Dolayısıyla bu ifadenin kapsamını akit devletlerin taraf olduğu MSHS ve varsa diğer insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

AIHS'nin 15. maddesi çerçevesinde aykırı tedbirlere başvuran devlet eğer MSHS'ye de taraf ise alacağı aykırı tedbirlerin MSHS'ye de uygun olması gerekir. AIHS'nin 53. maddesi de Sözleşme hükümlerinin akit devletin taraf olduğu diğer sözleşmelerden doğan insan hakları ve temel hürriyetleri kısıtlayacak şekilde yorumlanamayacağını söyleyerek, 15. maddedeki “uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler ters düşmeme” şartını pekiştirmektedir.

AIHM aykırılık tedbirleriyle ilgili karar verirken akit devletin taraf olduğu diğer sözleşmeleri de dikkate almakta fakat diğer sözleşme hükümlerinin birebir yerine getirilmesini istemek yerine kendince yorumlayarak karar vermektedir. Mesela bir davada, MSHS 4. maddedeki olağanüstü halin resmen ilan (official proclamation) edilmesi şartını davalı devlet yerine getirmediği için aykırılık tedbirlerinin geçersizliğini ileri süren davacının iddiasını, İçişleri Bakanı'nın aykırı tedbirleri gerektiren gerekçelerle ilgili Avam Kamarası'nda yaptığı konuşmayı resmi ilan olarak değerlendirerek, reddetmiştir.⁵⁶¹

Aykırı tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili son şart tedbirlerin ayrımcı olmamasıdır. Aykırılık tedbirlerini düzenleyen 15. maddede ayrımcılık yasağıyla ilgili bir hüküm olmamasına rağmen ayrımcılık yasağı AIHS'nin uygulanmasını yöneten temel ilkedir.⁵⁶² AIHM de ayrımcılık yasağının orantılılık ilkesi çerçevesinde Sözleşme'de zımnen var olduğunu belirterek *A ve Diğerleri Birleşik Krallık'a Karşı (2009)* davasında aykırı tedbirlerin ayrımcı şekilde uygulanmasının orantılılık ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁵⁶³

AIHS'nin 14. maddesi, hak ve hürriyetlerden yararlanmada cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum vb. gerekçelerle ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla

⁵⁶⁰Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 1998, 741.

⁵⁶¹ECtHR, Case of Brannigan and McBride v. The United Kingdom, para. 73.

⁵⁶²Çağırın, *a.g.e.*, 2020, 293.

⁵⁶³ECtHR, Case of A. and Others v. The United Kingdom, para. 190.

hak ve hürriyetlerle ilgili alınacak aykırı tedbirlerin veya getirilecek kısıtlamaların da ayrımcı olmaması gerekir.

İHK ayrımcılık yasağıyla ilgili 18 no'lu Genel Yorumunda ayrımcılığı şu şekilde tanımlamaktadır: "...Sözleşme'de kullanıldığı şekliyle "ayrımcılık" teriminin, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statüye sahip olan ve tüm hak ve hürriyetlerin tüm kişiler tarafından eşit olarak tanınmasını, kullanılmasını veya yararlanmasını geçersiz kılma veya zayıflatma amacı veya etkisi olan, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler gibi herhangi bir temele dayanan bir ayırım, dışlama, kısıtlama veya öncelik ima ettiği şeklinde anlaşılması gerektiğine inanmaktadır."⁵⁶⁴

Daha basit bir tanım yaparsak, ayrımcılık, benzer durumlarda nesnel ve makul bir gerekçe olmadan kişilere farklı muamele etmektir.⁵⁶⁵ Devletler, farklı muamelenin haklı olup olmadığını ve ne ölçüde haklı olduğunu belirlemede takdir payına sahiptir fakat bu payın kapsamı, olgulara, şartlara ve konuya bağlı olarak değişiklik gösterebilir.⁵⁶⁶ Yapılan farklı muamelenin ayrımcı olduğu konusunda akit devletler arasında uzlaşma olup olmaması da devlete tanınan bu takdir payını genişletip daraltabilmektedir.

4.2.2. Sınırlandırma tedbirleri

Aykırılık tedbirlerinde usule ve esasa ilişkin şartların yerine getirilmesiyle bireyin bazı haklardan yararlanması askıya alınırken sınırlandırma tedbirlerinde hakkın kullanılması bazı sebeplerle kısıtlanmaktadır. Hakkın sahipleri kısıtlı da olsa ilgili haktan yararlanmayı sürdürürler. AIHS'nin 16 ve 18. maddeleri *yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması ve haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlandırılması* konularında genel bir düzenleme yapmaktadır.

16. madde, 10 ve 11. maddelerin ikinci paragraflarındaki sınırlandırma düzenlemelerine ek olarak yabancıların taraf devletin ülkesindeki siyasi faaliyetlerinin kısıtlanmasını düzenlemektedir. Bu kapsamda, ifade hürriyeti, dernek kurma ve

⁵⁶⁴ UN Human Rights Committee, General Comment No. 18 : Non-discrimination, CCPR/C/21/Rev.1/Add.1., para. 7.

⁵⁶⁵ Her farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmeyeceği gibi her eşit muamele de ayrımcılık yapılmadığı anlamına gelmez. Mesela pozitif ayrımcılık bazı kişilere farklı muamele anlamına gelse de ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmez.

⁵⁶⁶ Schabas, *a.g.e.*, 2015, 567.

toplantı hürriyeti ile ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşme hükümlerinin, yabancıların siyasi faaliyetlerini kısıtlamada engel teşkil etmediği belirtilmektedir.⁵⁶⁷

Sınırlandırma tedbiri içeren maddi haklarla birlikte kullanılabilen tali nitelikteki 18. madde, devletin bir hakka sınırlandırma getirmesindeki amaca odaklanarak sınırlandırma tedbirlerinin kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlar.⁵⁶⁸ Sınırlandırma tedbirleri ancak Sözleşme'nin öngördüğü amaçlar için uygulanmalıdır. Başka bir ifadeyle, sınırlandırma tedbiri keyfi olamaz veya gizli bir amaç için kullanılamaz. Tali nitelikte olmasına rağmen birlikte kullanıldığı diğer hükümle ilgili ihlal bulunmasa dahi 18. maddeyle ilgili ihlal kararı verilebilir.⁵⁶⁹

AİHM içtihadında, 18. maddenin ilişkili olduğu sınırlandırma tedbiri içeren maddi haktan ayrı olarak açılan davalar genellikle Rusya aleyhine olmuştur.⁵⁷⁰ Bu davalarda tutuklama veya gözaltı işlemlerinin, yürütülen soruşturmalardan ayrı olarak bireyi başka bir şeye zorlamak için araç olarak kullanıldığı ileri sürülmüştür. Örneğin *Gusinsky Rusya'ya Karşı (2004)* davasında, davacıya, eğer sahip olduğu medya şirketindeki hisselerini devlet kontrolündeki bir şirkete satmayı kabul ederse hakkındaki suçlamaların geri çekileceği söylenmiştir. AİHM, ceza soruşturması ve tutukluluk halinin devamı gibi konuların ticari pazarlık stratejisinin aracı olarak kullanılmasının kamu hukukuyla ilgili konuların amaçları arasında olmadığını söyleyerek, 18. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁵⁷¹

5. maddenin 1-c paragrafı “kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması” amacıyla kişinin hürriyet ve güvenlik hakkının sınırlandırılmasına izin vermektedir. Mahkeme, 5. maddenin ihlal edilmediğine karar verseydi dahi hürriyet ve güvenlik hakkı öngörülen amaçtan farklı bir amaçla sınırlandırıldığı için 18. maddenin ihlali yönünde karar verecekti ve nitekim ihlal kararını da vermiştir.

⁵⁶⁷Çağırın, *a.g.e.*, 2020, 296.

⁵⁶⁸Schabas, *a.g.e.*, 2015, 624.

⁵⁶⁹Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e.*, 2021, 128.

⁵⁷⁰Bkz. *Case of Gusinskiy v. Russia (2004)*; *Case of Khodorkovskiy v. Russia (2011)*;); *Case of Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (2013)*

⁵⁷¹ECtHR, *Case of Gusinskiy v. Russia*, Application no. 70276/01, Judgment of 19 May 2004, para.76.

18. madde, tali olmasının yanı sıra Sözleşmede açıkça belirtilmeyen sınırlandırıcı yorumları engellemesi, devletin takdir yetkisini sınırlandırması ve sınırlandırma tedbirleri alınırken iyi niyetle hareket edilmesi gerektiğini vurgulaması bakımından önemlidir.⁵⁷² Sınırlandırma tedbiri uygulayan devletin öngörülenden başka bir amacı olduğunu ispat etmek, hakkı kısıtlanan taraf için önemli ölçüde zorluk oluşturmaktadır. Özellikle meşru bir amacın arkasına saklanan dolaylı veya gizli bir amacı tespit etmek kolay olmamaktadır. Birden çok amacın mümkün olduğu durumlarda AİHM, hangi amacın baskın olduğuna bakarak karar vermektedir. Eğer AİHS’de öngörülen amaç baskın ise başka bir amacın varlığı ihlal için yeterli olmamaktadır. Aynı şekilde, eğer gizli amaç baskın ise öngörülen amacın varlığı ihlal kararını engellememektedir.⁵⁷³

Sınırlandırma tedbirleriyle ilgili bu genel düzenlemelerden sonra belirtmek gerekir ki bir hakkın kullanılması esas sınırlandırılması ise istisnadır. İstisnalar kuralı ortadan kaldıracak şekilde geniş yorumlanamaz. Bir yorum ilkesi olarak istisna dar yorumlanmalıdır.⁵⁷⁴

AİHS metni maddi hakların sınırlandırılmasında farklı yöntemler kullanılarak hazırlanmıştır. Bazı maddeler belirli durumları ilgili hakkın koruması dışında tutacak şekilde düzenlenmiştir. Mesela hayat hakkı düzenlenirken, a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması” gibi durumlardan kaynaklanan ölümleri hakkın koruması dışında tutmuştur.

Başka bir örnek olarak kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, a) Sözleşme’nin 5. maddesinde öngörülen şartlara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş; b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet; c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz

⁵⁷²Çağiran, *a.g.e*, 2020, 296

⁵⁷³Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e*, 2021, 130.

⁵⁷⁴Gözler, *a.g.m*, 2012, 59.; Çağiran, *a.g.e*, 2020, 296.

veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet; d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet, yasağın kapsamı dışında tutulmuştur.⁵⁷⁵

Başka bir yöntem olarak bazı durumlarda ilgili maddenin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Örneğin, kişinin yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması⁵⁷⁶ durumunda hürriyet ve güvenlik hakkı çiğnenmiş olmayacaktır. Bir başka yöntem olarak da belirli hukuki statüdeki şahısların haktan yararlanamayacağı ilgili maddede açıkça düzenlenmektedir. Örneğin 16. maddede yabancıların siyasal etkinliklerinin sınırlandırılabilceği açıkça belirtilmektedir.⁵⁷⁷

8'den 11'e kadar olan maddeler ise hakkın sınırlandırılması için gerekli şartlar ayrı paragrafta sayılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu türden bir düzenlemenin sonucu olarak her hakkın kısıtlanması, Sözleşme hükmüyle açıkça gerekçelendirilmeyi ve ilgili maddede belirtilen özel sınırlandırma şartlarına uygunluğu gerektirir. Bazı maddi hakların sınırlandırılabilmesinin altında ulusal güvenlik, toprak bütünlüğünün korunması, ulusun refahının sağlanması, sağlık ve ahlakın muhafazası, kargaşa ve suçun önlenmesi gibi kamusal menfaatlerin yanı sıra başkalarının şöhret ve haklarının korunması gibi özel menfaatleri de içeren gerekçeler yatmaktadır. Sınlandırma tedbirleri uygulanabilecek haklar ve sınırlandırma amaçları şu şekildedir:

Özel ve aile hayatına saygı hakkı (8. madde), ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla,

Düşünce, vicdan ve din hürriyeti (9. madde), kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla,

İfade hürriyeti (10. madde), ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi,

⁵⁷⁵Bkz. AİHS Madde 2 (2) ve Madde 4 (3).

⁵⁷⁶AİHS 5. madde (1-a,b,c,d,e,f) paragraflarında ilgili hakkın ihlaline yol açmayacak durumlar sayılmaktadır.

⁵⁷⁷Greer, S. (1997). The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, *Human rights files No. 15*, Council of Europe Publishing, 5.

sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması amacıyla,

Toplantı ve dernek kurma hürriyeti (11. madde), ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla, bu haklar sınırlandırmaya tabi tutulabilirler.⁵⁷⁸

Sınırlandırılan maddi haklarla ilgili AİHM, üç kritere bakarak sınırlandırma tedbirlerini değerlendirmektedir. Bu kriterler, (a) sınırlandırmanın kanunun öngördüğü şekilde olması (prescribed by law), (b) sınırlandırmanın meşru bir amaç için yapılması (legitimate aim) ve (c) sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığıdır (necessary in a democratic society).

AİHM, devletin eylemsizliğinden kaynaklandığı iddia edilen ihlallerle ilgili pozitif yükümlülük konularında bu kriterlere bakmadan doğrudan devlet rekabet halinde kamu ve özel çıkarlar arasında adil bir denge kurup kurmadığına bakabilmektedir. Bunun temel nedeni, devletin eylemsizliğinin hukukiliğini veya meşru amacını değerlendirmenin zorluğudur.⁵⁷⁹

4.2.2.1. Sınırlandırmanın kanunun öngördüğü şekilde yapılması

“Kanunun öngördüğü şekilde” ifadesi sınırlandırma tedbiriyle ilgili ulusal hukukta düzenleme olması demektir.⁵⁸⁰ Böylece devletin hak ve hürriyetleri sınırlandırırken keyfi uygulamalarda bulunması yasama ve yargı eliyle engellenmiş olacaktır. Örneğin, özgü hürriyet ve güvenlik hakkının sınırlandırılması anlamına gelen gözaltı veya tutuklama tedbiri Türk mevzuatına göre Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmiştir.⁵⁸¹

⁵⁷⁸Ana Sözleşmeye ek olarak, 4 no’lu Protokol’ün 2. maddesi ve ek 7 Numaralı Protokol’ün 1. maddesi de bu maddelerde sayılan gerekçelerle sınırlandırılabilir.

⁵⁷⁹Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e.*, 2021, 349.

⁵⁸⁰Buradaki “kanun” kelimesi yalnızca Anayasa veya yasa (statute) anlamında kullanılmayıp hiyerarşik olarak yasanın altındaki düzenlemeleri, içtihadı, örf ve adet hukukunu, mesleki düsturları ve antlaşmaları da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bkz. ECtHR, Case of Kafkaris v. Cyprus, Application no. 21906/04, Judgment of 12 February 2008, para. 139.

⁵⁸¹Bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu 91 ve 100. Madde.; Bu konuyla ilgili olarak T.C Anayasası’nın 19. maddesi de “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve

AIHM, ulusal hukukun ulusal mahkemelerce yapılan yorumunu –açık bir hukuki hata olmadıkça- kabul etmek durumundadır.⁵⁸² Bu aynı zamanda ikincilik ilkesinin de gereğidir. Fakat sınırlandırma tedbirinin ulusal hukukta düzenlenmiş olmasıyla yetinmeyen AIHM, tedbire cevaz veren kanunun niteliğiyle de (quality of law) ilgilenmektedir. Mahkeme, sınırlandırmaya dayanak oluşturan ulusal mevzuattaki düzenlemelerin niteliğini, erişilebilirlik (accessibility) ve öngörülebilirlik (foreseeability) yönünden değerlendirir.

Sınırlandırmaya dayanak oluşturan açık bir mevzuatın varlığı ve bu mevzuatın yayımlanmış ve erişime açık olması erişilebilirlik şartının sağlanması için gereklidir. *Silver ve Diğerleri Birleşik Krallık'a Karşı (1983)* davasında AIHM, hapishane yöneticilerine gönderilen İçtüzük ve Genelgeler yayımlanmadığı ve kamunun ve mahkumların erişimine açık olmadığı için erişilebilirlik kriterini sağlamadığına hükmederek, bahsi geçen İçtüzük ve Genelgeleri, özel ve aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılabilmesi için gereken “kanunun öngördüğü şekilde” olma şartındaki “kanun” anlamında değerlendirmemiş ve sınırlandırmaya dayanak olarak kabul etmemiştir.⁵⁸³

Kanunun niteliğiyle ilgili AIHM’nin değerlendireceği ikinci husus olan öngörülebilirlik, (a) Yasal hüküm, vatandaşın belirli bir eyleminin yol açabileceği sonuçları makul bir şekilde öngörmesini sağlayacak kadar kesin formüle edilmiş mi? , (b) Kanun, ilgili maddi haklara keyfi müdahaleye karşı yeterli güvenceler sağlıyor mu?, sorularının cevaplarını araştırır. Öngörülebilirlik testi (test of foreseeability) olarak adlandırılan bu işlem ilk olarak, genel terimlerle düzenlenen mevzuat hükümlerinin sıradan bireyler tarafından ve eğer gerekiyorsa hukuki yardım da alarak anlayıp ve yorumlayıp davranışlarını buna göre düzenlemesine imkan verecek kesinlikte olup olmadığını araştırır.

kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.” diyerek kanuna işaret etmektedir.

⁵⁸²ECtHR, Case of Roche v. The United Kingdom, Application no. 32555/96, Judgment of 19 October 2005, para. 120.

⁵⁸³ECtHR, Case of Silver and Others v. The United Kingdom, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75;7136/75, Judgment of 25 March 1983, para. 87-93.

Hukuk kurallarını mutlak açıklıkta formüle etmek her zaman mümkün olmadığı için ve hukukun mahkemeler eliyle geliştirilmesi gerekebileceği için kuralların esnekliği bir dereceye kadar gereklidir.⁵⁸⁴ *Vogt Almanya'ya Karşı (1995)* davasında AİHM, mevzuatın gerektirdiği açıklık düzeyinin, büyük ölçüde söz konusu belgenin içeriğine, kapsamak üzere tasarlandığı alana ve hitap ettiği kişilerin sayısı ve durumuna bağlı olduğunu söyleyerek⁵⁸⁵, hukuk kurallarının genellikle kaçınılmaz olarak belirli bir takdir payı gerektirdiğini ifade etmiştir. Mahkeme hukuk kurallarıyla ilgili belirli bir takdir payı olması gerektiğini kabul etse de takdir içeren kuralın takdirin kapsamını da belirtmek zorunda olduğunu vurgulamıştır.⁵⁸⁶

Örneğin *Malone Birleşik Krallık'a Karşı (1984)* davasında AİHM, iletişime müdahale yetkisinin hangi unsurlarının hukuk kurallarına dahil edildiği ve hangi unsurların yürütmenin takdirinde kaldığı İngiltere ve Galler kanununa bakarak makul kesinlikte bilinemeyeceği için haberleşmeye yapılan müdahale ulusal mevzuata göre hukuki de olsa öngörülebilir olmadığı için “kanunun öngördüğü şekilde” olma şartının sağlanmadığına karar vermiştir.⁵⁸⁷

Leander İsveç'e Karşı (1987) davasında AİHM, Personel Kontrol Yönetmeliği'nin Emniyet Genel Müdürlüğü'ne hangi bilgilerin kaydedileceğine dair geniş bir takdir payı tanıdığını fakat bu takdir payının kapsamının, Anayasa'da yer alan yasağa tekabül eden ikinci fıkra ile önemli hususlarda kanunla sınırlandırılmış olduğunu dahası Yönetmeliğin, hangi bilgilerin verilebileceği, bilgilerin hangi makamlara iletilebileceği, bu tür bir iletişimin yapılabileceği durumlar ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nün bilgi verme kararı alırken izleyeceği prosedüre ilişkin açık ve ayrıntılı hükümler içerdiğinden hareketle, İsveç yasalarının vatandaşlara, personel kontrol sistemi altında bilgi toplama, kaydetme ve yayınlama konusunda sorumlu makamlara tanınan takdir yetkisinin kapsamı ve kullanım şekli hakkında yeterli bir gösterge

⁵⁸⁴Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 1998, 769.

⁵⁸⁵ECtHR, Case of Vogt v. Germany, Application no. 17851/91, Judgment of 26 September 1995, para. 48.

⁵⁸⁶ECtHR, Case of Silver and Others v. The United Kingdom, para. 88.

⁵⁸⁷ECtHR, Case of Malone v. The United Kingdom, Application no. 8691/79, Judgment of 2 August 1984, para. 79-80.

verdiğini dolayısıyla müdahalenin kanunun öngördüğü şekilde olduğuna karar vermiştir.⁵⁸⁸

AIHM, özellikle ulusal güvenlikle ilgili konularda öngörülebilirlik kriterinin diğer alanlardakiyle aynı şekilde değerlendirilemeyeceğini ve bireyin davranışlarını uyarlayabilmesi için yetkililerin gizli gözetime başvurma olasılığının ne zaman olacağını öngörebilmesi gerektiği anlamına gelmediğini⁵⁸⁹ kabul etse de kamu otoritesinin özel hayata hangi şartlarda gizli gözetim vasıtalarıyla müdahale edebileceğinin ve bilgi toplayabileceğinin vatandaşlara yeterince açık şekilde kanun tarafından gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme ek olarak, kamu denetiminin olmaması ve herhangi bir gizli gözetleme sisteminin doğasında bulunan kötüye kullanım riski nedeniyle, suiistimleri önlemek için kanunda, olası tedbirlerin niteliği, kapsamı ve süresi, bu tedbirlerin alınması için gerekli gerekçeler, bunlara izin vermeye, uygulamaya ve denetlemeye yetkili makamlar ve ulusal hukuk tarafından sağlanan tedbirler gibi güvencelerin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁹⁰

4.2.2.2. Sınırlandırmanın meşru bir amaç için yapılması

AIHM hakların sınırlandırılmasıyla ilgili kanuni dayanak olduğu kanaatine ulaştıktan sonra yapılacak sınırlandırmanın ilgili maddi hakla ilgili hükümde sayılan meşru amaçlara göre yapılıp yapılmadığını denetler. 8 ve 11. maddelerde sınırlandırmaya gerekçe teşkil eden meşru amaçlar, kamu ve özel menfaatleri koruyan amaçlar olmak üzere iki ayrı kategoride toplanabilir.⁵⁹¹ Yani sınırlandırmanın amacı keyfiyet değil kamusal veya özel bir menfaatin korunmasıdır. Buna mukabil, korunmak istenen menfaat ister kamusal ister özel olsun aşırıya kaçmamak gerekir. Dolayısıyla geniş yorumlanması halinde AIHS'nin amaçladığı korumayı hayali hale getirecek olan kavramlar barındıran bu meşru amaçların, içtihat yoluyla kapsam ve sınırlarının açıkça tanımlanması gerekir.⁵⁹²

⁵⁸⁸ECtHR, Case of Leander v. Sweden, Application no. 9248/81, Judgment of 26 March 1987, para. 54-57.

⁵⁸⁹ECtHR, Case of Leander v. Sweden, para. 51.

⁵⁹⁰ECtHR, Case of Shimovolos v. Russia, Application no. 30194/09, Judgment of 21 June 2011, para. 68.

⁵⁹¹Greer, *a.g.e.*, 1997, 18.

⁵⁹²Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, 1998, 771.

İlgili maddi hakların ikinci paragraflarında sayılan meşru amaçlar genellikle birbirleriyle aynı terimlerle ifade edilmiş veyahut esasta değişiklik getirmeyen farklı terimler kullanılmıştır. Sayılan meşru amaçların bazıları birbiriyle örtüşürken bazıları da birbirini kapsamaktadır. Örneğin ulusal güvenlik kavramı içerisinde toprak bütünlüğünü de barındırmaktadır. Bazı amaçlar ise sadece bir maddi hakkın sınırlandırılmasında kullanılmakta diğer maddi hakların sınırlandırılmasında gerekçe teşkil etmemektedir.⁵⁹³ Örneğin ekonomik hususlar yalnızca özel ve aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasında meşru bir amaç olarak değerlendirilmektedir. Tüm bu benzerlik ve farklılıkların daha iyi anlaşılabilmesi için meşru amaçlar aşağıda daha detaylı olarak incelenecektir.

4.2.2.2.1. Ulusal güvenlik

Ulusal güvenlik kavramı oldukça geniş bir kavramdır. AİHM, ulusal güvenlik için korunması gereken menfaatlerin ne olduğunu devletlere bırakarak bu konuda geniş bir takdir payı tanımıştır. Ulusal güvenlik, devletin güvenliğini ve demokratik anayasal düzeni iç ve dış tehditlere karşı korumak şeklinde tanımlanabilir. Terörizmle mücadelede espionaj faaliyetlerine, toprak bütünlüğüne saldırıdan darbe girişimlerine kadar geniş bir alanı kapsayabilen ulusal güvenlik kavramı, hakların sınırlandırılabilmesi için devletlere oldukça fazla alan açmaktadır. Teknolojik gelişmelere bağlı olarak ulusal güvenliğin kapsadığı alanlar da genişlemekte ve değişmektedir.

Örneğin *Big Brother Watch ve Diğerleri Birleşik Krallık'a Karşı (2021)* davasında AİHM, gizli izleme sistemleriyle ilgili içtihatları kararların üzerinden on yıl geçtiğini ve bu süre zarfında teknolojik gelişmelerin iletişimi oldukça değiştirdiğini kabul etmiştir. Geçmişte dava konusu olan hedef olarak izlemenin (targeted surveillance) yerini toplu izleme (bulk surveillance) sisteminin aldığını ve bu iki sistemin birbirlerinden önemli ölçüde farklı olduklarını belirten Mahkeme⁵⁹⁴, 8. maddenin toplu izleme sistemini yasaklamadığını fakat bu sistemlerin kullanılmasında devlete tanınan takdir payının daha dar olması gerektiğini ve hedef olarak izleme sistemi için

⁵⁹³Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e.*, 2021, 354.

⁵⁹⁴ECtHR, Case of Big Brother Watch And Others v. The United Kingdom, Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, Judgment of 25 May 2021, para. 341-344.

belirlenen suiistimal güvencelerinin toplu izleme sistemine uyarlanması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁹⁵

Ulusal güvenliği korumak için kullanılan gizli izleme sistemlerinin, demokratik süreçlerin işlemlerini savunma bahanesiyle aslında bu süreçleri zayıflatmak hatta yok etmek için kullanılabileceğini belirten AİHM, suiistimale karşı yeterli ve etkili güvenceler olduğu konusunda Mahkemenin tatmin olması gerektiğini ifade ederek, yetkinin kötüye kullanılmasını önlemek için kanunda belirtilmesi gereken şu asgari şartları belirlemiştir: (i) bir izleme emrine yol açabilecek suçların niteliği; (ii) iletişimlerinin izlenmesi ihtimali olan kişi kategorilerinin tanımı; (iii) müdahale süresine ilişkin bir sınır; (iv) elde edilen verilerin incelenmesi, kullanılması ve saklanması için izlenecek prosedür; (v) verilerin diğer taraflara iletilmesi sırasında alınması gereken önlemler; (vi) ele geçirilen verilerin silinebilmesini veya imha edilmesini gerektiren durumlar.⁵⁹⁶

AİHM toplu izleme sisteminin farklılığını dikkate alarak asgari şartlara yeni ilaveler yaparak içtihadı genişletmiş ve ulusal mevzuatta bu şartların varlığını aramıştır. Bu yeni şartlar: 1. Toplu izlemeye izin veren gerekçeler; 2. Bireyin iletişiminin ele geçirilebileceği durumlar; 3. İzlemeye izin verilmesi için izlenecek prosedür; 4. Ele geçirilen materyalin seçimi, incelenmesi ve kullanımı için izlenecek prosedürler; 5. Materyal diğer taraflara iletilirken alınması gereken önlemler; 6. İzleme süresinin sınırları, ele geçirilen materyalin saklanması ve bu tür materyallerin silinmesi ve yok edilmesi için gereken şartlar; 7. Yukarıdaki güvencelere uyum konusunda bağımsız bir makam tarafından yapılacak denetime ilişkin prosedürler ve kurallar ve bağımsız makamın uyumsuzluğa karşı ihtar yetkisi; 8. Olayın vukuundan sonra uyumluluğun bağımsız şekilde incelenmesi için gereken prosedürler ve uyumsuzluk durumlarını ele almak için yetkili organa verilen yetkiler.

Bu asgari şartların yanı sıra AİHM, dava konusu mevzuatın 8. maddeyi ihlal edip etmediğini belirlerken, gizli izleme önlemlerinin uygulanmasının denetimine yönelik düzenlemeleri, bildirim mekanizmalarını ve ulusal hukukta öngörülen kanun yollarını da göz önünde bulundurmaktadır.

⁵⁹⁵ECtHR, Case of Big Brother Watch And Others v. The United Kingdom, para. 347.

⁵⁹⁶ECtHR, Case of Weber And Saravia v. Germany (Decision of Admissibility), Application no. 54934/00, para. 95.

Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı (1998) davasında ulusal güvenlik kavramı toprak bütünlüğünü kavramıyla birlikte değerlendirilmiştir. Parti programında Türkler ve Kürtler arasında ayırım yaparak açıkça ayrı bir Kürt ulusu yaratma gayesinin varlığı ve dolayısıyla partinin Türk devletinin topraklarını yeniden dağıtmanın peşinde olduğu kanaatine ulaşan Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılan AİHM, ulusal güvenliğin korunması için söz konusu partinin kapatılmasında 11. maddede sayılan meşru amaçlardan en az birinin var olduğunu kabul etmiştir.⁵⁹⁷ Bir başka parti kapatma davası olan *Rus Cumhuriyetçi Partisi Rusya'ya Karşı (2011)* davasında da toprak bütünlüğünü korumanın ulusal güvenlik kavramıyla yakından bağlantılı olduğunu teyit etmiştir.⁵⁹⁸

Ulusal güvenliğe nelerin tehdit oluşturduğunu belirleme konusunu devlete bırakan AİHM, hakları sınırlandırmakta kullanılan meşru amaçların yalnızca ait olduğu maddi hak kapsamında kullanılmasına izin vererek devletin bu konudaki takdir payını kısıtlamaktadır. *Nolan ve K Rusya'ya Karşı (2009)* davasında AİHM, davacının dini faaliyetlerinin ulusal güvenliğe tehdit oluşturduğu yönündeki Rusya'nın iddialarını, düşünce, vicdan ve din hürriyetinin (9. madde) sınırlandırılma gerekçeleri arasında 8, 10 ve 11. maddelerden farklı olarak ulusal güvenlik kavramının yer almadığını belirterek kabul etmemiştir.⁵⁹⁹

4.2.2.2.2. Toprak bütünlüğü

Maddi hakların sınırlandırılmasına gerekçe teşkil eden meşru amaçlardan toprak bütünlüğü yalnızca ifade hürriyetiyle ilgili 10. madde de yer almaktadır. Toprak bütünlüğünün korunması, ulusun parçalanmasına yönelik tüm faaliyetlere karşı devletlerin kendilerini koruyabilmeleri amacıyla Türk temsilcinin önerisiyle ve azınlıkların demokratik yollarla kendi görüşlerini yayımlamalarını sınırlandırmama şartıyla, hazırlık çalışmalarında 10. maddeye eklenmiştir.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ECtHR, Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, para. 40-41.

⁵⁹⁸ECtHR, Case of Republican Party of Russia v. Russia, para. 101.

⁵⁹⁹ECtHR, Case of Nolan and K. v. Russia, Application no. 2512/04, Judgment of 12 February 2009, para. 73.

⁶⁰⁰Internet: European Commission of Human Rights, Preparatory work on Article 10 of the the European Convention on Human Rights, 17 August 1956, s. 13, [https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_10_DH\(56\)15_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_10_DH(56)15_ENG.PDF), E. T: 25.02.2022

Toprak bütünlüğü kavramının diğer maddelerde sınırlandırma gerekçesi olarak yer almaması kavramın kapsamını sınırlandırmış gibi görünse de kavram genellikle ulusal güvenlik kavramıyla birlikte değerlendirildiği için bu durumun pratikte ortadan kalktığı söylenebilir.⁶⁰¹ AİHM, toprak bütünlüğü kavramını şiddet tehdidi veya düzensizlik (disorder) çıkarmaya yönelik ifadelerin varlığıyla değerlendirmektedir. İfade hürriyetini demokrasinin temel dayanaklarından birisi olarak gören AİHM, bu hürriyetin yalnızca olumlu karşılanan veya zararsız veya önemsiz olarak görülen "bilgi" veya "fikirler" için değil, aynı zamanda rahatsız edici, şok edici veya rahatsız edici olan fikirler için de geçerli olduğunu belirtmiştir.⁶⁰²

Karataş Türkiye'ye Karşı (1999) davasında, yayımlanan şiir antolojisinde kullanılan ifadelerin ulusal güvenliğe ve toprak bütünlüğüne karşı tehdit oluşturduğu yönündeki Türkiye'nin iddialarına karşılık AİHM, şiirlerde geçen bazı ifadelerin, davacının okuyucuyu Türk devletine karşı ayaklanmaya ve ayrılıkçı gerekçelerle şiddeti desteklemeye cesaretlendirdiği hatta çağırdığı şeklinde anlaşılabileceğini kabul eden AİHK görüşüne rağmen, kullanılan aracın şiir olması ve sanatsal ifadeler içermesi ayrıca sınırlı sayıda okuyucuya ulaşacağı için ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü üzerindeki etkilerinin kitle iletişim araçlarına nazaran daha kısıtlı olması gerekçesiyle, verilen mahkumiyet kararını orantısız ve demokratik toplumda gerekli olmayan bir müdahale olarak değerlendirmiştir.⁶⁰³

Mahkeme, şiirlerde yer alan ifadelerin özünden daha çok ifade edildikleri biçimi değerlendirme yoluna gitmiş ve ifade hürriyetinin sanatsal ifade özgürlüğünü de kapsadığını belirterek: “ 10. maddenin sadece ifade edilen fikir ve bilgilerin özünü değil, aynı zamanda iletildikleri biçimi de koruduğu unutulmamalıdır.”, demiştir.⁶⁰⁴ Şiirlerde kullanılan ifadelerin, bariz bir siyasi boyutu olduğunu ve Türkiye'deki Kürt kökenli nüfusun büyük bir kısmıyla ilgili hoşnutsuzlukları aktardığını değerlendiren Mahkeme, 10. Maddenin 2. paragrafının, siyasi konuşma veya kamu yararına ilişkin konulardaki tartışmalara ilişkin kısıtlamalar için çok az alan sağladığını hatırlatarak, hükümete yönelik eleştiri sınırlarının özel şahıslara veya siyasetçilere yönelik eleştiri sınırından daha geniş olduğunu ifade etmiştir.

⁶⁰¹Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e.*, 2021, 357.

⁶⁰²ECtHR, Case of Karataş v. Turkey, Application no. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, para. 48.

⁶⁰³ECtHR, Case of Karataş v. Turkey, para. 52.

⁶⁰⁴ECtHR, Case of Karataş v. Turkey, para. 49.

Mahkeme ayrıca, “Hükümetin sahip olduğu hakim durum, özellikle hasımlarının haksız saldırı ve eleştirilerine yanıt vermek için başka yolların mevcut olduğu durumlarda, cezai kovuşturmalara başvurma konusunda kısıtlama sergilemesini gerekli kılıyor”, demiş fakat bahsettiği “başka yollar”ın neler olduğu konusuna açıklık getirmemiştir.

Sürek Türkiye’ye Karşı (1999) davasında ise bir yayınevi tarafından yayımlanan mektuplarda Türkiye'nin güneydoğusuna bağımsız bir devlet gibi “Kürdistan” olarak atıfta bulunulmasının ve PKK terör örgütünün “ulusal bağımsızlık savaşı” yürüten ulusal bir kurtuluş hareketi olarak tanımlanmasının İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından Türk Devletinin toprak bütünlüğünü yok etmeye yönelik propaganda olarak kabul edilip yayınevi sahibini mahkum etmesi ele alınmıştır.

AİHM, mektuplarda kullanılan ifadeleri özellikle inceleyerek kullanılan ifadelerin zaten yerleşik önyargıları sertleştiren kanlı bir intikam çağrısı olduğu kanaatine varmıştır. Mektupların içeriğinin iddia edilen olaylardan sorumlu olarak gösterilenlere karşı derin ve mantıksız bir nefret aşılıyor ve bölgede daha fazla şiddete teşvik edebilecek nitelikte olduğunu değerlendirmiş ve okuyucuya şiddete başvurma saldırı karşılarında gerekli ve haklı bir kendini savunma önlemi olduğu mesajı verdiğini belirtmiştir.⁶⁰⁵

Mahkeme ayrıca mektuplarda isimleri sayılan şahıslara karşı nefret uyandıran ve onları olası fiziksel şiddet riskine maruz bırakan ifadelerin yer aldığını belirterek, bu tür ifadelerin bir bireye veya bir kamu görevlisine veya nüfusun bir kesimine karşı şiddeti teşvik ettiği durumlarda, ifade özgürlüğüne müdahale ihtiyacını belirlerken devlet makamlarının daha geniş bir takdir yetkisine sahip olacağını ifade etmiştir.⁶⁰⁶

AİHM dava konusu olan ifadeleri, öz itibarıyla benzer hatta aynı olmasına rağmen, ifadeler *Karataş* davasında şiirde kullanıldığı için farklı yönden değerlendirmiştir. Mahkemenin her iki davadaki tutumuna bakarak, eğer *Sürek* davasında incelenen ifadeler mektup değil de şiir formunda olsaydı veya *Karataş* davasında kullanılan ifadeler mektup olsaydı, mahkeme ifade hürriyetine yapılan müdahale konusunda nasıl bir karar verirdi sorusuna kesin bir cevap vermek mümkün görünmemektedir.

⁶⁰⁵ECtHR, Case of *Sürek v. Turkey* (No. 1), Application no. 26682/95, Judgment of 8 July 1999, para. 62.

⁶⁰⁶ECtHR, Case of *Sürek v. Turkey* (No. 1), para. 61.

Dolayısıyla toprak bütünlüğüne yönelik bir tehdit olup olmadığını belirlemek için değerlendirilen şiddet tehdidi veya düzensizlik yaratacak ifadeler, bağlama göre veya ifade ediliş biçim ve yollarına göre farklı anlamlar yüklenebilen unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

4.2.2.2.3. Kamu güvenliği

Kamu güvenliğinin korunması toplumsal menfaatleri korumak için bireyin menfaatlerini sınırlandırmayı gerektirebilir. AİHS bu ihtiyacı dikkate alarak ifade hürriyeti, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din hürriyeti, toplantı ve dernek kurma hürriyeti gibi bireysel hakların kamu güvenliğini korumak adına sınırlandırılabilmesine izin vermiştir. Hangi konuların kamu güvenliği kapsamına gireceği konusunda devlete tanınan takdir payı geniş olduğu için çok çeşitli konuların kamu güvenliği kapsamında dava konusu olduğu görülmektedir.

Örneğin *Rekvényi Macaristan'a Karşı (1999)* davasında AİHM, ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin korunması ve karışıklığın engellenmesi amacıyla silahlı kuvvetlerin, polisin ve güvenlik güçlerinin siyasi partilere katılmasını ve siyasi faaliyetlerde bulunmasını yasaklayan anayasa değişikliğini, polis teşkilatını parti siyasetinin doğrudan etkisinden korumak için alınan tedbir olarak değerlendirmiş ve değişikliğin demokratik bir toplumda “acil bir sosyal ihtiyaca” cevap olarak görülebileceğine karar vermiştir.⁶⁰⁷

Sabanchiyeva ve Diğerleri Rusya'ya Karşı (2013) davasıdaysa, terör eyleminde ölen yakınlarının cenazelerinin kendilerine teslim edilmeyip yakılmasını özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlali gerekçesiyle dava eden aile fertlerine karşı AİHM, terörist cenazelerinin ailelerine iadesi ve defin işlemi yapılması halinde bu işlemin, “terörist fikirlerin propaganda aracı olarak hizmet edeceği, söz konusu eylemlerin mağdurlarının yakınlarına hakaret anlamına geleceği ve etnik ve dini gerilimi artıracığı” şeklindeki Rusya'nın gerekçelerini kabul etmiş ve söz konusu tedbirin kamu güvenliği, kargaşanın önlenmesi ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin

⁶⁰⁷ECtHR, Case of *Rekvényi v. Hungary*, Application no. 25390/94, Judgment of 20 May 1999, para .48.

korunması amacıyla alınmış olarak değerlendirilebileceği konusunda tatmin olduğunu ifade etmiştir.⁶⁰⁸

4.2.2.2.4. Düzensizliğin veya suçun önlenmesi

AİHS'nin 8, 10 ve 11. maddelerinde geçen “düzensizlik veya suçun önlenmesi” ifadesi 9. maddede “kamu düzeninin korunması” olarak geçmektedir. Bu ifade farklılığı, *Engel ve Diğerleri Hollanda'ya Karşı (1976)* davasında gündeme gelmiş ve AİHM, 10. Maddenin 2. paragrafında geçen “düzensizliğin önlenmesi” ifadesindeki “düzen” kelimesinin 6 veya 9. maddelerde kullanılan “kamu düzeni” ifadesinden farklı olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, 10. maddede geçen “düzen” ifadesinin belirli bir sosyal grubun sınırları içinde geçerli olması gereken düzeni de kapsadığını belirterek, örneğin silahlı kuvvetlerdeki bir düzensizliğin toplumsal düzen üzerinde de yansımaları olabileceğinden hareketle, ifadeye daha geniş bir anlam yüklemiştir.⁶⁰⁹ AİHM tarafından “düzen” ifadesinden daha dar kapsamlı olduğu ifade edilen “kamu düzeni” Türk hukukunda, “Bir ülkedeki kurum ve kuralların, devletin güvenliğini, kamu hizmetlerinin iyi işlenmesini ve bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru, hukuk ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamasıyla oluşan düzen”⁶¹⁰ şeklinde ifade edilerek, Mahkemenin “düzen” için belirttiği genişlikte tanımlanmıştır.

Rus Cumhuriyetçi Partisi Rusya'ya Karşı (2011) davasında AİHM, bir devletin demokratik kurumlarını ve anayasal temellerini korumanın da “düzensizliğin önlenmesi” ile ilgili olduğunu belirterek, davacı partinin kapatılmasının ulusal güvenliği koruma, düzensizliği önleme ve başkalarının haklarını güvence altına alma amacını taşıdığını ve dolayısıyla 11. maddenin 2. paragrafında belirtilen meşru amaçları güttüğünü kabul etmiştir.⁶¹¹ Bu davada AİHM, düzensizliği kurumsal düzenin bozulması açısından ele almıştır.

⁶⁰⁸ECtHR, Case of Sabanchiyeva and Others v. Russia, Application no. 38450/05, Judgment of 6 June 2013, para. 128-129.

⁶⁰⁹ECtHR, Case of Engel and Others v. The Netherlands, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Judgment of 8 June 1976, para. 98.

⁶¹⁰İnternet: T.C Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <https://sozluk.adalet.gov.tr>, E. T: 31.01.2022

⁶¹¹ECtHR, Case of Republican Party of Russia v. Russia, para. 101.

Sınırlandırma gerekçeleri sayılırken düzensizliğin önlenmesi ile suçun önlenmesi birlikte kullanılmış olsa da ikisi birbirinden ayrı kavramlardır. *Engel ve Diğerleri Hollanda'ya Karşı (1976)* davasında AİHM, düzensizliğin önlenmesi ifadesinin suçun önlenmesi ifadesiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönündeki davacıların iddiasını reddederek, maddenin lafzındaki “veya” bağlacının güvenilir bir rehber olduğunu söyleyerek iki kavramı birlikte değerlendirmenin gereksiz olduğuna karar vermiştir.⁶¹² Fakat iki gerekçenin birlikte kullanıldığı durumlar da mevcuttur.⁶¹³

AİHM'nin huzuruna gelen şikayetlerin çoğunluğunu düzensizliğin veya suçun önlenmesi amacını taşıyan cezai önlemler oluşturduğu için “düzensizliğin veya suçun önlenmesi” davalı devlet tarafından ileri sürülen gerekçeler arasında çoğunluğu teşkil etmektedir. AİHM bu gerekçeyi, sınırlandırma tedbiriyle alakası konusunda tereddüt ettiği durumlarda dahi genellikle kabul etmektedir.

Örneğin *Dadouch Malta'ya Karşı (2010)* davasında AİHM, “başvuranın evliliğini tescil etmeyi reddetmenin, Hükümet tarafından sunulduğu şekliyle, iki eşliliği nasıl engelleyebileceğini veya aile durumuyla ilgili kesinliği nasıl sağlayabileceğini algılamak zor olsa da Mahkeme, evlilik kaydına ilişkin ulusal düzenlemenin, Hükümet tarafından ileri sürüldüğü üzere, düzensizliğin önlenmesi ve başkalarının haklarının korunması meşru amacına hizmet ettiğini kabul etmeye hazırdır”⁶¹⁴, demiştir.

4.2.2.2.5. Ülkenin iktisadi refahı gereği

Bu gerekçe sadece özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında düzenlenmiştir. Dolayısıyla düşünce, vicdan ve din hürriyeti, ifade hürriyeti ve toplantı ve dernek kurma hürriyeti ile ilgili hakların sınırlandırılması için meşru bir gerekçe teşkil etmez.

Berrehab Hollanda'ya Karşı (1988) davasında, Hollandalı bir kadınla evli olan fakat boşandıktan sonra sınır dışı edilen ve yeniden oturum izni verilmeyen Fas vatandaşı şahıs, çocuğuyla görüşmesi zorlaştığı için özel ve aile hayatına müdahale edildiği gerekçesiyle davacı olmuştur. Hollanda hükümeti, davacının kamu düzenini sağlamak için sınır dışı edildiğini belirtse de AİHM, Hükümet, nüfus yoğunluğu nedeniyle işgücü piyasasını düzenlemekle ilgilendiği için meşru amacın düzensizliğin önlenmesinden ziyade ülkenin ekonomik refahının korunması olduğuna dikkat çekmiş

⁶¹²ECtHR, Case of Engel and Others v. The Netherlands, para. 98.

⁶¹³Çağırın, *a.g.e.*, 2020, 300.

⁶¹⁴ECtHR, Case of Dadouch v. Malta, Application no. 38816/07, Judgment of 20 July 2010, para. 54.

ve ileri sürülen gerekçeyi kabul etmiş fakat davacının çocuğuyla olan yakın bağları dikkate alındığında bağımsız oturma izninin reddedilmesi ve ardından davacının sınır dışı edilmesi bu bağları koparma tehlikesi doğuracağı için ilgili çıkarlar arasında uygun bir denge sağlanmadığı ve bu nedenle, kullanılan araçlar ile hedeflenen meşru amaç arasında bir orantısızlık olduğu için Mahkeme, tedbirlerin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına dolayısıyla 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶¹⁵ AİHM, başka bir davada gümrük yetkililerinin şahısların evlerini arama ve el koyma yetkilerini değerlendirerek bu yetkinin amacının ülkenin iktisadi refahını korumak olduğunu kabul etmiş⁶¹⁶, yine başka bir davada ise nahoş görünümlü ve yetersiz binaların yıkılarak yerlerine mimari ve teknik açıdan uygun yapıların yapılmasını ülkenin iktisadi refahı gereği olduğunu ve sağlığın ve diğerlerinin haklarının korunmasını amaçladığı için uygun bulmuştur.⁶¹⁷

Yine başka bir davada, kişisel verileri vergi borcunu ödemeyenler listesi adıyla web sitesinde yayımlanan davacı, özel hayatına müdahale edildiğini ileri sürmüştür. Davacının iddialarına karşılık Macaristan, vergi borcunu ödemeyenlerin ülkenin iktisadi refahını ve diğerlerinin haklarını korumak için yayımlandığını ayrıca bunun, vergi borcunu ödemeyenlerin iş ortaklarının da menfaatine olduğunu ve diğer ekonomik aktörlerin likiditesi hakkında mevcut ve potansiyel iş ortaklarını bilgilendirmeyi amaçladığı için piyasa ekonomisinin düzgün işlemesine katkıda bulunduğunu iddia etmiştir.⁶¹⁸ Mahkeme, ihtilaf konusu tedbirlerin vergi ödeme disiplini geliştirmeyi ve böylece ülkenin ekonomik refahını korumayı amaçladığını kabul etmiş ve ayrıca vergi borcu olan kişilerin mali durumu hakkında bir fikir vererek üçüncü şahısların özel menfaatlerini korumaya çalıştığını belirtmiştir.⁶¹⁹

4.2.2.2.6. Sağlık veya ahlakın korunması

AİHS’de sağlığın korunması kavramı bireyin ve toplumun sağlığını kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Sağlığın korunması ve ahlakın korunması beraber

⁶¹⁵ECtHR, Case of Berrehab v. The Netherlands, Application no. 10730/84, Judgment of 21 June 1988, para. 26-29.

⁶¹⁶ECtHR Case of Mialhe v. France (No. 1), Application no. 12661/87, Judgment of 25 February 1993, para. 33.

⁶¹⁷ECtHR, Case of Yordanova and Others v. Bulgaria, Application no. 25446/06, Judgment of 24 April 2012, para. 113.

⁶¹⁸ECtHR, Case of L.B. v. Hungary, Application no. 36345/16, Judgment of 12 January 2021, para. 39.

⁶¹⁹ECtHR, Case of L.B. v. Hungary, para. 46.

değerlendirildiğinde bireyin beden ve ruh sağlığını birlikte düşünmek gerekir.⁶²⁰ AİHS metninin lafzında sağlık ve ahlakın korunması birlikte zikredilmiş olsa da bu iki kavram birbirinden oldukça ayrıdır ve sınırlandırma tedbirleri söz konusu olduğu zaman sağlığın korunmasını ve ahlakın korunmasını birbirinden ayrı değerlendirmek gerekir.⁶²¹

Sağlığın korunması gerekçesiyle sınırlandırılan haklar genellikle kamu sağlığını korumaya yönelik tedbirler olmakla birlikte bireyin sağlığını koruma gerekçesiyle de hakların sınırlandırıldığı görülmektedir. *Yehova'nın Moskova Şahitleri ve Diğerleri Rusya'ya Karşı (2010)* davasında, dini inançları gereği kan naklini kabul etmeyen dini topluluk üyelerinin bu tutumunu, sağlığın ve diğerlerinin haklarının korunması için topluluğun tasfiyesine gerekçe olarak ileri süren Rusya'ya karşı AİHM, yerel mahkemelere göre başvuru topluluğun dini literatüründe kan naklinden kaçınmanın önemini vaaz etmesinin ve üyeleri arasında kan nakli istemediğini gösteren “Kan Yok” kartları dağıtmasının, topluluğun faaliyetlerinin yasaklanması için tek başına yeterli görüldüğünü fakat AİHS uyarınca devletin hangi inançların öğretilebileceğine veya öğretilmeyeceğine karar verme hakkı olmadığını, yerel mahkemelerin, başvuranların dini inanç ve fiziksel bütünlük alanında kişisel özerklik haklarına yönelik bir kısıtlamayı haklı kılacak herhangi bir “acil sosyal ihtiyaç” veya “ilgili ve yeterli nedenlerin” varlığını ikna edici bir şekilde ortaya koyamadığını belirtmiştir. Vatandaşların sağlığına zarar verme iddiasına karşılık AİHM, birçok dinin örneğin Ortodoks Hristiyanlıkta özellikle uzun ve katı olan oruç tutma veya Yahudi veya Müslüman erkek bebeklere uygulanan sünnet gibi ayin ve ritüellerinin inananların esenliğine zarar verebileceğini fakat görünüşe göre Yehova'nın Şahitlerinin öğretilerinin bu tür tartışmalı uygulamaları içermediğini ve sağlığa zarar verme iddiasının hukuken fiili kanıt gerektirdiğini belirterek, yerel mahkeme kararlarında davacı topluluğun sağlığı zarar görmüş herhangi bir üyesinin belirtilmediğini veya zararın boyutunu değerlendiren ve bu zarar ile davacı topluluğun faaliyetleri arasında nedensel bir bağlantı kuran herhangi bir adli tıp çalışmasına atıfta bulunulmadığından hareketle, kan naklinin reddedilmesini hem Sözleşme’de hem de Rus hukukunda korunan sağlık hizmetleri alanında kişisel hakların kullanılmasının bir ifadesi olarak

⁶²⁰Çağırın, *a.g.e.*, 2020, 300.

⁶²¹Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e.*, 2021, 361.

değerlendirmiş ve vatandaşların sağlığına zarar verme suçlamasının olgusal bir temelden yoksun olduğu sonucuna varmıştır.⁶²²

Vavříčka ve Diğerleri Çek Cumhuriyeti'ne Karşı (2021) davasında AİHM, aşılama hizmetinin amacının sağlık için ciddi risk oluşturabilecek hastalıklara karşı koruma sağlamak olduğunu belirterek bu hizmetin hem aşı olanları hem de toplumun geneli içinde yüksek bir aşılama düzeyine ulaşılması gereğine bağlı olarak aşı olamayanları söz konusu bulaşıcı hastalıklara karşı korunmak için gerekli olduğunu, çocukların bazı çocuk hastalıklarına karşı zorunlu olarak aşılmasında kamu sağlığını koruma konusunda devlete geniş bir takdir payı tanındığını ve ihtilaf konusu olan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirterek 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁶²³ Mahkeme bu kararı alırken, devletlerin kendi yetki alanlarındaki kişilerin yaşamlarını ve sağlıklarını korumak için uygun önlemleri alma konusundaki pozitif yükümlülüklerini ve aşılmanın düşmesine bağlı olarak toplum bağışıklığının da zayıflaması nedeniyle AİHS'ye taraf devletler arasında zorunlu aşılama lehine politika değişikliği olmasını da dikkate almıştır.

Sınırlandırma gerekçesi olarak ahlakın korunmasının ileri sürüldüğü davalarda “ahlak” kavramının genellikle cinsel ahlak olarak ele alındığı görülmektedir. *Handyside Birleşik Krallık'a Karşı (1976)* davası, ahlakın korunmasının gerekçe olarak kullanıldığı önemli davalardandır ve davada okul çağındaki çocuklara yönelik basılan bir kitap müstehcen yayın olduğu gerekçesiyle toplatılmıştır. AİHM, akit devletler arasında ahlaki standartlar konusunda üzerinde uzlaşılan bir anlayış olmaması nedeniyle devlete geniş takdir payı tanımış ve davacının ifade hürriyetinin kısıtlandığı iddiasında devletin uygulamasını haklı bularak ifade hürriyetinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶²⁴

Dudgeon Birleşik Krallık'a Karşı (1981) davasında da ahlakın korunması konusu davacının cinsel eylemlerinin Kuzey İrlanda'da suç sayılması çerçevesinde ele alınmıştır. Mahkeme, AİHS'ye taraf devletler arasında homoseksüel ilişkilere karşı

⁶²²ECtHR, Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia, Application no. 302/02, Judgment of 10 June 2010, para. 141-146.

⁶²³ECtHR, Case of Vavříčka and Others v. The Czech Republic, Application no. 47621/13 and 5 others, Judgment of 8 April 2021, para. 272 ve 310.

⁶²⁴ECtHR, Case of Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, para. 48-52.

artan toleransı “genel kabul gören standart” olarak yorumlayarak homoseksüel eylemlere karşı cezai yaptırım uygulamanın özel hayata müdahale olduğuna karar vermiştir.⁶²⁵

Laskey ve Diğerleri Birleşik Krallık’a Karşı (1997) davasında AİHM, sado-mazoşizm içeren homoseksüel eylemlerin davalı devlet tarafından kamu sağlığı ve ahlaki gerekçelere dayanarak cezalandırılmasını, sado-mazoşist faaliyetlerin önemsiz veya geçici olarak nitelendirilemeyecek derecede zarar veya yaralanma içermesi nedeniyle önceki homoseksüel davranışlarla ilgili davalardan ayırarak, alınan tedbirlerle ilgili ulusal yetkililerin gerekçelerini durumla ilgili ve yeterli bulmuştur.⁶²⁶

4.2.2.2.7. Başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması

Maddi hakların sınırlandırılabilmesi için başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması gerekçesi 8, 9 ve 11. maddelerde düzenlenmiştir. İfade hürriyetiyle ilgili 10. maddedeki düzenleme diğer maddelerden farklı olarak “başkalarının itibar ve haklarının korunması” şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin lafzında ifade hürriyetinin hak sahibine görev ve sorumluluklar yüklediği ifade edilmektedir. Dolayısıyla ifade hürriyeti başkalarının itibarını zedeleyecek hakaret ve aşağılama ifadelerini içermez. Eleştirinin sınırları -özellikle siyasilere karşı yapılan eleştiriler- ne kadar geniş olsa da hakaret ve aşağılama bu sınırlar içerisine dahil değildir. İfade hürriyetini kullanan şahısların bu bilinç ve sorumluluk içerisinde davranmaları gerekir.

Freitas Rangel Portekiz’e Karşı (2022) davasında AİHM, Etik, Toplum ve Kültür Parlamento Komisyonu’nda yaptığı konuşmada Hakimler ve Savcılar Meslek Birliği’ne yönelik kullandığı ifadeler nedeniyle başkalarının onur ve itibarını koruma gerekçesiyle davacıyı mahkum eden yerel mahkemelerin gerekçelerini kabul etse de davacının ifade hürriyetinin kısıtlanmasıyla ileri sürülen meşru amaçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmadığı için ihlal kararı vermiştir.

Davada bireylerin yanı sıra tüzel kişilerin itibarlarının korunmasının da sınırlandırma gerekçesi olarak kabul edileceği gösterilmiş fakat bu korumanın bireylerin ki kadar güçlü olmayacağı vurgulanmıştır. Bir tüzel kişiliğin itibarı ile toplumun bir üyesi olan

⁶²⁵ECtHR, Case of Dudgeon v. The United Kingdom, Application no. 7525/76, Judgment of 22 October 1981, para. 60-63.

⁶²⁶ECtHR, Case of Laskey and Others v. The United Kingdom, Application no. 21627/93; 21628/93; 21974/93, , Judgment of 19 February 1997, para. 43-50.

bireyin itibarı arasında fark olduğunu belirten AİHM, bireyin itibarının bireyin onuru üzerinde etkisi olabileceğini fakat tüzel kişiliğin itibarının bu ahlaki boyuttan yoksun olduğunu ve bu farklılığın, itibar hakkını kullanan bir kamu otoritesi olduğu durumlarda daha da belirgin olduğunu vurgulamıştır.

AİHM, davacının yaptığı konuşmanın konusunun toplumu ilgilendiren genel bir mesele olduğunu ve bunların Parlamento önünde tartışılmasının konuyu siyasi bir tartışmanın parçası haline getirdiğini ve bu alanın, normal olarak yüksek düzeyde ifade özgürlüğü korumasının sağlanacağı bir alan olması gerektiğini belirterek, davacının seçilmiş bir temsilci olmamasına rağmen bir meclis komisyonu önünde görüşlerini sunan davetli bir uzman olarak, mecliste ve siyasi konuşmada olduğu gibi kendisine yüksek düzeyde koruma sağlanması gerektiğini ifade ederek, devletin bu alandaki ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında kısıtlı bir takdir payına sahip olduğunu belirtmiştir.⁶²⁷

AİHM, davacının kullandığı ifadeleri de olguların ifadesi ve değer yargılarının ifadesi olarak ayırmış ve olguların varlığı kanıtlanabilirken değer yargılarının doğruluğu kanıtlanamaz diyerek, bir değer yargısının doğruluğunu kanıtlamanın imkansız olması nedeniyle bu türden bir ispat istemenin, 10. madde ile güvence altına alınan hakkın temel bir parçası olan düşünce özgürlüğünü ihlal edeceğini belirtmiştir.⁶²⁸

8, 9 ve 11. maddelerdeki “başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması” ifadesi 10. maddedeki ifadede daha geniş kapsamlıdır. Başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, hakların kötüye kullanılmasını yani AİHS’deki bir hükmün başka bir hakkı ihlal etmek için kullanılamayacak olmasını ifade etmesinin yanı sıra özel şahıslar arasındaki ilişkilerin de kimi zaman AİHS’nin alanına girmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek devletin pozitif yükümlülüklerini de ilgilendirmektedir.⁶²⁹

Başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasıyla ilgili davalarda AİHM’nin iki veya daha fazla hak arasından hangisine öncelik verilmesi gerektiğini tespit etmesi gerekmektedir.⁶³⁰ Mahkemenin yaptığı işlem haklar arasında üstünlük veya önem

⁶²⁷ECtHR, Case of Freitas Rangel v. Portugal, Application no. 78873/13, Judgment of 11 January 2022, para. 53-59.

⁶²⁸ECtHR, Case of Freitas Rangel v. Portugal, para. 51.

⁶²⁹Çağiran, *a.g.e.*, 2020, 302.

⁶³⁰İki hakkın çatıştığı durumlarda AİHM’nin uyguladığı hukuki muhakeme ile ilgili bir çalışma için bkz. Stijn, S. (2010). “Freedom of Expression and The Right to Reputation: Human Rights in Conflict”, *American University of International Law Review*, 26 (1), 198-228.

tespiti yaparak hiyerarşik bir düzen tesis etmek değildir. Mahkeme, hangi hakkın öncelikli olacağını belirlerken hakkın süjesini de dikkate almaktadır. Genelin (kamunun) menfaatini ilgilendiren bir hak, özelin (bireyin) menfaatini ilgilendiren bir hakka göre öncelikli olmaktadır. Keza iki bireyin hak ve hürriyetlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda korunmaya muhtaç olan süjenin haklarına öncelik verilmektedir. Çocukların koruma altına alınmasıyla ilgili davalar bu türdendir.

Otto- Preminger Enstitüsü Avusturya'ya Karşı (1994) davasında AİHM, ifade hürriyeti ile din hürriyeti arasında tercih yapmak durumunda kalmıştır. İfade hürriyetinin görev ve sorumluluklarla birlikte kullanılacağını belirten AİHM, ifade hürriyeti kullanılırken -dini görüşler ve inançlar bağlamında- başkalarını gereksiz yere rahatsız eden ve dolayısıyla haklarını ihlal eden ve bu nedenle, insan ilişkilerinde ilerlemeye katkı sunmaktan uzak eylemlerin başkalarının haklarını korumak için bazı demokratik toplumlarda önlenmesi gerekli görülebilir demiştir. AİHM, "Ahlak" örneğinde olduğu gibi, tüm Avrupa'da dinin toplumdaki önemine ilişkin tek tip bir anlayışı tespit etmek mümkün olmadığı için bu tür ifadelerin başkalarının dini duygularına yönelik olması halinde, ifade özgürlüğüne müdahaleye izin veren unsurların tespitinde ulusal makamlara belirli bir takdir payı bırakılması gerektiğini belirtmiştir.⁶³¹

4.2.2.2.8. Gizli bilgilerin ifşasının önlenmesi

Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi gerekçesi de yalnızca ifade hürriyetinin sınırlandırılması için kullanılabilir. Diğer maddi haklarda bu gerekçeye yer verilmemiştir.

Dünya Yahudi Kongresi ile İsviçre bankaları arasında İsviçre banka hesaplarındaki sahipsiz varlıkların Holokost kurbanlarına tazminat olarak ödenmesine ilişkin yapılan müzakereler konusunda İsviçre'nin Amerika büyükelçisinin müzakereleri yürüten ekibin başkanına, federal hükümet yetkililerine ve İsviçre'nin Tel Aviv, New York, Londra, Paris ve Bonn'daki diplomatik misyonlarına gönderdiği "gizli" kategorisindeki strateji belgesini ele geçiren gazeteci Martin STOLL, belgenin bazı bölümlerini kullanarak muhtelif gazetelerde makaleler yayımlamıştır. Bunun neticesinde Martin STOLL gizli resmi belgeleri yayımlama gerekçesiyle ulusal

⁶³¹ECtHR, Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, Application no. 13470/87, Judgment of 20 September 1994, para. 49-56.

mahkemeler tarafından mahkum edilmiştir. Konuyu AİHM'ye taşıyan davacı ifade hürriyetinin kısıtlandığını ileri sürmüştür.

Davacı, mahkumiyete esas teşkil eden Ceza Kanunu'nun 293. maddesinin dayandırıldığı ve Federal Mahkeme tarafından onaylanan şekli gizlilik kavramını eleştirerek, içeriğe bakılmaksızın yapılacak gizlilik değerlendirmesinin ifade hürriyeti üzerinde olumsuz sonuçları olacağını iddia etmiştir. Davacı ayrıca, İsviçre mahkemelerinin yanlış kişiyi cezalandırdığını çünkü bir gazeteci olarak dokunulmazlığa sahip bir hükümet görevlisinin sızdırdığı raporu ifşa ettiği için cezalandırıldığını ileri sürmüştür. Davacı, banka hesaplarındaki sahipsiz varlıkların Holokost mağdurlarına dağıtılmasıyla ilgili müzakereler hakkında daha fazla bilgi edinmenin kamu menfaatini ilgilendirdiğini de ileri sürmüştür.

İsviçre savunmasında, yayımlanan belgenin Büyükelçi tarafından gizli kalacağı varsayılarak yazıldığını ve Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (1961) gereğince tüm diplomatik yazışmaların gizliliğe tabi olduğunu ifade ederek, buna uymanın ahde vefa ilkesinin gereği olduğunu vurgulamıştır. İsviçre'ye göre davacının temel niyeti, kamu yararı tartışmasına katkıda bulunmak değil büyükelçi merkezli bir sansasyon yaratmaktır.

AİHM yaptığı değerlendirmede, demokratik bir toplumda basın oynadığı hayati role rağmen gazetecilerin 10. maddenin kendilerine koruma sağladığı gerekçesiyle olağan ceza kanununa uymama gibi bir hakka sahip olmadıklarını ve 10. maddenin 2. paragrafının kamuoyunu ciddi şekilde ilgilendiren konuların basında yer almasıyla ilgili olarak bile tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmediğini belirtmiştir. Mahkeme, 10. maddenin kamu menfaatiyle ilgili haber yapma konusunda gazetecilere sağladığı güvencenin gazetecilerin iyi niyetle ve doğru olgulara dayalı olarak hareket etmelerine ve gazetecilik etiğine uygun olarak “güvenilir ve kesin” bilgi sağlamaları şartına bağlı olduğunu belirtmiştir. “Basın” özgürlüğünün tehlikede olduğu durumlarda, yetkililerin “acil bir toplumsal ihtiyacın” var olup olmadığına karar vermek için yalnızca sınırlı bir takdir payı kullanabileceğini belirten Mahkeme, devlet faaliyetlerinin ve kararlarının gizli veya sır olmaları nedeniyle demokratik veya yargısal denetimden kaçtığı durumlarda basın özgürlüğünün daha da büyük önem kazanacağını ifade etmiştir.

Mahkeme bir gazetecinin gizli veya sır olduğu düşünülen bilgileri ifşa ettiği için mahkûm edilmesinin, medyada çalışanları kamuyu ilgilendiren konularda kamuoyunu

bilgilendirmekten caydırabileceğini dolayısıyla basın artık “kamu bekçisi” olarak hayati rolünü oynayamayabileceğini ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlama yeteneğinin olumsuz etkilenebileceğini belirtmiştir.

Mahkeme, dava konusu olan menfaat çatışmasının kamu ve özel menfaat arasında olmadığını iki farklı kamu menfaatinin karşı karşıya geldiğini vurgulamıştır. Kamuoyunun büyükelçinin görüşlerinden haberdar olma menfaatiyle, önemli miktarda paranın söz konusu olduğu sahipsiz fonlar sorununa tatmin edici bir çözüm bulmanın, yalnızca hükümetin ve İsviçre bankalarının menfaatleriyle ilgili olmadığını aynı zamanda Holokost mağdurlarına ödenecek tazminatla ilgili olduğunu ve İkinci Dünya Savaşı'ndan kurtulanların, ailelerinin ve torunlarının menfaatlerini de ilgilendirdiğini belirtmiştir. AİHM, dava konusu olan makalelerin İsviçre bankalarındaki sahipsiz varlıkların Holokost mağdurlarına verilmesiyle alakalı müzakerelerin yürütüldüğü bir zamanda yayımlanmasının davalı devletin menfaatlerine önemli ölçüde zarar verdiğini kabul etmiştir.

Mahkeme, “Ceza Kanunu'nun 293. maddesinin dayandığı şekli gizlilik kavramının Federal Mahkemenin mevcut davada söz konusu müdahalenin 10. madde ile uyumlu olup olmadığını belirlemesini engellediği söylenemez” diyerek davacının iddiasını kabul etmemiştir. Mahkeme söz konusu gizli belgenin davacı tarafından sızdırılmadığını kabul etmiş ve faaliyetlerini organize etmenin ve personelini hiçbir gizli veya sır niteliğindeki bilginin ifşa edilmemesini sağlayacak şekilde eğitimcinin öncelikle devletin sorumluluğunda olduğunu vurgulayarak yine de davacının bu konuda hukuka aykırı hareket etmemiş olmasının, görev ve sorumluluklarını yerine getirip getirmediğinin değerlendirilmesinde mutlak belirleyici bir faktör olmadığını ifade ederek, davacının bir gazeteci olarak, söz konusu belgenin ifşa edilmesinin Ceza Kanunu'nun 293. maddesi uyarınca cezalandırılabileceğinden habersiz olduğunu iyi niyetle iddia edemeyeceğini söylemiştir.

Mahkeme, makalelerin içeriğinin kasıtlı olarak kısaltıldığını ve davacının makalelerde büyükelçinin kişiliğine odaklanarak kullandığı kelimeler itibarıyla büyükelçiye anti-semitik birisi gibi gösterme eğiliminde olduğunu, makalelerde kullanılan söz konusu başlıkların, alt başlıkların ve resimlerin konuyla bariz bir bağlantısı olmadığını ancak okuyucuda, büyükelçinin diplomatik göreve uygun olmayan bir kişi olduğu izlenimi oluşturma niyeti olduğunu belirtmiştir. Davacının yazdığı makalelerin içeriğinin doğru olmadığını ve olayların zamanlaması doğru olarak verilmediği için okuyucunun

yanıtlanabileceğini belirten Mahkeme, saydığı bu gerekçelere dayanarak davacının başlıca amacının, kamuoyunu ilgilendiren bir konu hakkında geneli bilgilendirmek değil büyükelçinin raporunu gereksiz bir skandalın konusu yapmaktır demiştir.

Mahkeme, söz konusu makalelerin, büyükelçinin kişiliği ve yetenekleri konusunda okuyucuyu yanıltabilecek şekilde kısaltılmış ve indirgemeci olmasının, AİHS'nin 10. maddesi tarafından korunan kamusal tartışmaya katkı sağlama gerekçesini önemli ölçüde zayıflattığı kanaatine vararak ulusal makamların kendilerine tanınan takdir payını aşmadığına ve dolayısıyla 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁶³²

Mahkeme muhakemesini birbiriyle çatışan iki kamusal menfaat olduğu varsayımı üzerine inşa etmiş olsa da karar verirken davacının büyükelçinin kişiliğine yönelik tavrına ağırlık vererek konuyu kamusal menfaat alanının dışına taşımış olması en azından muhakemenin kurgusu açısından anlaşılabilir görünmemektedir. Mahkemenin karar boyunca basın ve ifade hürriyetinin öneminden bahsettikten sonra ihlal olmadığına dair karar vermesi, davanın yargıçlarından Vladimiro ZAGREBELSKY tarafından muhalefet şerhinde: “Okurlar kararın 147. paragrafına ulaşana kadar, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmeye gittiğine kolaylıkla inanabilirler”⁶³³ diyerek eleştirilmiştir.

Stol İsviçre'ye Karşı (2007) davasında gizli bilgilerin yayılmasında devlet memurlarının dahli yoktu. *Guja Moldova'ya Karşı (2008)* davasında AİHM, gizli bilgilerin devlet memuru tarafından kamuya açıklanmasıyla ilgili ilk davaya bakmıştır. Söz konusu davada, Moldova Meclis Başkanının polis memurları hakkında yürütülen bir ceza soruşturması nedeniyle Başsavcılığa gönderdiği mektubun Başsavcılık Basın Dairesi Başkanı tarafından yargıya müdahale edildiği ve nüfuz ticareti yapıldığı gerekçesiyle basına gönderilmesi konusu incelenmiştir.

Davacı, mektupları basına sızdırmanın yasa dışı bir eylemin ihbar edilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶³⁴ Davacı Meclis Başkanvekilinin ciddi bir

⁶³²ECtHR, Case of Stoll v. Switzerland, Application no. 69698/01, Judgment of 10 December 2007, para. 64-162.

⁶³³Dissenting Opinion of Judge Zagrebelsky Joined by Judges Lorenzen, Fura-Sandström, Jaeger And Popović, ECtHR, Case of Stoll v. Switzerland, Judgment of 10 December 2007.

⁶³⁴Davacı bu iddiasıyla yaptığı eylemin korunması gerektiğini ileri sürmektedir. Çünkü özel veya kamusal bir kuruluş içerisindeki kanuna aykırı uygulamaların veya suiistimallerin kamuoyuna veya yetkili makamlara bildiren şahsı koruma altına alan uygulamalar mevcuttur. Örneğin, Birleşmiş Milletler kendi bünyesindeki ihbarcıları koruma politikası uygulamakta (whistle-blower protection) ve Birleşmiş Milletler Etik Bürosu bu konuda çalışmalar yürütmektedir. Benzer örneklere bir çok uluslararası örgütte de rastlanmaktadır.

suç işlediğini düşünerek mektupları basına açıklarken iyi niyetle hareket ettiğini belirterek tek gayesinin yolsuzluk ve nüfuz ticaretiyle mücadele olduğunu söylemiştir. Mektupların ceza davasıyla ilgili bir dosyanın parçası olmadığını iddia eden davacı, Parlamento tarafından gerekçe sunmadan görevden alınabilecek olması nedeniyle Başsavcılık makamının pratikte değil teoride bağımsız olduğunu ileri sürmüştür. Meclis Başkanvekilinin yazdığı mektupta kullanılan dilin polis memurları hakkında yürütülen ceza soruşturmasının sonucunu etkilemeye yönelik olduğunu ve bu eylemin ceza kanununa göre suç teşkil ettiğini belirtmiştir. Soruşturma altındaki polislerin, mektup gönderdikleri makamların yargısal işlevleri olmadığını bilmemeleri olası değildir diyen davacı, ifşa ettiği bilgilerin kamu yararına olduğunu ileri sürmüştür. Moldova'da ihbar mevzuatı olmadığı için işyerlerindeki suiistimalleri ifşa etmek için gazeteye gitmekten başka çaresi olmadığını belirten davacı, mektuplar yayımlandıktan sonra bile Meclis Başkanvekili hakkında cezai işlem başlatmayı reddeden Başsavcılık makamına yapılacak herhangi bir açıklamanın boşuna olacağını ve durumu üstlerine bildirmesi halinde delillerin gizlenmesinden veya yok edilmesinden çekindiğini belirtmiştir.

Mektupları basına sızdırmanın ihbar olarak değerlendirilemeyeceğini belirten Moldova, davacının normal şartlarda söz konusu mektuplara ulaşamayacağını dolayısıyla onları çaldığını ve mektupların ceza davasıyla ilgili ve gizli olduğunu, soruşturmayı yürüten makamın onayı olmadan kamuya açıklanamayacağını ileri sürmüştür. Meclis Başkan Yardımcısı'nın mektupta kullandığı “Bu davaya şahsen müdahale etmenizi ve hukuka uygun bir şekilde çözmenizi rica ediyorum” ifadesinin kanuna uygun olarak farklı devlet organları arasındaki normal bir iletişim şekli olduğunu belirten Moldova, bu ifadenin Başsavcı üzerinde baskı oluşturduğu kabul edilemeyeceği için davacının iyi niyetinin şüpheli olduğunu iddia etmiştir.

Davacının mektupları yetkili otoriteye göndermediğini, bu türden bir ifşaatin doğrudan basına gitmek yerine, ilk etapta Başsavcılığın üst kademelerine ve daha sonra Parlamento'ya yapılması gerektiğini belirten Moldova, vatandaşların parlamento'ya bildirdiği şikayetlerin Parlamento tarafından Başsavcılık ve Yüksek Hakimler Kurulu gibi yetkili organlara iletilmesinin rutin olduğunu ifade etmiştir. Moldova, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki yirmi bir eyalette medyaya yapılan ifşaatlar için koruma sağlanmadığını, Birleşik Krallık'ta ise ihbara karşı korumanın yalnızca son derece nadir ve kesin olarak tanımlanmış şartlarda mümkün olduğunu ileri sürmüştür.

Moldovya, devlet memurlarının görev ve sorumlulukları göz önüne alındığında ifade özgürlüğüne müdahale etme konusunda devletlerin geniş bir takdir payına sahip olduklarını iddia etmiştir.

AİHM yaptığı değerlendirmede, devlet memurunun görevi nedeniyle ifşa edilmesi kamu yararına karşılık gelen gizli bilgiler de dahil olmak üzere kurum içi bilgilerden haberdar olabileceğini belirterek, bir kamu görevlisi veya kamu sektöründeki bir çalışanın işyerinde yasa dışı davranış veya görevi kötüye kullanma konusunda elde ettiği bilgileri ifşa etmesinin belirli durumlarda korumadan yararlanması gerektiği kanaatini ifade etmiştir.

İfşanın öncelikle kişinin amirine veya yetkili makam veya kuruluşa yapılması gerektiğini kabul eden Mahkeme, bunun mümkün olmadığı hallerde son çare olarak bilginin kamuya açıklanabileceğini kabul etmiştir. Devlet memurunun ifade hürriyetine yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığını tespit etmek için Mahkeme bazı faktörleri değerlendirerek karar vermektedir. *Birinci* faktör, açıklanan bilgilerdeki kamu yararıdır. Mahkeme, 10. maddenin 2. paragrafının kapsamının kamu yararıyla ilgili konulardaki tartışmalara getirilecek kısıtlamalar söz konusu olduğunda dar tutulması gerektiğini belirterek, yürütmenin eylem ve ihmallerinin yalnızca yasama ve yargı organlarının değil aynı zamanda medya ve kamuoyunun denetimine de tabi olması gerektiğini ifade etmiş ve kamunun belirli bilgilere sahip olmasındaki menfaatin, bazen yasal olarak gerekli olan bir gizlilik yükümlülüğünden bile önemli olabileceğini vurgulamıştır. *İkinci* faktör, açıklanan bilgilerin gerçekliğidir. Temelden yoksun ve kötü niyetle açıklanan iftira niteliğindeki suçlamalara karşı devlet, aşırıya kaçmadan uygun önlemleri almalıdır. İfade hürriyeti beraberinde görev ve sorumluluklar getirir ve gizli bilgileri ifşa etmeyi seçen biri şartların izin verdiği ölçüde bilgilerin doğru ve güvenilir olduğunu teyit etmelidir. *Üçüncü* faktör, bilgileri kamuya açıklamanın başka bir yol mümkün olmadığı durumlarda son çare olarak kullanılmasıdır. *Dördüncü* faktör, gizli bilgileri açıklamanın yarattığı zarardır. Mahkeme kamu otoritesinin söz konusu açıklama sonucunda uğradığı zarar varsa bu zarar karşılığında kamuoyunun bilgilerin açıklanmasından elde ettiği kazancın ağır basıp basmadığını değerlendirir. *Beşinci* faktör, bilgiyi yayan kişinin bu eylemi gerçekleştirmesinin altında yatan sebeptir. Maddi kazanç dahil olmak üzere kişisel menfaat beklentisiyle veya kişisel husumet nedeniyle gizli bilgilerin yayılması durumunda eylemi haklı göstermek zorlaşmaktadır. *Altıncı* faktör, gizli bilgileri yayan

kişiyeye verilen ceza ve bu cezanın sonuçlarının analiz edilmesiyle müdahalenin orantılı olup olmadığının tespit edilmesidir.

Yukarıdaki ilkeleri davaya uygulayan Mahkeme ne Moldovya mevzuatında ne de Başsavcılık makamının iç düzenlemelerinde usulsüzlüklerin bildirilmesiyle ilgili bir hüküm olmadığını tespit ederek değerlendirmesine başlamıştır. Davacının amirlerinden başka kaygılarını iletebileceği bir makam ve prosedür olmadığını belirten Mahkeme, ifşaatın üst düzey bir yetkili olan Meclis Başkan Yardımcısı'nın davranışıyla ilgili olduğunu ve Başsavcı'nın durumdan yaklaşık altı aydır haberdar olmasına rağmen herhangi bir yanıt verme niyetinde olmadığını, bunun yerine makamına uygulanan baskıya yenik düştüğü izlenimi oluşturduğunu ifade etmiştir. Moldovya tarafından önerilen alternatif ifşa yöntemlerine ilişkin olarak, davacının önerilen alternatiflerin hiçbirinin davanın özel şartlarında etkili olmayacağı yönündeki görüşüne karşı tatmin edici bir kanıt sunulmadığını dolayısıyla belgelerin bir gazeteye gönderilmesinde davacının haklılık payı olduğunu söylemiştir.

Mahkeme, demokratik bir toplumda hem mahkemelerin hem de soruşturma makamlarının siyasi baskıdan uzak kalması gerektiğini ifade ederek, Meclis Başkan Yardımcısı'nın Başsavcıya gönderdiği mektubun polis memurlarının dilekçesini yetkili makama iletmekten başka bir şey olmadığı şeklindeki Moldovya'nın iddiasını kabul etmemiştir. Mahkeme, Meclis Başkan Yardımcısı'nın gönderdiği mektupta, “ hukuka uygun bir şekilde çözmenizi rica ediyorum” ifadesi kullanmış olmasına rağmen, gönderilen notun Başsavcılık üzerinde baskı oluşturacağı göz ardı edilemez demıştır.

Mahkeme, Moldovya Cumhurbaşkanı'nın politikacıların ceza ve adalet sistemine müdahale etmesine karşı kampanya yürüttüğünü ve Moldova medyasının konuyu geniş bir şekilde ele aldığını belirterek ifşa edilen mektupların, kuvvetler ayrılığı, üst düzey bir politikacının uygunsuz davranışı ve hükümetin polis şiddetine karşı tutumu gibi konularla ilgili olduğunu dolayısıyla demokratik bir toplumda kamuoyunun bu konular hakkında bilgilenmesinin toplumun menfaatine olduğunu ve siyasi tartışma kapsamına girdiğini belirtmiştir.

Davacının söz konusu gazeteye gönderdiği mektupların gerçek olduğu konusunda ihtilaf olmadığını belirten Mahkeme, gazetenin yazılarında Başsavcılığın aşırı baskıya maruz kaldığına dair vardığı sonuç kamuoyunun bu kurumun bağımsızlığına olan güveni üzerinde olumsuz etkiler yaratmış olabilir dedikten sonra, Başsavcılık

bünyesinde yer alan baskı ve görevi kötüye kullanma konuları hakkında bilgi sahibi olmanın sağladığı kamu yararının, kamuoyunun Başsavcılık makamına olan güvenini koruma çıkarına ağır bastığını ve kamuoyunu ilgilendiren konuların açık bir şekilde tartışılmasının demokrasi için gerekli olduğunu vurgulayarak, toplumun üyelerini bu konularda görüşlerini dile getirmekten caydırmamak gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, başvuranın kişisel menfaat arzusuyla motive olduğuna, işverenine veya Meclis Başkan Yardımcısı'na karşı herhangi bir kişisel husumet taşıdığına veya başka herhangi bir art niyeti olduğuna inanmak için herhangi bir neden bulunmadığını belirterek, davacının iyi niyetle hareket ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme, yetkililerin daha hafif bir ceza verme imkanı varken davacıya en ağır cezayı vererek işten çıkardığını, böyle bir yaptırımın davacının kariyeri üzerinde oluşturduğu olumsuz etkiler bir yana Başsavcılık makamında çalışan diğer memurlar üzerinde de caydırıcı bir etki yaratarak herhangi bir suiistimali bildirmekten çekinmeye sevk edeceğini söylemiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, davacının ifade özgürlüğüne, özellikle de bilgi açıklama hakkına, yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığına ve 10. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶³⁵

4.2.2.2.9. Yargının otorite ve tarafsızlığının korunması

Yargının otorite ve tarafsızlığının korunması da sınırlandırma gerekçesi olarak ifade hürriyeti kapsamında ileri sürülebilir. “Yargı” terimi adalet aygıtını veya hükümetin yargı kolunu ve yargıçları da kapsar. “Yargının otoritesi” ifadesi ise mahkemelerin yasal hak ve yükümlülüklerin tespiti ve bunlarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü için uygun forum olduğunun halk tarafından kabul edilmesini ve kamuoyunun mahkemelerin bu işlevi yerine getirme kapasitesine saygı ve güven duyması anlamına gelir.⁶³⁶ Tarafsızlık ise yargıcın kendi zihnindeki, vicdanındaki önyargılardan, peşin hükümlerden, engellerden kurtulup, yürürlükteki mevzuatı önündeki olaya uygulayarak karar vermesidir.⁶³⁷

⁶³⁵ECtHR, Case of Guja v. Moldova, Application no. 14277/04, Judgment of 12 February 2008, para. 60-97.

⁶³⁶ECtHR, Case of The Sunday Times v. The United Kingdom, Application no. 6538/74, Judgment of 26 April 1979, para. 55.

⁶³⁷Gönenç, L. (2011). Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, *Anayasa Çalışma Metinleri 3*, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, s.8; Ayrıca bkz. İnternet: Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri,

Yargının tarafsızlığı en fazla basın ve yayın yoluyla dışarıdan yapılan müdahaleler yoluyla tehlikeye düşmektedir.⁶³⁸ Bir şüphelinin fotoğraflarının basılmasının yasaklanmasıyla ilgili tedbir kararını gerekçe göstererek, ifade hürriyetinin kısıtlandığını ileri süren bir yayınevi davasında AİHM, şüphelinin adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi, özel hayata saygı gibi başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması meşru amacının yanı sıra yargının otorite ve tarafsızlığının sağlanması meşru amacını da kabul etmiş fakat müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.⁶³⁹

Freitas Rangel Portekiz'e Karşı (2022) davasında da AİHM, bir gazetecinin Parlamento Komisyonu'nda yaptığı konuşmada Hakimler ve Savcılar Meslek Birliği'ne yönelik kullandığı ifadeler nedeniyle yapılan müdahale için ileri sürülen, kamuoyunun yargıya duyduğu güvenin korunması ve yargının otorite ve tarafsızlığının sağlanması meşru amacını kabul etmiş fakat yerel mahkemelerin davacının ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahaleyi haklı çıkarmak için ilgili ve yeterli nedenler sunamadığını, ayrıca yerel mahkemelerin kamuya açık tartışmalara ilişkin sınırlamalara ilişkin olarak kendilerine tanınan takdir marjını aştığını ve davacının ifade hürriyetinin kısıtlanmasıyla izlenen meşru amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.⁶⁴⁰

Worm Avusturya'ya Karşı (1997) davasında, bir gazetecinin ceza yargılamasının sonucunu etkileyebileceği düşünülen bir makaleyi yayınlamaktan mahkum edilmesi üzerine ifade hürriyetinin kısıtlandığı gerekçesiyle açtığı davayı değerlendiren AİHM, Viyana Temyiz Mahkemesinin, davacının yayımladığı makaleyi inceledikten sonra söz konusu makalenin davanın sonucunu etkileyebileceği kanaatine ulaştığını, ayrıca makaleden davacının davaya bakan yargıçların rolünü üstlenmeyi amaçladığını değerlendirdiğini belirterek, Temyiz Mahkemesi tarafından öne sürülen gerekçelerin hedeflenen amaçla "ilgili" olduğuna karar vermiştir.

<https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargiEtigiIlkeleri.pdf>, E. T: 24.01.2022; İnternet: Hakimler ve Savcılar Kurulu, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, E. T: 24.01.2022.

⁶³⁸Çağırın, *a.g.e.*, 2020, 303.

⁶³⁹ECtHR, Case of News Verlags GmbH & Co.Kg v. Austria, Application no. 31457/96, Judgment of 11 January 2000, para. 45.

⁶⁴⁰ECtHR, Case of Freitas Rangel v. Portugal, para. 48.

AİHM, kamuya mal olmuş kişilerin de diğer herkes gibi adil yargılanma hakkına sahip olduğunu hatırlatarak, gazetecilerin yorum yaparken kasıtlı veya kasıtsız şekilde bir kişinin adil yargılanma hakkına hâlel getirme veya güveni sarsma olasılığı bulunan ifadelerden kaçınmaları gerektiğini ifade etmiştir.

AİHM, davacının makaleye konu olan olayın aktörünün duruşmada verdiği cevaplar hakkında olumsuz yorumda bulunduğunu ve yalnızca eleştirel bir psikolojik analiz yapmakla yetinmediğini, okuyucuyu kasıtlı olarak sanığın suçlu olduğuna ve mahkum edilmesi gerektiğine ikna etmeye çalıştığına dair Temyiz Mahkemesi'nin gerekçelerine katılarak, davacının mahkumiyeti nedeniyle ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin de "yeterli" olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme davacıya ve makaleyi yayımlayan dergiye verilen cezaların orantısız olmadığını dolayısıyla yapılan müdahalenin yargının hem otoritesini hem de tarafsızlığını korumak için "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunu söyleyerek, ihlal olmadığına karar vermiştir.⁶⁴¹

4.2.2.3. Sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olması

Sınırlandırma, kanunun öngördüğü şekilde ve meşru bir amaç için yapılma şartlarına ek olarak, “demokratik bir toplumda gerekli olma” şartını da sağlamalıdır. AİHM “meşru amaç” değerlendirmesini "demokratik bir toplumda gerekli olma" testiyle ve orantılılık ilkesiyle bağlantılı olarak yapmaktadır.⁶⁴² Bir önlemin “demokratik bir toplumda gerekli” olması demek söz konusu sınırlandırmanın acil bir toplumsal ihtiyaca cevaben yapılması ve haklara yapılan müdahalenin bu acil toplumsal ihtiyacı karşılamak için gerekenden daha fazla olmaması demektir.⁶⁴³ AİHM, “demokratik bir toplumda gerekli olma” konusuyla ilgili temel ilkeleri belirlemiştir. Buna göre, “gerekli” sıfatı “acil toplumsal ihtiyaç” durumunun varlığı anlamında kullanılmaktadır. Devletler acil toplumsal ihtiyaç olup olmadığını belirleme ve sınırlandırma tedbiri alma konusunda belirli bir takdir payına sahiptirler fakat bu pay sınırsız değildir. AİHM, devletin sınırlandırma tedbiri konusunda kendisine tanınan

⁶⁴¹ECtHR, Case of Worm v. Austria, Application no. 83/1996/702/894, Judgment of 29 August 1997, para. 48-59.

⁶⁴²Lorenz, N. A., Groussot, X., Petursson, G. T. (2013). *The European Human Rights Culture –A Paradox of Human Rights Protection in Europe?*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Cilt 44, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 79.

⁶⁴³Rainey, Wicks, Ovey, *a.g.e.*, 2021, 366.

takdir payını makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle yetinemez. Mahkeme, sınırlandırma tedbirinin acil bir sosyal ihtiyacı karşılamaya yönelik ve hedeflenen meşru amaçla orantılı olduğunu ayrıca ulusal makamlar tarafından sınırlandırmayı gerekçelendirilmek üzere öne sürülen nedenlerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını da tespit etmelidir. Sınırlandırma tedbirlerinin AİHS'ye uygunluğu konusunda nihai söz hakkı AİHM'ye aittir. Ayrıca haklara istisna getiren AİHS hükümleri dar yorumlanmalıdır.⁶⁴⁴

Müdahaleyi gerekçelendirmek üzere ulusal makamlar tarafından ileri sürülen nedenlerin "ilgili ve yeterli" olması konusu esasen meşru amaç ve orantılılık ilkesiyle alakalıdır. İleri sürülen nedenlerin "ilgili" olması demek haklara getirilen sınırlandırma ile hedeflenen meşru amaç arasında bir bağlantı olması demektir. "Yeterli" ifadesi ise haklara yapılan müdahalenin ve bu müdahale neticesinde ortaya çıkan sonuçların meşru amaca ulaşmak için gerekenden fazla olmaması anlamına gelmektedir. Orantılılık olarak adlandırılan bu ilke, çatışan menfaatler arasında adil bir dengenin sağlanmaya çalışılmasıdır. *Guja Moldovya'ya Karşı (2008)* davasında AİHM, daha hafif bir ceza verme imkanı varken en ağır cezayı vererek davacının işten çıkarılmasını aşırı bulmuş ve bu cezanın diğer devlet memurları üzerinde de caydırıcı etkisi olacağını söyleyerek orantısız olduğunu söylemiştir.

"Demokratik bir toplumda gerekli olma" ifadesinden anlaşılabileceği üzere AİHM demokrasi ve insan hakları arasında ayrılmaz bir bağ olduğunu kabul etmektedir. Bu bağ *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı (1998)* davasında şu şekilde açıklanmıştır:

*Demokrasi kuşkusuz Avrupa kamu düzeninin temel özelliğidir. Bu, öncelikle, insan hakları ve temel hürriyetlerin korunması ve hayata geçirilmesinin, bir yandan etkili bir siyasal demokrasiye diğer yandan insan haklarıyla ilgili ortak bir anlayışa ve riayete dayandığını belirterek demokrasi ve insan hakları arasında çok açık bir bağlantı kuran dibaceden çıkarılmaktadır...*⁶⁴⁵

AİHS'nin kendisiyle uyumlu tek siyasi model olarak gördüğü rejim demokrasi olduğu için haklara getirilecek sınırlandırmalar da demokrasinin şekillendirdiği demokratik toplumun niteliklere uygun olmalıdır. AİHM, *Handyside Birleşik Krallık'a Karşı*

⁶⁴⁴ECtHR, Case of Vogt v. Germany, para. 52.; ECtHR, Case of Silver and Others v. The United Kingdom, para. 97.

⁶⁴⁵ECtHR, Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, para. 45.

(1976) davasında demokratik toplumun temel niteliklerini ifade hürriyeti bağlamında ele alarak çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi nitelikleri “demokratik toplum”un temeli olarak ortaya koymuştur.⁶⁴⁶ Demokratik toplumun temel nitelikleri elbette bu kadarla sınırlı değildir. Eşitlik, hürriyet, hukukun üstünlüğü vb. nitelikler de demokratik toplumun nitelikleri arasında sayılabilir. Demokratik toplumun bu temel niteliklerinin var olabilmesi için birtakım temel hakların sağlanması gerekir. Örneğin, bir toplumda çoğulculuktan bahsedebilmek için ifade hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, seçimlerin serbestliği ve örgütlenme hürriyeti gibi haklar sağlanmalıdır.⁶⁴⁷

Bu temel niteliklerin hakim olmadığı toplumlarda hak ve hürriyetlerin ulusal makamlar tarafından keyfi şekilde sınırlandırılması gündeme gelebilir. Bunun örneğinin 1930 ve 1940’larda Avrupa’da ortaya çıktığını ve yetkililerin devlet gücünü kötüye kullandığını belirten Paul MAHONEY, AİHS’nin ilk aşamada bu türden yönetimlere karşı koruma sağlamayı amaçladığını ikinci aşamada ise iyi niyetle ve toplumun genel menfaati için bile olsa bireye orantısız yük getiren hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlandırmalara karşı koruma sağladığını belirtmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında devlete takdir payı tanıyabilmek için öncelikle birinci aşamadaki korumanın gerçekleşmesi gerektiğini belirten MAHONEY, takdir payı doktrinin ancak demokratik yönetimin ön şartlarının var olduğu gösterilmişse devreye girebileceğini ifade etmiştir.⁶⁴⁸

AİHM, demokratik toplumun temel niteliklerine ve bu niteliklerin var olabilmesi için sağlanması gereken hak ve hürriyetlere farklı davalar vesilesiyle değinmiş olsa da demokratik bir toplumda neyin gerekli olabileceğiyle ilgili yaptığı değerlendirmelerin her zaman tutarlı bir muhakemeye dayandığını söylemek zordur. *Leyla Şahin Türkiye’ye Karşı (2005)* davası bu konuda örnek teşkil etmesi bakımından önemlidir.

Leyla Şahin Türkiye’ye Karşı (2005) davasında tıp fakültesi öğrencisi Leyla ŞAHİN, başörtülü olduğu gerekçesiyle derslere ve sınavlara alınmaması, müteakip süreçte disiplin kurulu tarafından uyarı cezası verilmesi ve dekanlık önündeki kıyafet kurallarıyla ilgili protestolara katıldığı gerekçesiyle bir sömestr okuldan

⁶⁴⁶ECtHR, Case of Handyside v. The United Kingdom, para. 49.

⁶⁴⁷Çağırın, *a.g.e*, 2020, 298.

⁶⁴⁸Mahoney, *a.g.m*, 1998, 4.

uzaklaştırılması sonrasında yargı mercilerine yaptığı başvuruların reddi üzerine konuyu AİHM'ye taşımıştır. Davacı başvurusunda din hürriyetine ve eğitim hakkına müdahale edildiğini ileri sürmüştür.⁶⁴⁹

Başörtüsünü inancı gereği taktığını belirten davacı, laiklik ilkesi de dahil olmak üzere Türk devletinin anayasal ilkeleri hakkında herhangi bir görüş belirtmediğini, herhangi bir açıklama yapmadığını veya protesto etmediğini belirterek amacının baskı, provokasyon veya başkalarını kendi dinine döndürme olmadığını ifade etmiştir. Davacı daha önce başka bir yükseköğretim kurumunda 4 yıl boyunca başörtülü olarak öğrenciliğini sürdürdüğünü ve hükümetin, başörtülü olmasının yüksek öğretim kurumlarında korunması gereken kamu düzenine yönelik nasıl bir aksama, rahatsızlık veya tehdide yol açtığını göstermediğini söylemiştir.

Başörtüsünün cumhuriyet değerlerine veya başkalarının haklarına meydan okuma olmadığını ve tabiatı gereği laiklik ve eğitimde tarafsızlık ilkeleriyle bağdaşmaz kabul edilemeyeceğini dolayısıyla laiklik ve eğitimde tarafsızlık ilkelerinin eğitim kurumlarındaki tüm dini simgeleri yasaklamayı gerektirecek şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Davacı, *Şerif Yunanistan'a Karşı (2000)* kararına atıfta bulunarak, “çoğulcu bir toplumda bazı gerilimlerin kaçınılmaz olarak ortaya çıkabileceğini, bu gibi durumlarda, yetkililerin rolünün çoğulculuğu yok ederek gerilimin nedenini bertaraf etmek değil rekabet eden grupların birbirlerine karşı hoşgörülü olmalarını sağlamak” olduğunu belirtmiştir. Yahudi öğrencilerin kippa takmasının veya Hristiyan öğrencilerin haç taşımasının yasak olmadığını iddia eden davacı, dini sembollerle ilgili yasağın eşit şekilde uygulanmadığını dolayısıyla Müslüman öğrencilere ayrımcılık yapıldığını ileri sürmüştür.

Türkiye savunmasında dinini ifade etme hürriyetinin mutlak olmadığını belirterek bireysel davaları incelerken yerel ve uluslararası mahkemelerin ilgili devletin laik yapısını, dini uygulamanın niteliğini ve kamu hizmetlerinin tarafsızlığını korumak amacıyla alınan önlemleri her zaman dikkate aldığını ifade etmiştir. Laiklik ilkesinin liberal, çoğulcu bir demokrasinin ön şartı olduğunu, Laiklik ilkesinin Türkiye'ye özgü etkenler sebebiyle diğer demokralara kıyasla Türkiye'de daha özel bir önem

⁶⁴⁹Davacı şikayetinde özel ve aile hayatına saygı hakkı, ifade hürriyeti ve ayrımcılık yasağı ile ilgili maddelerin de ihlal edildiğini belirtmiştir. Karar ağırlıklı olarak din hürriyeti ve eğitim hakkı ile ilgili olduğu için kararın sadece bu haklarla ilgili kısımlarına değinilmiştir.

kazandığı belirterek, laik devletin korunmasının AİHS'nin Türkiye'de uygulanması için temel bir ön şart olduğunu ifade etmiştir.

Dini vecibe ve hürriyet kavramının birbiriyle kolayca uzlaşamayacağını iddia eden Türkiye, dini vecibenin tanım gereği, ilahi, değişmez yasalara boyun eğmeyi gerektirdiğini, hürriyet kavramının ise bireyin mümkün olan en geniş fırsat ve seçeneklerden yararlanması anlamına geldiğini belirtmiştir. Başörtüsünün ülkeden ülkeye ve rejimden rejime farkı şekiller aldığını ileri süren Türkiye, devlet eğitiminde tarafsızlık ilkesi ile aynı dini kuraldan türetilen tüm bu farklı giyim biçimlerini uzlaştırmanın zor olacağını iddia etmiştir.

Özel veya ortak alanlarda başörtüsü takmanın yasak olmadığını, öğrencilerin okul dışında başörtüsü takabileceğini ancak bir kamu hizmeti olarak görülen devlet eğitimi alanında tarafsızlık ilkesinin ayrılmaz bir parçası olan laiklik ilkesinin uygulanacağını söyleyen Türkiye, başörtüsünün kökten dinci hareketler tarafından siyasi amaçlar için kullanıldığını ve kadın haklarına yönelik tehdit oluşturan bir simge haline geldiğini ileri sürmüştür.

Kamu kurumlarında başörtüsü takma hakkının yargı tarafından tanınması talebinin bir dine ayrıcalık talep etmek anlamına geleceğini ve bunun çok sayıda hukuki statüyü beraberinde getireceğini dolayısıyla AİHM'nin *Refah Partisi ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı* (2003) davasında belirttiği üzere bu durumun AİHS ile uyuşamayacağını ifade etmiştir.

Türkiye, davacının tıp eğitimini tercih ettiğini, bu alanda muhafazakar bir dini yaklaşımın hijyenle bağdaşmayacağını ve erkek hastalara yönelik ayrımcı davranışlarla sonuçlanacağını ileri sürmüştür. Türkiye, köktendinci hareketlerin baskıları üzerine diğer öğrencilerden gelen şikayetler doğrultusunda önleyici bir tedbir olarak üniversite yetkililerinin sakallı ve peçeli öğrencilerin üniversite binalarına girişini yasakladığını belirterek, İstanbul Üniversitesi'nin geçmişte karşıt radikal gruplar arasında şiddetli çatışmalara sahne olduğunu ve dini simgelerin giyilmesiyle ilgili düzenlemenin kurumun tarafsızlığını korumak için yapıldığını iddia etmiştir.

AİHM yaptığı değerlendirmede, birden fazla dinin bir arada yaşadığı demokratik toplumlarda, çeşitli grupların menfaatlerini uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kişinin dinini veya inancını ifade etme hürriyetine kısıtlamalar getirilebileceğini belirtmiştir. *Karaduman Türkiye'ye Karşı (1993)* ve *Dahlab İsviçre'ye Karşı (2001)* davalarında, demokratik bir toplumda devletin başkalarının hak ve hürriyetlerini, kamu düzenini ve kamu güvenliğini koruma amacı ile bağdaşmadığı takdirde başörtüsüne kısıtlama getirme hakkına sahip olduğu Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.

Mahkeme, *Dahlab İsviçre'ye Karşı (2001)* davasında başörtüsünün diğerlerini kendi dinine döndürme etkisi üzerinde durmuş ve başörtüsünün cinsiyet eşitliği ilkesiyle bağdaşmasının zor olduğunu belirtmiştir. Türkiye'de laiklik ilkesinin devletin temel ilkelerinden biri olduğunu ifade eden Mahkeme, nüfusun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu durumlarda bazı köktendinci hareketlerin başkaları üzerinde baskı kurmasını önlemek için üniversitelerde tedbirler alınabileceğini ve çeşitli inançlara sahip öğrenciler arasında barış içinde bir arada yaşamayı sağlamak için kamu düzenini ve başkalarının inançlarını korumak amacıyla söz konusu dinin ayin ve sembolleriyle ilgili kısıtlamalar getirilebileceğini belirtmiştir.

Ulusal makamların yerel şartları ve ihtiyaçları değerlendirme konusunda uluslararası mahkemeden daha iyi bir konumda olduğunu hatırlatan Mahkeme, bir hakka yapılacak müdahalenin gerekliliğiyle ilgili ilk değerlendirmeyi de ulusal makamların yapacağını ifade etmiştir. Devlete bu konuda tanınacak takdir payının kapsamı belirlenirken, AİHS ile güvence altına alınan hakkın önemini, kısıtlanan faaliyetlerin niteliğini ve kısıtlamaların amacını dikkate almak gerektiğini söyleyen Mahkeme, demokratik toplumlarda din ve devlet arasındaki ilişkiyle ilgili görüşlerin farklı olabileceğini söyleyerek, bu gibi durumlarda, başkalarının hak ve hürriyetleri, kargaşayı önleme, kamu düzeni gibi çeşitli çıkarlar arasında adil bir denge sağlamak gerektiğini söylemiştir. Eğitim alanının doğası gereği bazı düzenlemeler gerektirdiğini ifade eden Mahkeme, bu tür düzenlemelerin çoğulculuk ilkesinin ihlali, AİHS'de güvence altına alınan diğer haklarla çatışma veya kişinin dinini veya inancını açıklama hürriyetini tamamen reddetme anlamına gelmeyeceğini ve Mahkemenin denetimine tabi olacağını söylemiştir.

Müdahalenin laiklik ve eşitlik temeline dayanarak yapıldığını belirten Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin 1989 tarihli Karar'ında belirttiği, “Türkiye’de laikliğin, din hürriyeti ve vatandaşların kanun önünde eşitliği gibi demokratik değerlerin garantörü olduğu, bireyi dış baskılardan koruduğu” ve “bu değer ve ilkeleri savunmak için kişinin dinini ifade etme hürriyetine kısıtlamalar getirilebileceği” yönündeki değerlendirmesine atıfta bulunarak, bu laiklik kavramının AIHS’nin temelini oluşturan değerlerle uyumlu olduğunu ve laiklik ilkesinin desteklenmesinin Türkiye’deki demokratik sistemin korunması için gerekli görülebileceğini kabul etmiştir.

Mahkeme, Türk anayasal sisteminde kadın haklarının korunmasına yapılan vurguyu hatırlatarak, cinsiyet eşitliğinin AIHS’nin altında yatan temel ilkelere birisi ve Avrupa Konseyi üye devletleri tarafından ulaşılması gereken bir hedef olduğunu söylemiştir. Türkiye’de başörtüsü sorununu incelerken, zorunlu bir dini görev olarak sunulan veya öyle algılanan böyle bir sembolü takmanın onu takmamayı seçenler üzerindeki etkisini göz önünde tutmak gerektiğini belirten Mahkeme, ayrıca Türkiye’de dini sembolleri ve dini ilkelere dayalı bir toplum anlayışını empoze etmeye çalışan radikal siyasi hareketler olduğunu belirterek akit devletlerin AIHS hükümlerine uygun olarak bu tür siyasi hareketlere karşı tavır alabileceğini söylemiştir. İlgili düzenlemeleri bu bağlamda ele almak gerektiğini ifade eden Mahkeme, düzenlemelerin belirtilen meşru amaçlara ulaşmayı ve böylece üniversitede çoğulculuğu korumayı, amaçlayan bir önlem olduğunu söylemiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, İstanbul Üniversitesi’nin başörtüsüne kısıtlama getiren düzenlemelerini ve bunları uygulamak için alınan tedbirleri haklı ve meşru amaçlarla orantılı bulmuş ve “demokratik bir toplumda gerekli” olduğuna karar vermiştir.⁶⁵⁰

Davacının talebi üzerine dava Büyük Daire’ye gönderilmiştir. Büyük Daire, laiklik ilkesine saygı göstermeyen bir tutumun kişinin dinini ifade etme hürriyeti kapsamında kabul edilemeyeceğini ve AIHS’nin 9. maddesinin korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir. Tarafların iddialarını inceleyen Büyük Daire, Daire’nin benimsediği yaklaşımdan ayrılmak için neden olmadığını ifade ederek 9.

⁶⁵⁰ECtHR, Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, Judgment of 29 June 2004, para. 85-114.

maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Büyük Daire, eğitim hakkına müdahale ile ilgili şikayeti 9. maddeden ayrı değerlendirme kararı vererek ele almıştır.

Eğitim hakkının okuldan uzaklaştırma veya ihraç etme de dahil olmak üzere disiplin cezalarını ilke olarak dışlamadığını belirten Büyük Daire, bir eğitim kurumunun kendi kurallarına riayeti sağlamak için disiplin cezası tatbik edebileceğini kabul etmiştir. Büyük Daire eğitim hakkına müdahale edildiğini kabul etse de bu müdahaleyi 9. maddeye yapılan müdahalenin gerekçelerinden ayrı değerlendirmemek gerektiğini söyleyerek, kısıtlamanın başkalarının hak ve hürriyetlerini korumak ve kamu düzenini sağlamak gibi meşru amaçları güttüğünü ifade etmiştir.

Orantılılık ilkesi bağlamında, söz konusu tedbirlerin öğrencilerin alışılmış dini görevlerini yerine getirmesini engellemediğini, üniversite yetkililerinin başörtülü öğrencileri geri çevirmek zorunda kalmamak ve başkalarının haklarını ve eğitim sisteminin menfaatlerini korumak arasında makul bir yol aradığını ve öğrencilerin menfaatlerini korumaya uygun yasal ve yargısal güvencelerin var olduğunu belirten Büyük Daire, ayrıca bir tıp öğrencisinin, İstanbul Üniversitesi'nin dini kıyafetlerin giyilebileceği yerleri kısıtlayan düzenlemelerinden habersiz olduğunu düşünmenin gerçekçi olmayacağını dolayısıyla başörtüsü takmaya devam ederse derslere ve sınavlara erişiminin reddedilmesi riskiyle karşı karşıya kalacağını öngörmesi gerekirdi, demiştir. Sonuç olarak, söz konusu kısıtlamanın davacının eğitim hakkının özüne dokunmadığını söyleyerek, ihlal olmadığına hükmetmiştir.⁶⁵¹

Sınırlandırma tedbirleriyle ilgili “kanunla öngörülmüş olma”, “meşru bir amaç için yapılma” ve “demokratik bir toplumda gerekli olma” şartlarını değerlendiren Büyük Daire’nin hükmünü dayandığı gerekçeler konusunda önemli tutarsızlıklar göze çarpmaktadır. Bu tutarsızlıklar, Yargıç Françoise TULKENS’in kararla ilgili muhalif görüşleriyle birlikte ele alınacaktır.

Sınırlandırmanın “kanunla öngörülmüş olması” şartı hususunda “kanun” lafzından ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili AİHM’nin oldukça düşük bir eşik belirlediği göz önüne alındığında ve içtihadında ulusal hukukun ulusal mahkemelerce yapılan yorumunu da

⁶⁵¹ECtHR, Case of Leyla Şahin v. Turkey (Grand Chamber), Application no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005, para. 104-161.

“kanun” olarak nitelendirdiği dikkate alındığında, Büyük Daire’nin sınırlandırmanın kanunla öngörüldüğü sonucuna ulaşması tutarlı görünmektedir.⁶⁵²

Sınırlandırmanın “meşru bir amaç için yapılması” şartı konusunda ise bazı tutarsızlıklar göze çarpmaktadır. Türkiye, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla sınırlandırma tedbirlerini meşrulaştırmaktadır. Kişinin dinini ifade etme hürriyeti başkalarının hak ve hürriyetlerini ihlal etmemek ve kamu düzenine zarar vermemek şartıyla kullanılabilir. Davacının diğerleri üzerinde baskı uygulamak, onları kışkırtmak, kendi dinini yaymak ya da propaganda yapmak ve başkalarının inançlarını baltalamak gibi niyetleri olduğu müşahhas şekilde gösterilmediği takdirde başkalarının hak ve hürriyetlerini ihlal ettiği söylenemez. Davacının bu niyette olduğuyla ilgili Türkiye’nin bir iddiası olmadığı gibi Mahkeme’nin önünde de aksini düşünmek için bir kanıt bulunmamaktadır.

Kamu düzeninin korunması hususunda da davacının başörtüsü takması nedeniyle üniversitedeki öğretimde veya yaşamda herhangi bir aksama veya bir düzensizlik olduğu Türkiye tarafından ileri sürülmemiştir. Buna rağmen Büyük Daire, “...Türkiye bağlamında başörtüsü meselesini incelerken, zorunlu bir dini vecibe olarak sunulan veya algılanan böyle bir sembolü takmanın, onu takmamayı tercih edenler üzerinde yaratabileceği etki akılda tutulmalıdır...” diyerek farazi bir değerlendirme yapmaktadır. Büyük Daire, bu etkinin ne olduğunu açıklamadığı gibi nasıl belirlendiğini de açıklamamıştır.

TULKENS, Mahkemenin ifade hürriyeti alanında, ifade hürriyetine yapılan müdahalelerin ilgili fikir veya görüşlerin herkes tarafından paylaşılabilmesi ve hatta rencide edici olması gerekçesiyle haklı gösterilebileceğini hiçbir zaman kabul etmediğini belirterek, Müslüman bir dini liderin Türkiye’deki laik rejimi şiddetle eleştirdiği ve şeriatın getirilmesi çağrısında bulunduğu için mahkum edilmesini, ifade hürriyetinin ihlali olarak değerlendirdiğini buna karşılık, barışçıl bir şekilde başörtüsü takarak dinini ifade etmenin yasak olmasının anlaşılabilir olmadığını belirtmiştir. Gerçekten de ifade hürriyetiyle ilgili herkesçe paylaşılmayan hatta rencide edici olabilecek fikir ve görüşlere karşı hoşgörülü olmayı savunan AİHM’nin, ifade

⁶⁵²AİHM’nin kendi içtihadıyla tutarlı olsa da “kanunla öngörülmüş olma” şartını değerlendirirken Anayasa Mahkemesi’nin kararıyla yetinmiş olmasını eleştiren bir çalışma için bkz. Bleiberg, B. D. (2005). “Unveiling The Real Issue: Evaluating The European Court of Human Rights’ Decision To Enforce The Turkish Headscarf Ban in Leyla Şahin v. Turkey”, *Cornell Law Review*, 91 (129), 156.

hürriyetinin din alanında uygulanışı olan dini simge ve semboller kullanmaya karşı aynı hoşgörüyü göstermediği anlaşılmaktadır.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını tespit etmek için Mahkemenin üç müşahhas kritere bakması gerektiğini ifade eden TULKENS, öncelikle risk altındaki menfaati korumak için uygulanan sınırlandırma tedbirinin uygunluğunu; tedbirin ilgili hak veya hürriyeti en az kısıtlayan tedbir olup olmadığını ve çatışan menfaatlerin dengelenmesi için uygulanan tedbirin orantılı olup olmadığını belirlemek gerektiğini söylemiştir.⁶⁵³

Büyük Daire'nin davaya yaklaşımında ise ulusal makamların hassas bir alanda AİHS yükümlülüklerini korumak için uygulanacak tedbirleri belirleme konusunda "daha iyi" bir konumda olduğu fikrine dayanan takdir payı yatmaktadır. Devletin belirli bir takdir payına sahip olması ikincilik ilkesinin de gereğidir ancak esas mesele devletin takdir payının sınırlarının belirlenmesidir. Büyük Daire, AİHS'ye taraf devletler arasında eğitim kurumlarında dini sembollerin giyilmesinin düzenlenmesi konusunda uygulama farklılığı olduğunu ve dolayısıyla bu alanda bir Avrupa konsensüsü olmadığını gerekçe göstererek devlete geniş bir takdir payı tanınması gerektiğini değerlendirmiştir.

TULKENS, Büyük Daire'nin değerlendirdiği eldeki mukayeseli hukuk malzemelerinin hiçbirisinde genç yetişkinlere yönelik, üniversite eğitime kadar uzanan, dini semboller giyme yasağı olmadığını ifade etmektedir.⁶⁵⁴ Dolayısıyla akit devletler arasında üniversite eğitiminde dini semboller yasaklamaktan ziyade yasaklamamak konusunda bir uzlaşısı olduğunu söylemek daha doğrudur.

TULKENS, devlete tanınan takdir payının geniş olduğu kabul edilse bile AİHM'nin denetimine tabi olması gerektiğini belirterek, Karar'da Türkiye'nin kendine özgü tarihsel arka planına değinmek dışında Avrupa denetiminin görünmediğini, hâlbuki dava konusu olan din hürriyetinin yerel bir konu olmadığını, tüm üye devletler için önemli olduğunu ve takdir payına sığınarak denetimden kaçınılamayacağını ifade etmiştir.⁶⁵⁵

⁶⁵³Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, Case of Leyla Şahin v. Turkey (Grand Chamber), Judgment of 10 November 2005, para.2.

⁶⁵⁴Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, para. 3.

⁶⁵⁵Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, para. 3.

Davada yalnızca ulusal makamlar ve mahkemeler tarafından belirtilen genel ve mücerret laiklik ve eşitlik ilkelerine dayanıldığını belirten TULKENS, bu ilkelerin önemini kabul etmekle birlikte mevcut davada uygulanma biçimlerine ve başörtüsüyle ilgili yorumlanma şekillerine katılmadığını belirterek, demokratik bir toplumda laiklik, eşitlik ve hürriyet ilkelerinin birbirlerine karşı değil birbirleriyle uyumlu olması gerektiğini ifade etmiştir. Laikliğin Türkiye’deki demokratik toplumun korunması için gerekli temel bir ilke olduğunu kabul eden TULKENS, din hürriyetinin de demokratik toplumun temel ilkelerinden olduğunu unutmamak gerektiğini söylemiştir.⁶⁵⁶

Karar’daki “laiklik ilkesine saygı göstermeyen bir tutumun kişinin dinini ifade etme hürriyeti kapsamında kabul edilemeyeceği” ifadesinden anlaşılaçağı üzere Büyük Daire’nin çoğunluğunun başörtüsü takmanın laiklik ilkesine aykırı olduğunu düşündüğünü belirten TULKENS, bu genellemenin karar üzerindeki etkilerini şu şekilde ifade etmiştir: Öncelikle, Karar’da davacının laiklik ilkesini sorgulama niyetinde olmadığı yönündeki beyanı dikkate alınmamıştır. İkinci olarak, Mahkeme, içtihadında her zaman uyguladığı davacının tutum, davranış veya eylemleriyle bu ilkeye karşı olduğunu gösteren kanıt olup olmadığı yönündeki testi yapmamıştır. Son olarak, Karar’da *Dahlab İsviçre’ye Karşı (2001)* davasına atıf yapılmış fakat bu dava ile mevcut dava arasındaki farklar göz ardı edilmiştir.⁶⁵⁷ Aynı Büyük Daire, *Lautsi ve Diğerleri İtalya’ya Karşı (2011)* davasında olgular farklı olduğu gerekçesiyle *Dahlab* davasının *Lautsi* kararına temel teşkil edemeyeceğini ifade etmiştir.⁶⁵⁸

Dahlab İsviçre’ye Karşı (2001) davasında Mahkeme, bir ilkokul öğretmenin rol model olarak küçük yaştaki öğrencileri dinden döndürme potansiyeli üzerinde durmaktadır. İki davayı kıyaslayarak, başörtülü bir üniversite öğrencisinin rol model olarak diğer yetişkin üniversite öğrencilerini dinden döndürebileceği veya onlar üzerinde baskı oluşturabileceği iddiası gerçekçi görünmemektedir. *Lautsi ve Diğerleri İtalya’ya Karşı (2011)* davasında sınıf duvarlarında dini bir sembolün teşhir edilmesinin öğrenciler üzerinde bir etkisi olabileceğine dair hiçbir kanıt olmadığını

⁶⁵⁶Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, para. 3.

⁶⁵⁷Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, para. 7.

⁶⁵⁸ECtHR, Case of Lautsi and Others v. Italy, Application no. 30814/06, Judgment of 18 March 2011, para. 73.

söyleyen Büyük Daire, ilginçtir ki *Leyla Şahin Türkiye'ye Karşı (2005)* davasında başörtüsünün diğer öğrencileri etkileyeceği sonucuna kanıt olmaksızın ulaşmıştır.

Üniversitedeki öğrencilerden herhangi birisi davacının kendisini zorlamaya çalıştığına inanırsa kolluk kuvvetlerinden veya üniversite yetkililerinden yardım isteme imkanına sahiptir. Üstelik yetişkin bir insanın herhangi bir sebeple ve kendi iradesiyle dinini değiştirmesi önünde bir engel yoktur. Öğrencilerden birisi davacının giyiminden veya fikirlerinden etkilenerek din değiştirmiş olsaydı bile bu, müdahale için bir gerekçe teşkil etmemeliydi.

Türkiye gibi nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu bir ülkede, bazı köktendinci hareketlerin o dinin vecibelerini yerine getirmeyen veya başka bir dine mensup öğrenciler üzerinde baskı kurmasını önlemek için üniversitelerde tedbirler alınabileceğini kabul eden TULKENS, sadece başörtüsü takmanın köktencilikle ilişkilendirilemeyeceğini ve başörtüsü takanlar ile diğer dini semboller gibi başörtüsünü dayatmaya çalışan “aşırılık yanlıları” arasında ayırım yapmanın hayati önem taşıdığını belirtmiş, başörtüsü takan tüm kadınların köktendinci olmadığını ve davacının köktendinci görüşlere sahip olduğunu gösteren hiçbir kanıt olmadığını ifade etmiştir.⁶⁵⁹

Davacıyı sadece başörtülü olduğu için köktendinci gruplara dahil etmenin yersiz olması bir yana, davacı bu gruplar içerisinde yer alıyor olsaydı bile eğer ortada bir suç var ise davacının ancak kendisinin işlediği fiiller nedeniyle sorumlu tutulması ve başkasının işlediği fillere iştirak etmedikçe sorumlu tutulmaması suçun şahsiliği ilkesinin de gereğidir. Ayrıca çatışan bireysel ve toplumsal menfaatler arasında denge sağlamanın yolu davacının kendi dinini bir sembolle ifade etme konusundaki kişisel menfaatini aşırıcılıkla mücadele gibi bir kamu menfaatini gerekçe göstererek tamamen yok etmek olmamalıdır.

TULKENS, Büyük Daire'nin başörtüsünü yasaklamanın laiklik ilkesine uyulmasını sağlamak için neden gerekli olduğunu tespit etme yükümlülüğü altında olduğunu ve bu yasağın nasıl bir acil toplumsal ihtiyaca cevaben konulduğunu göstermesi gerektiğini belirterek, Mahkemenin bunu yaparken yalnızca endişe veya korkulara

⁶⁵⁹Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, para. 10.

değil meşruiyeti şüphe götürmeyen tartışılmaz hakikatlere ve sebeplere dayanması gerektiğini belirterek, güvence altına alınan bir hakka müdahalenin ancak böyle haklı gösterebileceğini söylemiştir.⁶⁶⁰

Büyük Daire'nin eşitlik ve daha fazla cinsiyet eşitliği kavramına yaklaşımı da eleştiriye açıktır. Başörtüsü takmayı kadının yabancılaşması (self-alienation) olarak gören Mahkeme, başörtüsü yasağını kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması için bir vasıta olarak görmesine rağmen yasağın bunu nasıl sağladığı konusuna değinmekten kaçınmıştır.

Başörtüsünü bir din kuralı tarafından kadınlara empoze edilen ve cinsiyet eşitliğiyle uzlaşması mümkün olmayan bir uygulama olarak nitelendiren Mahkeme, uygulamayı hoşgörü, başkalarına saygı ve hepsinden önemlisi eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkeleriyle uzlaşmaz olarak değerlendirmektedir. Eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkelerinin bunlardan yararlanmaya hakkı olanların kontrolünde kalması gereken sübjektif haklar olduğunu belirten TULKENS, Mahkemenin tutumunu bir tür paternalizm olarak değerlendirmiş ve bireyin özerklik (self-autonomy) alanına müdahale olarak nitelemiştir.⁶⁶¹

Mahkemenin başörtüsü takmanın anlamını genel ve mücerret bir şekilde belirleyerek veya kendi bakış açısını davacıya empoze ederek, bir din veya dini uygulama hakkında bu davada olduğu gibi tek taraflı ve olumsuz bir değerlendirme yapma görevi olmadığını belirten TULKENS, davacının başörtüsünü özgür iradesiyle taktığı konusunda doğruyu söylemediğini düşündürecek hiçbir kanıt olmadığını ifade etmiştir. Aksi kanıt olmadığı müddetçe, bir kadının bir uygulamayı özgür iradesiyle seçtiğini kabul etmek gerektiğini belirten TULKENS, ayrıca eğer başörtüsü takmak her halükarda kadın erkek eşitliği ilkesine gerçekten aykırı ise kamu veya özel her yerde başörtüsünü yasaklamak devletin pozitif yükümlülüğüdür diyerek, üniversitede başörtüsü yasağının nedenlerinin ilgili ve yeterli olmadığını ve “demokratik bir toplumda gerekli” müdahale olarak değerlendirilemeyeceğini, dolayısıyla davacının AİHS tarafından güvence altına alınan din hürriyeti hakkının ihlal edildiğini söylemiştir.⁶⁶²

⁶⁶⁰Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, para. 5.

⁶⁶¹Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, para. 12.

⁶⁶²Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, para. 12.

Büyük Daire, AİHS'nin akit devletlere yüksek öğretim kurumları kurma görevi yüklediğini fakat bunu yapan herhangi bir devletin bu kurumlara etkin bir erişim hakkı sağlamakla yükümlü olacağını ifade etmektedir. Eğitim hakkının insan haklarının geliştirilmesi için vazgeçilmez olduğunu belirten Büyük Daire, 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesinin birinci cümlesinin kısıtlayıcı şekilde yorumlanmasını, bu hükmün amacı ile bağdaşmaz olarak nitelemektedir. Büyük Daire bu tespitlerden sonra şaşırtıcı şekilde davacının eğitim hakkından yoksun kalmasına izin vermiştir.

Davacının dini gerekçelerle belirli faaliyetlerden muaf tutulmaya çalışmadığını veya derslerde düzenleme yapılmasını talep etmediğini belirten TULKENS, yalnızca başörtüsüyle eğitimini tamamlamak isteyen davacının derslere ve sınavlara erişimini reddederek fiilen üniversiteye giriş hakkından ve dolayısıyla eğitim hakkından mahrum bırakıldığını ifade etmiştir.⁶⁶³

Negatif yükümlülüklerle ilgili takdir payının daha dar olması gerektiğini ve Mahkemenin her hal ve şart altında AİHS'nin gereklerine riayet edilip edilmediğini tespit etmesi gerektiğini belirten TULKENS, hedeflenen amaçla kullanılan araçlar arasında makul orantı varsa sınırlandırmanın eğitim hakkıyla tutarlı olacağını ifade etmiştir. Davacının derslere ve sınavlara girişini yasaklamadan önce yetkililerin başörtüsünü çıkararak eğitimine devam etmesi için ya davacıyı ikna etmeye çalışması ya da kamu düzeni gerçekten tehlikedeyse üniversite içinde düzenin korunmasını sağlamak için başka tedbir alması gerekirdi diyen TULKENS, eğitim hakkına daha az zarar verecek hiçbir tedbirin bu davada uygulanmadığını belirtmiştir. Eğitimine devam etmek için başörtüsünü çıkartması gereken ve bu zorunluluğa riayet etmediği takdirde üniversiteye girişi yasaklanan davacıya, ülkeyi terk ederek eğitimini yurt dışında tamamlamaktan başka seçenek bırakılmamıştır. Halbuki alternatif seçeneklerin varlığı Mahkemenin ihlal kararı vermediği davalarda göz önünde bulundurduğu bir faktördür. Davacı eğitimini Türkiye'de tamamlama olanağından mahrum bırakılmasının yanı sıra mesleğini icra etmek için geri döndüğü zaman yurtdışı diplomaların tanınmasındaki zorluklarla da karşılaşacaktır. Dolayısıyla davacının uğradığı ve uğrayacağı zarar ile üniversite içinde başörtüsünün yasaklanmasından toplumun elde edeceği fayda Mahkeme tarafından doğru şekilde değerlendirilmemiştir.⁶⁶⁴

⁶⁶³Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, para. 15

⁶⁶⁴Dissenting Opinion of Judge Françoise TULKENS, para. 16-17.

Leyla Şahin Türkiye'ye Karşı (2005) davası, davacının din hürriyeti ve eğitim hakkına yapılan müdahaleyi muhakeme etmekten daha çok Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye'de laiklik ilkesinin önemi ve korunması üzerine mülahazalarının tekrarlandığı bir dava olmuştur. Din hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için AIHS'nin 9. madde 2. paragrafında sayılan meşru gerekçeler arasında laiklik ilkesinin korunması sayılmamış olmasına rağmen, Büyük Daire, Türkiye'de demokrasinin korunması için ilkenin muhafaza edilmesinin gerekli olduğunu değerlendirmiş ve Türkiye'nin iddialarını kabul ederek, laiklik ilkesine saygı göstermeyen bir tutumun kişinin dinini ifade etme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Davada, davacının başörtüsü takmasının diğerlerinin hak ve hürriyetlerini olumsuz etkilediğine ve kamu düzenin bozduğuna dair müşahhas kanıtlar toplanıp değerlendirilmemiş bunun yerine, davacının olayı üzerinden Türkiye'deki aşırılıkçı gruplar ve siyasal atmosferle ilgili değerlendirmeler yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin başörtüsünün siyasal sembol haline getirildiğini belirten kararını kabul eden Daire'nin görüşüne katılan Büyük Daire, aslında tam da yakınılan şeyi yapmakta ve başörtüsünü bireyin inancı gereği uyguladığı bir vecibe yerine siyasal bir simge olarak görmektedir. Büyük Daire'nin ulusal mercilerle aynı görüşü paylaşmasında bir sakınca yoktur yeter ki bu görüşleri yeterli ve eleştirel şekilde analiz etsin. Büyük Daire bunun yerine, başörtüsünün siyasal İslam'ın simgesi olduğu iddiasıyla ilgili olarak başörtüsünün son yıllarda Türkiye'de kazandığı siyasi önemle ilgili ulusal mahkemelerin kararlarına dayanmakla yetinmiştir. Siyasal İslam'ı doğrudan aşırılıkçı düşünceyle ilişkilendirmek doğru değildir. Dindar yurttaşların yalnızca inançları nedeniyle siyasi görüşlerini dile getirme hakkını reddetmek demokrasiyle bağdaşmaz.⁶⁶⁵

Davacının başörtüsü takmasından etkilenenler olup olmadığı konusunda ve söz konusu aşırılıkçı grupların üniversitedeki varlıklarına dair bir bilgiye de kararda yer verilmiş değildir. Büyük Daire'nin aşırılıkçı grupların olduğu yerde ihtiyatlı davranması doğaldır fakat üniversitede bu tür hareketlerin var olduğu ve davacının bu gruplarla “başörtüsü takmak” dışındaki bağlantısı müşahhas olarak gösterilmeli ve bu grupların kamu düzenini nasıl bozdukları veya başkalarının hak ve hürriyetlerini nasıl

⁶⁶⁵Gibson, N. (2007). “An Unwelcome Trend: Religious Dress and Human Rights Following Leyla Şahin vs Turkey”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25 (4), 605.

etkiledikleri davacının rolüyle birlikte ortaya konmalıdır. Herhangi bir kanıt olmadan bu tür varsayımlarda bulunmak muhakemenin değil korkunun ürünü olarak nitelendirilebilir.⁶⁶⁶

Leyla Şahin Türkiye'ye Karşı (2005) davası AİHM'nin çelişkili tutumunu gösteren tek örnek değildir. *Herri Batasuna ve Batasuna İspanya'ya Karşı (2009)* davası ile *Demokratik Toplum Partisi (DTP) ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı (2016)* davası AİHM'nin benzerlikten öte aynı konuları bile ne kadar farklı değerlendirdiğini göstermektedir.

Herri Batasuna ve Batasuna İspanya'ya Karşı (2009) davasında Mahkeme, diğer tüm partiler kınadığı halde davacı partilerin ETA'nın eylemlerini kınamayı reddetmelerini terörizme zımni destek olarak değerlendiren İspanya Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne katıldığını belirtmiş fakat PKK'nın eylemlerini kınamayı reddeden DTP yöneticilerinin bu eylemlerini teröre dolaylı destek olarak nitelendiren Türk Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne katılmaktan kaçınmıştır. DTP yöneticileri, terörizmi kınamaları halinde seçmenleri üzerindeki etkilerini kaybedeceklerini ileri sürmüş ve şiddete son vermek adına üstlenecekleri rol için bunun gerekli olduğunu iddia etmişlerdir.⁶⁶⁷ *Herri Batasuna ve Batasuna İspanya'ya Karşı (2009)* davasında, "bir politikacının davranışı genellikle onun yalnızca eylemlerini veya konuşmalarını değil, bazı durumlarda, onun duruşunu ve açıkça desteğini gösteren ihmallerini ve tepkisizliğini de içerir"⁶⁶⁸ diyen Mahkeme, DTP söz konusu olduğunda aynı tutumu sergilemekten kaçınmıştır.

Ziya Paşa'nın bir beyitindeki "Ayinesi iştir kişinin lafa bakılmaz" ifadesindeki gibi DTP yöneticilerinin barış, kardeşlik ve şiddete karşıyız söylemlerinin bir anlamı olabilmesi için şiddetin en acımasız hali olan terörizmi ve terör örgütünü kınamaktan imtina etmemeleri gerekirdi. DTP davasında Mahkeme, "terörizmi kınamama" eylemini, DTP yöneticilerinin söylemlerini gerekçe göstererek meşrulaştırma gayreti içerisine girmiştir. Mahkeme, "Şüphesiz, A. Türk ve A. Tuğluk'un beyanlarından,

⁶⁶⁶Gibson, *a.g.m*, 2007, 603.

⁶⁶⁷AİHM, *Demokratik Toplum Partisi (DTP) ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı*, Başvuru No. 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 ve 37272/10, Karar, 12 Ocak 2016, para. 89.

⁶⁶⁸ECtHR, *Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, Applications nos. 25803/04 and 25817/04, Judgment of 30 June 2009, para. 88.

PKK'yı 'terörist' olarak nitelendirmekten kaçındıkları da anlaşılmaktadır.”⁶⁶⁹ dedikten sonra “Bu bağlamda, Mahkeme bilhassa, davacı partinin yöneticilerinin, Kürt sorununa barışçıl çözüm getirilmesi amacıyla partilerinin oynamak istediği arabuluculuk rolünü vurgulayan gerekçelerini dikkate almaktadır.”⁶⁷⁰ diyerek, partinin kapatılmasına karar vermek için Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürülen gerekçelerin müdahaleyi haklı göstermek için yeterli olmadığına karar vermiştir.

Mahkeme, terör örgütünü terör örgütü olarak görmeyen ve dolaylı olarak örgütün eylemlerini meşrulaştıran parti yöneticilerinin barışçıl rol oynayacağına tereddüt etmeden ikna olmuş, dahası terör sorununu Kürt sorunu diye adlandıran anlayışı kabul ederek, şiddet eylemlerini “hak” arayışı gibi gösterme gayretlerine zımnen dahil olmuştur.

Şiddet kullanan, silahlı direniş ve isyan örgütleyen bir terör örgütünün eylemlerini kınamamak *Herri Batasuna ve Batasuna İspanya'ya Karşı (2009)* davasında teröre destek olarak kabul edilirken, aynı eylem veya eylemsizlik de denebilir, *Demokratik Toplum Partisi (DTP) ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı (2016)* davasında tek başına bir siyasi partinin tamamen kapatılması kadar ağır bir yaptırımı haklı gösteren bir neden teşkil edemeyeceği gerekçesiyle kabul edilmemiş ve kapatma kararının izlenen amaçlarla orantılı olmadığına hükmedilmiştir..

Kınamama eyleminin parti kapatmak için tek başına yeterli olamayacağı konusu tartışılabilir fakat kınamama eyleminin bir davada gerekçe olarak kabul edilip diğer davada kabul edilmemesinin izahı yoktur. Ayrıca her iki davada da kınamama eyleminin yanı sıra benzer başka eylemler de ulusal mahkemeler tarafından değerlendirilmiş fakat AİHM, Türk yargısının değerlendirmelerini görmezden gelmeyi seçmiştir. Dolayısıyla DTP'nin yalnızca kınamama eylemi nedeniyle kapatıldığı doğru değildir.

⁶⁶⁹AİHM, Demokratik Toplum Partisi (DTP) ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, para. 108.

⁶⁷⁰AİHM, Demokratik Toplum Partisi (DTP) ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, para. 108-109.

Yukarıda verilen örnekler, Mahkemenin farklı davalarda “demokratik bir toplumda gerekli olma” şartını değerlendirirken “ilgili ve yeterli olma”, “orantılılık”, “acil toplumsal ihtiyaç” gibi konularda çelişkili tutumlar takındığını göstermektedir. Bu çelişkili tutum hem Mahkeme hem devlet hem de birey açısından bazı riskler barındırmaktadır çünkü Mahkemenin değerlendirmeleri aynı zamanda devlete tanınan takdir payının sınırlarını da belirlemektedir. Mahkemenin geniş takdir payı tanınması, AİHS çerçevesinde taahhüt edilen yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak için kendi sorumluluğunun çoğunu ulusal makamlara devretmesi demektir. Özellikle hassas ve zor davalarda konuyu ulusal makamların takdir payı içerisinde gösterme eğilimi, uzun vadede, AİHS’nin yorumu ve uygulanması konusunda Mahkemenin nihai karar verici konumunu olumsuz etkileyecek⁶⁷¹ ve sınırlandırma tedbirleri konusunda devletin elini güçlendirerek bireyin haklarının daraltılmasını kolaylaştıracaktır. Takdir payının dar olması durumunda ise devletin, toplum ve bireyin menfaatleri arasında denge kurmasını gerektiren durumlarda işi daha zor olacaktır. Dolayısıyla Mahkeme takdir payı konusunda belirsizlik yaratmaktan kaçınılmalıdır.

4.3. Çıkarılan Sonuçlar

İkincilik ilkesi, hak ve hürriyetleri güvence altına alma sorumluluğunun AİHS 1. madde tarafından öncelikle devlete yüklenmesine ve hak ve hürriyetlerle ilgili uygun uygulama tedbirlerini yürürlüğe koyma ve sınırlandırma tedbirlerinin gerekliliğini ve orantılılığını değerlendirme konusunda ulusal makamların daha iyi konumda olmasına dayanır. Bu sayede AİHM, meşru seçenekler arasından devletin kendine en uygun olanı seçmesine imkan tanıyarak AİHS’nin uygulanmasını kolaylaştırmaktadır.

İkincilik ilkesinin usul (procedural) ve esas (substantive) olmak üzere iki boyutu vardır. Usul boyutu, Mahkeme ile ulusal makamlar arasındaki çalışma ilişkisini ve eylem ve müdahale sorumluluğunun paylaşılmasını sağlar. Etkili başvuru hakkı, iç hukuk yollarının tüketilmesi, adil tazmin ve tanınmış insan haklarının korunması, ilkenin usul boyutuyla ilgilidir. İlkenin esas boyutu ise AİHM’nin değerlendirme ve denetim yetkisini düzenler. AİHM’nin değerlendirme ve denetim yetkisi, dördüncü derece (fourth-instance) doktrini ve takdir payı doktrini ile belirlenir.

⁶⁷¹Mahoney, *a.g.m*, 1990, 82.

Dördüncü derece doktrinine göre AİHM, ulusal mahkemelerin verdiği kararları bozabilecek veya onlar tarafından görülen davaları yeniden görebilecek bir temyiz mahkemesi değildir. AİHM, özellikle olguların belirlenmesi, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması veya ulusal mahkemeler önündeki delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi gibi konularla ilgili olarak yargısal öz kısıtlama (judicial self-restraint) uygular. Dolayısıyla olgulara veya ulusal hukuka ilişkin sorunları yeniden gözden geçirmek, ulusal makamın aldığı karar abes, açıkça keyfi veya tutarsız değilse ilke olarak AİHM'nin görevi değildir.

Uluslararası bir mahkemenin taraf devletlerin yükümlülükleri üzerinde denetim gücüne sahip olması ile AİHS'de devletlere hakları sınırlandırma ve hatta askıya alma yetkisi tanıyan hükümlerin var olmasının gerilim yaratması muhtemeldir. Ulusal makamlar ile AİHM arasında yaşanması muhtemel bu gerilimde hukuki ve siyasi menfaatler arasında uygun bir denge sağlamak için Mahkemenin bulduğu çözüm takdir payı doktrini olmuştur.⁶⁷² Doktrinin tanımı en basit ifadeyle, “ulusal makamlara toplum ve bireylerin ihtiyaç ve kaynaklarına göre AİHS garantilerini farklı alanlarda yerel düzenlemeler yoluyla uygulama yetkisi vermektir.”⁶⁷³ Takdir payı doktrini 15. Protokol ile Sözleşmenin dibacesine ekleninceye kadar AİHS'de veya hazırlık çalışmalarında düzenlenmiş değildir. AİHM, doktrini zaman içerisinde içtihat yoluyla geliştirerek uygulamaya başlamıştır. Doktrinin uygulanmaya başladığı ilk örnekler arasında *Yunanistan Birleşik Krallık'a Karşı* (1958), *Lawless İrlanda'ya Karşı* (1960), *Handyside Birleşik Krallık'a Karşı* (1976) vb. davalar sayılabilir.

Takdir payının ne kadar geniş olması gerektiği doktrinin en ihtilafli konusudur. Devletlerin geniş takdir payı taleplerine karşılık AİHM, konuyla ilgili akit devletler arasında uzlaşılı olup olmadığı, korunan hakkın mahiyeti, devletin yükümlülüğünün pozitif veya negatif olması, sınırlandırmanın amacı, korunmak istenen menfaatin niteliği, olağanüstü veya tehdit edici durumların varlığı ve AİHS metni gibi faktörleri dikkate alarak bir karara varmaktadır.⁶⁷⁴ Dolayısıyla her dava için doktrinin uygulanmasında ve tanınan payın genişliğinde farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

⁶⁷²Yourow, H. C. (1987). The margin of appreciation doctrine in the dynamics of european human rights jurisprudence, *Connecticut Journal of International Law*, 3 (1), 117.

⁶⁷³Petzold, a.g.e, 1993, 58.

⁶⁷⁴Mahoney, a.g.m, 1998, 5.

Bu farklılıklar yalnızca AİHM ve taraf devletler arasında değil Mahkemenin kendi içerisinde de ihtilaf konusu olmaktadır. Mahkemenin kararları, devletin takdir payının genişliği konusunda yanlış değerlendirme yapıldığı gerekçesiyle muhalefet şerhlerinde de eleştirilebilmektedir.

AİHM'nin devlete tanınacak takdir payının genişliği konusundaki genel yaklaşımı şu şekilde özetlenebilir: Özel hayatın mahremiyetiyle ilgili haklar, kamu menfaatini ilgilendiren ifade hürriyeti ve toplantı ve dernek kurma hürriyeti gibi demokratik süreçle ilgili haklar, yasal ebeveyn-çocuk ilişkisi gibi haklar, Mahkemenin devlete daha dar takdir payı tanıdığı haklar arasında sayılabilir. Buna karşılık, devlet ve din ilişkisi gibi genel politikayla ilgili konular, hassas ahlaki meseleler ve akit devletler arasında üzerinde uzlaşa sağlanamamış konularla ilgili haklar söz konusu olduğunda, devlete daha geniş takdir payı tanıma eğilimi artmaktadır. Hayat hakkı, işkence yasağı ve kölelik ve zorla çalıştırma yasağı vb. gibi mutlak haklar söz konusu olduğu zaman takdir payı tanınmamaktadır

Takdir payı ne kadar dar veya geniş bir şekilde tanımlanmış olursa olsun AİHM'nin denetimi altındadır. Mahkeme denetimini, “sınırlandırmanın kanunun öngördüğü şekilde olma”, “sınırlandırmanın meşru amaç için yapılması” ve “sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olması” şartlarının kümülatif olarak varlığını araştırarak yapar. Bunlardan kanunla öngörülme şartı, ulusal mevzuatta müdahaleye imkan veren düzenlemelerin olması ve bu düzenlemelerin erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte olması anlamını taşır. Meşru amaç ise müdahalenin ilgili hakkın ikinci paragrafında sayılan amaçlara dayanarak yapılması demektir. Demokratik bir toplumda gerekli olma şartı ise müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca cevaben ve orantılılık ilkesi gözetilerek yapılması demektir.

Orantılılık ilkesi takdir payının aşırı kullanımına karşı bir koruma vazifesi görür. Bir hakka yapılan müdahalenin orantılılığını değerlendirmek için müdahalenin o hak üzerindeki etkisini, gerekçelerini, hakkı sınırlandırılan birey için sonuçlarını ve müdahalenin hangi bağlamda yapıldığını incelemek gerekir. Devlet, yerel şartları ve çatışan menfaatleri nesnel olarak değerlendirerek müdahalenin haklılığını ve müdahale gerekçelerinin “ilgili ve yeterli” olduğunu göstermekle yükümlüdür.

5. SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

Bu tezin başlangıç noktasını uluslararası antlaşmaların yorumuyla ilgili kuralların uygulanmasında yorumcunun (devlet/mahkeme) antlaşmaya yaklaşımının belirleyici olduğu argümanı oluşturmaktadır. Yaklaşım, “bir sorunu ele alış, ona bakış biçimi” olarak açıklanmaktadır. Hukuki ilişkilerin nasıl anlaşıldığına bağlı olarak uluslararası hukuk alanında antlaşmalara iki farklı yaklaşım sergilendiği görülmektedir. Birincisi, devletlerin sergilediği mütekabiliyet esasına dayanan rıza temelli klasik yaklaşım, ikincisi ise uluslararası mahkeme gibi denetim mekanizmalarının sergilediği amaç/işlev temelli yaklaşımdır.

Uluslararası antlaşmaların büyük çoğunluğu için birinci yaklaşım geçerli olmakla birlikte insan hakları hukuku gibi alt sistemlerde ikinci yaklaşım ağırlık kazanmaktadır. Klasik yaklaşımda da antlaşmanın amacı önemlidir fakat amaç/işlev temelli yaklaşım, antlaşmanın amacını tarafların sübjektif niyet ve amaçlarının üzerinde ve ayrı bir yerde konumlandırarak ayırmaktadır. VAHS antlaşmaların yorumuyla ilgili genel kuralları belirlemiştir. Bu kurallar, esas itibarıyla devletler arası hukuki ilişkilerde ağırlıklı olarak geçerli olan klasik antlaşmalar rejimine göre düzenlenmiştir. Klasik antlaşmalar rejiminde hak ve yükümlülükler devletler arasındadır. İnsan hakları antlaşmalarında ise hakların sahibi birey, yükümlülüğün muhatabı ise devlettir. İki rejim arasındaki bu fark, *VAHS'nin yorum kuralları insan hakları hukuku için geçerli ve yeterli midir?*, sorusunu cevaplandırmayı gerektirir.

Hak ve yükümlülüklerin muhatabı yönüyle klasik antlaşmalardan farklı bazı özellikler göstermesine rağmen AIHS de nihayetinde bir uluslararası antlaşmadır. VAHS, antlaşmaların askıya alınması veya sonlandırılmasıyla ilgili hükümler dışında, insan hakları antlaşmalarına farklı muamele edilmesiyle ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Dolayısıyla VAHS'nin yorum kuralları AIHS'nin yorumu için de geçerlidir. Zaten *Goldner* davasında AIHM, henüz yürürlüğe girmeden VAHS'nin belirlediği yorum kurallarını kullanacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte, AIHM kendisini sadece bir denetim organı olarak görmediğini, insan haklarını geliştirmek gibi bir vazifeyi de yerine getirdiğini belirtmiştir. Mahkemenin kendi rolüyle ilgili bu anlayışı, kullanacağı yorum yöntemini de etkilemiş ve VAHS'nin objektif yaklaşımı yerine amaçsal yaklaşımı tercih etmesinde etkili olmuştur.

Mahkemenin tercihini etkileyen bir diğer unsur da AİHS'nin niteliğiyle ilgili kendi anlayışıdır. Mahkeme, antlaşmanın objektif niteliğine vurgu yaparak, antlaşmanın bireysel menfaatlerden ziyade uluslararası toplumun menfaatlerini düzenleyen, yasa veya anayasa benzeri, kural koyucu özelliğini öne çıkarmaktadır. Objektif nitelikteki antlaşmaların sürekli olması yani belirli bir zaman diliminde yürürlükte kalmak için yapılmaması, sürekliliğin yaratacağı zamanla ortaya çıkacak değişimlere ve gelişmelere uyum sağlamak için genel çerçeve çizmesi ve antlaşmanın amacının taraflarının başlangıçtaki bireysel niyetlerinden ayrı ve bağımsız değerlendirilmesinin gerekliliği de amaçsal yorumu gerekli kılmıştır.

Mahkeme AİHS'yi yorumlarken amaçsal yaklaşıma uygun olarak akit devletlerin bireysel amaçlarından ayrı ve bağımsız olan antlaşmanın objektif amacını (ratio legis) dikkate almakta ve bu objektif amaç doğrultusunda antlaşma hükümlerinin bireysel garantileri etkili kılacak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiğini belirterek, “Sözleşmenin teorik veya hayali hakları değil tatbiki ve gerçek hakları güvence altına almak için tasarlandığını” ifade etmektedir. Mahkemenin bu gerekçelerle VAHS'nin belirlediği yorum kurallarını kendi anlayışına göre uyguladığı görülmektedir. VAHS'nin 31. maddesindeki “olağan anlam”, “konu ve amaç” ve “bağlam” gibi yorum kurallarıyla ilgili kavramlar, AİHM için klasik antlaşmalarda olduğundan farklı anlamlar ifade etmektedir. Örneğin VAHS'deki “olağan anlam” AİHM'nin anlayışında yerini “otonom anlam”a bırakmıştır. Buna göre AİHS'deki bir terimin anlamı, aynı terimin ulusal hukuktaki anlamından farklı olabilmektedir. Mahkeme kendi yorum anlayışına göre dinamik yorum yöntemini belirlemiş ve “Etkililik ilkesi”, “Güncel şartlar”, “Genel kabul gören standartlar”, “Yaşayan belge”, “Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi” ve “Otonom anlam” gibi kavramları dinamik yorumda kullanmıştır.

Doktrinde, AİHM'nin VAHS'nin belirlediği yorum kurallarına önem vermediğine dair eleştirilerin yanı sıra VAHS'nin yorum kurallarının insan hakları hukukunu da kapsayacak kadar esnek olduğuna dair görüşler de mevcuttur. Yorum kurallarının insan hakları alanındaki müşahhas olaylara uygulanmasında bazı esnekliklere ihtiyaç olduğu muhakkaktır. AİHM de benimsediği amaçsal yaklaşımla VAHS'nin yorum kurallarını kendince yorumlayarak gereken esnekliği sağlamaktadır. VAHS'nin yorum kurallarının amaçsal yaklaşıma imkan vermediğini iddia etmek güçtür. Nihayetinde

yorum kuralları da yoruma açıktır ve AİHM'nin yorum yönteminin VAHS'nin yorum kurallarıyla tamamen uyumsuz olduğu değerlendirilmesi sübjektif bir değerlendirme olmaktadır.

Yorum biraz da yorumun hitap ettiği topluluk tarafından kabul edilmeyele alakalıdır. AİHM'nin uzun süredir dinamik yorum yönetimini uyguladığı ve bunun, hitap ettiği topluluk yani devletler tarafından büyük ölçüde kabul edildiği düşünülürse, yapılan tartışmanın teorik olmaktan öteye gidemeyeceği açıktır. Dolayısıyla AİHM'nin dinamik yorumu, VAHS'nin yorum kurallarının farklı bir yorumundan ibarettir.

Dinamik yorum en genel tabirle, antlaşma terimlerinin ve hükümlerinin antlaşmanın amacı doğrultusunda yeniden anlamlandırılması demektir. Dinamik yorum, hukukun toplumsal değişimlere ayak uydurma yöntemlerinden birisidir. Dinamik yorum yöntemi, zaman içerisinde ortaya çıkan ve öngörülmemiş değişimlere karşı AİHS'nin kendini adapte etme yöntemi olarak AİHM tarafından geliştirilmiş ve hak ve hürriyetlerin kapsamını genişletici bir etki yaratmıştır. Dinamik yorum hakların kapsamının yalnızca yatay değil dikey olarak da genişleyebilme potansiyelini ortaya çıkarmış ve geçmişte ayrı bir kategoride sınıflandırılan fiillerin gelecekte daha başka bir kategoride sınıflandırılabilmesinin önünü de açmıştır. Dinamik yorumun taraf devletler için yarattığı bir başka sonuç da pozitif yükümlülükleri ortaya çıkarması olmuştur. Söz konusu yükümlülükler antlaşmanın lafzından ilk bakışta çıkarılamasa da AİHM, bu yükümlülüklerin antlaşmanın özünden ve amacından çıkarılabileceğini ileri sürmektedir. AİHM'nin dinamik yorumuna karşılık, AİHM'nin AİHS'de olmayan hakları yaratıp koruduğu ve dolayısıyla taraf devletlere beklemedikleri yeni yükümlülükler yüklediği eleştirileri yapılmaktadır. Bu eleştiriler kısmen doğrudur çünkü AİHM yalnızca AİHS'nin lafzında yer almayan ve akit tarafların açıkça öngörmediği hakları yorum yoluyla yaratmakla kalmamış, *Young, James ve Webster Birleşik Krallık'a Karşı (1981)* davasında, toplantı ve dernek kurma hürriyetinin negatif boyutunun AİHS'ye dahil edilmemesi yönündeki akit tarafların hazırlık çalışmaları esnasındaki açık beyanlarını da görmezden gelmiştir. Bu noktada, *AİHM'nin dinamik yorum yöntemi hukuki güvenliği ortadan kaldırıyor mu?*, sorusunu cevaplamak gerekir.

Yorum açısından hukuki güvenlik, antlaşmaların yorumunda izlenecek belirli kurallar olması ve bu kuralların nasıl uygulanacağını bilmesidir. Başka bir ifadeyle,

uygulanacak yorum kurallarının öngörülebilir olması demektir. Yorum konusunda belirli kuralların var olması, antlaşma metninin hangi kurallara göre yoruma tabi tutulacağını bilinmesini ve antlaşma metninin ona göre hazırlanmasını sağlarken, kuralların nasıl uygulanacağı da akit devletlerin muhatap olacağı yükümlülükleri ve hakları belirleyecektir. Bu nedenle, devletler yorum yapan merciin yorum kurallarını nasıl uygulayacağını da asgari ölçüde bile olsa bilmek isterler.

Dinamik yorum yönteminin VAHS'nin lafzi yorum yönteminden ayrıldığı bir gerçektir. Bununla birlikte, AİHM'nin içtihat yoluyla uzun süredir dinamik yorum yöntemini uyguladığı da ortadadır. Dolayısıyla dinamik yorum yönteminin taraf devletlerce başlangıçta bilinmediği iddia edilebilirse de artık bu iddianın geçerliliğinin kalmadığı söylenebilir. AİHM, dinamik yorumun temel ilke, kavram ve kurallarını ortaya koyarak içtihatla yerleşik hale getirmiştir. Ayrıca AİHM, AİHS'nin demokratik toplumun değerlerini ve ereklerini korumak ve geliştirmek için tasarlanan bir vasıta olduğunu farklı davalarda ifade etmiştir.

İnsan haklarının yanı sıra demokratik toplumu da korumayı ve geliştirmeyi amaçlayan bir mekanizmanın durağan değil dinamik olması olağandır. Dolayısıyla devletler, AİHS'nin dinamik şekilde yorumlanacağını aslında bilerek taraf olmaktadır. Dinamik yorum yöntemiyle ilgili kural ve ilkeler içtihatla yerleşik olmasına rağmen kuralların farklı uygulandığı yönünde eleştiriler de kimi zaman yapılmaktadır. AİHS'nin garanti altına alınan hakları koruma sorumluluğunu birincil olarak devlete yüklemesi nedeniyle, AİHM ve taraf devletler arasında zaman zaman yetki tartışmaları ortaya çıkmakta ve Mahkeme ikincillik ilkesini göz ardı etmekle veya iç işlerine müdahale etmekle itham edilebilmektedir.

İkincillik gereği ulusal hukukun yorumu ve uygulanması veya bir davanın olgularıyla ilgili değerlendirme yapma yetkisi ilke olarak ulusal mahkemelere aittir. Mahkemenin bu durumda AİHS'nin özünde olan hakları güçlendirme ve geliştirme görevi ile devletlerin AİHS'nin uygulanmasıyla ilgili yaptıkları tercihlere saygı gösterme arasında hassas bir denge kurması gerekir. Mahkemenin bu dengeyi sağlayabilmek için geliştirdiği formül takdir payı doktrindir. AİHS'nin hakların korunmasıyla ilgili tafsilatlı düzenlemeler yerine genel bir çerçeve çizmesi, uygulama konusunda akit devletlere doğal olarak farklı seçenekler arasından tercih yapma imkanı vermektedir. AİHM, garanti altına alınan hak korunduğu sürece devletin bunu hangi yolla yaptığına

odaklanmamaktadır. Bir hakka müdahale olduğu durumlarda ise devletin takdir payının sınırlarının belirlenmesi gerekli olmaktadır. Bu durumda, *Taraf devletlere tanınan takdir payının sınırları nelerdir ve bu sınırlar nasıl belirlenir?*, sorusu önem kazanmaktadır.

Bir hakka müdahale iki şekilde olmaktadır. Birincisi, ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü durumlarda bazı hakların geçici süreyle askıya alınması (aykırılık tedbirleri), ikincisi ise bazı hakların kullanımının sınırlandırılmasıdır (sınırlandırma tedbirleri). Hakların askıya alınması esas ve usul yönünden denetime tabidir. Usul konusunda taraf devletin aykırı tedbirleri alırken ve sonlandırırken bildirimde bulunma yükümlülüğü vardır. Esas konusunda ise ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü bir durumun olması, alınan aykırı tedbirin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması ve tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle ters düşmemesi gerekir.

Mahkeme, aykırı tedbirler konusunda orantılılık testi uygulayarak takdir payını belirler. Bu testte, alınan tedbirin karşılaşılan olağanüstü hâl ile başa çıkmak için gerekli olup olmadığı, tedbirin kapsamı, uygulama alanı ve süresi gibi hususlar değerlendirilerek, tedbirlerin kötüye kullanılması veya aşırılığa kaçılması engellenmeye çalışılmaktadır. Aykırı tedbirlerin istismarına karşı yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığı ve tedbirlerin ayrımcı şekilde uygulanıp uygulanmadığı hususları da orantılılık ilkesine riayet konusunda dikkate alınan diğer unsurlardır. Aykırılık tedbirleriyle ilgili usuli gereklilikler konusunda AİHM devlete dar bir takdir payı tanımaktadır. AİHS'nin bildirim yükümlülüğüyle ilgili lafzının kesinlik bildirecek şekilde düzenlenmiş olmasının da bunda payı vardır. Esasla ilgili yükümlülükler konusunda ise yukarıda değinilen faktörlere riayet, takdir payının sınırlarını belirlemektedir.

Hak ve hürriyetlere müdahalenin bir diğer şekli olan sınırlandırma tedbirleri konusunda ise AİHM'nin belirlediği üç esas vardır. Bunlar, sınırlandırmanın kanunun öngördüğü şekilde olması, meşru bir amaç için yapılması ve demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır. Bu esaslar da kendi içerisinde alt şartlara ayrılmaktadır. Kanunla öngörülmüş olma, ulusal hukukta sınırlandırmanın dayanağının düzenlenmiş olması demektir. Düzenleme tek başına yeterli olmayıp, öngörülebilirlik testiyle erişilebilir ve öngörülebilir olduğunun ortaya konulması suretiyle nitelik yönünden de

değerlendirilmesi gerekir. Sınırlandırma tedbirinin kötüye kullanım riski nedeniyle suiistimalleri önlemek için kanunda, olası tedbirlerin niteliği, kapsamı ve süresi, bu tedbirlerin alınması için gerekli gerekçeler, bunlara izin vermeye, uygulamaya ve denetlemeye yetkili makamlar ve ulusal hukuk tarafından sağlanan tedbirlerin de belirlenmiş olması gerekir ve bu hususlar düzenlemenin niteliğini değerlendirmekte kullanılır.

Meşru amaçlar konusu zaten ilgili hakkın içerisinde düzenlenmiştir. Buna göre devlet, yalnızca ilgili maddede belirtilen gerekçelerle bir hakkı sınırlandırabilecektir. AİHS'nin bir hakkın sınırlandırılmasına izin vermesinin altında yatan temel sebep, kamusal veya özel bir menfaatin korunması ihtiyacıdır. Devlet toplumsal hayatın düzenleyicisi ve denetleyicisi olarak toplumu oluşturan diğer bireylerin hak ve hürriyetlerinin korunması ile tek başına bireyin hak ve hürriyetlerini kullanması arasında bir denge sağlamak durumundadır. Ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, sağlık veya ahlakın korunması vb. meşru amaçlar bireyin hakkının sınırlandırılması için kullanılabilir.

Devletin meşru amaca dayanarak bir hakkı sınırlandırabilmesi için alınan tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakılır. Bir tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu gösteren unsurların başında sınırlandırmanın acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması gelir. Ulusal makamlar sınırlandırmayı gerekçelendirilmek üzere öne sürdükleri nedenlerin "ilgili ve yeterli" olduğunu göstermelidir. Nedenlerin "ilgili" olması, sınırlandırma ile hedeflenen meşru amaç arasında bir bağlantı olması demektir. "Yeterli" ifadesi ise yapılan müdahalenin ve bu müdahale neticesinde ortaya çıkan sonuçların meşru amaca ulaşmak için gerekenden fazla olmaması anlamına gelir. Ayrıca haklara istisna getiren hükümlerin dar yorumlanması esas olduğu için devlet, bireyin hakkını azami ölçüde kullanmasını sağlamaya gayret etmelidir.

Temel hak ve hürriyetlerin var olabilmesi için çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik, eşitlik, hürriyet, hukukun üstünlüğü vb. gibi demokratik toplumun temel niteliklerinin var olması gerekir. Bu niteliklerin hakim olmadığı toplumlarda ulusal makamların hak ve hürriyetleri keyfi olarak sınırlandırmaları söz konusu olabilir. Demokrasi ile insan hakları arasında doğrudan bağ kuran AİHM, takdir payını belirlerken hak ve hürriyetlerin demokratik toplumun nitelikleriyle ilişkisini de dikkate alarak hareket

etmektedir. Örneğin çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında devletin takdir payını daraltıcı bir etki yaratmaktadır.

Takdir payının uygulanmasında AIHM'nin tutumunun zamanla değiştiği ve başlangıçtaki geniş takdir payı tanıma eğiliminin azaldığı görülmektedir. Bu eğilim değişikliğinde dinamik yorum yöntemi doğrudan etkilidir. Hak ve hürriyetlerin kapsamını genişleten dinamik yorum, devletin takdir payını da etkilemektedir. Örneğin geçmişte devlete geniş takdir payı tanınan bir konuda müteakip süreçte taraf devletler arasında bir uzlaşma oluşursa, AIHM takdir payını bu yeni duruma göre belirlemektedir.

Hak ve hürriyetlerle birlikte takdir payını da statik olmaktan çıkaran dinamik yorum yönteminin bu etkisi, değişen şartlara uyum sağlamadaki esneklik olarak değerlendirilebileceği gibi taraf devletler tarafından hukuki belirsizlik kaynağı olarak da görülebilir. Takdir payının uygulanmasındaki belirsizlik, AIHM başkanı Dean SPIELMANN tarafından 2014 yılında yaptığı bir konuşmada da zımnen kabul edilmekte ve doktrin, bir bağlamdan diğerine uygunluğu ve sonucu bakımından büyük ölçüde değişen bir kavram olarak ifade edilmektedir.

Devletlerin ikincillik ilkesini sıklıkla gündeme getirmeleri ve nihayetinde takdir payıyla birlikte AIHS metnine geçirmelerinin altında bu belirsizlikten kaynaklanan endişenin etkili olduğu söylenebilir. Taraf devletlerin 15. Protokol ile takdir payını ve ikincillik ilkesini AIHS'nin dibacesine eklemeleri önemlidir çünkü antlaşmaların dibaceleri antlaşmanın ayrılmaz bir parçasıdır ve yorumda dikkate alınır. Dibacede yapılan bu değişikliğin dinamik yorum yöntemi üzerindeki etkilerinin ne olacağını şimdiden kestirmek güçtür. Protokol'ün 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe girmesi, dinamik yorum yönteminin ve takdir payı doktrininin nasıl etkileneceğine dair gelecekte yapılacak çalışmalar için bir başlangıç noktası teşkil edecektir.

Dinamik yorum yönteminin temel hak ve hürriyetlerin gelişimine yaptığı katkı inkar edilemez. Bununla birlikte, taraf devletlerin takdir payının daha geniş olması yönündeki taleplerinin de dikkate alınması gerekir. Bu talepler yalnızca politikacıların talep ettiği politik talepler de değildir. İngiltere'de bazı hukukçuların da bu yönde talepte bulundukları ve hatta AIHM'nin uygun denetim organı olup olmadığını sorguladıkları görülmektedir.

AİHM “anayasal” bir nitelik atfediyor olsa da AİHS nihayetinde bir uluslararası anlaşmadır ve temel hak ve hürriyetlerle ilgili sağladığı garantilerin işleyebilmesi akit devletlerin iş birliğine ve rızasına bağlıdır. Dinamik yorum yönteminin kabul edilmiş olması devletlerin buna daima rıza göstereceği anlamına gelmez. Bir noktadan sonra AİHM’nin hakları genişletme çabası tam tersi etki yaratarak, devletlerin AİHS’den çekilmesini tetikleyebilir.



KAYNAKLAR

- Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo: D. Reidel Publishing Company.
- Abi-Saab, G. (1999). "Fragmentation or unification: Some concluding remarks", *New York University Journal of International Law and Politics*, 31 (4), 919-933.
- Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, International Court of Justice (ICJ), 28 May 1951.
- Advisory Opinion Concerning the Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania; Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 18 July 1950.
- AİHM, Selahattin Demirtaş Başvurusu (3), Başvuru Numarası: 2017/38610, Karar Tarihi: 9/6/2020 R.G. Tarih ve Sayı: 19/6/2020-31160.
- AİHM, Demokratik Toplum Partisi (DTP) ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, Başvuru No. 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 ve 37272/10, Karar, 12 Ocak 2016.
- Allot, P. (1999). "The Concept of International Law", *European Journal of International Law*, 10 (1), 31-50.
- American Association for the International Commission of Jurists, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* (1985).
- Arai-Takahashi, Y. (2013). The margin of appreciation doctrine: A theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry. in Føllesdal, A., Peters, B., Ulfstein, G. (Eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Studies on Human Rights Conventions, pp. 62-105). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139169295.004
- Article 19. Interpretation of Treaties. (1935). *American Journal of International Law*, 29, 937-977
- Aust, A. (2007). *Modern Treaty Law and Practice*, Second Edition, New York: Cambridge University Press.
- Aust, A. (2010). *Handbook of International Law*, Second Edition, New York: Cambridge University Press.
- Barak, A. (2005). *Purposive Interpretation in Law*, Princeton-Oxford: Princeton University Press.

- Başlar, K. (2008). *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye'de İnsan Hakları Reformlarının Uygulanmasına Destek Projesi*, Ankara: Şen Matbaa.
- Batuhan, H., Grünberg, T. (1984). *Modern Mantık*, Ankara: Orta Doğu Teknik Üniversitesi: Fen ve Edebiyat Fakültesi Yayın No:17.
- Bederman, D. J. (2002). *The Spirit of International Law*, Athens-London: The University of Georgia Press.
- Berger, A. (1953). *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia: The American Philosophical Society.
- Bernhardt, R. (1967). "Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties: Comments on Arts. 27, 28, 29 and 38 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 27, 491-506.
- Bernhardt, R. (1981). "Interpretation in International Law", in: Bernhardt, R. (Ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 1 (1981), p.318.
- Bernhardt, R. (1999). "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights", *German Yearbook of International Law*, 42, 11-25.
- Bjorge, E. (2015). "Been There, Done That: The Margin of Appreciation and International Law", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 4 (1), 181-190.
- Bleiberg, B. D. (2005). "Unveiling The Real Issue: Evaluating The European Court of Human Rights' Decision To Enforce The Turkish Headscarf Ban in Leyla Şahin v. Turkey", *Cornell Law Review*, 91 (129), 129-169.
- Bodansky, D. (2012). "Non Liqueur", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, 2012. Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.
- Bratza, N. (2012). Opening addresses – Discours d'ouverture, *Proceedings/Actes: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, Brighton, 18-20 April 2012.
- Breuer, M. (2019). 'Principled Resistance' to ECtHR Judgments: Dogmatic Framework and Conceptual Meaning. in: Breuer, M. (Ed), *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, vol 285, Berlin-Heidelberg: Springer, 3-34.
- Brown, P. M. (1929). "The Interpretation of Treaties", *American Journal of International Law*, 23 (4), 819-824.
- Buffard, I. and Zemanek, K. (1998). "The "Object and Purpose" of a Treaty: An Enigma?", *Austrian Review of International & European Law*, 3, 311-343.

- Cane, P. (2011). *Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Carozza, P. G. (2016). "The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions", *The American Journal of Jurisprudence*, 61 (1), 51–67.
- Carter Jr, W. M. (2008). "Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication", *Hamline Journal of Public Law & Policy*, 30 (1), 319-333.
- Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I. C. J. Reports 1996, p. 803.
- Cassese, S. (2015). "Ruling Indirectly – Judicial Subsidiarity in The ECHR", *Proceedings of the Seminar 31 January 2015 "Subsidiarity: a two-sided coin?"*, Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2015.
- Charney, J. I. (1999). "The impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals", *New York University Journal of International Law and Politics*, 31(4), 697-708.
- Clapham, A. (2014). *Brierly's Law Of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, Oxford: Oxford University Press.
- Concurring Opinion of Judge Cabral Barreto*, ECtHR, Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, Judgment of 4 February 2005.
- Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1948, p.57.
- Cot, J. P. (2012). "Margin of Appreciation", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, 2012. Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.
- Council of Europe, Directorate of Human Rights: *Yearbook of the European Convention on Human Rights: Individual Applications, Application No. 646/59, Decision of 2nd June 1960*, The European Commission and European Court of Human Rights, 1960, Volume 3, Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B.V.
- Crawford, J. (2014). *Chance, Order, Change: The Course of International Law: General Course on Public International Law*, The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, Leiden: Brill/Nijhoff.
- Crnic-Grotic, V. (1997). "Object and Purpose of Treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties." *Asian Yearbook of International Law*, 7, 141-174.
- Çağıl, O. M. (1966). *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- Çağırın, M. E. (2005). *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Ankara: Platin Yayınları.

- Çağırın, M. E. (2011). *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, İkinci Baskı, Ankara: Barış Kitap.
- Çağırın, M. E. (2020). *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Dördüncü Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Çalı, B. (2020). "Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights", in: Hollis, D. B. (Ed), *The Oxford Guide to Treaties*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press., 504-523.
- Çalı, B., Koch, A., Bruch, N. (2013). "The Legitimacy of Human Rights Courts: A Grounded Interpretivist Analysis of the European Court of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 35 (4), 955-984, DOI: 10.1353/hrq.2013.0057
- d'Aspremont, J. (2013). "Articulating International Human Rights and International Humanitarian Law: Conciliatory Interpretation under the Guise of Conflict of Norms-Resolution". ", in: Fitzmaurice, M. and Merkouris, P. (Eds), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights*, Leiden: Brill-Nijhoff Publishers, 1-31.
- Decision of the Commission as to the Admissibility of Application No. 788 / 60 (Austria v. Italy), *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1961 (4), Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B.V..
- Dissenting Opinion of Judge Bernhardt Joined By Judge Lopes Rocha, Dissenting Opinion of Judge Baka, Dissenting Opinion of Judge Jambrek*, ECtHR, Case of Loizidou v. Turkey, Judgment of 18 December 1996.
- Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens*, ECtHR, Case of Leyla Şahin v. Turkey (Grand Chamber), Judgment of 10 November 2005.
- Dissenting Opinion of Judge Pettiti*, ECtHR, Case of Loizidou v. Turkey, Judgment of 18 December 1996.
- Dissenting Opinion of Judge Zagrebelsky Joined by Judges Lorenzen, Fura-Sandström, Jaeger And Popović*, ECtHR, Case of Stoll v. Switzerland, Judgment of 10 December 2007.
- Dothan, S. (2019). "The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights", *Fordham International Law Journal*, 42 (3), 765-794.
- DuPuy, P. M. (1999). "The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and The International Court of Justice", *New York University Journal of International Law and Politics*, 31 (4), 791-807.
- Dupuy, P. M. (2011). "Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy", in: Cannizaro, E., Arsanjani, M. H., Gaja, G. (Eds), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, New York: Oxford University Press, 123-137.

- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Cambridge-Massachusetts-London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*, Cambridge-Massachusetts-London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dzehtsiarou, K., O'Mahony, C. (2013). "Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court", *Columbia Human Rights Law Review*, 44 (2), 309-366.
- ECtHR, Case of A, B and C v. Ireland, Application no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010.
- ECtHR, Case of A. and Others v. The United Kingdom, Application no. 3455/05, Judgment of 19 February 2009.
- ECtHR, Case of Abdülşamet Yaman v. Turkey, Application no. 32446/96, Judgment of 2 November 2004.
- ECtHR, Case of Airey v. Ireland, Application no. 6289/73, Judgment of 9 October 1979.
- ECtHR, Case of Aksoy v. Turkey, Application no. 21987/93, Judgment of 18 December 1996.
- ECtHR, Case of Artico v. Italy, Application no. 6694/74, Judgment of 13 May 1980.
- ECtHR, Case of Berrehab v. The Netherlands, Application no. 10730/84, Judgment of 21 June 1988.
- ECtHR, Case of Big Brother Watch And Others v. The United Kingdom, Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, Judgment of 25 May 2021.
- ECtHR, Case of Brannigan and McBride v. The United Kingdom, Application no. 14553/89; 14554/89, Judgment of 25 May 1993.
- ECtHR, Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom, Application no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002.
- ECtHR, Case of Cossey v. The United Kingdom, Application no. 10843/84, Judgment of 27 September 1990, *Dissenting Opinion of Judge Martens*.
- ECtHR, Case of Creangă v. Romania, Application no. 29226/03, Judgment, 23 February 2012.
- ECtHR, Case of Cruz Varas and Others v. Sweden, Application no. 15576/89, Judgment of 20 March 1991.

ECtHR, Case of Dadouch v. Malta, Application no. 38816/07, Judgment of 20 July 2010.

ECtHR, Case of Dudgeon v. The United Kingdom, Application no. 7525/76, Judgment of 22 October 1981.

ECtHR, Case of El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Application no. 39630/09 Judgment of 13 December 2012

ECtHR, Case of Engel and Others v. The Netherlands, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Judgment of 8 June 1976

ECtHR, Case of Feldbrugge v. The Netherlands, Judgment of 29 May 1986, *Joint Dissenting Opinion of Judges Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Sir Vincent Evans, Bernhardt and Gersing*.

ECtHR, Case of Freitas Rangel v. Portugal, Application no. 78873/13, Judgment of 11 January 2022.

ECtHR, Case of Geziena Hendrika Maria Feldbrugge against The Netherlands, Application No. 8562/79, *Report of The Commission* (Adopted on 9 May 1984).

ECtHR, Case of Golder v. The United Kingdom, Application no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975.

ECtHR, Case of Guja v. Moldova, Application no. 14277/04, Judgment of 12 February 2008.

ECtHR, Case of Gusinskiy v. Russia, Application no. 70276/01, Judgment of 19 May 2004.

ECtHR, Case of Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, Judgment of 7 December 1976.

ECtHR, Case of Hector Cruz Varas, Magaly Maritza Bustamento Lazo and Richard Cruz against Sweden, Application No. 15576/89, *Report of The Commission* (Adopted on 7 June 1990).

ECtHR, Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Applications nos. 25803/04 and 25817/04, Judgment of 30 June 2009.

ECtHR, Case of I. v. Norway, Application No:1468/62, Judgment of 17 December 1963

ECtHR, Case of Ireland v. The United Kingdom, Application no. 5310/71, Judgment of 18 January 1978.

ECtHR, Case of James and Others v. The United Kingdom, Application no. 8793/79, Judgment of 21 February 1986.

ECtHR, Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia, Application no. 302/02, Judgment of 10 June 2010.

ECtHR, Case of Kafkaris v. Cyprus, Application no. 21906/04, Judgment of 12 February 2008.

ECtHR, Case of Karataş v. Turkey, Application no. 23168/94, Judgment of 8 July 1999.

ECtHR, Case of Kavala v. Turkey, Application no. 28749/18, Judgment, 10 December 2019.

ECtHR, Case of Kjeldsen, Busk Madsen And Pedersen v. Denmark, Judgment of 7 December 1976.

ECtHR, Case of König v. Germany, Application no. 6232/73, Judgment of 28 June 1978.

ECtHR, Case of L.B. v. Hungary, Application no. 36345/16, Judgment of 12 January 2021.

ECtHR, Case of Laskey and Others v. The United Kingdom, Application no. 21627/93; 21628/93; 21974/93, , Judgment of 19 February 1997.

ECtHR, Case of Lautsi and Others v. Italy, Application no. 30814/06, Judgment of 18 March 2011.

ECtHR, Case of Lawless v. Ireland (No. 3), (Application no 332/57), Judgment of 1 July 1961.

ECtHR, Case of Leander v. Sweden, Application no. 9248/81, Judgment of 26 March 1987.

ECtHR, Case of Leyla Şahin v. Turkey (Grand Chamber), Application no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005.

ECtHR, Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, Judgment of 29 June 2004.

ECtHR, Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Application no. 15318/89, Judgment of 23 March 1995.

ECtHR, Case of Loizidou v. Turkey, Application no. 15318/89, Judgment of 18 December 1996.

ECtHR, Case of Malone v. The United Kingdom, Application no. 8691/79, Judgment of 2 August 1984.

ECtHR, Case of Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey, Applications nos. 46827/99 and 46951/99 , Judgment of 6 February 2003.

ECtHR, Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, Applications nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 4 February 2005.

ECtHR, Case of Marckx v. Belgium, Application no. 6833/74, Judgment of 13 June 1979.

ECtHR, Case of Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Application no. 13237/17, Judgment of 20 March 2018.

ECtHR, Case of Mialhe v. France (No. 1), Application no. 12661/87, Judgment of 25 February 1993.

ECtHR, Case of National Union of Belgian Police v. Belgium, Judgment of 27 October 1975, Dissenting Opinion of Judge Gerald Fitzmaurice.

ECtHR, Case of News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria, Application no. 31457/96, Judgment of 11 January 2000.

ECtHR, Case of Nolan and K. v. Russia, Application no. 2512/04, Judgment of 12 February 2009.

ECtHR, Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, Application no. 13470/87, Judgment of 20 September 1994.

ECtHR, Case of Pretty v. The United Kingdom, Application no. 2346/02, Judgment of 29 April 2002.

ECtHR, Case of Rees v. The United Kingdom, Application no. 9532/81, Judgment of 17 October 1986.

ECtHR, Case of Rekvényi v. Hungary, Application no. 25390/94, Judgment of 20 May 1999.

ECtHR, Case of Republican Party of Russia v. Russia, Application no. 12976/07, Judgment of 12 April 2011.

ECtHR, Case of Roche v. The United Kingdom, Application no. 32555/96, Judgment of 19 October 2005.

ECtHR, Case of Sabanchiyeva and Others v. Russia, Application no. 38450/05, Judgment of 6 June 2013.

ECtHR, Case of Sakık and Others v. Turkey, Application no. 87/1996/706/898-903, Judgment of 26 November 1997.

ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) (Grand Chamber), Application no. 14305/17, Judgment of 20 November 2018.

ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), Application no. 14305/17, Judgment of 22 December 2020.

ECtHR, Case of Selmouni v. France, Application no. 25803/94, Judgment of 28 July 1999.

ECtHR, Case of Sheffield and Horsham v. The United Kingdom, Application no. 31–32/1997/815–816/1018–1019, Judgment of 30 July 1998.

ECtHR, Case of Shimovolos v. Russia, Application no. 30194/09, Judgment of 21 June 2011.

ECtHR, Case of Silver and Others v. The United Kingdom, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgment of 25 March 1983.

ECtHR, Case of Socialist Party and Others v. Turkey, Application no. 26482/95, Judgment of 12 November 2003.

ECtHR, Case of Soering v. The United Kingdom, Application no. 14038/88, Judgment of 07 July 1989.

ECtHR, Case of Stoll v. Switzerland, Application no. 69698/01, Judgment of 10 December 2007.

ECtHR, Case of Sürek v. Turkey (No. 1), Application no. 26682/95, Judgment of 8 July 1999.

ECtHR, Case of Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden, Application no. 5614/72, Judgment of 6 February 1976.

ECtHR, Case of Şahin Alpay v. Turkey, Application no. 16538/17, Judgment of 20 March 2018.

ECtHR, Case of The Sunday Times v. The United Kingdom, Application no. 6538/74, Judgment of 26 April 1979.

ECtHR, Case of Tyrer v. The United Kingdom, Application no. 5856/72, Judgment of 25 April 1978.

ECtHR, Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Application no. 133/1996/752/951 Judgment of 30 January 1998.

ECtHR, Case of Vavříčka and Others v. The Czech Republic, Application no. 47621/13 and 5 others, Judgment of 8 April 2021.

ECtHR, Case of Vogt v. Germany, Application no. 17851/91, Judgment of 26 September 1995.

ECtHR, Case of Weber And Saravia v. Germany (Decision of Admissibility), Application no. 54934/00.

ECtHR, Case of Wemhoff v. Germany, Application no. 2122/64, Judgment of 27 June 1968.

- ECtHR, Case of Worm v. Austria, Application no. 83/1996/702/894, Judgment of 29 August 1997.
- ECtHR, Case of X and Y v. The Netherlands, Application no. 8978/80, Judgment of 26 March 1985.
- ECtHR, Case of Yordanova and Others v. Bulgaria, Application no. 25446/06, Judgment of 24 April 2012.
- ECtHR, Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, Application no. 7601/76; 7806/77, Judgment of 13 August 1981.
- Endicott, T.A.O (2000). *Vagueness in Law*, New York: Oxford University Press.
- Fachiri, A.P. (1929). "Interpretation of Treaties", *American Journal of International Law*, 23 (4), 745-752.
- Falk, R. A. (1959). International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order, *Temple Law Quarterly*, 32 (3), 295-321.
- Fawcett, J. E. S. (1969). *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- Fellmeth, A. X., Horwitz, M. (2009). *Guide to Latin in International Law*, New York: Oxford University Press Inc.
- Fikfak, V. (2018). "Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, 29 (4), 1094.
- First Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, International Law Commission, 26 March 1962, A/CN.4/144 and Add.1
- Fitzmaurice, G. (1950). "The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law", *British Yearbook of International Law*, 27, 1-41.
- Fitzmaurice, G. (1951). "The Law and Procedure of The International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points", *British Yearbook of International Law*, 28, 1-28.
- Fitzmaurice, G. (1957). "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points", *British Yearbook of International Law*, 33, 203-293.
- Fitzmaurice, G. (1971). "Vae Victis or Woe to the Negotiators! Your Treaty or Our "Interpretation" of It?", *American Journal of International Law*, 65 (2), 358-373, DOI:10.2307/2199244
- Fitzmaurice, M. (2012). "Treaties", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, 2012. Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press

- Fitzmaurice, M. (2013). "Interpretation of Human Rights Treaties", in: Dinah Shelton (Ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Fuller, L. L. (1964). *The Morality of Law*, New Haven-London: Yale University Press.
- Gaja, G. (2015). "Interpreting Articles Adopted by The International Law Commission", *British Yearbook of International Law*, 85 (1), 10-20.
- Gardbaum, S. (2008). "Human Rights as International Constitutional Rights", *European Journal of International Law*, 19 (4), 749-768.
- Gardiner, R. K. (2015). *Treaty Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, Second Edition, 71.
- Gibson, N. (2007). "An Unwelcome Trend: Religious Dress and Human Rights Following Leyla Şahin vs Turkey", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25 (4), 599-640, DOI:10.1177/016934410702500403
- Golsong, H. (1993). "Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?", in: Macdonald, R. St., Matscher, J. F., Petzold, H. (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 147-162.
- Göksu, H. T. (2014). "Ronald Dworkin'in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0 (4), 114-132.
- Gönenç, L. (2011). Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, *Anayasa Çalışma Metinleri* 3, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı.
- Gözler, K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık.
- Gözler, K. (2013). "Yorum İlkeleri", *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 236, 15-119.
- Green, M. S. (2005). "Legal Realism as Theory of Law", *William. & Mary Law Review*, 46 (6), 1915-2000.
- Greer, S. (1997). The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, *Human rights files No. 15*, Council of Europe Publishing.
- Greer, S. (2006). *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Grice, H. P. (1989). *Studies in the Way of Words*, USA: Harvard University Press.

- Gross, O. (1998). "Once More unto the Breach": The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies", *The Yale Journal of International Law*, 23 (437), 437-501.
- Grotius, H., Tuck, R. (2005). *The Rights of War and Peace, Book II*, Natural Law and Enlightenment Classics, Indianapolis: Liberty Fund.
- Hafızoğulları, Z. (1978). "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35 (1), 235-279.
- Hajiyev, M. K. (2013). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi Yorumu ve Anayasa Mahkemelerine Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 30, 61-71.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*, Third Edition, Oxford: Oxford University Press.
- Hawkins, D., Jacoby, W. (2010). Partial compliance: comparison of the european and inter-american courts of human rights, *Journal of International Law and International Relations*, 6(1), 35-86.
- Helfer, L. R. (1993). "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", *Cornell International Law Journal*, 26, 133-165.
- Helgadóttir, R. (2006). *The Influence of American Theories of Judicial Review on Nordic Constitutional Law*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Volume 25, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Herdegen, M. (2012), "Interpretation in International Law, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, 2012, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.
- Higgins, R. (1976), "Derogations under Human Rights Treaties", *British Yearbook of International Law*, 48 (1), 281-319.
- Hirsch, E. D. (1967). *Validity in Interpretation*, New Haven-London: Yale University Press
- Hulme, M. A. (2016). "Preambles in Treaty Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, 164 (5), 1297-1343.
- Hutchinson, M. R. (1999). "The Margin of Appreciation Doctrine in The European Court Of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 638-650.
- Hyde, C. C. (1909). "Concerning the Interpretation of Treaties", *American Journal of International Law*, 3 (1), 46-61.

Hyde, C. C. (1930). "The Interpretation of Treaties by the Permanent Court of International Justice", *American Journal of International Law*, 24 (1), 1-19.

Hyde, C.H. (1933). "Judge Anzilotti on the Interpretation of Treaties", *American Journal of International Law*, 27 (3), 502-506.

International Court of Justice (ICJ), Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports, 1980.

International Law Commission (2006), Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law, U.N. Doc. A/CN.4/L.682

Interpretation of Convention of 1919 concerning Employment of Women during Night, Advisory Opinion, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 50 (Nov.15)

Island of Palmas case (Netherlands, USA), Reports of International Arbitral Awards, Volume II pp. 829-871, 4 April 1928, United Nations.

İnternet: "Declaration transmitted by the Ministry of Foreign Affairs of Turkey and registered at the Secretariat General on 28 January 1987 – Or. Fr.", Reservations and Declarations for Treaty No.005- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article number: Ex-25, <https://www.coe.int/en/web/conventions/cets-number/-/abridged-title-known?module=declarations-by-treaty&numSte=005&codeNature=1&codePays=TUR>, E.T: 04.06.2021

İnternet: American Convention on Human Rights, Article 27 (Suspension of Guarantees), <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, E.T: 22.04.2020

İnternet: Antlaşma metninin tevsiki, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf, E.T: 24.11.2019

İnternet: Background paper (30 January 2015), "Seminar to mark the official opening of the judicial year: Subsidiarity: a two-sided coin?", para. 22. https://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_ENG.pdf, 04.05.2021

İnternet: Bakırcı, Ç. M. (18 Mayıs 2011), "Ortak Yaşam (Simbiyoz) Nedir ve Nasıl Evrimleşmiştir?", *Evrin Ağacı*, <https://evrimagaci.org/ortak-yasam-simbiyoz-nedir-ve-nasil-evrimlesmistir-84>, E. T: 07.08.2020

İnternet: BP and Surrey County Council and RP , [2020] England and Wales Court of Protection Decisions (EWCOP) 17 (Case No: 1352489T), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCOP/2020/17.html>, E. T: 18.12.2021

- Internet: Brighton Declaration (2012), *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (19 and 20 April 2012)*, Council of Europe, https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf, E. T: 24.08.2021
- Internet: Britannica, T. Editors of Encyclopaedia (2018, June 10). Prussian Civil Code. *Encyclopedia Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/Prussian-Civil-Code>, E. T: 10.07.2021
- Internet: Brussels Declaration (2015), *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (26 and 27 March 2015)*, Council of Europe, https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf, E.T: 24.08.2021
- Internet: Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), Order of the Second Senate of 14 October 2004 - 2 BvR 1481/04 -, paras 1-72, http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104en.html, E. T: 16.10.2021
- Internet: Constitutional Court of Italy (Corte costituzionale), Judgment No. 236 of 2011, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S2011236_Quaranta_Lattanzi_en.pdf, E. T: 11.09.2020
- Internet: Çalı, B. (2011), ‘Disinformation or Undemocratic Monster: Why the European Court of Human Rights is under attack in the United Kingdom?’ 09 February 2011, *Online Comment*, <https://ecthrproject.files.wordpress.com/2011/02/comment-policy-exchange.pdf>, E. T: 11.10.2021
- Internet: Diplomatic Conferences: United Nations Conference on the Law of Treaties (Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969), http://legal.un.org/diplomaticconferences/1968_lot/, E. T: 08.04.2022
- Internet: Emergencies Act (Canada), R.S.C., 1985, c. 22 (4th Supp.), [1988, c. 29, assented to 21st July, 1988], <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/e-4.5/page-1.html>, E. T: 24.03.2020
- Internet: Encyclopedia of Bioethics, S. G. Post (Ed), I. Cilt, 3.Baskı, 2004, 28-43; “Abortion laws vary significantly across the EU”, <https://www.france24.com/en/20180525-abortion-laws-vary-eu-ireland-malta-poland-termination>, E. T: 28.10.2019
- Internet: Entry into force of Vienna Convention on Law of Treaties, United Nations Treaty Series Online: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028003902f&clang=en>, E. T: 23.04.2022
- Internet: État d'urgence (France), Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000695350/>, E.T: 24.03.2020

- İnternet: European Commission of Human Rights, Preparatory work on Article 10 of the the European Convention on Human Rights, 17 August 1956, s. 13, [https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_10_DH\(56\)15_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_10_DH(56)15_ENG.PDF), E. T: 25.02.2022
- İnternet: Explanatory Report, Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 213), https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf, E. T: 02.11.2021
- İnternet: Fransız Anayasası, (Constitution of October 4, 1958), 16. madde, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf, E. T:28.04.2021
- İnternet: Green, L. (2018). "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>, E. T: 22.07.2020
- İnternet: Hâkim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararı, Karar No: 675/1, Karar Tarihi: 05.04.2017, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/0111202116251-derece-ilke-kararipdf.pdf>, E. T: 02.01.2022
- İnternet: Hakimler ve Savcılar Kurulu, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, E. T: 24.01.2022
- İnternet: Holcroft-Emmess, N. (2020). "Derogating to Deal with Covid 19: State Practice and "Thoughts on the Need for Notification", *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, <https://www.ejiltalk.org/derogating-to-deal-with-covid-19-state-practice-and-thoughts-on-the-need-for-notification/>, E. T: 11.12.2021
- İnternet: Hyde, D., Raffman, D. (2018). "Sorites Paradox", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/sorites-paradox/>, E. T: 26.06.2019
- İnternet: Institute of International Law, Granada Session (1956), "L'interprétation des traités", http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1956_grena_02_fr.pdf, E. T: 21.04.2022
- İnternet: Interlaken Declaration (2010), *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*(18 and 19 February 2010), Council of Europe, https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf, E. T: 24.08.2021

- İnternet: International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Article 4, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, E. T: 16.12.2021
- İnternet: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası : 2577, Kabul Tarihi : 6/1/1982 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>, E. T: 11.03.2022
- İnternet: İşkenceye ve Diğer Zalimane; Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, *Resmî Gazete* ,10 Ağustos 1988 — Sayı: 19895 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19895.pdf> , E. T: 07.05.2020
- İnternet: İzmir Declaration (2011), *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (26 and 27 April 2011)*, Council of Europe, https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf, E. T: 24.08.2021
- İnternet: Judge (the former Lord Chief Justice of England and Wales), European Court of Human Rights 'risk to UK sovereignty', *BBC News*, 28 December 2013, <https://www.bbc.com/news/uk-politics-25535327>, E. T: 08.07.2020
- İnternet: Koopmans, T. (1988), “The Roots of Judicial Activism”, Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda. Köln: Heymanns, https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/22743/T_Koopmans-The_roots_of_judicial_activism.pdf?sequence=1, E. T:03.07.2020
- İnternet: Korta, K., Perry, J. (2015). "Pragmatics", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2015 Edition) , Edward N. Zalta (Ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/pragmatics/>, E. T: 16.07.2016.
- İnternet: Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS), Adopted on 16 December 1966 by General Assembly resolution 2200A (XXI), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, E. T: 15.03.2019
- İnternet: Merriam Webster Sözlük, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/interpretation>, E. T: 05.04.2019
- İnternet: Olağanüstü Hal Kanunu (Türkiye), Kanun Numarası : 2935, Kabul Tarihi : 25/10/1983, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2935.pdf>, E. T: 24.03.2020
- İnternet: Practical Guide on Admissibility Criteria, Directorate of the Jurisconsult, 30 April 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf, E. T: 04.04.2021

İnternet: Preamble, Universal Declaration of Human Rights, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> , E. T: 13.06.2018

İnternet: Reisman, W., Wiessner, S., Willard, A.R. (2007), *The New Haven School: A Brief Introduction*, Faculty Scholarship Series, Paper 959, (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/959, E. T: 31.05 2015

İnternet: Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (1985), *American Association for the International Commission of Jurists*, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf>, E. T: 25.12.2021

İnternet: Sixth Committee (Legal), <https://www.un.org/en/ga/sixth/index.shtml>, E. T: 25.04.2022

İnternet: Son dakika! Cumhurbaşkanı Erdoğan'dan AİHM'nin 'Selahattin Demirtaş' kararına tepki (23.12.2020), <https://www.sabah.com.tr/video/yasam/son-dakika-cumhurbaskani-erdogandan-aihmnin-selahattin-demirtas-kararina-tepki-video>, E. T: 02.02.2022

İnternet: Speech given by Rosalyn Higgins on the occasion of the opening of the judicial year: “The International Court of Justice and the European Court of Human Rights: Partners for the protection of human rights”, *Proceedings of the Seminar 30 January 2009: Fifty years of the European Court of Human Rights viewed by its fellow international courts* , European Court of Human Rights, Council of Europe, 2009, https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2009_ENG.pdf, E. T:04.03.2020

İnternet: Spielmann, D. (2014), “The European Court of Human Rights: Master of the Law but not of the Facts?”, Speech to the British Institute of International and Comparative Law, https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20141106_Spielmann_BIICL.pdf , E. T: 28.02.2021

İnternet: Statute of the Council of Europe, European Treaty Series- No. 1, London, 5.V.1949, <https://rm.coe.int/1680306052>, E. T: 02.04.2022.

İnternet: Supreme Court of Canada, Hunter et al. v. Southam Inc., Supreme Court Judgments, [1984] 2 S.C.R. 145, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/5274/1/document.do>, E. T: 23.06.2021

İnternet: T. C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü , <https://sozluk.adalet.gov.tr>, E. T: 31.01.2022

İnternet: T. C. Resmî Gazete, Sayı: 8662, 19 Mart 1954, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>, E. T: 26.05.2021

- İnternet: The Lisbon Network, “The Margin of Appreciation”, https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp?toPrint=yes&, E. T: 09.05.2020
- İnternet: The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order”, Speech by His Excellency Judge Gilbert Guillaume, President of The International Court of Justice, To The Sixth Committee of The General Assembly of The United Nations, 27 October 2000, <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/1/3001.pdf>, E. T: 11.09.2021
- İnternet: Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, E. T: 02.05.2019.
- İnternet: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>, E. T: 11.03.2022
- İnternet: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1028) ve Anayasa Komisyonu Raporu. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss313.pdf>, E. T: 16.01.2021
- İnternet: Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargiEtigiIlkeleri.pdf>, E. T: 24.01.2022
- İnternet: U.S. Supreme Court, Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>, E. T:21.07.2020
- İnternet: Uçum, M. (18.01.2021). “Milli yargı yetkisi devredilemez”, *Habertürk*, <https://www.haberturk.com/mehmet-ucum-milli-yargi-yetkisi-devredilemez-2940869>, E. T: 21.01.2021
- İnternet: University Module Series, Module 7: Counter-Terrorism and Situations of Public Emergency: Derogation in times of public emergency, *United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)*, <https://www.unodc.org/e4j/en/terrorism/module-7/key-issues/derogation-during-public-emergency.html>, E. T: 16.05.2021
- İnternet: Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969), <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, E. T: 21.04.2022
- İnternet: Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (21 March 1986), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf, E. T: 21.04.2022
- İnternet: Violations by Article and by State, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf, E. T: 02.03.2022

- İnternet: Wolfrum, R., Hestermeyer, H. P., Vöneky, S. (2015). “The reception of international law in the German legal order: An introduction”, in: de Wet, E., Hestermeyer, H., Wolfrum, R. (Eds.), *The Implementation of International Law in Germany and South Africa* (pp. 2-21). Pretoria University Law Press, <http://www.icla.up.ac.za/news/131-new-publication-the-implementation-of-international-law-in-germany-and-south-africa>, E. T: 09.05.2020
- İnternet: Written statement of the Government of the United Kingdom (January 1951), ICJ Advisory Opinion, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Pleadings, Oral Arguments, Documents, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/12/11767.pdf>, E. T: 20.04.2022
- İnternet: United Nations Treaty Series Online: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028003902f&clang=en>, E. T: 23.04.2022
- Jacobs, F. G. (1969). “Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference”, *The International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, 18 (2), 318-346, DOI:10.1093/iclqaj/18.2.318
- Joint Dissenting Opinion of Judges Gölcüklü and Pettiti*, ECtHR, Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections).
- Jonas, D. S., Saunders, T. N. (2010). “The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 43 (3), 565-609.
- Kaboğlu, İ. Ö. (1994). *Anayasa Yargısı*, İstanbul: İmge Kitabevi Yayınları.
- Kaplan, D. (1989). “Demonstratives”, in: J. Almog, J. Perry and H. Wettstein (eds.), *Themes From Kaplan*, New York: Oxford University Press.
- Kasikili/Sedudu Island Case (Bots. v. Namib.), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13)
- Keil, G., Poscher, R. (2016). “Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives”, in: Keil, G., Poscher, R. (Eds.), *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, pp.1-20.
- Kelsen, H. (1949). *General Theory of Law and State*, Anders Wedberg (Çev), Cambridge- Massachusetts: Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1951). *The Law of The United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, London: Stevens & Sons Limited.
- Kelsen, H. (1967). *Pure Theory of Law*, Max Knight (Çev), New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.
- Keyman, S. (1978). “Hukuki Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35 (1), 17-56.

- Klabbers, J. (2005). "On Rationalism in Politics: Interpretation of Treaties and the World Trade Organization", *Nordic Journal of International Law*, 74 (3-4), 405-428.
- Klabbers, J. (2010). "Virtuous Interpretation". in: Fitzmaurice, M., Elias, O., Merkouris, P. (Eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 17-37.
- Klabbers, J. (2012). "Treaties, Object and Purpose", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, 2012. Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.
- Kolb, R. (2016). *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing Limited.
- Koskenniemi, M. (2005). *From Apology To Utopia: The Structure of International Legal Argument*, New York: Cambridge University Press.
- Koskenniemi, M. (2007). "The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics", *The Modern Law Review*, 70 (1), 1-30.
- Kotzur, M. (2012). "Good Faith (Bona fides)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, 2012. Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.
- Krisch, N. (2008). "The Open Architecture of European Human Rights Law", *The Modern Law Review*, 71 (2), 183-216.
- LaGrand Case (F.R.G. v. U.S.), 2001 I.C.J. 466 (June 27)
- LaGrand Case, Counter-Memorial Submitted by The United States of America, 27 March 2000.
- Lauterpacht, H. (1933). *The Function of Law in The International Community*, New York: Oxford University Press Inc.
- Lauterpacht, H. (1935). "Some Observations on Preparatory Work in the Interpretation of Treaties", *Harvard Law Review*, 48 (4), 549-591.
- Lauterpacht, H. (1949). "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", *British Yearbook of International Law*, 26, 48-85.
- Lauterpacht, H. (2011). *The Function of Law in the International Community*, [New] ed. Oxford, England: Oxford University Press.
- Law of Treaties: Comments by Governments on the draft articles on the law of treaties drawn up by the Commission at its fourteenth, fifteenth and sixteenth session (A/CN.4/182 and Corr.1&2 and Add.1, 2/Rev.1 & 3)

- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16 (June 21).
- Legal Status of Eastern Greenland (Den. v. Nor.), 1933 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 53 (Apr. 5)
- Letsas, G. (2004). "The Truth in Autonomus Concepts: How to Interpret the ECHR", *European Journal of International Law*, 15, 279-305.
- Letsas, G. (2010). "Intentionalism and the Interpretation of the ECHR", in: Fitzmaurice, M., Elias, O., Merkouris, P. (Eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 257-272.
- Letsas, G. (2010). "Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer", *European Journal of International Law*, 21 (3), 509–541.
- Linderfalk, U. (2007). *On The Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht: Springer.
- Linderfalk, U. (2015). "Is Treaty Interpretation an Art or a Science? International Law and Rational Decision Making", *European Journal of International Law*, 26 (1), 169-189.
- Lo, C. F. (2010). "Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding", *Journal of International Dispute Settlement*, 1 (2), 431-445.
- Lo, C. F. (2012). "A Clearer Rule for Dictionary Use Will Not Affect Holistic Approach and Flexibility of Treaty Interpretation—A Rejoinder to Dr Isabelle Van Damme", *Journal of International Dispute Settlement*, 3 (1), 89–94.
- Lo, C. F. (2017). *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties: A New Round of Codification*, Singapore: Springer Nature Singapore Pte Ltd.
- Lorenz, N. A., Groussot, X., Petursson, G. T. (2013). *The European Human Rights Culture –A Paradox of Human Rights Protection in Europe?*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Cilt 44, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Macdonald, R. St. J. (1993). "The Margin of Appreciation", in: Macdonald, R. St., Matscher, J. F., Petzold, H. (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 83-124.
- Mahoney, P. (1990). "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", *Human Rights Law Journal*, 11 (1-2), 57-88.

- Mahoney, P. (1998). "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?", *Human Rights Law Journal*, 19 (1), 1-6.
- Martinico, G. (2012). "Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts", *European Journal of International Law*, 23 (2), 401-424.
- Mbengue, M. M. (2012). "Preamble", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, 2012. Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.
- McDougal, M. S. (1967). "The International Law Commission's Draft Articles upon Interpretation: Textuality Redivivus", *American Journal of International Law*, 61 (4), 992-1000, DOI:10.2307/2197348.
- McDougal, M. S. (1968). "Vienna Conference on the Law of Treaties: Statement of Professor Myres S. McDougal, United States Delegation, To Committee of The Whole, April 19, 1968", *American Journal of International Law*, 62 (4), 1021-1027.
- McDougal, M. S., Laswell, H. D., Miller, J. C. (1994). *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- McGuinness, M. E. (2008). "Federalism and Horizontality in International Human Rights", *Missouri Law Review*, 73 (4), 1265-2008.
- Meray, S. L. (1962). *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara: Sevinç Matbaası.
- Merkouris, P. (2010). "Introduction: Interpretation is a Science, is an Art, is a Science", in: Fitzmaurice, M., Elias, O., Merkouris, P. (Eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1-13.
- Meron, T. (2006). *The Humanization of International Law*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Mootz III, F.J. (2010). *Law, Hermeneutics and Rhetoric*, Surrey: Ashgate Publishing Limited.
- Moreso, J. J. (1998). *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Ruth Zimmerling (Çev), Dordrecht: Springer Science+Business Media.
- Morse, O. (1960). "Schools of Approach to the Interpretation of Treaties", *Catholic University Law Review*, 9 (1), 36-51.
- Mowbray, A. (2005). "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 5 (1), 57-79.

- Nollkaemper, A. (2009). "Rethinking the Supremacy of International Law", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 65 (1), 65-85. DOI: 10.1007/s00708-010-0044-4.
- Nußberger, A. (2015). "Comments on Sabino Cassese's Paper "Ruling Indirectly – Judicial Subsidiarity in The ECHR", *Proceedings of the Seminar 31 January 2015 "Subsidiarity: a two-sided coin?"*, Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2015.
- Opsahl, T. (1993). "The Right to Life", in: Macdonald, R. St., Matscher, J. F., Petzold, H. (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 207-224.
- Orakhelasvili, A. (2003). "Restrictive interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Human Rights Courts", *European Journal of International Law*, 14 (3), 529-568.
- Orakhelasvili, A. (2008). *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, New York: Oxford University Press Inc.
- Öktem, N. (1977). "Hukuksal Pozitivizm Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'a Armağan), 43 (1-4), 271-299.
- Öktem, N. (2011). "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 28, 83-96.
- Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge Wojtyczek*, ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), Judgment of 22 December 2020.
- Partly Dissenting Opinion of Judge Chanturia*, ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2).
- Partly Dissenting Opinion of Judge Yüksel Joined by Judge Paczolay*, ECtHR, Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), Judgment of 22 December 2020.
- Pauwelyn, J. (2004). "Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands", *Michigan Journal of International Law*, 25 (4), 903-916.
- Pavot, D. (2013). "The Use of Dictionary by the WTO Appellate Body: Beyond the Search of Ordinary Meaning", *Journal of International Dispute Settlement*, 4 (1), 29-46.
- Peczenik, A. (2008). *On Law and Reason*, Sweden: Springer Science + Business Media B.V.
- Permanent Court of International Justice (1923), Case of The S. S. "Wimbledon", Series A, No:01.

- Permanent Court of International Justice (1927), Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim For Indemnity-Jurisdiction), *Dissenting Opinion of Judge ad hoc Ehrlich*.
- Peters, B. (2012). "Germany's Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the Bundesverfassungsgericht's Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision", *German Law Journal*, 13 (6), 757-772.
- Petzold, H. (1993). "The Convention and the Principle of Subsidiarity", in: Macdonald, R. St., Matscher, J. F., Petzold, H. (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 41-62.
- Pinto-Duschinsky, M. (2011). *Bringing Rights Back Home: Making Human Rights Compatible with Parliamentary Democracy*, London: Policy Exchange.
- Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion, 1925 P.C.I.J. (ser. B) No. 11 (May 16)
- Preamble of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, European Treaty Series - No. 5, 4.XI.1950
- Preparatory Work on Article 11 of the European Convention on Human Rights, Information Document prepared by the Secreteriat of the Commission (16 August 1956).
- Protocol No. 15 Amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series - No. 213, Strasbourg, 24.VI.2013
- Rachovitsa, A. (2015). "Fragmentation of International Law Revisited: Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case Law of the European Court of Human Rights", *Leiden Journal of International Law*, 28, 863-885. DOI:10.1017/S092215651500045X
- Rainey, B., Wicks, E., Ovey, C. (2021). *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Eighth Edition, Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, New York: Oxford University Press.
- Reparation for Injuries Suffered in The Service of The United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949, I.C.J. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1949, p. 174.
- Repetto, G. (2013). "Rethinking a Constitutional Role for the ECHR. The Dilemmas of Incorporation into Italian Domestic Law", in: Repetto, G. (Ed). *The Constitutional Relevance of The ECHR in Domestic and European Law: An Italian Perspective*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia Publishing Ltd, 37-51.

- Report by Tanchev, E. (2015). "Competing Hierarchies: Constitutional Supremacy versus Supranational Law Primacy", *International Conference: Application of International Treaties by Constitutional Courts and Equivalent Bodies: Challenges to the Dialogue*, Venice Commission, Batumi, Georgia 9-10 September 2015.
- Report of The European Commission of Human Rights (Gerard Richard Lawless Against the Republic of Ireland), Application No. 332/57, 19/12/1959.
- Report of the European Commission of Human Rights on the "Greek Case (1969)", *Dissenting Opinion of Pedro O. Ch. Delahaye*.
- Report of the European Commission of Human Rights on the "Greek Case", 05/11/1969.
- Report of the European Commission of Human Rights on the "Greek Case (1969)", *Dissenting Opinion of J. E. S. Fawcett*.
- Report of The European Commission of Human Rights Volume I, Application No . 176/56 by The Government of The Kingdom of Greece Lodged Against The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.
- Report of The European Commission of Human Rights, Application No . 8007/77 by Cyprus against Turkey.
- Report of The European Commission of Human Rights, Volume II, Application No . 176/56 by The Government of The Kingdom of Greece Lodged Against The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.
- Report on the Law of Treaties by J. L. Brierly, Special Rapporteur, International Law Commission, 14 April 1960, A/CN.4/23
- Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, International Law Commission, 24 March 1953, A/CN.4/63
- Reuter, P. (1989). *Introduction to the Law of Treaties*, London-New York: Pinter Publishers.
- Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Judgment, France v. U.S., 1952 I.C.J. 176 (Aug. 27)
- Rui, J. P. (2013). "The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention of Human Rights?", *Nordic Journal of Human Rights*, 31 (1), 28-54, DOI: 10.18261/ISSN1891-814X-2013-01-03
- Ryssdal, R. (1991). "On the Road to a European Constitutional Court", *Collected Courses of the Academy of European Law: The Protection of Human Rights in Europe*, Vol. II Book 2, Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B.Y, 1-20

- S. S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7)
- Salcedo, J. A. C. (1993). “The Place of the European Convention in International Law”, in: Macdonald, R. St., Matscher, J. F., Petzold, H. (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 15-24.
- Saussure, F., in: Bally, C., Sechehaye, A. (1966). *Course in General Linguistics*. New York: McGraw-Hill Book Company.
- Schabas, W. A. (2015). *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford: Oxford University Press,
- Schwarzenberger, G. (1968). “Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties”, *The Virginia Journal of International Law*, 9 (1), 1-19.
- Second Report on Reservations to Treaties, by Mr. Alain Pellet, Special Rapporteur, International Law Commission, 10 May and 13 June 1996, A/CN.4/477 and Add.1
- Separate Opinion of Judge Fitzmaurice*, ECtHR, Case of Golder v. The United Kingdom, Application no. 4451/70,
- Separate Opinion of Judge Verdross*, ECtHR, Case of Golder v. The United Kingdom, Application no. 4451/70,
- Shahabuddeen, M. (1996). “Municipal law reasoning in international law”, in: Lowe, V. and Fitzmaurice, M. (Eds), *Fifty years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings*, New York: Cambridge University Press, 90-103.
- Shany, Y. (2006). “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, *European Journal of International Law*, 16 (5), 907-940, DOI: 10.1093/ejil/chi149.
- Simma, B. (1994). “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueils des Cours de l'Académie de Droit International*, Vol.250.
- Simma, B. (2004). “Fragmentation in a Positive Light”, *Michigan Journal of International Law*, 25, 845-847.
- Simma, B. (2009). “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, *European Journal of International Law*, 20 (2), 265–297.
- Simma, B. (2012). “Reciprocity”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.
- Smet, S. (2010). “Freedom of Expression and The Right to Reputation: Human Rights in Conflict”, *American University of International Law Review*, 26 (1), 198-228.

- Spielmann, D. (2012). "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 381-418.
- Stijn, S. (2010). "Freedom of Expression and The Right to Reputation: Human Rights in Conflict", *American University of International Law Review*, 26 (1), 198-228.
- Stone, J. (1954). "Fictional Elements in Treaty Interpretation- A Study in the International Judicial Process", *Sydney Law Review*, 23, 344-368.
- Şen, M. (2013). "İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (1-2), 1623-1642.
- Teziç, E. (1991). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, International Law Commission, 3 March, 9 June, 12 June and 7 July 1964, A/CN.4/167 and Add.1-3
- Thirlway, H. (1991). "The Law and Procedure of The International Court of Justice: 1960-1989 Part Three", *British Yearbook of International Law*, 62 (1), 37-181.
- Tomuschat, C. (1993). "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", *Recueils des Cours de l'Académie de Droit International*, Vol. 241.
- Tomuschat, C. (2010). "The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court", *German Law Journal*, 11 (5), 513-526, DOI:10.1017/S2071832200018678
- Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 44 (Feb. 4)
- Treves, T. (2012). "Customary International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, 2012. Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.
- Türkbağ, A. U. (2011). "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 28, 71-82.
- Tzevelekos, V. P. (2010). "The Use of Article 31 (3) (C) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology?", *Michigan Journal of International Law*, 31(3), 621-690.
- UN Human Rights Committee, General Comment No. 18 : Non-discrimination, CCPR/C/21/Rev.1/Add.1.

- UN Human Rights Committee, General Comment No. 24 : Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6
- UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 : Article 4: Derogations during a State of Emergency, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11
- Van Damme, I. (2011). “On ‘Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding’—A Reply to Professor Chang-Fa Lo, *Journal of International Dispute Settlement*, 2 (1), pp. 231–239.
- Van Dijk, P., Van Hoof, G. J. H. (1998). *Theory and the Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International.
- Vattel, E., Kapossy, B., Whatmore, R. (2008). *The Law of Nations, or, Principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns, with three early essays on the origin and nature of natural law and on luxury*, Indianapolis: Liberty Fund Inc.
- Vienna Declaration and Programme of Action Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.
- Villiger, M. E. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Warbrick, C. (1989). ““Federal” Aspects of the European Convention on Human Rights”, *Michigan Journal of International Law*, 10(2), 698-734.
- Wildhaber, L., Hjartarson, A., Donnelly, S. (2013). “No Consensus on Consensus? The Practice of The European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 33 (7-12), 248-263.
- Wilson, R. R. (1939). “Some Aspects of Treaty Interpretation”, *American Journal of International Law*, 33 (3), 541-545.
- Wright, Q. (1916). “The Legal Nature of Treaties”, *American Journal of International Law*, 10 (4), 706-736.
- Wright, Q. (1929). “The Interpretation of Multilateral Treaties”, *American Journal of International Law*, 23 (1), 94-107.
- Wroblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*, Sadowe Stosowania Prawa (Çev), Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B.V.
- Yearbook of The International Law Commission (1957)*, Volume II, A/CN.4/SER.A/1957/Add.1, New York: United Nations.
- Yearbook of The International Law Commission (1964)*, Volume I, Summary records of the sixteenth session, A/CN.4/SER.A/1964, New York: United Nations.

Yearbook of The International Law Commission (1964), Volume II, A/CN.4/SER.A/1964/ADD.1, New York: United Nations.

Yearbook of The International Law Commission (1966), Volume II, A/CN.4/SER.A/1966/Add. 1, New York: United Nations.

Yourow, H. C. (1987). “The Margin of Appreciation Doctrine in The Dynamics of European Human Rights Jurisprudence”, *Connecticut Journal of International Law* ,3 (1), 111-159.

Zand, J. (2014). “Article 15 of The European Convention on Human Rights and The Notion of State of Emergency”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), 159-224.





ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : CİĞER, Mehmet

Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü/ Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı	2013
Lisans	Doğu Akdeniz Üniversitesi/ Uluslararası İlişkiler	2002
Lise	Arif Molu Anadolu Teknik Lisesi/ Bilgisayar Bölümü	1996

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2011-2018	Gazi Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü	Araştırma Görevlisi
2018-2022	Munzur Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dil

İngilizce

Yayınlar

Kitap Bölümü

1. “Suriye İç Savaşı ve Devlet Dışı Aktör olarak PYD’nin Etkisi”, Suriye Çatışma ve Uluslararası Hukuk, Ed. Fatma Taşdemir, Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2016, ss. 183-205.
2. “Anlaşmaların Yorumlanması ve Ermenistan Anayasa mahkemesinin Türkiye-Ermenistan protokol kararı”, Ermenistan: Tarih Hukuk Dış Politika ve Toplum, Ed. Soyalp Tamçelik, Ankara: Gazi Kitabevi, 2015, ss. 521 -539.
3. “İran’a Uygulanan Birleşmiş Milletler Yaptırımlarının İnsan Hakları Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İRAN: Değişen İç Dinamikler ve Türkiye İran İlişkileri, Ed. Soyalp Tamçelik, Ankara: Gazi Kitabevi, 2014, ss. 227 -248.

Makale

1. CİĞER, M. (2020). İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı. *İmgelem*, 4 (7), 399–422.

Bildiri

1. CİĞER, M. (2017). Türkiye’de İdam Cezası Tartışmalarının AİHS ve MSHS Çerçevesinde Değerlendirilmesi. Gazi Akademi Genç Sosyal Bilimciler Sempozyumu, Ankara. (Özet Bildiri/Sözlü Sunum).



