T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDA BİR SINIRLAMA VE GÜVENCE ÖLÇÜTÜ OLARAK DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

DOKTORA TEZİ

Mehmet ÇATLI

Danışman
Prof. Dr. Faruk BİLİR

Konya 2018

T.C.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü
Mehmet ÇATLI
154134002004
Kamu Hukuku
Danışmanı: Prof. Dr. Faruk BİLİR

BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDA BİR SINIRLAMA VE GÜVENCE ÖLÇÜTÜ OLARAK DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

ÖZET

İnsan haklarını düzenleyen ulusal/uluslararası metinlerde genel yaklaşım önce hakkın norm alanını belirlemek ve sonra da bu alanın sınırlarını çizmektir. Hakların sınırlanması anayasalarda ve uluslararası belgelerde çoğunlukla aynı ölçütler kullanılarak yapılmaktadır. Hakların norm alanını düzenleyen hükümler kısa ve özdür. Ancak, haklara getirilen sınırlamalar oldukça ayrıntılı ve karışıktır. Demokratik toplum düzeninin gerekleri, bu sınırlama sistemi içinde yer alan bir kavramdır ve sınırlamaların sınırı olarak kabul edilen ölçütlerden biridir. Bu ölçüt, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 ila 11.maddelerinde düzenlenen haklar için kullanılmaktadır. Bu haklar, bireyin özel yaşamını, aile yaşamını, konutunu, haberleşmesini, din ve vicdan hürriyetini, ifade hürriyetini ve diğer insanlarla bir araya gelmesini sağlayacak toplanma hürriyetini kısaca tüm hayatını şekillendirecek konuları kapsamaktadır.

Sözleşme ’de sadece bu haklar açısından demokratik toplum düzeni vurgusu yapılması ve bunun gereklerinin olduğunun belirtilmesi, anayasal niteliği kabul edilen bir metnin hedeflediği ya da oluşturmaya çalıştığı bir ‘toplum’ ve ‘düzen’ olduğu izlenimi uyandırmaktadır.

Sözleşmenin bağıtlandığı dönemde var olan ‘demokratik toplum’, ve ‘düzen’ irdelenmeden hedeflenen toplum ve düzeni anlamak kolay olmayacaktır.

Üzerinden yarım asırdan fazla bir zaman geçen Sözleşme’nin yaşanabilir, uygulanabilir kılınmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları etkili olmuştur. Demokratik toplum düzeninin gereklerini her somut olaya uygulanabilir kılmak, Mahkemenin, Sözleşmenin amacını gerçekleştirmede oynadığı role işaret eder.

Uluslararası sözleşmelerde yer alan bu ölçüt, anayasalarda da benzer şekilde yer almıştır. 1982 Anayasasında demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü yer almış ve Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında kullanmıştır. Bireysel başvuru yolunun kullanılmaya başlanmasıyla, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına doğrudan gönderme yaparak bu ölçüte kararlarında yer vermiştir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını daha iyi anlayabilmek için ‘demokrasi’, ‘demokratikleşme’ ve ‘demokratikleştirme’ kavramlarının siyasal/politik alanda nasıl kullanıldığını ve anlamlandırıldığını da tartışmak gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Temel Hak Ve Hürriyetler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü
Mehmet ÇATLI
154134002004
Kamu Hukuku
Danışmanı: Prof. Dr. Faruk BİLİR

As a limitation and assurance criterion within individual application

THE NECESSITIES OF DEMOCRATIC ORDER

ABSTRACT

The general approach in the texts of national and International Human rights regulations is to determine the scope and limitations of the norm. The limitations of the rights in constitutions and international documents are made with almost the use of same benchmarks. The provisions that regulate the scope of the norm itself is short and in substance. However, the limitations of the right are complicated and regulated in details. The necessity in a democratic society criterion is one of the benchmarks of the limitations and accepted as the boundary of the limitations to the rights. This criterion is used for the limitation of the rights that are regulated in Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights.

These rights are the ones that almost contains subjects related to rights which shapes all the life of the individuals such as private and family life, home and communication of the individual,freedom of religion and consciousness, freedom of expresssion and freedom of association that provides individual with opportunity to come together with fellow human beings. Emphasising and the requirement of democratic necessity clause just for these rights shows that this text, which has a constitutional characteristic, does aim to construct a ‘society’ and ‘order’.

It will not be easy to understand the aimed society and order without existed ‘democratic society’ and ‘order’ at the time of the draft of the Convention. The case law of the European Court of Human Rights have been effective on making the

Convention applicable and alive which almost half century elapsed from the drafting the Convention. Therefore, applying the democratic society requirement benchmark to each concrete individual case signs the role of Court in realising the goal of the Convention. The benchmark that existed in the Convention take place also in Constitutions in some ways.

The necessity of democratic society benchmark exist in 1982 Constitution and is used in the decisions of the Constitutional Court. With introduction of the individual application to Constitutional Court in Turkish Legal Order , Turkish Constitutional Court use this benchmark in its decisions with references to Europan Court of Human Rights case law.

To understand the necessity of democratic society concept beter ‘democracy’ ‘democracization’ and ‘getting democracization’ concepts should be discussed whether how these concepts is used political arena.

Key Words: The necessities of democratic order, Fundamental rights and freedoms, European Court of Human Rights,1982 Constitution, Constitutional Court

İÇİNDEKİLER

Bilimsel Etik Sayfası ii
Doktora Tezi Kabul Formu iii
ÖZET iv
ABSTRACT vi
İÇİNDEKİLER viii
KISALTMALAR xi
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE GÖRE
DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

I-AİHS VE DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ 5
A-AİHS' i Hazırlayan Organ Olarak Avrupa Konseyi ve Demokratik Toplum Düzeni 5
B- Avrupa Konseyi'nin Venedik Komisyonu 7
C-AİHS' le Öngörülen Demokratik Toplum Düzeni 9
1-Sözleşme Hakkında Genel Bilgiler 9
2- Demokratik Toplum Düzenine ulaşılması ve korunmasında işlevsel bir yöntem olarak: Sözleşmenin Yorumlanması 11
a-Genel Kural 12
b-Dinamik (Evrimsel) Yorum 13
c-Avrupa Ulusal Hukuk Ölçütlerini Esas Alan Yorum 14
d-Orantılılık İlkesi 16
e-Takdir Alanı Doktrini 17
f-Uluslar arası Standartlara Gönderme Yapılması 19
3-Sözleşme Maddelerinde Demokratik Toplum Düzeni 21
II-AİHM VE DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ 26
A-Teknik Bir Kavram Olarak Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri 29
B-Divan'dan Mahkemeye Miras Bırakılan Demokratik Toplum İlkeleri 30
C-Mahkemeye Göre Demokratik Toplum Düzeninde Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı ve Gereklilikleri 32
D- Mahkemeye Göre Demokratik Toplum Düzeninde, Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Gereklilikleri 45

E- Mahkemeye Göre Demokratik Toplum Düzeninde İfade Özgürlüğü ve Gereklilikleri . 49
F-Mahkemeye Göre Demokratik Toplum Düzeninde Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü ve Gereklilikleri 52
III-BİRİNCİ BÖLÜME İLİŞKİN ARA DEĞERLENDİRME 55

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

I-BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ..... 63
A-Bireysel Başvuru Kurumuna Duyulan İhtiyaç 63
B-Bireysel Başvuru Kurumuyla İlgili Hukuki Düzenlemeler 66
a-Hukuk Sistemimize girişi 66
b-6216 Sayılı Kanun ve Anayasa Hükümlerinin Daha Somut Hale Gelmesi 68
c-Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü..... 69
C-Bireysel Başvuru Kurumunun Temel Nitelikleri..... 69
D-Bireysel Başvuru Çerçevesinde Anayasa Mahkemesince Yapılan İncelemenin Kapsamı 71
E-Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Temel Haklar 73
F-Bireysel Başvuruda Esas İncelemesi İçin Gerekli Şart: Kamu Gücü Müdahalesi..... 74
G-Bireysel Başvurunun Maddi Şartları 75
II-BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ..... 78
A-Bireysel Başvuru Öncesinde AYM ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri 78
a-Demokratik Toplum Düzeni Kavramının Anayasa'ya Girişi..... 78
b-Bireysel Başvuruya Kadar AYM Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri 80
B-Bireysel Başvuru Kararlarında Özel Yaşama Ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri..... 82
1-Anayasa ve Sözleşme Hükümleri..... 82
2-Bireysel Başvuru Kararları Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri..... 85
a-Özel Yaşam (Yaşama Hakkı; Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı; Özel Hayatın Gizliliği) 85
b-Aile Yaşamının Korunması..... 91
c-Haberleşme ve Konuta Saygı Hakkı..... 93
C- Bireysel Başvuru Kararlarında Düşünce, Vicdan Ve Din Özgürlüğü Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri..... 96

1-Anayasa Ve Sözleşme 96
2-Bireysel Başvuru Kararları Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri..... 98
D- Bireysel Başvuru Kararlarında İfade Özgürlüğü Hakkı Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri 102
1-Anayasa ve Sözleşme 102
2- Bireysel Başvuru Kararları Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri..... 104
E- Bireysel Başvuru Kararlarında Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri..... 106
1-Anayasa ve Sözleşme 106
2- Bireysel Başvuru Kararları Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri..... 107
III-İKİNCİ BÖLÜME İLİŞKİN ARA DEĞERLENDİRME..... 111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİR DEMOKRATİKLEŞ(TİR)ME ARACI OLARAK DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

I-Muktedir/Erkli Demokrasi ve Demokratikleş(tir)me Alanları 122
A-Demokrasi, Muktedir Demokrasi: Hangisi, Kimin? 122
B-Muktedir Demokrasinin Demokratik Toplum Düzeni ve Demokratikleş(tir)me Alanları 130
II- İki Mahkeme Tek toplum 133
III-ÜÇÜNCÜ BÖLÜME İLİŞKİN ARA DEĞERLENDİRME 137
SONUÇ 140
KAYNAKLAR 147
ÖZGEÇMİŞ 164

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

age : adı geçen eser

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜEHFD: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

AY: Anayasa

AYM: Anayasa Mahkemesi

bkz: bakınız

C: Cilt

çev: Çeviren

E: Esas

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ET: Erişim Tarihi

K: Karar

m: madde

No: Numara

S : Sayı

s: sayfa

SDÜ İİBF: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi

TAAD: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

vb: ve benzeri

vd: ve diğerleri/devamı

vs: ve saire

Y: Yıl

yy: yüzyıl

GİRİŞ

Anayasa'nın sadece metnine bağlı kalınmadan ve bu metnin üstün akılla biçimlenmiş bir metin olmadığı "başka olasılıkları üzerinde düşünmek üzerine düşünmek" de gerektiği doktrinde vurgulanmıştır[1]. Bu çalışmada, anılan yaklaşımın etkisiyle, konu farklı bir açıdan incelenmeye çalışılmıştır.

Anayasa hukukunun içeriği gereği hem hukuksal hem de siyasal bilimler yöntemini kullandığı bilinmektedir[2]. Zira her anayasanın hukuki kimliği ve politik boyutu olmak üzere iki yüzü olduğu kabul edilmektedir[3].

Çalışmanın konusunun yer aldığı, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları, gerek 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi kararları incelenirken bu yöntemler kullanılmaya ve metinlerin hukuki kimliğiyle beraber politik boyutunun da tartışılmasına gayret edilmiştir.

İnsanların meydana getirdiği bir yapı olarak hukuk, tüm ilişkilerin -toplumsal, siyasal- düzenlenmesinde başka unsurların değil adalet fikrinin etkin olmasını ifade etmektedir/etmelidir. Yaklaşık yarım yüzyıldan biraz fazla bir zaman diliminde de hukukun, insan haklarını dile getiren ilkelere dayanılarak türetildiği artık herkes tarafından bilinmekte ve hatta çoğunlukla bu yaklaşım takdir edilmektedir. Bu düşünceyle anayasalara bakıldığında görülen manzara, insan haklarını dile getiren kuralların hemen devamında bu kuralların işlevselliğini zayıflatan ya da içeriğini belirsizleştiren kuralların da mevcut olduğudur[4].

---

[1] AYDIN, Öykü Didem, "Şiir Gibi Ders Anlatmak: Anayasa Hukuku Profesörü Dr. Erdal Onar Ve Dersleri", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Cilt I, Ankara 2013, s. 12.

[2] FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Anayasal Derinlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.8.

[3] ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasa'nın Hukuku Ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Yıl 1991, s.14.

[4] KUÇURADİ, Ionna, "İnsan Haklarına Dayalı Anayasa Veya Devlet Kavramı", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Yıl 1991, s. 132.

Çalışmanın konusu olan demokratik toplum düzeninin gerekleri de haklara getirilen sınırlamaların sınırı olarak hem devlete hem de bireye dönük yönü olan bir kavramdır ve gerek düzenleniş biçimi gerekse de mahkemelerin somut olay yönünden yaklaşımlarını etkilemesi bakımından böyle bir etkiye sahiptir.

Adalet açısından bakıldığında ise insan haklarını ve demokrasiyi söylemlerinin en üst sırasına koyanların aynı zamanda dünyanın en büyük silah üreticileri olduğu, dünyanın en büyük şirketlerine sahip olduğu, dünyadaki gelir dağılımında piramidin en üstünde yer aldıkları gerçeğini de düşünmek ve tartışmak gerekmektedir. Doksanlı yıllarda Bosna'da ve Kosova'da yaşanılanları ve günümüzde de Ortadoğu coğrafyasında yaşananları unutarak tahliller yapmak bilim etiğiyle de bağdaşmaz. Ayrıca tüm dünyaya sürekli bir savaş korkusu verilmeye çalışıldığı da gözlemlenmektedir. Savaş korkusunu yaymaya çalışanlar aynı zamanda insan hakları ve demokrasi kavramlarını da sıklıkla kullanmaktadırlar. Bu nedenlerle, çalışmada, bahsedilen veriler dikkate alınarak tahliller/değerlendirmeler yapılmaya gayret edilecektir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının Sözleşmede düzenlenmesi araştırılacaktır. Madem demokratik toplum düzeni var ve gerekleri vurgulanmış, o zaman Sözleşme hangi şartlarda ortaya çıkmıştır, sorusuna cevap aranacaktır.

Yine bu bölümde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplum düzeni kavramını nasıl anlamış ve yorumlamıştır, sorusunun cevabı da mahkeme içtihatlarında aranacaktır.

İkinci bölümde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ile ilgili genel bilgiler verilecek daha sonra Mahkemenin kararlarında demokratik toplum düzeninin gereklerine yapılan vurgu ve bunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile olan uyumu sorgulanacaktır.

Üçüncü bölümde ise ilk iki bölümde elde edilen verilerin bir fikre/teze ulaşması için değerlendirmeler yapılacaktır.

Her bölüm sonunda ara değerlendirmeler yapılarak hem konu bütünlüğü sağlanmaya çalışılacak hem de bölümler arasındaki bağlantıların kopmamasına dikkat edilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE GÖRE DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

Bu bölümde çalışma üç temel başlık altında incelenecektir. Birinci başlıkta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri kavramının hem Sözleşme öncesi şartlarda nasıl oluştuğu hem de Sözleşme' de yer alan maddelerin incelenmesi yapılacaktır. Ayrıca yine bu başlık altında Sözleşme' nin yorumlanmasındaki ilkelere yer verilerek Demokratik toplum düzeni kavramına yüklenen anlam tartışılacaktır.

İkinci başlıkta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve çalışmanın konusuna yaklaşımı Mahkemenin örnek içtihatları ve yine Mahkemenin belirlemiş olduğu ilkelerle tartışılacaktır. Yine bu başlık altında Sözleşmenin 8-11 maddelerine tek tek değinilerek Mahkeme kararları ile belirlenen demokratik toplumun sınırları tespit edilmeye çalışılacaktır.

Üçüncü başlıkta ise ilk iki bölümde tartışılan hususların ara değerlendirilmesine yer verilecektir.

I-AİHS VE DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

A-AİHS' i Hazırlayan Organ Olarak Avrupa Konseyi ve Demokratik Toplum Düzeni

Orijinal ismiyle "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi[5]", Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış ve 1950'de Roma'da kabul edilmiştir. Sözleşme[6]'nin yürürlük tarihi ise 1953'tür. Avrupa Konseyi'nin kurucu üyesi sayılan Türkiye[7], Sözleşmeyi 1954 yılında Protokol No:1 ile birlikte onaylamıştır. Sözleşme'yi hazırlayan organ/kurum hakkında bilgi sahibi olmak[8] Sözleşme' nin anlamını/işlevini kolaylaştıracaktır.

Sözleşme'yi yaratan ve uygulanmasını denetleyen Konsey, hukuk ihdas etmede en fazla yetkiye sahip olan organdır[9]. Konsey, kendi tanımlamasıyla "Avrupa kıtasının önde gelen insan hakları kuruluşudur[10]".

İkinci Dünya Savaşından sonra, 1949 yılında, Londra Antlaşması –Avrupa Konseyi Statüsü- ile kurulan Konsey, Avrupa Birliğinden daha fazla üyeye sahiptir. Konseye üye olan her ülke aynı zamanda AB üyesi değildir. Ancak, AB üyelerinin tamamı Konsey üyesidirler. Daha açıklayıcı olmak gerekirse, örneğin Türkiye, Konsey üyesidir, Birlik üyesi değildir.

İki kuruluşun-Birlik ve Konsey- ortak çıkarlarının yer aldığı, özellikle de Avrupa'da ve Avrupa'nın komşu bölgelerinde insan haklarını ve demokrasiyi

---

5 GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Mevzuatı, Legal Yayıncılık, 1. baskı, İstanbul 2006, s. 7.

6 AİHS veya İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinden bundan sonra "Sözleşme" olarak bahsedilecektir.

7 http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa, erişim tarihi:08.12.2017.

8 DUVERGER'e göre "Anayasal belgeler ancak içinde yeşerdikleri ortamdan koparılmadan incelenirse daha iyi kavranabilir" , Aktaran, TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2017, s.14.

9 TEKİNALP, Ünal, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 207.

10 https://edoc.coe.int/en/index.php?controller=get-file&freeid=5733, erişim tarihi: 08.12.2017.

yaygınlaştırmak için yakın bir işbirliği içinde çalışacağı resmi metinlerde vurgulanmış[11]ve birbirlerinin çalışmalarının destekleneceği deklare edilmiştir.

Konseyi kuran Londra Antlaşması ile belirlenen amaçlardan[12] biri de çoğulcu demokrasinin korunması olarak gösterilmiştir.

Londra antlaşmasının giriş kısmında, Konseyin kuruluş gerekçesi olarak, bazı ülkülerin korunması gerektiğine vurgu yapılmış ve bu ülküler şöyle sıralanmıştır[13]:

-Tüm gerçek demokrasilerin temelindeki bireysel özgürlük,

-Siyasal özgürlük ve

-Hukuk düzeni ilkeleri

Antlaşmaya göre bu ülküler, halklarının "ortak" mirasıdır ve kaynağını manevi ve ahlaki değerlerden almaktadır. Ayrıca, yine "korunmasına" vurgu yaparak "insanlık toplumu" ve aynı toplumun "uygarlığına" göndermede bulunur. Daha başlangıçta, henüz insan haklarına ve demokrasiye dair sözleşmeler ortaya çıkmadan kendisini merkeze alır ve tanımlamalar yapar.

Konsey, birliğinin temeline aldığı ilkelerle ikinci dünya savaşından çıkmış kıtaya yeni bir "düzen" tesis edilmesinin temellerini atmıştır. Antlaşmanın 3. maddesine göre, üye her devlet, Konseyin "amacının" gerçekleşmesinde içten ve etkili bir biçimde işbirliği üstlenmek zorundadır.

Belçika Krallığı, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Krallığı, Danimarka Krallığı, Fransa Cumhuriyeti, Hollanda Krallığı, İrlanda Cumhuriyeti, İsveç Krallığı, İtalya Cumhuriyeti, Lüksembourg Büyük Dukalığı ve Norveç Krallığı hükümetleri Avrupa Konseyi Statüsü olarak imzalanan Londra Antlaşmasını imzalayan ve

---

11 https://edoc.coe.int/fr/index.php?controller=get-file&freeid=6615, erişim tarihi, 08.12.2017.

12 AYBAY, Rona, AİHS Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol, TBB Dergisi, Sayı 88, 2010, s. 227.

13 https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/771a1--Avrupa-Konseyi-Statusu.pdf, erişim 08.12.2017.

onaylayan ilk on devlettir. Bu devletler dikkatlice incelendiğinde ekonomik gelişmişlik seviyesi ve ortak kültür değerleri bakımından birbirine benzeyen devletler olduğu görülecektir.

Günümüzde, resmi olarak da "insan hakları ve demokrasiyi yaygınlaştıran ortaklar"[14] olarak kabul edilen Konsey ve Birlik, bu amacı sadece Avrupa kıtasında gütmezler. Kıta ötesinde de insan hakları ve demokrasiyi güçlendirme misyonunu üstlenmiş durumdadırlar. Farklı işbirliği yöntemleri adı altında ortak Avrupa standartlarının oluşturulup tüm dünyada yaygınlaştırılması için çalışmalar yaparlar. Bu çalışmalar, resmen deklare edilmekte ve gizlenmemektedir.

Ancak-ileride de değinileceği gibi- tüm bunları yaparken kendilerini "insanlık toplumu" olarak kabul ederek/ettirerek akıllarını, dinlerini ve hukuklarını dünyanın "barbar" geri kalanına yaymakla/kabul ettirmekle kendilerini yükümlü görmektedirler[15].

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı/ölçütü de bu amaçlarını gerçekleştirmekte kullandıkları önemli araçlardan bir tanesi olarak işlev görmektedir.

Çalışmanın ileriki bölümlerinde bu savı güçlendirecek argümanlara yer verilecektir.

B- Avrupa Konseyi'nin Venedik Komisyonu

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu olarak 1990 yılında kurulmuştur. Avrupa Konseyi'nin kuruluşundan yaklaşık kırk yıl sonra kurulan komisyonun işlevine/amacına burada kısaca değinmek gerekmektedir. Çünkü Londra anlaşması ile hedeflenen "ülkülerin" gerçekleşmesi sadece AİHS ve AİHM' e bırakılmamış ve yardımcı organlara da yerine/zamanına/konjonktüre göre yer verilmiştir.

[14] https://edoc.coe.int/fr/index.php?controller=get-file&freeid=6615, erişim 09.12.2017, s. 1.
[15] DOUZİNAS, Costas, Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, NotaBene Yayınları, 1.Baskı, Ankara 2015, s.66.

Venedik Komisyonunun temel hedefi, Avrupa'nın temel değerleri nezdinde kıtanın "anayasal mirasının" yayılmasına katkıda bulunmak olarak belirlenmiştir[16]. Komisyonun faaliyet alanları olarak:

Anayasa hazırlanması süreçlerine yardım etmek, seçimler, referandumlar ve siyasi parti düzenlemelerine yardımcı olmak, Anayasa Mahkemeleriyle işbirliği yapmak ve gerekirse raporlar hazırlamak ve seminerler düzenlemek gösterilmektedir[17].

Venedik komisyonu da "yayılma" işlevinin önemli adımlarından bir tanesidir. Özellikle soğuk savaş sonrası orta ve doğu Avrupa ülkelerinin Avrupa standartlarına uygun anayasalara kavuşturulmalarında işlev görmüştür. Ülkemizde yapılan son anayasa değişikliği ile ilgili Komisyon rapor hazırlamış[18] ve gerek yöntem olarak gerekse de içerik olarak Avrupa normlarına uygun olmadığı görüşü vermiştir.

"Avrupa hukuk yoluyla demokrasi komisyonu" resmi adının kullanılması hukukta bilinen deyimsel yorum yöntemi[19] ile değerlendirildiğinde komisyona demokrasi inşası görevi verildiğini ve bu inşanın temel malzemesinin de hukuk olduğu sonucuna varılabilir. Bu durumun kendi içinde bir paradoks yaratmadığı rahatlıkla söylenebilir. Çünkü yukarıda bahsedilen temel "ülkülere" uygundur.

Sorulması gereken husus çerçevesini kimin belirlediği demokrasinin inşa edilmesi gerektiğidir. Çünkü demokrasi, değişmez ve tartışılmaz bir manaya sahip değildir[20] ve halkın kendi kendini yönetme biçimi olarak kabul edilirse zamana ve toplumlara göre farklılık göstermesi gerekmektedir. Ancak Avrupa Konseyini kuran anlaşmalar ve diğer metinlere göre demokrasi ancak Avrupalıların çerçevesini, hukukunu ve nasıl uygulanması gerektiğini bildiği/bildirdiği bir kavramdır. Bu

[16] TBMM Araştırma Merkezi, Venedik Komisyonu, Resmi Gazete: 08.04.2006, Sayı: 26133, s.4, erişim tarihi, 10.12.2017.
[17] http://www.venice.coe.int/webforms/events/, erişim tarihi:09.12.2017.
[18]https://www.osce.org/tr/odihr/elections/turkey/311736?download=true, erişim tarihi 09.12.2017.
[19] BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, 27.Baskı, Ankara 2009, s. 202.
[20] ALTINTAŞ, Mustafa, Anayasal Demokrasi İçin Ekonomik Demokrasi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 10, 1993, s.115.

açıdan bakıldığında, aynı şekilde, hukuk yoluyla demokrasi inşa etmek de bir tek onlara tanınmış bir imtiyaz gibi görünmektedir.

Doktrinde de, demokrasi ile ilgili, iki yüz elli yıldır kurulan teoriye göre, bir yandan egemenliğin tek bir kişiden alınıp halka verildiğinin iddia edildiğini ancak öte taraftan halkın her şeyi yapamayacağının söylenilerek oluşturulan çelişkiye dikkat çeken görüşler mevcuttur.[21]

C-AİHS' le Öngörülen Demokratik Toplum Düzeni

Sözleşme ile ortaya konulan - veya yaratılan- hukuk sistemini en azından ana hatlarıyla irdelemek, çalışmanın konusunun daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

1-Sözleşme Hakkında Genel Bilgiler

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi[22]'nde güvence altına alınan medeni ve siyasi hakların sınırlı bir bölümüne yer verilen Sözleşmede, genişleme ise daha sonra yürürlüğe giren protokollerle sağlanmıştır.

Hali hazırda Sözleşmeye ek 16 Protokol bulunmaktadır. Protokollerle eklenen yeni haklarla Sözleşmenin kapsamının genişletilmesi ancak bu protokolleri onaylayan devletler açısından geçerli olmaktadır[23].

Sözleşmenin ikinci dünya savaşı sonrasında Avrupa'yı birleştirmek için ilk deneme mahiyetinde kurulan Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlandığına yukarıda değinilmişti.

---

[21] GÖZTEPE, Ece, http://ayrintidergi.com.tr/ece-goztepe-demokratik-bir-anayasa-toplumsal-vasatin-ustune-cikmak-zorunda/, erişim 09.12.2017.

[22] Evrensel beyanname için Kapani '..insanlığın gelişim süreci içinde bir dönüm noktasını simgelediğini' vurgular. Daha geniş bilgi için Bkz.KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.62 vd.

[23] http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/, erişim 09.12.2017.

Sözleşmenin genel anlamda, Avrupa'da geçmişte yaşanan olaylara bir yanıt niteliğinde olduğu, ikinci dünya savaşı sonrasında yayılan komünizme yönelik bir set oluşturma gayesi taşıdığı genel kabul görmektedir[24].

Batı Avrupa devletlerini komünist bir yıkımdan/tehlikeden koruyabilecek bir çare olarak tasarlanmıştır. Bu anlamda, Sözleşme aslında bir "korku" üzerine bina edilmiş ve demokrasi ve insan haklarına bağlılık bu korkuya bağlı olarak tesis edilmeye çalışılmıştır.

Sözleşme akdedilirken var olan bu korkuya tarihsel gelişim sürecinde başka korkular eklenmeye devam etmiştir. Böylelikle Sözleşmenin öngördüğü düzenin devamı ve yenilenerek daha etkin ve güçlü hale gelmesi sağlanmıştır.

Bireylerin birbirlerine ve devletlerine, devletin de toplumuna güven duyduğu "güven devletleri" yerine bireylerin birbirlerinden ve devletlerinden, devletin de toplumundan korktuğu "güvenlik devletlerine"[25] geçiş sürecinde Sözleşme önemli bir mihenk taşıdır.

Sözleşmenin öngördüğü korku düzeni, "tehlikeye" karşı bir "güvenlik" sistemidir ve bu sistemi kurarken harcadığı emek karşısında üye devletlerden varlıklarını Konseye ve/veya Birliğe teslim etmelerini bekler.

Sözleşme Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla gelişmiş ve günümüze gelmiştir. Sözleşme ağırlıklı olarak medeni ve siyasi hakları korumaktadır. Bu durumun sebebi olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tartışmalı kabul edilmesi ve insan hakları dalgasının güçlü olduğu bir dönemde devletlerin kısa zamanda kabul edebilecekleri ayrıntısı az ve üzerinde anlaşılmış bir metne acil olarak ihtiyaç duyulması gösterilmiştir[26].

---

[24] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi yayınları, Ankara 2013, s. 1.

[25] ÇETİN, Halis, Korku Siyaseti ve Siyaset Korkusu, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s.26.

[26] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi yayınları, Ankara 2013, s. 3.

Sözleşmenin düzenleyici özelliğine vurgu yapan şu ifadelere dikkat etmek gerekmektedir:

"Batı Avrupa'da hâkim olan değerler dikkate alındığında, bu durum Sözleşmenin büyük oranda 'demokratik bir hayat biçimi için zaruri olan' medeni ve siyasi haklarla sınırlanması anlamına gelmektedir.[27]*"*

Avrupa'da hâkim olan değerlerden bir tanesi sömürgecilik diğeri ise ırkçılıktır[28]. Ancak Sözleşme bunları görmezden gelmektedir. 60 milyona yakın insanın hayatını kaybettiği ikinci dünya savaşının sorumlusu Avrupa'nın, savaş sonrasında demokrasi ve insan haklarının öncüsü olması üzerinde düşünülmesi/durulması gereken bir çelişkidir[29].

2- Demokratik Toplum Düzenine Ulaşılması ve Korunmasında İşlevsel Bir Yöntem Olarak: Sözleşmenin Yorumlanması

Sözleşme, hukuk yaratan bir sözleşme niteliğinde olduğu için yorumlanması da önem arz etmektedir. Sözleşmenin uygulanmasında yeknesaklık sağlanması ve sözleşme hükümlerinin değişen koşullara uyum sağlaması için yorumlanması gerekmektedir[30].

Hukuk biliminde bilinen temel yorum türleri yasama yorumu, yargısal yorum ve bilimsel yorumdur[31].

Sözleşmenin yorumunda ise aşağıdaki yöntemler kullanılmaktadır:

---

[27] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 4.
[28] HAMMERBERG, Thomas, Avrupa'da İnsan Hakları, Çeviren Ayşe Ekmekci, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s.272.
[29] mg.eba.gov.tr/222/.../22224fc5acc6dc2a94270bdfb1564b0621a8ab25a4001.pdf,erişim 09.12.2017.
[30] KABOĞLU, İbrahim Ö, Özgürlükler Hukuku 1, İmge Yayınları, Ankara 2013, s.207.
[31] GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, Ağustos 2011, s.213 vd.

a-Genel Kural Olarak

Sözleşme, "Avrupa Anayasası" olarak nitelendirilebilecek bir sistem ortaya koymuştur[32]. Dolayısıyla bir antlaşma olarak Sözleşmenin öncelikle antlaşmaların yorumlanmasına dair uluslararası hukuk normlarına göre yorumlanması zorunludur. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile yoruma dair kurallar belirlenmiştir. Viyana Sözleşmesinin "genel yorum kuralı" başlıklı 31.maddesi şöyledir[33]:

"1. Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir antlaşmanın yorumu bakımından, (antlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

a- Antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan antlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma; b- antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca antlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Antlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:

a- Taraflar arasında antlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,

b- Tarafların antlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden antlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.

c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

---

[32] FROWEIN, Jochen. A, İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 9, 1992, s.111.

[33] www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf, erişim 10.12.2017.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir."

Maddenin ilk fıkrasında yer alan "konu ve amaç" kavramları bizi teleolojik (gai, amaçsal, fonksiyonel) yorum yöntemine götürür. Bu yorum yönteminde, yorumun sonucu, yorum yapan organ/kurumun gayesine bağlıdır. Sözleşmenin yorumunda bu yaklaşıma önemli düzeyde vurgu yapılmaktadır[34].

"Bireysel insan haklarının korunması" ve "demokratik toplum idealinin geliştirilmesi ve sürdürülmesi" gibi genel ve her duruma uyarlanabilecek ifadelerle bu yaklaşıma yer verilmektedir. Bu yorum yöntemiyle AİHM, Sözleşmeyi hazırlayanların geçmişteki niyetlerini değil günün şartlarının getirdiği/gerektirdiği koşullarda yorumlama imkânına kavuşmaktadır.

Böylelikle Avrupa'ya yayılmış ahlak kuralları ve standartları-ki bunlar zamanla değişmektedir- kararlara yansıtılmaktadır[35]. Örneğin, Birleşik Krallıktaki kanuni standartların AİHM tarafından tanınarak kabul edilebilmesi ancak bu yorum yöntemiyle mümkündür[36].

b-Dinamik (Evrimsel) Yorum

Dinamik sözcüğü, hareketli, her an değişebilen manasındadır[37]. Evrim sözcüğü de sosyal bilimlerde, kesintisiz niteliksel ve niceliksel gelişme süreci olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin bu manadaki yorumu "konu ve amaca" yapılan vurgu nedeniyle yapılmaktadır. Bir kararında Mahkeme konuya yaklaşımını şöyle açıklamıştır[38]:

[34] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 5.
[35] HAJIYEV, M.Khanlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi Yorum Teknikleri, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 30, 2013, s.65.
[36] Gıllan ve Quınton/Birleşik Krallık, 4158/05, 12.01.2010.
[37] www.tdk.gov.tr, erişim 11.12.2017.
[38] X ve diğerleri/Avusturya, 19010/07, 19.02.2013.

"*Mahkeme içtihadından çıkan ilkeleri hatırlatır. Geleneksel anlamda aileyi korumaktan ibaret amaç yeteri kadar soyut olup bu amacın gerçekleştirilmesi için çok çeşitli türden tedbirler alınabilir. Ayrıca Sözleşme güncel şartlar ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğuna göre, Devlet 8. madde başlığı altında ailenin korunması ve aile hayatına saygının güvence altına alınması için alınacak tedbirleri belirlerken, toplumun gelişimini ve toplumun sorunları, medeni halle ilgili sorunlar ve ilişkisel düzeydeki sorunların algılanış biçiminde ortaya çıkan değişiklikleri ve özellikle de özel ve aile hayatının yaşanma şekli konusunda birden fazla yol ve olası seçim olduğu düşüncesini dikkate almalıdır."*

Bu kararda dinamik yoruma götüren ipucu "..güncel şartlar ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge…"ifadesidir. Mahkeme açısından belirleyici olan Sözleşme'nin kabul edildiği zaman geçerli olan ölçütler değil; hâlihazırda Avrupa toplumunda geçerli olan ölçütler/standartlardır[39].

Mahkeme, bu yorum yoluyla Sözleşmenin anlamını etkileyen bir karar verebilmektedir. Bunu yaparken Avrupa'da büyük çoğunlukla kabul görmüş bir hukuk politikası değişikliğine dayanarak bir karar vermektedir.

Sözleşme ile öngörülen demokratik toplum düzeninin devamını veya istikrarını sağlama noktasında önemli bir işlev üstlenen bu yorum yöntemi amaçsal yorumun yetişmediği yerde kullanılmaya müsait bir araçtır. Bazen de mahkeme, yeni bir yaklaşım ortaya koyacaksa Avrupa'daki ulusal standartlara atıf yaparak bu yeni yaklaşımın Avrupa ülkelerinin 'büyük çoğunluğunca' benimsenmesi gerekmediğini belirtebilmektedir[40].

c-Avrupa Ulusal Hukuk Ölçütlerini Esas Alan Yorum

Ulusal hukuku denetleme amacı taşıyan Sözleşmenin yorumlanmasında ulusal hukuklardaki standartlar dikkate alınır mı? Ulusal hukuklardaki standartlar

[39] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 5.
[40] Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık,22985/93, 1998.

konusunda bir Avrupa konsensüsü mevcutsa Mahkeme bunu kullanmaktadır. Konu ile örnek bir kararda[41] Mahkemenin yaklaşımı şöyledir:

"Sözleşme her şeyden önce, insan haklarını koruyan bir mekanizma olduğundan Mahkeme, Taraf Devletlerdeki durumun gelişimini dikkate alması ve örnek olarak, ulaşılması gereken normlar konusunda varolan konsensüse göre hareket etmesi gerekmektedir …

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin büyük çoğunluğunun iç hukuklarının ve ilgili uluslararası belgelerin geliştiğini ve olayların olduğu dönemde bile Avrupa'da ve ötesinde yaklaşık olarak genel bir konsensüsün olduğu sonucuna varmaktadır. Bu gelişme dikkate alındığında, bu dönemlere kadar 9. maddenin yorumlanması şeklinin 2002-2003 yıllarında meydana gelen olaylara göre değiştiğini öngörmenin mümkün olmadığını söyleyemeyiz…

Mahkeme ayrıca, duruma göre, konsensüsü ve Sözleşme'ye Taraf Devletlerin uygulamalarından çıkan ortak değerleri dikkate alabilir."

Bu karar üzerinden şu çıkarımlar yapılabilir:

Mahkeme öncelikle Sözleşmede öngörülen mekanizmayı dikkate almaktadır. Taraf devletlerdeki durumun gelişimini izleyerek, taraf devletlerde konsensüs varsa ulaşılması gereken norm konusunda, tespit ettiği konsensüsü baz almaktadır.

Taraf devlet bu konsensüs dışındaysa ihlal kararı vermektedir. Bu durumda, taraf ülkenin kendi iç hukukunu konsensüse uygun hale getirmesi gerekmektedir. Böylelikle taraf ülkenin kendi demokratik toplumunu kurma/geliştirme ihtimali kalmamaktadır.

[41] Bayatyan/Ermenistan, 23459/03, 07.07.2011.

Sözleşmede yer almasa bile Avrupa'da yaygın/genel kabul görmüş bir uygulamayı kendi iç hukukuna dercetmesi gerekmektedir. Bu durum Mahkemenin bir kararına[42] şöyle yansımıştır:

"Her halükarda bir Hükümet insan haklarının korunmasındaki eksikliğini ülkesindeki kamuoyunun durumunu öne sürerek haklı gösterememektedir. Bu konuda Avrupa ve uluslararası çapta konsensüsün olması çok daha önemlidir."

Yukarıya alıntılanan ilk kararın son bölümünde yer alan 'duruma göre' ifadesi, Mahkemenin konsensüs dışında, Sözleşmeye taraf devlet uygulamalarını da dikkate alabileceğini göstermesi açısından, tartışmaya açık bir durum olarak düşünülmektedir. Bir mahkeme kararında sayfalarca 'konsensüs' vurgusu yapıldıktan sonra 'duruma göre' taraf devlet uygulamalarından çıkan ortak değerlerin de kullanılabileceğinin belirtilmesi çelişkili bulunmaktadır.

Mahkemenin genel nitelikteki Avrupa uygulamasından sapılması durumunda taraf devletlerin Sözleşme sistemine duyduğu güvenin azalacağı ve bu durumun Sözleşmenin 'başarısını' tehlikeye atacağı kabul edilmiştir[43]. Ancak tartışılması gereken, konsensüs varsa bile, temel hakların kapsamının konsensüse göre belirlenmesinin beraberinde getireceği sorunlardır. Sözleşmede bulunmayan, üstelik Sözleşme baz alındığında tartışmalı sayılabilecek bir hakkın varlığını, sırf taraf devletlerde hâlihazırda varolan durumdan hareketle, ortaya koymayı amaçlamak, Mahkemenin, devletleri "belli bir yerde tutma" iradesini açıkça ortaya koymaktadır.

d-Orantılılık İlkesi

Bu yorum yöntemi, Sözleşmenin açıkça sınırlanmasına izin verdiği haklarla ilgili olarak gündeme gelmektedir. Mahkeme, toplumun genel yararının gerektirdikleri ile bireyin haklarının korunmasının gerektirdikleri arasında adil bir denge aramaktadır.

---

[42] A,B ve C/İrlanda, 25579/05, 16.12.2010.
[43] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 9.

Yani kamu çıkarları ile özel çıkarlar karşılaştırılmaktadır. Mahkeme kararlarına da yansıyan[44] bu denge arayışında yorum yapılırken kamu çıkarları ile özel çıkarların 'rekabet halinde' olduğu vurgulanmaktadır:

"Tespit edilmesi gereken şey, bu muhafaza etme durumunun, orantılı olup olmadığı ve rekabet halinde olan kamu çıkarları ve özel çıkarlar arasında adil bir denge yansıtıp yansıtmadığıdır."

Herhangi bir etkinlik alanında rekabet varsayımıyla hareket edildiği zaman o etkinlik alanında sürdürülen bir üstün olma mücadelesinin varlığı kabul edilmek zorundadır. Mahkeme önüne gelen davalarda yerine/duruma göre karar verme konusunda önemli bir silaha bu yorum yöntemiyle/ilkeyle sahip olmaktadır.

Mahkeme bir taraftan , "Geleneksel anlamda ailenin korunmasının amacı oldukça soyut bir kavramdır[45]" der ve hemcins çiftlerin ilişkilerinin yasal olarak tanınma biçimlerinin kabulüne ilişkin bir eğilimin ortaya çıktığı gerçeğine dikkat çekerek ağırlığı özel çıkarlara verebilmektedir.

Diğer taraftan, işçilerin ve yönetimin menfaatleri arasında uygun bir dengenin kurulmasının hassas toplumsal ve siyasal meseleler içerdiğini vurgulayarak, sözleşmeci devletlere sendikal özgürlüğün ve sendika üyelerinin mesleki menfaatlerinin korunması bakımından geniş bir takdir marjı tanımakta[46] ve kamu çıkarlarına öncelik verebilmektedir.

e-Takdir Alanı Doktrini

Takdir alanı doktrini, Sözleşmenin yorumlanmasında önemli role sahiptir ve üzerinde çok fazla tartışmanın[47] olduğu bir doktrindir. Doktrine göre, bir devlet bir

[44] S. Ve Marper/Birleşik Krallık Davası, 30562/4, 04.12.2008.
[45] Vallianatos ve diğerleri/Yunanistan, 29381/9, 07.11.2013.
[46] National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers/Birleşik Krallık, 31045/10, 08.09.2014.
[47] ATAKAN, Arda, AİHM'in Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 30.

eylemde bulunur ve bu eylem sonrasında Avrupa organlarının denetimine maruz kalırsa o devletin belirli oranda takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir[48].

Doktrinin sağladığı mekanizma, devletlerin uygulamalarının sert veya yumuşak şekilde kontrol altında tutulmasına hizmet etmektedir. Bir devlet kendi milli hukuk sistemi çerçevesinde bir demokratik toplum anlayışı ortaya koymak ister ve bu yönde adımlar atarsa bu doktrinin sunduğu imkân sayesinde Mahkeme denetimine takılabilir.

Mahkeme içtihat yoluyla bu doktrini geliştirmiştir[49]. Mahkeme kararlarının öngörülebilirliğini olumsuz etkilediği ve buna bağlı olarak da Mahkemeye duyulan güveni zayıflattığını savunan görüşler[50] mevcuttur.

Mahkeme sınırlarını çizdiği ve ilkelerini belirlediği demokratik toplum düzeninin devamı ve istikrarı için bu doktrini "can simidi" olarak kullanmaktadır. Özellikle üye devletlerarasında bir görüş birliğinin bulunmadığı konularda, örneğin eşcinsellerin bir çocuğu evlat edinme talepleri gibi, ulusal otoritelere o konuda karar vermek için geniş bir takdir yetkisinin tanınması gerektiğine hükmeder[51].

Mahkeme, takdir marjının genişliğini belirlerken şu ölçütleri kullanmaktadır: "koşullar, alanlar ve çerçeve[52]."

Kullanılan ölçütlerin verdiği sübjektifliği kullanarak Mahkeme, istediği alanda, istediği koşullarda ve çerçevede karar verme gücüne erişebilmektedir. Erkeğin ailedeki konumundan, bir çocuğun menfaatini kimin daha iyi koruyacağına[53] kadar birçok alanda ve istediği çerçevede karar verebilmektedir.

---

[48] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 12.
[49] AYDIN, Ömür, Avrupa Ortak Hukuk Mekânında Demokratik Toplum Düzeninin İnşası, İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilimdalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s. 21.
[50] ÇOBAN, Ali Rıza, Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında AİHM, AÜHFD, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s.191.
[51] X ve diğerleri/Avusturya, 19010/07, 19.02.2013.
[52] Konstantın Markın/Rusya, 30078/06, 22.03.2012.
[53] X/Letonya, 27853/09, 26.11.2013.

f-Uluslar arası Standartlara Gönderme Yapılması

Sözleşmenin yorumlanmasında Mahkemenin kararlarında etkisi giderek artan hususlardan biridir. Mahkeme bunu yaparken sadece Avrupa Konseyince kabul edilen sözleşmelere değil aynı zamanda diğer uluslararası örgütlerce kabul edilen insan hakları sözleşmelerine de gönderme yapmaktadır[54].

Örneğin bir kararında[55] Mahkeme şu tespiti yapar:

"Mahkeme, Nürnberg Şartının 6(b) bendinde yer alan savaş suçları tanımının, 1939 yılında anlaşıldığı şekliyle savaş konusunda uluslararası hukuku ve teamülleri beyan edici nitelikte olduğunu kaydeder."

Bir başka kararında[56] ise;

"Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından belirlenen ilgili uluslararası standartlar kapsamında da kabul edildiği üzere, mal ve mülke erişimin mümkün olmadığı durumlarda, Devlet, mülkiyet haklarını korumak için alternatif önlemler almakla yükümlüdür."

Bu yorum yöntemi, doktrinde, Mahkemenin yaklaşımında yeknesaklığı sağladığı gerekçesiyle memnuniyetle karşılanmaktadır[57].

Uluslararası metin türlerine atıfta bulunarak yapılan bir yorumun "evrensel yorum" olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır[58].

Bu noktada üzerinde durulması gereken, Mahkemenin bu yorum yöntemiyle etki alanını Sözleşmenin de dışına taşarak genişlettiğidir. Sözleşme ve eklerini aşan

[54] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 14.
[55] Kononov/Letonya, 36376/04, 17.05.2010.
[56] Chiragov ve Diğerleri/Ermenistan, 13216/05, 16.06.2015.
[57] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 15.
[58] HAJIYEV, s.65.

bir durumun ortaya çıkması tüm üye ülkelerin evrensel olana kendilerini uydurmalarını gerektirmektedir.

İnsan haklarının ve demokratik toplum algısının tek bir manaya indirgenmesinin yolunu açabilmektedir. Kaldı ki vurgu yapılan uluslararası metinlerin çoğu, hemen hemen dünya siyasetine yön veren aynı ülkelerin elinden çıkmıştır veya aynı ülkelerin çerçevesini belirlediği sözleşmelerdir. Sözleşmeye taraf olan bir ülke, Mahkemenin bu yaklaşımı ile birlikte, sadece Sözleşme ile bağlı olmanın ötesinde belki de taraf olmadığı birçok sözleşmeye taraf olmaya veya en azından uygulamalarını bu sözleşmelere uydurmaya zorlanmaktadır.

Demokratik bir devletten söz edilebilmesi için, en azından başlangıç noktası olarak, nasıl bir demokratik toplum oluşturulması gerektiği konusunda yetkinin meclis çoğunluğunda olması teorik olarak kabul edilmektedir[59]. Milletin temsilcilerinin seçtiği-ki seçimler demokrasinin vazgeçilmezidir[60]- yöneticileri eliyle oluşturacakları toplumun demokratik standartlarına karar vermeleri özgürlük ve irade açısından oldukça önemlidir.

Şimdiye kadar üzerinde çalışılan gerek sözleşmeye dair gerekse de sözleşmenin yorumlanmasına dair hususlar bizi toplumların/devletlerin bu konuda özgür olmadıkları yorumuna götürmektedir. Çalışmanın devamında değinilecek hususlar burada yapılan yorumun tutarlı olup olmadığı konusunda daha net veriler sunacaktır.

Sözleşmenin yorumlanmasında dördüncü derece yargı yeri doktrini, etkili yorum, Sözleşmenin bir bütün olarak yorumunda yeknesaklık, metnin açık anlamından kaynaklanan sınırlar, Sözleşmede yer alan kavramların özerk anlamı, hazırlık çalışmalarına başvurulması gibi yöntemler de mevcuttur[61]. Ancak, bu

[59] WEBER, Frans, İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu ve AİHS, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 9, 1992, s.317.
[60] TUNÇ Hasan, BİLİR Faruk, YAVUZ Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2015, s.68.
[61] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 16 vd.

yöntemler çalışmanın kapsamı dışında değerlendirildiğinden ayrıntısına burada yer verilmemiştir.

3-Sözleşme Maddelerinde Demokratik Toplum Düzeni

Sözleşmenin, "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8.maddesi şöyle düzenlenmiştir:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve ***demokratik bir toplumda*** *ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için* ***gerekli*** *bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."*

Sözleşmenin, Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlıklı 9.maddesi:

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve ***demokratik bir toplumda*** *kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için* ***gerekli*** *sınırlamalara tabi tutulabilir."*

Sözleşmenin, İfade Özgürlüğü başlıklı 10. Maddesi:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber

ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

*2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve **demokratik bir toplumda** ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için **gerekli** olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."*

Sözleşmenin, Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü başlıklı 11. Maddesi:

"1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

*2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve **demokratik bir toplum** içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için **gerekli** olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."*[62]

Sözleşmeye ek protokollerdeki düzenlemelerde de kavrama yer verilmiştir. Örneğin, serbest dolaşım özgürlüğü gibi.

Ancak çalışmanın kapsamı, Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddeleriyle sınırlı tutulmuştur. Sözleşmede düzenlenen boyutuyla bu hakların içeriğine bakmak

[62] www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf, Erişim 13.12.2017.

gerekmektedir. Mahkemenin bu haklarla ilgili yorum/içtihatlarına ise sonraki bölümde değinilecektir.

Öncelikle cevabı aranması gereken soru şudur:

-Sözleşme neden sadece bu haklarda demokratik toplum vurgusu yapmıştır?

İkinci olarak da,

-Sözleşmenin 15.maddesinde kullanımı durdurulamayacak haklar arasında neden bu dört hak bulunmamaktadır[63]?

Bu iki soruya cevap verebilmek için öncelikle hakların niteliklerine ve ardından hangi sebeplerle sınırlanabileceklerine veya hangi amaçlarla müdahale edilebileceğine değinmek gerekmektedir.

8-11. maddelerin birlikte değerlendirilmesini haklı kılan bir ilişkinin mevcudiyeti ve bu maddelerin ortak özelliklerinin olduğu genelde kabul gören bir yaklaşımdır[64].

Şekli açıdan yani benzer şekilde kaleme alınan bu maddelerde, ilk fıkralarda korunan hakların tanımı -norm alanı tarifi- yapılmış, ikinci fıkralarında ilgili hakların kullanılması durumunda devletin meşru olarak bu hakların kullanılmasına müdahale edebilmesinin şartları belirlenmiştir.

Önce bireye Sözleşme ile belirlenen birtakım haklar verilmiş ve sonrasında da bireye verilen bu hakların hangi sebeplerle sınırlanabileceği ya da hangi amaçlarla müdahale edilebileceği kayıt altına alınmıştır.

Hakların norm alanı düzenlenirken - ilk fıkralar- kısa ve öz bir yaklaşım ortaya konulurken, devletin müdahale edebileceği veya hakkın hangi sebeplerle

---

[63] 15.madde: "Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme 'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez."

[64] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 345; İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013, s.27.

sınırlanabileceğini gösteren ifadeler uzun ve ayrıntılı yazılmıştır. Bu durumu, Sözleşmenin mücadeleci demokrasi anlayışını kabul etmesine bağlayanlar[65] olmuştur.

Oysa bu maddelerde düzenlenen haklar hem çok yönlü hem de karmaşıktır. Her maddede birden fazla hak düzenlenmiştir. Örneğin 8.maddede dört hak, 9.maddede üç hak düzenlenmiştir.

Sözleşmenin Avrupa Anayasası niteliği vurgulanmıştı. Anayasa normlarının ideoloji, mahiyet, belirlilik ve genel nitelik olmak üzere dört faktörü dikkate aldığı[66]düşünüldüğünde 8-11.maddelerdeki hakların nitelik olarak Sözleşmenin ideolojisini taşıdığı şeklinde yorumlanabilir.

Bu maddelerde düzenlenen hakların ayrıca nitelik olarak Sözleşmenin kurmak istediği demokratik toplum düzeninin temel yapıtaşları olduğu sonucuna da varılabilir. Özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme, düşünce, din, vicdan, ifade, toplanma ve örgütlenme kavramlarının hepsi öncelikle bireye sonra da bireyin içinde yaşadığı topluma ait kavramlardır.

Sözleşme, hem bireyi tanımlar ve sahip olması gereken haklara sınırlar çizer hem de devlete, yeri geldiğinde, hangi koşullarda bu haklara sınırlar koyabileceğini gösterir. Bu hakların denetlenmesi yoluyla, hem bireyi hem de devletin oluşturacağı birey ve toplumun nasıl olması gerektiğini belirtir.

Bu durumda, Sözleşmenin neden 8-11. maddelerinde demokratik toplum vurgusu yaptığı sorusunun cevabı şöyle olabilir: Sözleşme, hem ulusları hem de devletleri önce tasarımlamak sonra da bu tasarımın sınırları içerisinde tutmak istemektedir.

Sözleşmenin 15.maddesinde kullanımı durdurulamayacak haklar arasında neden bu dört hakkın bulunmadığı sorusunun cevabı da aynı sonuca bağlanabilir. Sözleşmenin yapıldığı tarihlerdeki Avrupa'nın durumu[67] ve oluşturulmak istenen devlet düzenleri de bu kanıyı güçlendirmektedir. Ulus inşası teorisyeni Fukuyama,

---

[65] NAL, Sabahattin, Demokratik Toplum Düzeni Ve Parti Yasakları, Gündoğan Yayınları, İstanbul 2016, s.167.
[66] HAJIYEV, s.64.
[67] MAZOWER, Mark, Avrupa'nın 20.Yüzyılı, Alfa Yayınları, İstanbul 2015, s.205.

ABD'yi en faal ve en inatçı ulus inşacısı olarak göstermektedir[68]. Amerika'nın, hedef ülkenin önemli siyasi kurumlarını yeniden yapılandırma yoluyla, örneğin anayasanın ve temel kanunlarının yeniden yazılması, bu amacını gerçekleştirmek istediğine vurgu yapar. Amerika'nın ulus inşası alanındaki sicilini çıkartır ve demokratik rejimler oluşturma konusunda geçmişten örnekler verir. Bir rejimin demokratik mi yoksa otoriter mi olduğuna kullandıkları bir indekse dayanarak karar verdiklerini belirtir.

Bu indeksteki veriler incelendiğinde[69], Konsey üyesi Almanya'da 1945 ile 1949 yılları arasında ABD önderliğinde yürütülen ulus inşası çalışmaları yapıldığı ve demokrasiye ulaşıldığı belirtilmektedir. Listede Japonya da bulunmaktadır. "Almanya ve Japonya'da yaşanan şey, demokratik anayasaların hazırlanmasıyla birlikte yeni yönetimlerin demokratik bir temelde yeniden meşru kılınmasıydı" tespitini yapan yazar, demokratik anayasaların ulus inşasındaki işlevine dikkat çekmektedir[70]. Ulus inşası kavramını tanımlarken de "çok sayıda unsur tarafından elbirliği ile yürütülen süreç" ifadesini kullanmaktadır.

Ulus inşası kavramının ikinci dünya savaşından sonraki yıllarda ABD ve Uluslararası aktörler tarafından "ortak bir eylem" olarak kabul edildiğine vurgu yaparak Sözleşmenin yapıldığı dönemlere göndermede bulunmaktadır. Yine aynı şekilde ikinci dünya savaşının sona ermesinden itibaren toplumları modern temeller üzerinde yeniden inşa etme işinin yalnız başına gerçekleştiremeyeceği bir şey olduğundan bahisle, Konsey gibi organların önemine değinmektedir. Uluslararası kurumların yeteneğinin ulus inşasında kullanılmasının ikinci dünya savaşından sonra başladığını ve halen de devam ettiğini belirtmektedir.

Uluslararası kurumlardan kasıt sadece Konsey gibi örgütlenmeler değildir. Özellikle de gönüllü sivil teşkilatlar (STK) da bu kategoriye dâhildir. Ulus inşası çalışmalarının devam ettiğini ve bunun bir süreç olduğunu belirten yazar, sürecin sonunda da "büyük ulus inşası"nın hedeflendiğini belirtir.[71]

---

[68] FUKUYAMA, Francıs, Ulus inşası, Profil Yayıncılık, İstanbul 2012, s.103.
[69] FUKUYAMA, s.106.
[70] FUKUYAMA, s. 107.
[71] FUKUYAMA, s.13.

Avrupa'nın yeniden inşası için tasarlanan Marshall planının[72] kabulü Konsey'in kurulmasından önce gerçekleşmiştir. Planının kabul edilmesi için 12 Temmuz 1947'de kurulan Avrupa Ekonomik İşbirliği Konferansı örgütünün üyeleri Konsey'in kurucu üyeleriyle nerdeyse aynıdır[73]. Bu veriler ışığında Sözleşmenin misyonunun, Avrupa'da, Amerika'nın istediği şekilde ve formatta bir demokrasi ortaya koymak olduğunu belirtmek gerekmektedir.

İncelenen 8-11. Maddeler de bu amaca matuf düzenlemeler içermektedir. Doktrinde de ifade edildiği üzere[74], Sözleşme bir Avrupa Standardı yakalama amacındadır ve bu çerçevede Sözleşme temel hak ve özgürlüklere minimum güvence sağlarken sınırlamalar açısından maksimum ölçütleri deklare etmektedir.

Bu maddeler, gerek Sözleşme' de düzenlenen haliyle gerekse de Mahkeme'nin içtihat yoluyla maddeleri işlevsel kılmasıyla bu amacı canlı tutan öğelerdendir. Ayrıca ABD'nin önemli insan hakları sözleşmelerinin onaylanmaması yönünde hala devam eden bir eğiliminin olduğuna da burada değinmek gerekmektedir.

Bir sonraki başlıkta, Sözleşme'yi uygulayan ve yorumlayan böylelikle Sözleşme'nin yaşayan bir belge olmasını sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı değerlendirilecektir.

II-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

Anayasa hukukunda tümden gelim yönteminin kullanıldığı, kuraldan olaya gidildiği ve kuralın olaya uygulandığı genel kabul gören bir yaklaşımdır[75]. Buna göre somut olaya bakılarak normun ne olduğu söylenmez; norma bakılarak somut olayın ne olması gerektiği söylenir. Sözleşme normunun içeriği yukarıda izah edilmeye çalışıldı.

---

[72] FUKUYAMA, s.73.

[73] SANDER, Oral, Siyasi tarih: 1918-1994,İmge Yayınları, İstanbul 2007, s.539.

[74] EREN, Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları Ve Yeni Kapalı Politik Alan, AÜEHFD, Cilt 7, Sayı 3-4, Aralık 2003, s.223.

[75] GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Cilt I, Bursa 2011, s.53.

Özellikle Sözleşmenin 8-11 maddelerindeki normların, çalışmanın konusu bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi[76] tarafından, somut olaylara nasıl uygulandığı incelenmeye çalışılacaktır. Demokratik toplum düzeni kavramına mahkemenin yaklaşımı irdelenerek elde edilen veriler bir sonuca bağlanmaya çalışılacaktır.

Anayasa Hukukunun bilgi kaynakları arasında Mahkeme kararları önemli bir veri olarak kullanılmaktadır[77]. Yaklaşık altmış yıl önce yazılan bir hukuki metnin, yazıldığı ortamın/vasatın devlet, birey ve toplum anlayışını ortaya koyacağı açıktır. Mahkemenin, Avrupa'daki devlet, toplum ve birey algısının değişimini/dönüşümünü verdiği kararlarla yansıttığı kabul edilmiştir[78]. Devlet, toplum ve birey kavramları durağan olamayacağı için burada Mahkeme kararlarının da zamana/konjonktüre göre değişebileceği göz önünde tutulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adıyla, sürekli çalışan tek bir yargı organı kurulması 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 nolu Protokol ile olmuştur. Sözleşmeyi denetleyen organ olarak tam zamanlı çalışan tek mahkeme sistemi bu protokol ile başlamıştır. Protokol öncesi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı yargısal yetkilere sahipti[79]. Bu kurumların yargı yetkisi ihtiyari idi. Bu protokol ile Mahkemenin yetkisi zorunlu hale gelmiştir[80] .

Mahkemenin yapısı ve örgütlenmesine ayrıntılı olarak yer verilmeyecektir[81]. Mahkeme kararlarının adaletli olup olmadığı hakkında bir fikir verebilmesi açısından bir konuya burada değinmek gerekmektedir.

---

[76] AİHM buradan sonra Mahkeme olarak anılacaktır.
[77] FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.102.
[78] İNCEOĞLU, Sibel, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye Ve Latin Modelleri, Oniki Levha yayınları, İstanbul 2017, s.249.
[79] BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve 14 nolu Protokol, AÜHFD, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s.137.
[80] GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Cilt II, Bursa 2011, s.580
[81] Ayrıntılı bilgi için Bkz.,MURATOĞLU, Tahir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu, Görevleri ve Yargılama Usulü, TAAD, Yıl:7, Sayı:27 ,Temmuz 2016, s.307 vd.

Mahkemenin hâkimlerinin, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından seçilmesi, hem Türk doktrininde[82] hem de batı doktrininde eleştirilmiştir. Batı doktrininden bir örnek vermek gerekirse[83]:

"Ancak insan hakları mahkemelerinin içtihadı, aşırı derecede sınırlı ve şaibelidir, gidişatındaki hızlı değişimler hukuki realizmin en kötü korkularından bazılarını doğrular niteliktedir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası kuruluşların huzuruna çıkan dava vekilleri, Mahkeme içtihatlarına bakmaktansa, hükümetçe atanan yargıçların siyasi bağlarını araştırmanın daha yerinde bir dava hazırlığı olduğunu çabucak öğrenir. Atayan hükümetlerin siyasi eğilimindeki değişim, çok geçmeden uluslararası insan hakları mahkemeleri ve komisyonları personeline ve içtihatlarına yansır."

Tüm Avrupa devletlerinin demokratik düzenlerini etkileyen bir insan hakları koruma sisteminin merkezinde yer alan Mahkeme hakkında[84], özellikle, daha hâkim seçimi aşamasında bu tür eleştiriler olmasını göz önünde tutmak gerekmektedir.

Bu eleştirilere haklılık payı verildiğinde Mahkeme kararları hakkında şöyle bir yorumda bulunulabilir:

Mahkemenin verdiği kararlar, aslında üye ülkelerdeki siyasi eğilimler tarafından yönlendirilmektedir. Mahkemenin, taraf devletlerin hukuki düzenlerine nüfuz eden standartlar ortaya koyduğu[85] ve hukukun neredeyse tüm alanlarında iç hukuk sistemlerinin şekillenmesine büyük katkıda bulunduğu düşünüldüğünde bu eleştirilerin dikkate alınması büyük önem arz etmektedir.

Devlet-birey-toplum değişimlerini, Mahkeme, kararlarına yansıtmakta mıdır yoksa tersi bir durum olarak Mahkeme, devlet-birey-toplum değişimlerinin yönünü

---

[82] GÖZLER, age, s.581.
[83] DOUZİNAS, Costas, İnsan Hakları Ve İmparatorluk, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017, s.27.
[84] Mahkeme Hakkında Daha Geniş Bilgi İçin Bkz. BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargılama Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
[85] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s.839.

ve sınırlarını mı belirlemektedir? Aşağıda yapılacak incelemede Mahkeme kararlarında bu değişimin yönü de tespit edilmeye çalışılacaktır.

A-Teknik Bir Kavram Olarak Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Sözleşmenin 8-11. maddelerinin ikinci paragraflarında kullanılan demokratik toplum ölçütü, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında/sınırlanmasında kullanılır. Buna göre, bir hakkı kısıtlamak isteyen devlet, maddelerde öngörülen somut gerekçelerle yasalara uygun olarak ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde hareket edebilir. Buna göre, örneğin, din ve vicdan özgürlüğüne müdahale ancak, müdahalenin, yasa tarafından öngörülmesi, fıkrada belirtilmiş olan meşru amaçlardan birine dayanması, demokratik bir toplumda gerekli olması durumlarında mümkündür. Bu ölçütlerin her biri mutlaktır; sınırlama şartlarından birinin yok olması, yapılan müdahalenin sözleşmeyi ihlal etmesi sonucunu doğurmaktadır[86].

Hakların sınırlandırılmalarına göre sınıflanması ile ilgili yapılan bir tasnife göre[87]hakların, "sınırlandırılabilen haklar" ve "sınırlandırılamayan haklar" olarak ayrımı mümkündür. Modern insan hakları kapsamındaki hakların sayıca bir genel karşılaştırması yapılmış ve sınırlandırılabilir olarak kabul edilen ve o şekilde düzenlenen hakların daha hacimli bir liste oluşturduğu belirtilmiştir.

Hakların sınırlandırılması, o hakların kullanılmasının daraltılması veya onlardan yararlanılan alanın daraltılması anlamındadır.

Sınırlandırmaların kural olarak olağan yönetim için söz konusu olduğu ve bu nedenle süreklilik taşıdığını da belirtmek gerekmektedir[88].

Hakları sınırlandırmanın dahi durması gereken bir sınır çizgisi vardır. Bu çizgiyi belirtmek için "sınırlandırmanın sınırı" ifadesi kullanılır. Hakların

---

[86] AĞIRBAŞLI, Şennur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din Ve Vicdan Özgürlüğü, TBB Dergisi, Sayı 101, 2012, s.95.

[87] GEMALMAZ, Mehmet Semih, Devlet, Birey ve Özgürlük, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s.665.

[88] Sınırlama kavramı hakkında daha geniş bilgi için Bkz. EREN, Abdurrahman, Özgürlüklerin sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.15 vd.

sınırlandırılmasının sınırını çizen en önemli ölçütlerden birisi de gereklilik, başka bir deyişle demokratik toplumda gereklilik ölçütüdür.

Sözleşme, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alıp gelişebilmesinin ancak demokratik bir düzende mümkün olabileceğini düşünmüştür[89]. Ancak, Sözleşmede yer alan "demokratik düzen" kavramı ile hangi demokratik düzeninin kast edildiği açık değildir. Sözleşmenin yapıldığı dönemde, Avrupa'da, üzerinde anlaşılmış/konsensüs sağlanmış bir demokratik toplum düzeni olmadığından kavramın içini doldurmak teknik manada Mahkeme'ye kalmıştır.

Tek bir kurucu ilkesi olmayan Avrupa'nın[90] "Anayasa"sı olarak kabul edilen bir metne, bu kadar ucu açık/muğlak bir kavram koyarak yola çıkması belki de "Avrupa hukuktur, ama aynı zamanda keyfiliktir[91]" ve "Avrupa demokrasidir, ama aynı zamanda baskıdır[92]" sözlerine doğruluk kazandırmaktadır.

Mahkemenin kararları ile çizilen demokratik toplum düzeni ve bu düzene ait gereklerin tartışılmasına geçilmeden önce Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın belirlemiş olduğu demokratik toplum düzeni anlayışına değinmek gerekmektedir. 1988'e kadar başvurulara bakan bu organın konuya yaklaşımı önem arz etmektedir.

B-Divan'dan Mahkemeye İntikal Eden Demokratik Toplum İlkeleri

Divan'ın kararlarına yansıyan "etkin bir demokrasinin" sahip olması gereken nitelikler şöyledir[93]:

-Kamu yararı ve bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurup bu dengeyi muhafaza edebilmeye muktedir olmalıdır.

---

[89] ÜNAL, Şeref, Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak Ve Özgürlüklerin Kısıtlanması, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt11, 1994, s.46.
[90] MORIN Edgar, CERUTİ Mauro, Bizim Avrupa'mız, İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s.18.
[91] MORIN,CERUTİ, age. s. 19.
[92] MORIN,CERUTİ, age. s. 19.
[93] ÜNAL, s.47.

-Hukuk sistemi, insan haklarına saygı konusunda, mümkün olduğu ölçüde Konsey üyeleri devletlerinin çoğunluğunun anlayışına uygun olmalıdır.

-Medeni ve siyasi hakları teminat altına alarak yurttaşlarının ekonomik, sosyal ve kültürel alanlardaki haklardan tam anlamıyla yararlanabilmelerini sağlamalıdır.

-İç düzeni tehdit eden tehlikelere karşı demokratik kurumları zedelemeksizin etkin bir şekilde mücadele edebilmek için gerekli önlemleri almaya muktedir olmalıdır.

-Hak ve özgürlükleri kanunla kısıtlayan hükümleri makul ve objektif uygulamalıdır.

-İnsan haklarını güçlendiren yeni düzenlemelere karşı açık fikirli olmalıdır.

-Demokratik bir sistemin niteliklerini benimsemiş olarak üye devletlerin böyle bir denetim mekanizmasını kabul etmiş olmaları aynı zamanda bu konularda vatandaşlarını aydınlatma yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir.

Divanın bu kararları yorumlandığında, temel haklar ile ilgili konularda, özellikle, Sözleşme düzeni arasında yakın bir bağlantının kurulduğu ve gerekçelendirmede bunlardan yararlanıldığı söylenilebilir[94].

Divana[95] göre demokrasi öncelikle ‘etkin’ olmalıdır. Etkinliğini her durumda ‘muktedir’ bir şekilde devam ettirebilmelidir. Bu durumda Divanının demokrasi anlayışını şöyle adlandırabilir/kavramsallaştırılabilir: “Muktedir demokrasi”

Divan kararları ışığında, Muktedir demokrasi, kamu yararı ile bireyin temel hakları arasında denge sihirbazlığı yapabilmeli ve bu dengeyi sürdürülebilir kılabilmelidir. Kendisine yönelen tehditlere karşı gerekli tedbirleri alabilmeli ve etkin

[94] DENİZ, Bahar Yeşim, AB Hukukunda Temel Haklar ve AİHS Sistemi İle Etkileşim, TBB Dergisi, Sayı:97, 2011, s.61.

[95] Divan ve kararları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. YILDIRIM, Kadir, Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, 2000, s. 295-325.

bir şekilde mücadele edebilmelidir. Hak ve özgürlükleri sınırlaması gereken durumlarda makul olana karar verebilmeli ve ölçüyü de ayarlayabilmelidir. İnsan hakları konusunda yapılan düzenlemeleri, taleplerin insanlarından/vatandaşlarından gelmesi esasına göre değil, düzenlemeyi yapanların iradesine uygun şekilde yürürlüğe koyabilecek kadar açık fikirli olabilmelidir. Her ne kadar muktedir de olsa hukuk düzenini oluştururken diğer muktedir demokrat üye devletlerin çoğunluğuna uyabilmelidir. Çoğunluğa uyması muktedirliğini arttıracak yolların ve yöntemlerin daha çabuk öğrenilmesini sağlayabilecektir. Vatandaşlarına da muktedir demokrat çoğunluğun oluşturduğu muktedir demokrasi ilkelerini anlatmalı ve bu ilkelere uymalarını sağlayabilmelidir.

Divan'dan alınan bu demokrasi algısını Mahkeme nasıl kullanmış ve geliştirmiştir?

Bu sorunun cevabı, 8-11.maddelerde düzenlenen haklar, ayrı ayrı incelenerek aşağıda bulunmaya çalışılacaktır.

C-Mahkemeye Göre Demokratik Toplum Düzeninde Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı ve Gereklilikleri

Sözleşmenin 8.maddesinde korunan/düzenlenen haklar ilgili madde metninde tanımlanmamıştır. Sözleşmenin, içtihatlarla kapsamı belirlenen ve bu nedenle en geniş yorumlanan maddelerinden biri olduğu genel kabul görmektedir[96]. Özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme gibi bir insanın hayatının merkezinde yer alan ve hayatını şekillendiren dört hususta Mahkeme karar verebilmektedir.

[96] ÖNCÜ, Arslan Gülay, Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Konsey Yayınları, Ankara 2013, s.301; HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s.368.

1-Özel yaşam[97], tanımı yapılmamış ve çerçevesi Mahkeme içtihatları ile belirlenmeye çalışılmıştır[98]. Bunu, Mahkeme, her başvuruyu kendine özgü nitelikleri açısından değerlendirerek yapmıştır.

Bir kararında[99] Mahkeme, özel yaşam kavramının, kişinin cinsel yaşamı da dâhil, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kapsayan bir kavram olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin özel yaşama yüklediği anlamı ve çizdiği sınırları tespit etmek adına önemli sayılan birkaç kararına değinmek gerekmektedir.

Mahkemenin konuyla ilgili yaklaşımında önemli kabul edilen[100] bir kararı NORRIS/İRLANDA davasıdır. İrlanda vatandaşı olan bay Norris, faal bir eşcinseldir. Ayrıca, eşcinsellerin hakları için mücadele etmektedir. Davaya konu olan şey ise İrlanda'da yetişkin erkekler arasında bazı eşcinsel faaliyetleri suç sayan kanun hükümlerinin varlığıdır. Somut olayda bay Norris'e henüz ilgili kanun hükümleri gereğince ceza verilmemiştir. Cezalandırılma riski altında olduğu iddiasıyla müracaat etmiştir.

Mahkeme, başvurucunun cezai bir soruşturmaya veya kovuşturmaya tabi tutulmuş olmamasına rağmen, şikayet ettiği yasa hükümlerinden doğrudan etkilendiği; çünkü eşcinsel eğilimi nedeniyle, rızası bulunan yetişkin erkeklerle yasaklanmış cinsel ilişkide bulunmaktan caydırıldığı gerekçesiyle bay Norris'in mağdur olduğunu iddia edebileceğini kabul etmiştir.

Sözleşmenin 8.maddesinin ihlali iddiasını tartışan mahkeme, öncelikle bir müdahalenin varlığını araştırmış ve şikayet konusu mevzuatın, yetişkin erkekler arasında, özel alanda yaptıkları eşcinsel faaliyetleri yasakladığı kadarıyla,

---

[97] Kavramın kapsamı hakkında daha geniş bilgi için Bkz. ARAS, Ümit Yaşar, İnsan Hakları temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal Ve Uuslararası Alanda Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2010.

[98] SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Özel Hayatın Kapsamı: AİHM İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, S. 3, s.255.

[99] X ve Y/Hollanda, 8978/80, 26.03.1985.

[100] DOĞRU, Osman, NALBANT Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama Ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013, s.83 vd.

başvurucunun özel yaşamına saygı hakkına müdahale ettiği sonucuna varmıştır. Müdahalenin varlığına karar veren Mahkeme, müdahalenin haklılığını değerlendirmiş ve müdahalenin tartışma konusu mevzuatın varlığından kaynaklandığı için müdahalenin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Geriye tartışma konusu mevzuatın yürürlükte tutulmasının, sözü edilen amaç için "demokratik bir toplumda gerekli " olup olmadığını tespit etmek kalmıştır.

Mahkemeye göre "söz konusu müdahale, diğerleri arasında, bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmedikçe ve özellikle izlenen meşru amaçla orantılı bulunmadıkça, demokratik bir toplumda gerekli olmaz". Bu tespitin ardından Mahkeme, İrlanda'da halkın eşcinsel faaliyetlere karşı korunmasına özel bir ihtiyaç bulunmadığı ve İrlanda hukukuna göre başvurucuya getirilen kısıtlamanın geniş ve mutlak nitelikli olması nedeniyle gerçekleştirilmek istenen amaçla orantısız olduğu ve böylece 8. maddede gösterilen sebeplerden herhangi biri bakımından gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

Demokratik bir ulusun ahlaki değerlerinin sınırlarının genişliğini belirlemek, ulusun kendi kurumları tarafından mı yapılmalıdır yoksa Mahkeme tarafından mı? Bu soruya Mahkeme şöyle cevap vermektedir:

"Ulusal makamlar, ahlaki konularda geniş bir takdir alanına sahip olmakla beraber bu alan sınırsız değildir. Bu alanda da bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığı hakkında karar vermek, Mahkemenin işidir."[101]

Mahkemenin, sonuç olarak ihlal kararı verdiği bu olayda[102], ayrıca eşcinsel davranışların Konsey üyesi devletlerde daha fazla anlayış ve hoşgörü ile karşılandığı ve ceza hukuku tedbirlerinin konusu olarak görülmediğine de vurgu yapılmıştır.

[101] DOĞRU, s.88.
[102] Norris/İrlanda, 10581/83, 26.10.1988.

Mahkemenin ‘ihlal’ kararı vermediği önemli bir başka kararında[103] ise özel yaşamın sınırlarını demokratik bir toplumda şöyle belirlemiştir: İş başvurusu ‘gizli polis sicilinde yer alan bilgiler sebebiyle reddedilen başvurucu, Sözleşmenin 8.maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunmuştur.

Mahkeme, öncelikle gizli polis sicilinde yer alan bilgilerin başvurucunun özel yaşamıyla ilgili olduğunu kabul etmiştir. Özel yaşamla ilgili bilgilerin hem sicilde tutulması ve hem de ilgili makamlara verilmesi, ayrıca başvurucuya buna itiraz edebilme imkânı verilmemesini Mahkeme, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir.

Müdahalenin varlığını kabul eden Mahkeme, müdahalenin haklı olup olmadığını meşru amaç, hukuka göre ve **milli güvenlik bakımından demokratik bir toplumda gerekli olma** bakımlarından tartışmıştır. Buna göre müdahaleyi, İsveç personel kontrol sisteminin amacının milli güvenliği korumak olduğundan bahisle meşru bir amaç olarak kabul etmiştir. Ayrıca, İsveç hukukunun personel kontrol sisteminin bilgi toplama, kaydetme ve ilgili makamlara verme hususunda yetkili makamlara tanıdığı takdir yetkisini uygun görmüş ve müdahalenin “hukuka göre” yapıldığına karar vermiştir.

Son aşamada demokratik toplumda gereklilik testine geçen Mahkeme- yukarıda vurgulandığı gibi- bu bölümün başlığına da ‘milli güvenlik’ kavramını eklemiştir. Mahkeme, davalı devletin mevcut olayda toplumsal ihtiyaç baskısını değerlendirirken özellikle milli güvenliği koruma meşru amacını gerçekleştirmek için sahip olduğu takdir alanının geniş bir alan olduğunu kabul ederek ihlal olmadığına karar vermiştir. Ayrıca kararda, davalı devletin, kendisine tanınmış olan geniş takdir alanında, milli güvenliği, başvurucunun bireysel menfaatlerinin üzerinde görme hakkına sahip olduğuna vurgu yapılmıştır.

[103] Leander/İsveç, 9248/81, 26.03.1987.

Yukarıda izah edilen iki kararın da gösterdiği gibi özel yaşamın anlamına ilişkin içtihatlar, hem açık değildir hem de belirli bir disiplin içermemektedir[104]. Tartışılan ilk kararında –eşcinsellerle ilgili- Mahkeme, devlete 'ahlaki' sınırları belirleme yetkisi vermezken ikinci kararında 'milli güvenlik' sebebiyle özel yaşama sınırlar konulabileceğini ve bunun demokratik toplumda gereklilik olduğuna karar verebilmektedir.

Mahkeme, hiçbir zaman özel yaşamın tarifini açık ve kesin bir şekilde yapmamıştır[105]. Mahkemenin gerekçesi, özel yaşam deyiminin tüketici tanımları kabul etmeyen geniş bir kavram olduğu ve 'kişisel özerklik' kavramının bu hakkın güvencelerinin yorumlanmasında önemli bir ilke olduğudur[106].

Kişisel özerklik varsayımı, aksini gösteren bir zorunluluk olmadıkça, kadın ya da erkek herkesin kendi iyisi veya kendi çıkarları konusunda hüküm verecek en iyi yargıç olduğu olarak, tarif edilmektedir[107].

Mahkeme bu özerkliği, özel yaşamda cinsel tercihlerin serbestçe belirlenmesinde olumlu kullanırken, devletin bireylerin özel yaşamı hakkında bilgi toplaması ve bu bilgileri kullanarak 'güvenlik' gerekçesiyle özel yaşama müdahalesinde olumsuz kullanmaktadır. Özerkliğin Mahkeme tarafından kullanılması kişilerin özgürlük alanlarına sınırsız müdahaleye açık kapı bırakacağı ve bunun da bir tür baskıcılık olduğu endişesi dile getirilmiştir[108].

Kanaatimizce Mahkemenin bu tutumunun temelinde oluşturulmak istenen demokratik toplum düzeninin temelinde bireyin olmasıdır. Birey, özel yaşamında 'kutsanmış' bir alanda varlığını sürdürmeli ve bu varlığını değişen şartlara uyumlu hale getirebilmelidir. Liberalizmin de temel unsuru bireydir[109]. Aynı zamanda, insan

---

[104] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s.370.
[105] ROAGNA, Ivana, AİHS Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Ocak 2012, Ankara, s.12.
[106] Gıllan ve Quınton/Birleşik Krallık, 4158/05, 12.01.2010.
[107] DAHL, Robert A., Demokrasi ve Eleştirileri, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s.125.
[108] ERDOĞAN, Mustafa, Bireysel Özerklik ve Liberalizm, www.hurfikirler.com, erişim 29.12.2017.
[109] ÇETİN, Halis, Çağdaş Siyasal Akımlar, Orion Kitabevi, Ankara 2007, s.53.

hakları kavramının öznesinin de gruplar veya topluluklar değil, yalnızca birey olarak insanlar olduğu bilinmektedir[110].

Mahkemenin özel yaşam hakkı ile ilgili kararlarında genel yaklaşımı, özel yaşamla ilgili kategorilerin giderek genişlediğidir[111]. Özel yaşam hakkının yorumlanmasında kişisel özerklik[112] ve yaşam kalitesi unsurlarını da eklemesi Sözleşmenin genel yaklaşımına uygundur. Şöyle ki, özel yaşamı düzenlemek ve özel yaşam üzerinde belirleyici bir güç olarak kalmak istemektedir.

Bireylerin özel yaşamlarında devlete karşı korunduğu madalyonun görünen yüzü iken madalyonun diğer yüzünde özel yaşamın aslında 'göreceli' kararlarla belirlenebileceği yer almaktadır.

Dijital çağda dijital devletler dünyasında yaşayan bir insanın özel yaşamının ne kadar kaldığı da tartışılabilir. Teknolojinin hayatın her alanında yer aldığı düşünüldüğünde aslında belki de Mahkemenin özel yaşam tarifi/tanımı yapmaması/yapamaması biraz da özel yaşamın kalmadığı anlamına gelebilir. Elbette Mahkeme bunu açıkça söyleyememektedir.

İnsanların bütün konuşmalarının kaydedilebildiği, kişinin evinden çıktığı andan itibaren binlerce kamera tarafından takip edilebildiği, kredi vb. kartlarla harcama eğilimlerinin işlenebildiği ve özellikle sosyal medya/internet yoluyla tüm düşüncelerin ve sözlerin/fotoğrafların dijital ortama aktarıldığı bir dünyada, özel yaşamın kalıp kalmadığı hususunu da tartışmak gerekmektedir.

Mahkeme kararlarının, Sözleşmenin ülküsüne uygun bir şekilde ortaya çıktığı ve "muktedir demokrasi" anlayışını yansıttığı sonucuna da varmak mümkün gözükmektedir. Çünkü en küçük özne olan birey ve ona ait özel yaşama kadar

---

[110] ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Yayınları, Ankara 2012, s.113
[111] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s.371.
[112] Kişisel Özerlik hakkında daha geniş bilgi için Bkz.ALDANMAZ, Orhan, İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi, EÜHFD, C. XIV, S. 1–2 (2010), s.81.

muktedir olmak ve böylelikle kılcal damarlara kadar varlığını hissettirmek istemektedir.

2-Aile yaşamına saygı hakkından bahsedildiğinde, öncelikle Mahkeme açısından, var olduğu kabul edilen bir aile kast edilmektedir[113].

Mahkemenin aile kavramına verdiği anlamın zaman içerisinde Avrupa toplumunun değişen koşullarına paralel şekilde değiştiği genel kabul görmektedir[114]. Buna göre geleneksel aile olarak kabul edilen karı, koca ve çocuklardan oluşan yapı ile beraber evlilik dışı birliktelikler ve hatta eşcinsel fiili birliktelikler de aile yaşamına saygı hakkından yararlanabilmektedir[115].

Avrupa'da toplumun temel kurumu olan ailenin amaçları, anlamı ve çekiciliği tarihsel süreç içinde ciddi şekilde dönüşmüştür[116]. Cinsiyet rolleri 1960'lardan başlayarak yeniden gözden geçirilmiş ve en önemli yasal etkisini, özellikle Katolik ve Ortodoks Avrupa'da 1970'lerden itibaren sağlamıştır[117]. Boşanma yasaları değiştirilmiş ve karı koca arasında yasal eşitlik düzenlemesi yapılmıştır. Yine 1970'lerde eşcinsel hakları hareketleri güç kazanmış ve kamuoyu ve devletin tavrı değişmiştir.[118]

Evlilik bir görev olmaktan çıkartılıp bir tercihe dönüştürülmüştür. Mahkeme kararları[119] da bu değişim/dönüşümü doğrular niteliktedir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri bağlamında, aileye yapılan müdahale ailenin ontolojik yapısını ilk halinden çok farklı bir noktaya taşımış ve sonuçta hiçbir semavi dinin öngörmediği bir aile yapısı ortaya çıkmıştır. Mahkemenin aileye bu denli müdahalede bulunmasının sebebi olarak birey ve özel yaşamdan sonra

[113] DOĞRU, s.7.
[114] ROAGNA, s.27.
[115] ÖNCÜ, s.317.
[116] MAZOWER, s.469.
[117] RUSS, Jacqueline, Avrupa Düşüncesinin Serüveni, Doğubatı yayınları, Ankara 2011, s.372.
[118] MAZOWER, s. 470.
[119] X, Y ve Z/ Birleşik Krallık,21830/93, 20.03.1997; K ve T/Finlandiya, 25702/94, 12.07.2001

toplumun en küçük birimi olan aileyi bulunduğu zeminden almış ve başka bir zemine taşımıştır. Taşınan zemin ise aileyi dışarıdan her türlü müdahaleye açık hale getirmiş ve aile dışı birliktelikler ve boşanmalar artmıştır.

Mahkeme kararlarından aşağıda verilen örnekler, yukarıda yapılan tespitler konusunda somut veriler ortaya koymaktadır.

Mahkeme bir kararında[120] ,

"Mahkeme yerleşik içtihadındaki prensipleri tekrar etmektedir. Geleneksel anlamda ailenin korunmasının amacı oldukça soyut bir kavramdır ve uygulamada geniş çeşitlilikte somut önlemler kullanılabilir. Ayrıca, Sözleşme'nin günümüz koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan, canlı bir belge olduğu düşünülürse Devlet'in, 8. maddenin gerektirdiği üzere aileyi korumak ve aile hayatına saygıyı güvence altına almak için kullanmayı seçtiği araçlarda, aile ve özel hayatın yürütülmesi konusuna gelince yalnızca bir yol ya da bir seçim olmadığı gerçeğini de göz önüne alarak, toplumdaki gelişmeleri ve sosyal ve medeni durum ile ilgili konuların ve ilişkilerin algılanmasındaki değişiklikleri muhakkak dikkate alması gerekmektedir." yorumunda bulunarak geleneksel anlamda aileyi korumayı amaçlayan üye ülkelerdeki kanuni düzenlemeleri de yeknesak hale getirmek istemektedir. Yine aynı kararda, Konsey üyesi ülkelerde, hemcins çiftlerin ilişkilerinin yasal olarak tanınma biçimlerinin kabulüne ilişkin bir eğilimin ortaya çıktığı gerçeğine vurgu yaparak hâlihazırda dokuz üye ülkenin hemcins evlilikleri tanıdığını ve buna ek olarak on yedi üye ülkenin, hemcins çiftler için bir tür medeni beraberlik şekline onay verdiğini vurgulamıştır.

Ayrıca, Mahkeme'ye göre, Avrupa Konseyi ülkelerinin hukuk düzenlerinde ortaya çıkan eğilim açıktır: Evlilik dışında bir resmi beraberlik şekline onay veren on dokuz ülkeden, sadece Yunanistan ve Litvanya bunu münhasıran farklı cinsiyetten olan çiftlere tanımış bulunmaktadır. Bir başka deyişle Avrupa Konseyi'ne üye

[120] Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan, 29381/09, 07.11.2013.

ülkeler, iki istisna haricinde, evli olmayan çiftler için evliliğe alternatif olan yeni resmi bir beraberlik sistemi tanıyan bir kanun çıkartmayı tercih ettiklerinde, hemcins çiftleri de bu kanun kapsamına dâhil etmişlerdir. Ayrıca bu eğilim, ilgili Avrupa Konseyi metinlerine de yansımış bulunmaktadır. Bu noktada Mahkeme, özellikle Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1728(2010) sayılı Kararı ve Bakanlar Komitesi CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı[121]'na da atıfta bulunmaktadır. Bu olayda Mahkeme ihlal kararı vermiştir.

Bir başka kararında Mahkeme[122] ihlal kararının gerekçesi olarak, öncelikle geleneksel ailenin korunması ile cinsel azınlıkların hakları arasında bir denge kurma arayışının niteliği gereği zor ve hassas bir iş olduğunun ve devletleri ilgili tarafların birbirlerine tamamen zıt olarak algıladıkları karşıt çıkar ve görüşleri uzlaştırmak zorunda bırakabileceğinin farkında olduğunu ön plana çıkartmaktadır.

Ancak daha sonra, Mahkeme, Hükümet'in evli olmayan heteroseksüel çiftlere tanınan, bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi hakkının eşcinsel çiftlere tanınmamasının, geleneksel ailenin muhafazası veya çocuğun çıkarlarının korunması için gerekli olduğunu ortaya koyacak çok sağlam ve inandırıcı nedenler sunmadığı

---

[121]" 23. Ulusal mevzuatın evli olmayan çiftlere hak ve ödevler verdiği durumlarda, üye Devletlerin bu ulusal mevzuatın uygulanmasında aynı cinsiyetten çiftler ile farklı cinsiyetten çiftler arasında, hayatta kalanın emeklilik maaşını alması ve bir yerde kalmaktan kaynaklı haklar dahil, hiçbir ayrımcılık yapılmamasını güvenceye alması gerekmektedir.

24. Ulusal mevzuatın aynı cinsiyetten insanlar arasında kayıtlı partnerliği kabul ettiği durumlarda üye Devletler, onların hukuki statüsü ile hak ve ödevlerinin benzer bir durumda olan heteroseksüel çiftlerin statü, hak ve ödevleriyle eşdeğer olmasını hedef almalıdırlar.

25. Ulusal mevzuatın aynı cinsiyetten insanlar arasında yapılan kayıtlı partnerlik ile evli olmayan çiftlere hak ve ödevler tanımaması ve vermemesi durumlarında, üye Devletler aynı cinsiyetten çiftlere, içinde yaşadıkları toplumsal gerçeklikle ilgili uygulamadaki sorunlara cevap vermeleri için gerekli hukuki veya başka araçları, farklı cinsiyetten çiftlere karşı yapılan ayrımcılık dâhil hiçbir ayrımcılığa maruz bırakmaksızın, sunma olasılığını değerlendirmeye davet edilirler.

(...)

27. Bir çocuğun evlat edinilmesi konusundaki kararlarda birinci mülahazanın çocuğun yüksek menfaati olduğu dikkate alındığında, bekar insanların çocuk evlat edinmelerine izin veren ulusal mevzuata sahip üye Devletler, bu mevzuatın cinsel tercih veya cinsel kimliğe dayalı ayrımcılığa yol açılmadan uygulanmasını güvenceye almalıdırlar."

[122] X ve Diğerleri/Avusturya, 19010/07, 19.02.2013.

kanaatine vararak Avusturya hukuku tarafından yapılan ayrımın Sözleşmeyle uyuşmadığı sonucuna varmıştır.

Mahkemenin kararları üye ülkelerdeki aile politikalarına[123] yön vermekte ve yasal düzenlemeler buna göre yapılmaktadır[124].

Günümüzde, bilimin klasik işlevinin evrim geçirerek niteliğinin değiştiğine vurgu yaparak, hakikat anlayışı ve özellikle de 'düzen' fikrini yeniden tanımlamaya çalışan ABD'li teorisyen Fukuyama, 1999 yılında yayımlanan "Büyük Çözülme" adlı eserinde[125] 'büyük çöküş' ü yaratan toplumsal normlardaki en ciddi değişimlerin üreme, aile ve cinsiyetler arası ilişkilerle bağlantılı olduğuna vurgu yapmaktadır.

Ailenin modernleşen toplumların neredeyse tamamında önemini büyük ölçüde yitirdiğini sayısal verilerle açıklamaktadır[126]. Sözleşmenin ABD etkisiyle hazırlandığına dair veriler yukarıda paylaşılmıştı. Fukuyama, Sözleşmenin hazırladığı demokratik toplum düzeninde ailenin büyük çöküş yaşadığını ve ailenin elinde kalan en önemli işlevi olarak nitelendirdiği üremeyi de tehlikeye attığını kabul etmekte ve 21. Yüzyılda insan doğası ve toplumsal düzenin yeniden oluşturulması gerektiğine dair tartışmalar yapmaktadır.

Önceki Yüzyılda aile ile ilgili çalışmaların temelinde akrabalık bağlarını zayıflatmanın kapitalist sistemin devamı için önemini vurgulamakta ve örnek olarak da bankadan kredi almanın yolunun aile bağlarının zayıflaması ile mümkün olabileceğine işaret etmektedir. Batılı ülkelerde yalnız yaşayan bireylerin oranlarını değerlendirmekte ve bu oranların toplumsal sermayeyi zayıflattığına artan yoksulluğun ve suç oranlarının tehlikesine ve bunun sonunda da büyük çözülmenin meydana geldiğini açıklamaktadır. Bu yaklaşıyla, Batının bir kriz içinde olduğunu kabul etmektedir.

---

[123] Daha geniş bilgi için Bkz: DUMON, W., Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Aile Politikaları, Çvr. ESENGÜN, Aile ve Toplum Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Haziran 1991.
[124]EREN, Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu…s.222.
[125] FUKUYAMA, Francis, Büyük Çözülme, Profil Yayınları, İstanbul 2015.
[126] FUKUYAMA, s.59 vd.

Fukuyama yaklaşımı ile şu mesajı vermektedir:

"Yeni bir yüzyılda ailenin, toplumun ve devletin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun sağlanabilmesi için insanların önceki yapılanların 'yanlış' olduğu konusunda ikna edilmesi gerekmektedir. Önceki düzenlemelerin getirdiği sonuçlar ortadadır. Bu nedenle geçmiş yüzyıla ait mitlerin yıkılması şarttır. Yeni yüzyılda insan doğası, ailesi ile birlikte toplumsal düzenin yeniden oluşturulması öncelikle hegemonik güç olarak bizim hakkımızdır veya kendi ideolojik önceliklerimizi evrensel ilke ve değerler haline getirirsek hegemonik gücümüz devam edecektir."

Bu yüzyılda, çözüm olarak ilk sunduğu şey ise teknolojidir[127]. Buna göre, teknoloji, akrabalık bağları ve aile yaşamındaki kötüye gidişin durdurulmasına çeşitli şekillerde yardım edebilir. Çağdaş ağların ve iletişim teknolojisinin insanlara evlerinin dışında gün geçtikçe daha fazla çalışma fırsatı sunduğuna vurgu yaparak geleneksel aileye dönüş yolunu kapatmaktadır.

Fukuyama, Büyük çözülme kitabını 1999'da yayımladıktan sonra, 2005 yılında Devlet İnşası(Yirmi Birinci Yüzyılda Yönetişim Ve Dünya Düzeni) ve 2006 yılında Ulus İnşası kitaplarını yayımlayarak seriyi tamamlar. Büyük çözülme ile modern zamanlara ait olan toplum ve devlet modelinin sona erdiğine vurgu yaparak 21. yüzyılda ulusların ve devletlerin yeniden düzenlenmesinin temellerini atmak istemektedir.

3-Konut ve Haberleşme hakkına saygı

Mahkemenin bir kişinin konutuna ilişkin saygı bağlamında sınırlı sayıda içtihadı mevcuttur[128]. Mahkeme konut kavramını geniş bir şekilde yorumlamış yerine göre otel odasını veya bir karavanı konut olarak kabul etmiştir[129].

[127] FUKUYAMA, s.353 vd.
[128] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s.404.
[129] ÖNCÜ, s.320.

Bu başlıkta, konu açısından önem arz eden, haberleşme hakkına saygı ile ilgili kararlardır. Zira haberleşmeye saygı büyük oranda kişinin iletişimine müdahale edilmemesini öngören bir hak olarak kabul edilmektedir.

Mahkemenin yaklaşımını önemli ölçüde ortaya koyan ve sonraki kararlarında da sık sık göndermeler yaptığı önemli bir karara[130] burada değinilecektir: Başvurucular, terörle mücadele etmek üzere telefonların dinlenmesine ve postaların izlenmesine yetki veren yasada yetkiyi kötüye kullanmaya karşı güvenceler sağlanmadığı gerekçesi ile Mahkemeye müracaat etmişlerdir.

Başvuruculaların iddiası, itiraz konusu yasanın, özellikle ilgili kişinin izleme tedbirlerinden haberdar edilmemesi ve tedbir sona erdiği zaman mahkemelere başvurma hakkı bulunmaması sebebiyle, 8.maddenin ihlal edildiğidir.

Mahkemenin yaklaşımını inceleme sırasına göre değerlendirirsek:

Müdahalenin varlığı konusunda, Sözleşme'nin 8.maddesinde telefon görüşmelerinden söz edilmediği halde Mahkeme, birinci fıkrada geçen 'özel yaşam' ve 'haberleşme' kavramlarının bu tür görüşmeleri de kapsadığını kabul ederek müdahalenin varlığını kabul etmiştir.

Müdahalenin haklılığı konusunda, Mahkemenin kurduğu cümleleri alt alta koyduğumuzda,

"Polis devletinin bir niteliği olan gizli izleme yetkilerine Sözleşme çerçevesinde ancak **demokratik kurumları korumak** için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde katlanılabilir."

"…tespit edilen müdahalenin 8.maddeye aykırı olmaması için ikinci fıkraya göre **hukuka uygun** yapılmış olması gerekir. Bu koşul bu davada yerine gelmiştir."

[130] Klass Ve Diğerleri/Almanya, 5029/71, 06.09.1978.

"…Mahkeme, ilgili yasanın amacının aslında Sözleşmenin 8.maddesinin 2.fıkrasındaki **ulusal güvenliği korumak** ve /veya suçu ve düzensizliği önlemek olduğunu tespit etmiştir."

Meşru amaçla müdahale edilmiştir, kararı veren Mahkeme, itiraz konusu yasanın öngördüğü araçların her bakımdan demokratik toplumda gereklilik sınırları içinde kalıp kalmadığını belirlerken şu ifadeleri kullanmıştır:

"Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkemenin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın ulusal güvenlik nedeniyle demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir."

Bu davada ihlal olmadığına hükmeden Mahkeme, 8.madde ile ilgili –yukarıda örnekleri verilen- birinci fıkrada garanti edilen hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkraya göre demokratik bir toplumun korunması için gerekli olan ihtiyaçlar arasında bir denge kurmaya giriştiğinde öncelikleri Sözleşmenin kurduğu düzenin korunmasına ve devletlerin ve/veya Konsey'in çıkarlarına öncelik vermiştir.

Kararın tarihinden bu yana geçen zaman diliminde teknolojide meydana gelen değişimler dikkate alındığında haberleşme alanına müdahalenin sınırlarını tespit etmenin zorluğu da ortadadır. Otantik mektup diyebileceğimiz el yazısı ile yazılan mektupların yerini elektronik postalar almıştır. Mektubun zarfının başkaları tarafından açılıp açılmadığını tespit etmek gözle mümkün iken elektronik postaların başkaları tarafından okunduğunu tespit etmek bireyler için neredeyse imkânsızdır. Bu anlamda günümüz bireyinin haberleşmeye saygı hakkının ihlal edilip edilmediğini bilmesi de zor görünmektedir.

D- Mahkemeye Göre Demokratik Toplum Düzeninde, Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Gereklilikleri

Mahkemenin din ve vicdan özgürlüğüne yaklaşımı ile ilgili temel ilkeleri ortaya koymadan önce Sözleşmenin bağıtlandığı tarihte Avrupa'daki din algısının geldiği noktaya değinmek gerekmektedir. Zira Sözleşmenin 9.maddesinin ilk fıkrasında bu hakkın kapsamı düzenlenmiş ve ikinci fıkrasında hangi hallerde sınırlamalara tabi tutulacağı belirtilmiştir.

Kapsamı ve hakkın demokratik toplum düzenindeki sınırlarını vazeden Sözleşme düzeni kurulurken Avrupa'da dinin gerek kamusal alanda ve gerek özel alanda rolüne değinilmesi, hakkın içeriğinin anlaşılmasında ve Mahkemenin içtihatlarının kavranılmasında yardımcı olacaktır.

Papalığın temel mücadelesi, XV. Yüzyıla kadar, tüm Hristiyanlar üzerinde otorite kurmak ve bu otoritesini seküler güçlere karşı korumaktır[131]. Fakat bu yüzyıldan sonra, Rönesans, Reform, ve Aydınlanma gibi önemli meydan okumalarla karşılaşmıştır.

Özellikle XVI. Yüzyılda reform hareketi ile dini alanda sert tartışmalar yaşanmış ve bu durum Avrupa sosyal ve siyasal hayatında büyük çalkantılara yol açan büyük din savaşlarına sebep olmuştur[132].Protestanlık ortaya çıkmış ve iki büyük Protestan kilisesi Katolik kilisesine karşı kurulmuştur. İskandinavya ve Almanya'da Luthercilik, Batı Avrupa, İngiltere ve Amerika'da ise Calvinizm yayılmıştır. Calvinizm, sanayi yatırımlarını önceleyen tüccar insan modelini öngörmüştür.

Protestan ahlakı, çalışma ve biriktirme haricindeki tüm insan faaliyetlerini kötülemiş[133], bu iki eylemi kutsamıştır. Bu anlayış belirli bir sermaye birikimi sağlamanın önünü açmış ve kapitalizmin ruhu olan girişimciliği arttırmıştır.

---

[131] ÇOBAN, Bekir Zakir, Geçmişten Günümüze Papalık, İnsan Yayınları, İstanbul 2014, s.131.
[132] KÜÇÜKALP Kasım, CEVİZCİ Ahmet, Batı Düşüncesi, İsam Yayınları, Ankara 2017, s.125.
[133] ÇETİN, Çağdaş Siyasal Akımlar, s. 32.

Reformun doğurduğu bu Protestan ahlakı tüketimden çok üretimi arttırmıştır ve bu da kapitalizmin ruhudur[134]. Bu durum yansımalarını, 1950'de ABD'nin bütün üretim alanlarında dünya ekonomisinin bütün diğer bölgelerinden daha fazla üretim yapması olarak göstermiştir[135]. Bunun sonucu olarak da ABD müşteri yaratmak için Batı Avrupa ile Japonya üzerinde yoğunlaşmıştır.

Diğer taraftan Protestanlık, din ile devlet arasındaki ilişkiyi tartışmaya açmış ve bunun sonucunda kilisenin yetkileri sınırlandırılmış ve 'bireysel dindarlık' fikri teşvik edilmiştir[136]. Bu da modern kapitalist ekonomik sistemin ihyacı olan birey öznesi için ciddi bir altyapı oluşturmuştur.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, Sözleşmenin bağıtlandığı vasata gelindiğinde Avrupa'da dinin ve din anlayışlarının belirgin bir dönüşüme uğratıldığı ve bu dönüşümün modern olan lehine -dinin sekülerleşmesi şeklinde- ve modern olanı hazırlayacak şekilde olduğudur[137].

Şimdi, Mahkemenin, konuya yaklaşımlarına geçilerek, konu hakkında verdiği içtihatlara değinilebilir.

1993 yılına kadar Mahkemenin ayrıntılı bir inceleme yapmadığı 9.madde ile korunan menfaatlerin kapsamını belirlemediği yönünde tespitler vardır[138].

Avrupa Konseyinin doğuya doğru genişlemesi, küresel siyasi arenada dinin güncel önemi ve dini demografiye bağlı değişiklikler son yıllarda bu hakla ilgili başvuru sayısının artmasına sebep olmuştur.

Mahkemenin, kılavuz ilkeler geliştirmesine sebep olan bu artış, Sözleşme içtihatlarının da gelişmesini sağlamıştır.

---

[134]Aktaran ÇETİN, s. 32, " WEBER, Max, The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalism, s.19,"
[135] WALLERSTEIN, Immanuel, Jeopolitik Ve Jeokültür, Küre Yayınları, İstanbul 2016, s.71.
[136] KÜÇÜKALP/CEVİZCİ, s.126.
[137] Daha geniş bilgi için, Bkz, SÖNMEZ, Bülent, Modern Batı Düşüncesi Hristiyanlık Ve Din Algısı, NKM Yayınları, İstanbul 2008.
[138] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s.435.

Mahkemenin çok çeşitli kararlarının[139] buraya alınarak, çalışmanın bağlamından kopartılması istenilmediğinden, kılavuz ilkelere değinilerek bir sonuca varmanın daha yararlı olacağı düşünülmektedir.

Kılavuz ilkeler aşağıdaki şekilde sıralanabilir[140]:

1-Mahkeme, 'düşünce', vicdan' ve 'din' kavramlarını dar yorumlamaktadır.

2-"Düşünce", daha çok, 10.madde ile korunan ifade özgürlüğü kapsamında incelenmektedir.

3-Din kavramının tanımlanmaması neticesinde, bilinen dinler dışında Yehova şahitliği, Moon cemaati gibi yeni dinsel hareketleri de din kavramı kapsamında değerlendirmesine yol açmıştır.

4-Bir dinin sadece egemen yorumu değil, belirli bir azınlık tarafından benimsenen yorumları da 9.madde kapsamında değerlendirilmiştir.

5-Bir kişinin inancına ilişkin bir açıklama yapmaması tavrı da inanç alanına ilişkin bir değer ya da davranış olarak nitelendirilmiştir.

6-Manevi iç dünyaya konu olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılamayacağı kabul edilmiştir.

7-Din ya da inancı açığa vurma özgürlüğünün kapsamı konusunda açık bir tanım verilmemiştir.

8-İbadet yeri konusunda devletler imar hukuku ya da yer seçme bakımından takdir hakkına sahiptir; ancak devletler bir dinsel topluluğun etkinliklerinin meşruiyetini sorgulayamaz.

---

[139] Kokkonakis / Yunanistan, 14307/88, 25.05.1993 ; Kalaç / Türkiye, 20704/92, 01.07.1997 ; Leyla Şahin / Türkiye, 44774/ 98, 20.11.2005, Agga / Yunanistan, 32186 / 02, 13.07.2006 ; Sinan Işık / Türkiye, 21924 / 05, 02.02.2010.

[140] DOĞRU-NALBANT, s.121 vd, HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s.436 vd.

9-Kişinin kendi isteğiyle ve dininin gerektirdiği şekilde örtünmesi ya da dinine ait olduğuna inandığı bir sembol taşıması kuvvetli bir güvence rejimine tabi tutulmamış üye devletlerin takdir yetkisi geniş tutulmuştur.

10-İslami başörtüsünün İslam dininin bilinen ibadet şekillerinden biri olmadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir.

İlkeleri uzatmak mümkündür[141]. Ancak konumuz açısından önem taşıyan boyutu sınırlama[142] ve sınırlamada demokratik toplum düzeninin gerekleridir.

9.maddenin ikinci fıkrasında din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü sınırlama rejimi düzenlenmiştir. Kişinin iç dünyasına ilişkin bir sınırlama olmadığı maddenin yazım tarzından bellidir. Mahkemenin bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir müdahale olup olmadığını incelerken kullandığı ölçütler sınırlı sayıda değildir ve yeni kararlarla artmaktadır[143].

Mevcut kararlara bakılarak iki ana çizgiden söz etmek mümkündür[144]: Farklı grupların yararlarını uzlaştırmak ve herkesin inancına saygıyı sağlamak, toplumların içinde dinsel olguya bakış farklılıkları olduğu gerçeğini dikkate alarak devletlere geniş takdir alanı tanımak.

Mahkemenin yaklaşımı, Sözleşme ile öngörülen demokratik toplum düzeninde dinin yerini ve varlık şartlarını zamana ve koşullara göre değerlendirmektir. Her ne kadar din tanımı yapmasa da semavi dinler dışındaki dinleri de din kapsamına alması ve varlığını kabul etmesi, Mahkemenin demokratik toplum tahayyülünde aslında hiçbir dinin etkisinin ön plana çıkmak istememesi olarak yorumlanabilir.

---

[141] Daha fazla bilgi için, AĞIRBAŞLI, Şennur, AİHS Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBB Dergisi, Yıl: 2011, Sayı 101, s. 83 vd.

[142] NAL, Sabahattin, AİHS Çerçevesinde Düşünce, Vicdan Ve Din Özgürlüğü, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Sayı: 57-4.

[143] TOKUZLU, Lami Bertan, "Düşünce, Vicdan Ve Din Özgürlüğü", İHAS Ve Anayasa, Editör: Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013, s. 333 vd.

[144] DOĞRU-NALBANT, s.139.

Sözleşme ve Mahkeme, dinin, insanların vicdanında yaşaması gereken bir olgu olarak varlığından rahatsızlık duymamaktadır. Ancak dinin dışavurumunda sınırlar getirilmesi ve devletlere sınırları belirleme konusunda geniş takdir yetkisi verilmesi aslında dinin gereklerinin önce devlet sonra da Mahkeme tarafından belirlenmeye çalışılmasıdır.

Bir dinin sadece egemen yorumu değil, belirli bir azınlık tarafından benimsenen yorumlarının da madde kapsamında değerlendirilmesi Mahkemenin aynı dine farklı anlamlar yükleyebileceği yani o din hakkında yorum yapabileceği anlamına gelmektedir. Nitekim başörtüsünün İslam'ın bilinen ibadet şekli olmadığı hakkındaki yorumu buna örnek gösterilebilir.

Bireye, inancının gereğinin ne olduğunun Mahkeme tarafından açıklanması/tespit edilmesi aslında özgürlük de değildir. Mahkeme'ye göre din kamusal alanda görünür olmamalı ve kişinin özel hayatında bir vicdani olgu olarak yer almalıdır. Bu yaklaşım da bizi, Sözleşmenin dini olarak yorumlanabilecek kapitalizmin, sürekli önde ve üstün tutulduğu yorumuna götürmektedir.

E- Mahkemeye Göre Demokratik Toplum Düzeninde İfade Özgürlüğü ve Gereklilikleri

Şu ana kadar incelenen 8.ve 9.maddelerdeki yaklaşım, 10.maddede düzenlenen ifade özgürlüğünde de aynıdır. Yani ilk fıkrada özgürlüğün kapsamı ve korunmasını düzenlenirken, ikinci fıkrada bu hakkın nasıl ve hangi meşru nedenlerle sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

Diğer maddelerdeki konu işleme tarzı burada da devam ettirilerek önce hakkın kapsamına sonra da sınırlandırılmasıyla ilgili Mahkeme'nin yaklaşımına değinilecektir.

Mahkeme'nin, "ifade özgürlüğü[145] demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. Madde'nin 2. paragrafı uyarınca, bu kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren "bilgiler" veya "fikirler" için değil aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir.

Bunlar, bir "demokratik toplumun" olmazsa olmazı olarak kabul edilen "çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir[146]." şeklindeki yaklaşımı neredeyse tüm kararlarında mevcuttur. Bu yaklaşım hakkın kapsamını deklare eden bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir.

Aynı kararında Mahkeme, "10. Madde'nin 2. Fıkrasında belirtilen anlamda "zaruri" sıfatı "acil bir sosyal ihtiyaç" anlamındadır. Akit Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir marja sahiptir, ancak bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler de dâhil olmak üzere, tabi olduğu yasama ve kararları kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır. Mahkeme bu sebeple, bir "sınırlamanın" Sözleşme'nin 10. maddesinin güvencesinde olan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir." diyerek sınırlamadan bahseder.

Mahkeme ve Sözleşme, düşünce ve kanaat kişinin iç dünyasında kaldığı müddetçe bir sorun olmadığını ancak düşüncenin ifadeye dökülmesi halinde sınırlanabileceğini belirtmektedir[147].

Yani ifade özgürlüğü, mutlak bir hak niteliği taşımaz[148]. Her ne kadar Mahkeme, "Özgür seçimler, ifade özgürlüğü ve özellikle siyasi tartışma özgürlüğü,

---

[145] Mahkemenin konuya yaklaşımı hakkında daha geniş bilgi için Bkz., İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza' ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2012.

[146] KARATAŞ/TÜRKİYE, 23168/94, 08.08.1994.

[147] ŞAHBAZ, İbrahim, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.52.

[148] KARAN, Ulaş, " İfade Özgürlüğü Hakkı", İHAS Ve Anayasa, Editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013, s.356.

bütün demokrasilerin temelini oluşturur.[149]" yaklaşımını belirtse de 10.maddenin ikinci fıkrasıyla getirilen sınırlamaları çok geniş bir alanda uygulamaktan çekinmemektedir[150].

Madde kapsamında, korunması tartışmalı ifadeler olarak kabul edilen[151]'tarihi gerçekleri inkâr söylemi', 'demokratik rejimi yıkmayı hedefleyen fikirler', 'ırkçılık ve hoşgörüsüzlük içeren nefret söylemi' ve 'dinsel kin ve nefret söylemi' konularında yerine göre tarihçiler arasında hakemlik yapmakta, yerine göre hangi fikirlerin demokratik rejim için tehlikeli olduğuna karar vermekte ve yerine göre kimin kime ne kadar hoşgörü göstereceğini belirlemektedir.

İkinci fıkra aynı zamanda Sözleşme 'ye göre 'ödev ve sorumluluk' getirmektedir. Mahkeme, ifade özgürlüğünü kullanan herkesin kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen ödev ve sorumluluklar yükümlendiğini belirtmiştir[152].

Mahkemenin kastı demokratik bir toplumda gerekli olan yasaklar ve cezaların, kişilerin ifade özgürlüğünü kullanırken 'dikkat' etmesi gereken hususlar olduğudur.

Maddenin her iki fıkrasında yer alan hükümler arasında anlam, kapsam ve içerik farkının belirgin bir şekilde ayırmanın güçlüğüne vurgu yapılmıştır[153]. Buna ilaveten ifade özgürlüğünü tanımlama konusunda doktrinde tam bir fikir birliğinin bulunmadığı da belirtilmiştir[154]. Zaten Sözleşme metninin Mahkeme tarafından oluşturulan içtihat hukuku dışında okumanın mümkün olmadığı bilinmektedir[155].

---

[149] Yumak ve Sadak / Türkiye, 10226/03, 08.08.2008.
[150] ŞAHBAZ,s.53.
[151] DOĞRU/NALBANT, s.185.
[152] Handyside / Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976.
[153] GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.375.
[154] BOZKURT Enver, DOST Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü Ve Türkiye, SDÜ İİBF Dergisi, Yıl 2002, C.7, Sayı 1, s. 47.
[155] MACOEVİ, Monica, İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitapları 2, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2010, s.5.

Mahkeme, kararları[156] ile maddeleri hem açıklamakta hem de maddelerin uygulanmasına yön vermektedir. Örneğin, ikinci fıkrada yer alan ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları 'haklı' kılabilecek dokuz meşru amacın[157] arasında ulusal güvenliğin korunması ve kamu güvenliğinin korunması da yer almaktadır. Mahkeme kararları ile ulusal güvenliğin sağlanmasında, demokratik toplum düzeninin gereklerini belirlemekte ve devletlere sınırlamalar getirebilmekte ya da bireylere duracakları yeri bildirebilmektedir.

Mahkemenin ifade özgürlüğüne yaklaşımı ve genel eğilimi yukarıda değinilen 8. ve 9. madde ile uyumludur. Yani kararlar[158] 'göreceli' ve 'öngörülemez' unsurlar taşımaktadır[159].

Demokratik toplum düzeni ile ilgili Mahkeme'nin kararlarının ayrıntılı olmadığı ve bunun yerinde olduğunu düşünenler[160] bu durumu Mahkeme'nin ileride önüne gelecek davalarda hareket alanını daraltmak istememesine bağlamışlardır.

F-Mahkemeye Göre Demokratik Toplum Düzeninde Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü ve Gereklilikleri

Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü 11.maddede düzenlenmiş ve ifade hürriyetinin başka bir tezahür şekli olarak kabul edilmiştir[161].

Toplanma ve örgütlenmenin birlikte düzenlenmiş olması demokratik toplumun işleyişinin bu iki hakkın birlikte kullanılabilmesine bağlı olduğu şeklinde yorumlanmıştır[162].

---

[156] Daha fazla karar için Bkz. ÖZBEY, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, TBB Dergisi, 2013, Sayı: 106, s. 41 vd.
[157] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s.487.
[158] Sunday Times / Birleşik Krallık, 6538 /74, 26.04.1979 ; Barthold / Almanya, 8734 / 79, 25.03.1985.
[159] Daha fazla örnek için Bkz. BIÇAK, Vahit, AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002.
[160] NAL, Demokratik Toplum Düzeni, s.193.
[161] GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 386.
[162] AKBULUT, Olgun, "Toplantı Ve Örgütlenme Özgürlükleri" , İHAS Ve Anayasa, Editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013, s.381.

Bireyin başka bir grup birey veya topluluk ile birlikte kullanabildiği haklar olduğu için kolektif haklar olarak nitelendirmek de mümkündür[163]. Ancak birey bu hakları örneğin bir sendikaya üye olarak tek başına da kullanabilir.

Mahkeme madde kapsamında toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, sendika özgürlüğü, siyasi partiler gibi çok geniş bir alanda kararlar verebilmektedir. Mahkeme kararlarından çıkarabilecek bazı temel sonuçlar şunlardır[164]:

1-Bir toplantı için önceden bildirimde bulunma veya izin alma şartı, kendiliğinden bu hakka bir müdahale ve dolayısıyla bir ihlal oluşturmaz.

2-Sözleşme'nin ikinci fıkrası, milli güvenlik, kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, toplanma özgürlüğünün sınırlanmasına imkân vermektedir. Ancak en yaygın olarak kullanılan meşru amaç, suçun veya düzensizliğin önlenmesi ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Kamu düzenine karşı bir tehlike saptandığında, bu tehlikeyi ortadan kaldırabilmek için ulusal makamların geniş bir takdir yetkisi vardır.

3-Siyasi görüşlerin yayılması ile ilgili toplantılarda olduğu gibi dini toplantılara da kısıtlamalar getirilebilir. Birçok dinin bir arada bulunduğu demokratik toplumda kamu makamlarının rolü 'çoğulcu, hoşgörülü ve açık fikirli' olmalıdır.

4-Örgütlenme kavramının özerk bir anlamı vardır. Bunun yansıması olarak, bireylerin devamlı işbirliği içerisinde yürüttükleri faaliyetlerin ulusal hukuklarında örgütlenme olarak tanınmaması, Mahkeme açısından önem arz etmez. Yani Mahkeme 11.madde kapsamında değerlendirebilir[165].

---

[163] DOĞRU/NALBANT, s.429

[164] DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma Ve Örgütlenme Özgürlüğü, TBB Dergisi, Sayı: 64, Yıl:2006.

[165] HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 542 vd.

5-Siyasi partilerin kapatılmaları ile ilgili kararlarda bir siyasi partiye yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının belirlenmesinde devlete sadece sınırlı bir takdir alanı bırakmaktadır[166].

6-Temeli ne olursa olsun çok hukuklu bir sistemin, devletin insan haklarının tarafsız garantörü olma ve inançlar arasında tarafsız arabulucu olma rolünü ortadan kaldırdığına ve bu sistemin Sözleşme ile bağdaşmayan bir toplum sistemi olduğuna karar vermiştir.

7-Kültürel veya dini mirasın korunması, çeşitli sosyo-ekonomik amaçların güdülmesi, dinin açığa vurulması veya öğretilmesi, bir etnik kimlik için çabalanması veya bir azınlık bilincinin savunulması gibi diğer amaçlar için kurulmuş örgütlenmelerin, siyasi bir amacı olsun olmasın demokrasinin düzgün işlemesi için önemli olmaları sebebiyle 11.madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Mahkeme'nin kararları ile oluşturduğu içtihadın seyri[167] 8.madde ile başlayan demokratik toplum düzeni ölçütünün temel parametrelerini belirler niteliktedir. 11.madde bağlamında verdiği kararların da diğerlerinde olduğu gibi 'göreceli' olduğu ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün Mahkemeye, sonucu öngörülemeyen kararlar verme konusunda Mahkeme'nin elini güçlendirdiği sonucuna varılabilir.

[166] GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 391.
[167] Belçika Ulusal Polis Sendikası / Belçika, 4464 / 70, 27.10.1975 ; Young, James Ve Webster / Birleşik Krallık, 7601/ 76, 13.08.1981 ; Türkiye Birleşik Komünist Partisi / Türkiye, 19392 /92, 30.01.1998 ; Sosyalist Parti Ve Diğerleri / Türkiye, 21237 / 93, 25.05.1998.

III-BİRİNCİ BÖLÜME İLİŞKİN ARA DEĞERLENDİRME

1-Anayasanın kurucu iktidar tarafından hazırlanan ve halkın onayı ile yürürlüğe giren bir yasama işlemi olduğu bilgisi, hukuk fakültelerindeki Anayasa Hukuku derslerinin hemen başında öğrencilere 'kurucu iktidar' konusu anlatılırken verilmektedir[168]. Yine aynı şekilde, devletin hukukunun en önemli kaynağının anayasa tarafından oluşturulduğu[169], temel bilgi olarak hukuk fakültesinin ilk yılında öğrencilere anlatılmaktadır.

Avrupa anayasası nitelendirilmesi yapılan Sözleşmeye anayasal nitelik verilmesi doktrindeki kurucu iktidar ve devlet hukuku tanımlamasıyla uyum içindedir. Kurucu iktidar olarak ikinci dünya savaşını kazanan ülkeler gösterilebilir[170]. Her ne kadar taraf ülkelerin yasama, yürütme ve yargı organları ile ilgili doğrudan düzenlemeler içermese de Ülkelerin İç hukuklarını Sözleşmeyle uyumlu hale getirmek zorunda olmaları sebebiyle bir Avrupa devleti hukuku oluşturduğu söylenebilir.

2-Almanya'da 1945-49 döneminde ABD'nin önderliğinde çokuluslu yönetim görev yapmıştır[171]. Birleşmiş Milletler Örgütü 1945 yılında kurulmuş ve insan hakları kavramı örgütün kurulmasından bu yana uluslararası hukukun ana kavramı olmuştur[172].

Marshall planının Avrupa tarafından kabul edilmesi[173] 1947'dir. Avrupa Konseyi 1949'da kurulmuş ve Sözleşme 1950 yılında kabul edilmiştir.

---

[168] KARATEPE Şükrü, Anayasa Hukuku, Savaş Yayınları Ankara 2015, s.25.
[169] GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2015, s.27.
[170] GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 5.
[171] FULBROOK, Mary, Almanya'nın Kısa Tarihi, Çev. Sabri Gürses, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017, s. 197.
[172] GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 5.
[173] "…az gelişmiş ülkelere yapılan yardımlar politik ve ideolojik çeşitli etkiler doğurmuştur. Az gelişmiş ülkeler yardım yapan bloğa veya devletlere bağımlı hale gelmiştir. Yardımı alan, yapan devletin politik ve ekonomik görüşlerine bağımlı bırakılmıştır." GÜLER, Yavuz, Marshall Planı Ve Türkiye'de Marshall Planının Uygulanışı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilimdalı, Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 2, tez.yok.gov.tr. file:///C:/Users/user/Downloads/257443.pdf, erişim tarihi 18.01.2018.

Kronolojik olarak sıralandığında ortaya çıkan tablo, ABD'nin, Avrupa ve çevresini yeniden inşası için 1900 yılından itibaren yaptığı çalışmaların bir parçası olarak değerlendirilmektedir.

Sözleşmenin bağıtlandığı tarihler ABD'nin ürettiği mallar için ulusaşırı pazarlar aradığı tarihlerle de örtüşmektedir. Bu verilere ek olarak Sözleşmenin etkinliğini işlevsel kılmak için komünizm korkusu da yaratılmış ve taraf ülkelerin Sözleşme etrafında kenetlenmesi sağlanmıştır[174]. Sözleşmenin kabul edildiği tarihte ve öncesinde yaşanan siyasi olayların irdelenmesi Sözleşmeyi anlama ve yorumlama konusunda önemli bilgilere ulaşmamıza yardımcı olmaktadır.

Sözleşme, taraf ülkelerin konsensüsü ile değil savaş sonrasının oluşturduğu vasatın etkisiyle kabul edilmiştir. Bir amacı ve hedefi vardır.

3-Sözleşmenin görünen amacı ve hedefi insan haklarını korumak ve demokrasiyi yaygınlaştırmaktır. Bu amacını gerçekleştirirken 'rıza'dan çok 'korku' ve 'güç' üzerine odaklanmıştır.

Demokrasi ve insan hakları talep edilen değil 'götürülen' bir olgu olarak tasarlanmıştır. ABD hegemonik güç olarak ortaya çıkmış ve şartları belirleyen ülke olmuştur. İlgili bölümde dayanakları gösterildiği üzere 'ulus inşası' ve 'devlet inşası' ABD'nin hegemonyasını devam ettirmek üzere kullandığı iki önemli düşün sahasıdır.

Sözleşmenin görünmeyen amacının da burada gizli olduğu düşünülmektedir. Ulus inşası için gerekli olan birey ve toplumun düzenlenmesi ve sürekli kontrol altında tutulması Sözleşme hükümlerine içkindir.

4-Sözleşme çerçeve niteliğinde hükümler içermektedir. Çerçeve metinlerde ayrıntılara ilişkin konuların uygulamacılara bırakıldığı bilinmektedir[175]. Ancak

---

[174] WALLERSTEIN, Immanuel, Avrupa Evrenselciliği, Bgst yayınları, İstanbul 2010, s.45 vd.
[175] TUNÇ,BİLİR, YAVUZ, s.8.

uygulamacılara yorum yapma imkânı da tanınmamıştır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile yorum yöntemleri belirlenmiştir.

"Demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütü de 8-11 maddelerine ve sözleşmenin girişine eklenerek çerçeve hükümlerin olası 'zararlı' sonuçlarına karşı tedbir alınmıştır. Çünkü Sözleşme varlığını devam ettirmek zorundadır. Ayrıca yukarıda ayrıntıları verilen yorum yöntemleri de uygulayıcılara Sözleşmenin hedefinden sapmaması için gerekli materyalleri sağlamıştır.

5- Sözleşmede demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda bir açıklama yoktur. Ya da en azından bu gereklerin bir kısmına değinilmemiştir.

"Gerekleri" ifadesinin Türkçe' deki karşılığı[176] "icap" veya "gerçekleşmesi zorunlu olarak beklenen" dir.

Kavramın birinci anlamıyla Sözleşmeyi değerlendirdiğimizde bir şeyin icaplarını belirleyenin o şey için kendini otorite[177] veya üstün gördüğü şeklinde yorumlanabilir.

Gerekleri kavramının ikinci anlamıyla Sözleşmeyi değerlendirdiğimizde demokratik toplum düzeninin gereklerinin bizi götüreceği yer Sözleşmede öngörülen toplum düzeninin gerçekleşmesini zorunlu olarak beklediği bir düzenin var olduğudur.

---

[176] TDK Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a4fb73f1ab234.38062644, erişim 05.01.2018.

[177] "Şu halde, 'öz' güvencesinin terk edilip yerine demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün benimsenmesin arkasında esas olarak otoriteyi güçlendirme kaygısının yattığını söyleyebiliriz." ARSLAN, Zühtü, Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13.maddesi üzerine bazı düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, 2002, s.149.

Gerçekleşmesi zorunlu olarak beklenen kozmopolitanizm[178] veya tek dünya devleti/toplumu/bireyi olabilir. Küreselleşme, ABD'nin 'büyük ulus inşası' olarak adlandırdığı ve nihai olarak hedeflediği olgudur.

6-Özellikle 8-11.maddelerde demokratik toplum düzeninin gereklerine vurgu yapılması, Sözleşmenin diğer maddelerinde bu ölçütün yer almaması hem hakların niteliği hem de Sözleşmeyle oluşturulmak istenen toplumun temel parametrelerinin bu haklara dayanmasıdır.

'Nitelikli haklar[179]' olarak da kabul edilen bu hakları nitelikli kılan iki yaklaşım olduğu söylenebilir: Öncelikle teknik olarak, bu hakların ihlali ispat edildiğinde ilgili devletin müdahalenin yasallığını, meşru bir amaca dayandığını ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Bu durum nitelikli olmayan diğer haklarda söz konusu değildir. Yani nitelikli olmayan, örneğin işkence yasağı, haklarda ihlalin tespitinden sonra nitelikli haklarda yer alan testler uygulanmamaktadır.

İkinci yaklaşımda ise bu hakları nitelikli kılan Sözleşme ile yaratılmaya çalışılan demokratik toplumun temel taşları olan birey ve toplumun her yönden inşa edilmeye çalışılmasıdır. Bireyin özel yaşamından haberleşmesine, konutundan dinine, aile yaşamından fikirlerini açıklamasına, başka insanlarla bir araya gelmesine kadar neredeyse hayatının her alanının belirlenmeye çalışılmasıdır. Birey insani olarak sahip olabileceği tüm alanlarda Sözleşmenin etkisi altındadır.

---

[178] ÖZYURT, CEVAT, Toplumu Yeniden Düşünmek: Kozmopolitanizm Ve Çokkültürlülük, 6. Ulusal Sosyoloji Kongresi Bildiri Kitabı, Ekim 2009, s.58 vd. ,http://www.academia.edu/8060417/TOPLUMU_YEN%C4%B0DEN_D%C3%9C%C5%9E%C3%9CNMEK_KOZMOPOL%C4%B0TAN%C4%B0ZM_VE_%C3%87OKK%C3%9CLT%C3%9CRL%C3%9CL%C3%9CK, erişim tarihi, 15.01.2018.

[179] HEPER, Yunus, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 8.Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s.13, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/4222/4703.pdf erişim tarihi: 06.01.2018.

7- Divan ve Komisyon ikileminin ortadan kaldırılarak tek mahkeme sistemine geçiş teknik olarak yapıldıktan sonra Divandan kalan demokratik toplum düzeni ölçütlerini Mahkeme de kullanmış ve Sözleşmenin genel mantığına uygun olarak geliştirmiştir.

İlgili bölümde "muktedir demokrasi[180]" olarak adlandırdığımız bu demokrasi anlayışı, Sözleşmenin 8-11 maddelerinde demokratik toplum düzeni ölçütü ile etkinliğini sağlama almıştır. Temel ontolojisini, bu maddeler bağlamında, birey ve toplum üzerine inşa etmiştir.

Muktedir-erkli- demokraside birey, kimseye bırakılamaz. Bireye özel yaşam ihdas edilir. Aile yaşamının nasıl tanzim edileceği belirtilir. Dinini nasıl yaşaması gerektiğinden fikirlerini hangi koşullarda açıklayabileceğine kadar birey erkli demokrasinin tesiri ve kontrolü altındadır. Toplum bir araya gelmenin koşullarını erkli demokrasinin belirlenmiş "gereklerinden" öğrenir. Oy kullandırarak toplumun alınan kararlarda etkin olduğunu belirtir; ancak alınacak kararların hangi yönde belireceği erkli demokrasinin ilkeleri arasında yer almaz. Tüm diğer demokrasi türlerinden[181] önce erkli demokrasi vardır.

8-Özel yaşam tanımı yapmayarak Mahkeme, alanını daraltmak istememektedir. Tanım yaptığında müdahale edebileceği alanı daraltabileceğinin farkındadır.

Özel yaşamın düzenlenmesinde 'ahlak' ilkelerine yer vermemektedir. Mahkemeye göre tek evrensel ahlak Sözleşme ve içtihatlarıdır. Böylelikle Sözleşmenin hedeflediği birey, kendisine çizilen sınırlar içinde özgürdür. Ama bu özgürlük göreceli ve oynak bir zemindedir.

Bireyi özgürleştirdiği vurgusu yapılarak, birey yalnızlaştırılmış ve birey üzerindeki asıl egemen güç devlet olmuştur. Ortaya çıkan birey tipi, kapitalizmin

[180] Muktedir Arapça kökenli bir kelime olduğu için Türkçe olarak "erkli demokrasi" de kullanılabilir.
[181] Daha geniş bilgi için Bkz.TOURAINE, Alain, Demokrasi Nedir?, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015.

ruhuna uygun "hazcı" ve sadece kendi çıkarlarına odaklanmış tüketici bir yapıdadır[182].

1950'lerden günümüze kadar Avrupa'nın birey anlamında geldiği nokta[183], suç oranları, aynı cinsle evlilik, uyuşturucu kullanımının yaygınlaşması, yalnız yaşayan bireylerin nüfusa oranının fazlalaşması, boşanmaların artıp evliliklerin azalması vb sonuçlarla ortaya konulduğunda durum daha iyi anlaşılacaktır.

9-Mahkeme'nin aile kavramını getirdiği nokta gerçekten şaşırtıcıdır. Modern öncesi dönemlerde, site devletlerinden krallıklara[184] kadar ve belki tüm modern öncesi zamanlarda bile aile bu kadar müdahaleye açık bir yapıda değildir.

Bireyin atomize edilmesinin akabinde aile de parçalı bir yapıya büründürülmüştür. Batılı toplumlarda görülen "ana-baba okulu" aslında aile olmayı unutmuş/unutturulmuş bireylere aile olmayı en azından teknik açıdan öğretmeye çalışmaktadır. Bu da, durumu ortaya koyan somut bir veri olması açısından oldukça önemlidir.

10-Din algısının Sözleşme bağıtlandığı zamandan önce geçirdiği evreleri tartışarak tarihsel gelişimini yukarıda vermiştik.

Din kalplerde yaşanması gerek bir olgu olarak vazedilmiştir. Sekülerleşmiş bir yapıdadır ve insan hayatının sadece belli parçalarında yer almalıdır.

Demokratik toplum düzeninde din, sosyal hayattan çekilmiş ve insan hayatını düzenleyen boyutuna müsaade edilmemiştir. Bunun ötesinde Mahkeme, din tanımı yapmayarak birçok inanç biçimini din olarak kabul ederek, hiçbir dinin ön plana çıkmasına müsaade etmemiştir.

---

[182] BECK, Ulrıch, Risk Toplumu, İthaki yayınları, İstanbul 2011, s.155
[183] SIMMEL, Georg, Bireysellik Ve Kültür, Metis Yayınları, İstanbul 2015, s.211 vd.
[184] Daha geniş bilgi için Bkz. AKAD, Mehmet, DİNÇKOL Bihterin Vural, BULUT Nihat, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2015, s.7 vd.

11-Diğer incelenen haklar da olduğu gibi, ifade, kişinin iç dünyasında kaldığı müddetçe bir sorun yoktur. İfade açıklanmak istediğinde Sözleşmenin ve Mahkemenin sınırları ile karşılaşılır.

Tehlike arz eden fikirlerin-ki hangi fikirlerin tehlikeli olduğuna Mahkeme karar vermektedir- ortaya dökülmesine demokratik toplumu yıkabileceği endişesiyle sınırlar çizilmektedir. Bu yaklaşım aslında Sözleşme ile kurulan düzenin ne kadar kırılgan olduğunu da işaret etmektedir.

12-Çoğulculuk, hoşgörülülük ve açık fikirlilik neredeyse incelediğimiz tüm kararlarda vurgulanmıştır. Ancak kavramların içi doldurulmamış ve her somut olayda faklı vurgular yapılmıştır.

Çoğulculuk her ne kadar azınlığın haklarının da göz önüne alınmasını gerektirse de bu durum azınlıkta kalan için hayat alanının daralmasını getirmektedir. Örneğin, aile bağlarının zayıflatıldığı ve güvene dayalı ilişkilerin neredeyse yok edildiği kapitalist toplumda bireyler birbirine borç vermek yerine bankaya yönlendirilirler. Çoğunluğun yaklaşımı böyle olunca bankaya uğramadan işini halletmek isteyen azınlık için hayat alanı daralmaktadır. Sosyal olayların neredeyse tamamında bu böyledir.

Hoşgörülülük ise hoşgörülene toplumda yerini ve konumunu sorgulama ve bunun sonunda hoşgörene benzeme sonucu doğurabilir. Bu yaklaşım tek tip insan ve toplum modelini oluşturmada önemli bir araçtır.

13- Devletin insan haklarının tarafsız garantörü olma ve inançlar arasında tarafsız arabulucu olma rolüne vurgu yapan Mahkeme, temeli ne olursa olsun çok hukukluluk kavramına karşıdır ve bunu kesin bir dille deklare etmiştir. Çok hukuklu bir sistemin Sözleşme ile bağdaşmayan bir toplum sistemi olduğu düşüncesindedir. Çünkü Sözleşmenin nihai hedefi "büyük ulus inşası" dır. Bu ulusun tek hukuku olmalıdır.

14-Çalışma esnasında fark edilen ve doktrinde daha önce dile getirilmiş[185]bir durumu açıklamak gerekmektedir. Sözleşmenin bağıtlanmasından bu tarihe kadar aradan geçen bunca zamana rağmen temel hak ve özgürlükler teorisi konusunda yeterli ve doyurucu eserler konusunda bir açıklık/eksiklik olduğu belirtilmiştir. Çalışma sırasında okunulan/başvurulan eserler çoğunlukla Mahkeme kararlarını içeren kaynaklardı. Temel hak ve özgürlükler konusunda bir teori oluşturmak Mahkeme kararlarının 'esnekliği' ve 'göreceliliği' sebebiyle özünde ciddi bir zorluk barındırmaktadır. Sağlam eserler üretilememesinin sebebi bu olabilir.

15-Hegemonik güçlerin etkisiyle ortaya çıkan-erkli demokrasi- Sözleşmede düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin önce 'verilmesi' sonra 'sınırlar çizilmesi' bireylere, toplumlara ve devletlere duracağı yeri göstermektedir. Ayrıca duracakları yeri sürekli tespit eden ve şartlara göre duracakları yeri değiştirebilen bir de Mahkeme vardır. Bu durum bizi şu yoruma götürebilir:

Temel hak ve hürriyetler, hegemonik güçler dışındaki her bireyi, toplumu ve devleti 'temelde' tutmak için vazedilmiştir. Sözleşmenin ve Mahkemenin ortaya koyduğu temel hak ve hürriyetlerin asıl amacı budur. Hegemonik güçlerin bir şekilde elini attığı -işgal, darbe…- ülkelere insan haklarını dayatmalarının anlamı bu işlevde yatmaktadır.

Totaliter sistemler toplumsal hayatın her boyutuna müdahale ederken otoriter sistemler sınırlı müdahale eden sistemler olarak kabul edilmiştir[186]. Bu kabulden yola çıkacak olursak, Sözleşme ile belirlenen demokratik toplum düzeninin gerekleri, toplumsal hayatın her boyutuna müdahale imkânı sağlayan ve bu manada totaliter olarak adlandırabileceğimiz bir düzene kapı aralayan bir araçtır.

---

[185] GÖZTEPE, Ece, ALPBAZ, Mert Mustafa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Kamu Hukukçuları Platformu, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.135.

[186] ŞİMŞEK, Aslı, Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.28.

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

Bu bölüm üç ana başlık altında incelenecektir. Birinci başlıkta, bireysel başvuru yolunun genel özelliklerine değinilecektir. Mevzuat anlamında veya şekilsel olarak ortaya konulan bireysel başvuru sisteminin genel özelliklerine değinilmesi, kurulan sistemin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sistemi ile olan benzerliklerini görmek adına önemli olduğu düşünüldüğünden bu başlığa çalışmada yer verilmiştir.

İkinci başlıkta, AYM'nin bireysel başvuru kararlarında demokratik toplum düzeni kavramına yaklaşımı irdelenecektir. Kararlar incelenmeden önce, bireysel başvuru öncesinde AYM'nin demokratik toplum düzeni anlayışına değinilecektir. Kararlarda demokratik toplum düzeninin gerekleri incelenirken AİHS 8-11 maddelerindeki sıralamaya uygun bir şekilde olmasına dikkat edilecektir.

Son başlıkta ise bu bölüme ilişkin ara değerlendirmelere yer verilecektir.

I-BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ

A-Bireysel Başvuru Kurumuna Duyulan İhtiyaç

Bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi ile kamu gücü işlemlerinden kaynaklanan temel hak ihlallerinin ulusal hukuk içinde ortadan kaldırılması amaçlanmıştır[187]. Bu amaca bağlı olarak da Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) yapılan başvuruların sayısını azaltmak hedeflenmiştir. Bu hedef, 5982 sayılı Kanunun 18.maddesinin gerekçesinde açıkça yer almıştır[188].

---

[187] EKİNCİ Hüseyin, SAĞLAM Musa, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s.3.

[188] "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede **bireysel** başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlâllerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, **bireysel** başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlâllerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün **bireysel** başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan

Bireysel başvuru yolunu ulusal hukukunda etkin kılmış ülkeler aleyhine AİHM önünde açılmış dava sayısı ile ülkemiz aleyhine açılmış dava sayıları kıyaslandığında bahsedilen hedefin tutarlı bir hedef olduğu Avrupa Konseyi tarafından da kabul edilmiştir[189].

Ayrıca yine aynı gerekçede kanun koyucu bir diğer amacını şöyle deklare etmiştir: *"Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçlarla yapılan değişiklikle, bireysel hakların korunması ve teminat altına alınması için, vatandaşlara bireysel başvuru hakkı tanınmakta ve Anayasa Mahkemesine de bu başvuruları inceleme ve karara bağlama görevi verilmektedir."*

Yapılan düzenlemeler, bireysel başvuru yolunu temel hak ve hürriyetlerin korunmasının önemli bir aracı haline getirmeyi amaçlamıştır. Bireysel başvuru kurumunun bu aracı vazifesini yerine getirebilmesi için iki farklı görevi yerine getirmesi beklenmektedir. Birincisi, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini gerçekleştirme yönünde katkı sunması, ikincisi ise Anayasa'nın yorumlanması ve korunmasını sağlamada katkı sunmasıdır[190].

Bir başka açıdan ise bireysel başvuru kurumuna, 2004 yılında anayasanın 90.maddesinde yapılan değişiklik ile ihtiyaç olmadığı şeklinde yapılan yorumlardır. Bu değişiklik ile insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere iç hukukta, anayasa ile yasalar arasında bir statü verildiği ve uygulayıcıların -yargıç, idare, bireyler- insan

---

Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de de iyi işleyen bir **bireysel** başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir."

[189] "Diğer yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004 (6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir."

[190] EKİNCİ-SAĞLAM, s.5.

haklarını düzenleyen uluslararası sözleşmeyi esas alması gerektiği belirtilmiştir.2004 yılında yapılan bu değişikliğin uygulanması durumunda AİHM'e hiçbir bireysel başvurunun gitmemesi gerekeceği ve 2010 yılında Anayasaya girmiş olan bireysel başvuru kurumuna ihtiyaç kalmayacağı belirtilmiştir[191].

Bu yorum ile kanun koyucunun yaklaşımı birlikte değerlendirildiğinde şöyle bir sonuca varmak mümkün gözükmektedir: Anayasa 90.maddenin varlığı tek başına bireysel başvuru kurumuna duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadır. Bireysel başvuru kurumuna ihtiyaç duyan ve bunu çeşitli düzenlemelerle iç hukuklarına aktaran diğer Avrupa ülkeleri de Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalara taraftırlar. Hemen hemen benzer mevzuat düzenlemelerine sahip birçok ülke bireysel başvuru kurumuna ihtiyaç duymuştur.

İçeriği ülkeden ülkeye değişmekle birlikte başta Federal Almanya olmak üzere Avusturya, İspanya, İsviçre, Belçika, Macaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti, Meksika, Brezilya, Arjantin gibi pek çok ülkede bireysel başvuru yolu uygulanmaktadır.

"*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlâllerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlâllerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru*

[191] ÖZCAN Hüseyin, Uluslararası Anayasa Kongresi, Metinler Kitabı 3, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.31.

sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir[192]*."*

Kanun koyucunun iradesi "iyi işleyen bir bireysel başvuru sistemi" nin varlığıdır. Bireysel başvuru kurumunun salt varlığı hedeflenmemiş ve ihtiyaç duyulan netice açıkça ortaya konulmuştur.

AİHM'nin temel alınarak düzenleme yapılmış olması unutulmamalıdır.

B-Bireysel Başvuru Kurumuyla İlgili Hukuki Düzenlemeler

Bu başlıkta, bireysel başvuru yolunun hukuk düzenimize girişinden itibaren yapılan düzenlemeler sırasıyla incelenecektir.

1-Hukuk Sistemimize girişi

Bireysel başvuru yolu 5982 sayılı kanunun 1982 Anayasa'sının 148. ve 149. maddelerinde yaptığı değişiklikler ve geçici 18.maddesi hükümleri ile hukuk sistemimizde yerini almıştır[193].

148.maddenin konumuzla ilgili düzenlemeleri şu şekildedir:

"*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar*[194]**.**

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

---

[192] 5982 sayılı Kanun, 18. Madde gerekçesinden.
[193] Resmi Gazete Tarihi: 13/05/2010, Resmi Gazete Sayısı: 27580.
[194] "ve bireysel başvuruları karara bağlar" ibaresi 5982 Sayılı Kanunun 18.maddesi ile eklenmiştir.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

149.maddenin konumuzla ilgili düzenlemeleri ise şöyledir:

"*Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir.*

..., bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir[195].

Geçici 18.madde ile bireysel başvuru yoluna ilişkin gerekli düzenlemelerin iki yıl içinde tamamlanacağı ve Uygulama Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren de bireysel başvuruların kabul edileceği düzenlenmiştir[196].

Yapılan düzenlemeler ile bireysel başvuru yolu hukuk sistemimize giriş yapmış ve bu girişle birlikte temel ölçütler belirlenmiştir. Bu temel ölçütler çerçevesinde yapılacak ayrıntılı düzenlemeler kanuna bırakılmıştır. Geçici 18.madde ile tanınan iki

[195] Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, corpus.com.tr, erişim tarihi:19.03.2017.

[196] "Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir."

yıllık süre ile bireysel başvuru yolunda farklı bir yapı ve usulle çalışacak olan AYM'nin, sürece hazırlanmasını sağlamak ve gerekli altyapı için yeterince süre vermek olarak kabul edilebilir[197].

2-6216 Sayılı Kanun ve Anayasa Hükümlerinin Daha Somut Hale Gelmesi

Bireysel başvuru kurumunu düzenleyen yürürlük yasası, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 30 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun özellikle 45 ve 51.maddeleri arasında bireysel başvuru kurumuna dair Anayasa maddelerini daha somut hale getiren hükümler yer almaktadır. Maddelerin kenar başlıkları şöyle düzenlenmiştir:

Bireysel başvuru hakkı (45.madde), Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar (46.madde), Bireysel başvuru usulü (47.madde), Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi (48.madde), Esas hakkındaki inceleme (49.madde), Kararlar (50.madde), Başvuru hakkının kötüye kullanılması (51.madde)

Maddeler bir bütün olarak incelendiğinde yapılan düzenlemelerin usulle ilgili olduğu ve maddi hukuk kurallarının-anayasa hukukunun ilkelerinin- bireysel başvuru yolunda nasıl uygulanacağı ile ilgili hükümlerin yer almadığı görülecektir. Aynı şekilde bireysel başvuruya konu haklar sayılmamıştır. Yani Anayasa Mahkemesi'nin , bir hakkın ihlal edilip edilmediğine karar verirken hangi ölçütte neyi uygulayacağını ve hangi ölçüte göre karar vereceği düzenlemede yer almamaktadır.

Yukarıda değinilen Türkiye aleyhine açılacak dava sayısının azaltılması hedefinin bu noktada AYM'nin AİHM kararlarının içeriğine vurgu yaparak doğrudan uygulamak zorunda kalacağı sonucuna götürmektedir.

---

[197] SAĞLAM Musa, GÜLENER Serdar, KAPLAN Recep, Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s.1.

3-Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü

28351 sayılı ve 12.07.2012 tarihli Resmi Gazete ’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile mevzuatımızda bireysel başvuru kurumu ile ilgili düzenlemeler tamamlanmıştır. Özellikle 59 ila 84.madde arasında yapılan düzenlemeler bireysel başvuru yolunun usulü ile ilgili ayrıntılı hükümler içermektedir. Kapsamını göstermesi açısından burada maddelerin sadece kenar başlıklarını sırasıyla vermek gerekmektedir[198]:

Bireysel başvuru formu ve ekleri (Madde 59) ; Formun ve eklerinin hazırlanmasına ilişkin ilkeler (Madde 60) ; Başvurucunun temsili (Madde 61) ; Bireysel başvuru harcı ve adlî yardım (Madde 62) ; Başvurunun yapılabileceği yerler (Madde 63) ; Başvuru süresi ve mazeret (Madde 64) ; Bireysel Başvuru Bürosu (Madde 65) ; Form ve eklerinin ön incelemesi ve eksiklikler (Madde 66) ; Bireysel başvuruların Bölümlere ve Komisyonlara tevzii (Madde 67) ; Başvuruların inceleme sırası (madde 68) ; Yazışmalar (Madde 69) ; Bilgi, belge isteme ve tebliğ (Madde 70) ; Adalet Bakanlığına bildirim (Madde 71) ; Bölüm ve Komisyonlarda oylama ve karar (Madde 72) ; Tedbir kararı (Madde 73) ; Duruşma (Madde 74) ; Pilot karar usulü (Madde 75) ; Karar taslaklarının hazırlanması (Madde 76) ; Komisyon Kararlarının Şekli (Madde 77) ; Bölüm kararlarının şekli (Madde 78) ; İhlal kararı ve ihlalin giderilmesi (Madde 79) ; Düşme kararı (Madde 80) ; Kararın imzalanması, tebliği ve yayımlanması (Madde 81) ; Tavzih ve maddi hataların düzeltilmesi (Madde 82) ; Başvuru hakkının kötüye kullanılması (Madde 83) ; Genel hükümlerin uygulanması (Madde 84)

C-Bireysel Başvuru Kurumunun Temel Nitelikleri

a. Anayasa yargısı yoluyla temel hak ve hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesi, bireysel başvuru yolunun temel niteliklerindendir. Bireysel başvuru yolunun özel olarak insan haklarını korumaya yönelik olması Anayasal

[198] http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/ictuzuk.html erişim tarihi:06.01.2018.

düzeni korumayı amaçlayan diğer başvuru yollarından farklı olmasına sebep olmuştur[199].

b. Bireysel başvuru yolu ile temel hak ve özgürlüklerin korunması, bu özgürlüklerin hukuk devletindeki vazgeçilmez öneminden kaynaklanan son bir telafi fırsatı sunmaktadır[200]. Bu anlamda ikincil nitelikte bir kanun yoludur. İnsan hakları ihlalleri öncelikle tüm idare ve yargı organlarınca önlenmelidir. Çünkü idare ve yargı organları somut hak ihlallerinin önlenmesinde daha etkin konumdadırlar. Hukuk devletinin bir gereği olarak insan hakları ile ilgili şikâyetlerin önce ilgili merciler tarafından giderilmesi beklenir.

c. Venedik Komisyonu'na göre, Bireysel başvuru yolunun temel nitelikleri şu şekilde ifade edilebilir[201]:

- Bireysel başvuru ikincil nitelikli bir yargı yoludur.
- Temel hakları ve özgürlükleri korumak amacıyla kullanılır.
- Kanunlardan, idari işlemlerden, yargı kararlarından ya da kamu kurumlarının ihmallerinden kaynaklanan hak ihlallerine karşı başvurulan bir yoldur.
- Temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen herkes bireysel başvuru hakkına sahiptir.
-Bireysel başvuru yoluna ancak diğer hukuk yolları tüketildikten sonra başvurulabilir.

d. Bireysel başvuru kurumunun birçok ülkede uygulandığı bilinmektedir. Almanya'daki Verfassungsbeschwerde ve İspanya'daki recurso de amparó usulleri bireysel başvuru yolunun en meşhur örnekleridir. Diğer Avrupa ülkeleri de (örneğin Rusya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Slovenya, Makedonya, Hırvatistan, Portekiz,

---

[199] UZUN Cem Duran, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu Başlarken Beklentiler ve Riskler, Çankaya Üniversitesi Journal of Law, Cilt 9, Sayı 1, Mayıs 2012, s.75.

[200] AYDIN Öykü Didem, Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, C.XV, 2011, s.126.

[201] PACZOLAY Peter, Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?, Anayasa Yargısı, Cilt 26, Yıl 2009, s.314.

Macaristan ve diğerleri) bireysel başvuru kurumu için çeşitli usuller benimsemişlerdir.

Bireysel başvuru yolu ile "kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminden" "kanunların uygulanmasının denetimine" doğru bir yönelim olduğu söylenmektedir. Bu manada, anayasa yargısı yasamanın denetlenmesiyle yetinmeyip yargının denetlenmesine de yönelmektedir[202], şeklinde görüşler de mevcuttur.

D-Bireysel Başvuru Çerçevesinde Anayasa Mahkemesince Yapılan İncelemenin Kapsamı

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun uygulanmaya başlamasıyla mahkeme norm temelli bir incelemenin yanı sıra, olay temelli bir inceleme yapmaya da başlamıştır[203]. Bu anlamda Mahkeme, önüne getirilen somut olay bağlamında, başvurucunun Anayasa'da belirtilen haklardan birinin ihlal edilip edilmediği yönünden bir inceleme yapmakla yükümlüdür. İhlal sonucuna varırsa da ihlalin ortadan kaldırılması için alınması gerekli tedbirlere hükmetmektedir.

Bireysel başvuru çerçevesinde yapılacak incelemenin kapsamı ile ilgili Mahkeme bir kararında[204]:

"..., ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması veya adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesidir. Başvurucular, yargılama sırasında delillerini, iddialarını veya savunmalarını sunmuşlar, karşı tarafça sunulan delillere

---

[202] PACZOLAY, s.315.
[203] İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013, s.23.
[204] Başvuru No:2013/539, Karar Tarihi:16.05.2013.

ve iddialara itiraz etme imkânı bulmuşlar ve bunlar derece mahkemeleri tarafından gereği gibi değerlendirilmiş ise kanun yolu şikâyeti niteliğindeki bu tür başvurular hakkında açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilir. Ancak söz konusu kurallara uyulsa dahi yargılamanın bütünü incelendiğinde açık bir keyfilik durumu söz konusu ise bu tip şikâyetler kabul edilmektedir. Derece mahkemelerince delillerin yanlış değerlendirildiği iddiaları yönünden, Mahkeme, temyiz merci olmadığı için inceleme yapmayı gerekli görmemektedir. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince incelenemez."

Bu ve buna benzer[205] kararlardan Mahkemenin yaptığı incelemenin kapsamına çizilen sınırları tespit etmek mümkündür.

Mahkeme, bireysel başvuru kapsamında yapılan incelemenin derece mahkemelerinin kararlarının gözden geçirilmesi şeklinde olmadığına vurgu yapmış; denetleme görevinin bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal ölçütlere derece mahkemelerince saygı gösterilip gösterilmediğiyle sınırlı olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkemenin bireysel başvuru yolunda yaptığı incelemeye böyle bir sınır çekmesi isabetli olmuştur. Çünkü aksi takdirde, Mahkeme, yargılama sonucunun hatalı olduğuna dair başvuruları kabul edecek ve bu durumda da "süper temyiz makamı" olarak kabul edilecekti[206].

Bireysel başvuru kurumunu düzenleyen mevzuat hükümleri incelendiğinde, yapılan düzenlemelerin neredeyse tamamını usule ilişkin hükümlerin oluşturduğu görülmektedir.

Esasa ilişkin yapılan gönderme, Anayasa ve AİHS'in temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemelerine ve dolaylı olarak AİHM kararlarına yapılmıştır. Yani Mahkeme, bireysel başvuru kapsamında yapılacak başvurularda esasa ilişkin incelemesini temel hak ve özgürlüklerin gerek Anayasada gerekse de AİHS'te yer

[205] Başvuru No:2012/1027, Karar Tarihi:12.02.2013.
[206] EKİNCİ-SAĞLAM, s.101.

aldığı şekilde yapacaktır. Ayrıca AİHM kararlarının da çerçevesini çizdiği temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasını dikkate alacaktır. Zaten bireysel başvurunun kabulü ile yürürlüğü arasındaki iki yıllık süreçte anayasa mahkemesinin yaptığı hazırlık çalışmaları incelendiğinde[207] "özgün bir bireysel başvuru sistemi " yerine Avrupa ülkelerindeki örneklerin incelendiği ve yabancı dilde yapılan eserlerin Türkçeye kazandırıldığı görülmektedir.

Bireysel başvurunun kapsamı ile ilgili yaptığımız bu tespit, çalışmanın konusu da dâhil, Anayasa Mahkemesinin bir anlamda "AİHM vesayeti" ne girdiği şüphesi uyandırmaktadır. Bu şüphenin gerçekliği AYM kararları incelendikten sonra daha net ortaya çıkacaktır.

E-Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Temel Haklar

Bireysel başvuruya konu edilebilecek hak ve özgürlüklerin hangileri olduğu konusunda tartışmalar[208] yapılsa da AYM bir kararında[209]:

"Anayasa ve Kanun hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir."

hükmünü vererek başvuruya konu hakların tespitinde Anayasa ve AİHS metinlerinde örtüşen hakların dikkate alınacağını beyan etmiştir[210].

---

[207] SAĞLAM Musa, GÜLENER Serdar, KAPLAN Recep, Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s. 7.

[208] ŞİRİN, Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.415 vd.

[209] Başvuru No:2012/1049, Karar Tarihi:26.03.2013.

[210] EKİNCİ, Hüseyin, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 30, Yıl: 2013, s.182.

Bireysel başvuruyu düzenleyen 6216 sayılı Kanun'da, bireysel başvuruya konu olabilecek haklar sayma yöntemi ile belirlenmemiştir[211]. Bireysel başvuruya konu haklar denildiğinde hem Anayasa'da düzenlenmiş hem de AİHS'de yer alan haklar anlaşılmalıdır. Sadece AİHS'de veya salt Anayasa'da yer alan haklar bireysel başvuruya konu edilemeyecektir. Bu kural ek protokoller için de geçerlidir. Anayasa'da güvence altına alındığı halde AİHS ya da Ek Protokollerde yer almadığından dolayı bireysel başvurunun kapsamı dışında kalacak bazı haklar olduğu gibi, Anayasa'da güvence altına alınan haklardan olduğu halde, AİHS'de yer almayıp, Türkiye'nin taraf olmadığı 4., 7. ve 12. Protokollerde yer alan birtakım haklar da bireysel başvurunun kapsamı dışında kalmaktadır.

Çalışmanın konusunu oluşturan AİHS 8-11.maddelerinde düzenlenen özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı, düşünce, ifade, din ve vicdan hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, örgütlenme ve toplantı özgürlüğü bireysel başvuruya konu edilebilecek haklar arasındadır.

Kanun koyucunun AİHS ile Anayasanın kesişim alanındaki hakları bireysel başvuruya konu yapılabileceği konusundaki iradesi açıktır. AYM ölçü norm olarak Anayasayı alacağından bireysel başvuru konusu hakların AİHM içtihatlarındaki gelişmeler doğrultusunda genişleyebileceği[212] düşünülebilir.

F-Bireysel Başvuruda Esas İncelemesi İçin Gerekli Şart: Kamu Gücü Müdahalesi

AYM kamu gücü müdahalesi hakkında bir kararında şöyle bir açıklama yapmıştır[213]:

---

[211] ACU, Melek, Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar, TBB Dergisi, Sayı: 110, Yıl: 2014, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1355, erişim tarihi 06.01.2018.

[212]GÜNEŞ, Ahmet M., Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16 ,Yıl: 2014, file:///C:/Users/user/Downloads/18fcb-7e066-e0406-30916.pdf, erişim tarihi:06.01.2018.

[213] Başvuru No:2012/171, Karar Tarihi:12.02.2013.

"*Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkese Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla belirtilen bu hak ve özgürlüklerin kamu gücünü kullanan organlar tarafından ihlal edildiği iddiaları bireysel başvuru yoluyla ileri sürülebilir. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında başvurunun konusu, kamu gücünün işlemleri, eylemleri ya da ihmalleridir. "Kamu gücü" nü kullanan organlar ise başta devlet tüzel kişiliği içinde yer alan yasama, yürütme ve yargı organları ve bu organlara tabi olan merciler ile yerinden yönetim kuruluşlarıdır*."

Buna göre başvurunun konusunun kamu gücü işlemleri, eylemleri ile birlikte kamu gücünün ihmalleri[214] de bu kapsamda değerlendirilmiştir. Ayrıca kararda hangi organların[215] kamu gücünü kullandıkları açıkça belirtilmiştir.

Özel kişilerin fiillerine karşı kural olarak bireysel başvuru yolu kapalıdır. Ancak, kamu yükümlülüklerinin özel şahıs veya kurumlara devrettiği durumlar var ise devlet bu kişilerin eylemleri sebebiyle meydana gelebilecek hak ihlallerinden sorumlu olabilecektir.

G-Bireysel Başvurunun Maddi Şartları

1-Başvurucunun Güncel ve Kişisel Bir Hakkının Doğrudan Etkilenmesi

6216 sayılı Kanun'un 46.maddesinin birinci fıkrasına göre kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmaliyle, güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen kişiler

[214] Başvuru No:2012/752, Karar Tarihi:17.09.2013.

[215] TERZİOĞLU, Süleyman Sırrı, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Hak İhlaline Yol Açan Kamu Gücü Faaliyetinin Yürütme Organı Bakımından Türkiye Cumhuriyeti Devletine Atfedilebilmesi Sorunu, TBB Dergisi, Yıl:2016, Sayı: 127, s. 49 vd.

bireysel başvurunun tarafı olabilir. Başvurunun kabulünde, başvuru konusu işlemin başvurucunun temel haklarından birine zarar vermiş olma şartı aranmaktadır[216].

Bireysel başvuru, soyut bir başvuru veya yurttaş başvurusu(actio popularis) olarak kabul edilmemiştir. Bu durumda bireysel başvuru yoluna yalnızca bir temel hakkı ihlal edilmiş kişi -şahsen mağdur durumda bulunan kişi- gidebilecektir. Nitekim AYM bir kararında bu durumu şöyle açıklamıştır[217]:

"Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmemiştir. Bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespitini yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvencedir. Bu güvence kapsamında, bireylere doğrudan yasama işleminin iptalini isteme yetkisi tanınmamıştır."

2-İhlalin ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması İçin Kanunlarda Öngörülmüş Olan İdari ve Yargısal Başvuru Yollarının Tamamının Başvurucu Tarafından Tüketilmesi

Temel haklarından birinin ihlal edildiğini düşünen/iddia eden herkes, ilk önce bu alanda asıl görevli diğer idari ve yargısal organları harekete geçirecek ve çözüme ulaşmaması halinde iddiasını AYM önüne getirebilecektir. Hukuk sistemimizde bunun bir sorun teşkil edebileceği tartışılmış ve AYM'nin esneklik göstermesi gerektiği vurgulanmıştır[218].

AYM konuya yaklaşımını bir kararında[219] şöyle deklare etmiştir:

---

[216] KARAMAN, Ebru, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.263.

[217] Başvuru No:2012/837, Karar Tarihi:05.03.2013.

[218] EKİNCİ, Hüseyin, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul edilebilirlik Koşulu olarak 'Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu', TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11, Ekim 2012, file:///C:/Users/user/Downloads/39158-f1d48-d2e70-bf034.pdf, erişim 07.01.2018.

[219] Başvuru No:2012/254, Karar Tarihi:06.02.2014.

“Anılan hükümler uyarınca bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvurucunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir.”

3-Başvurunun Anayasal Açıdan ve Uğranılan Zarar Açısından Önem Taşıması

6216 sayılı kanunun 48.maddesinin ikinci fıkrasına göre bireysel başvuru yoluyla AYM önüne getirilen bir konunun değerlendirilmesinde Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.

II-BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

Bireysel başvuru kararlarında konunun incelenmesine geçmeden önce bireysel başvuru yolunun kabulünden önceki dönemde AYM kararları ile çizilen demokratik toplum sınırlarına kısaca değinmek gerekmektedir.

AYM kararlarının ayrıntılarına girmeden konu ile ilgili ilkelere değinilerek mahkemenin yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Daha sonra AİHS 8-11 sistematiğine uygun şekilde bireysel başvuru kararlarında demokratik toplum düzeninin gerekleri incelenecektir.

A-Bireysel Başvuru Öncesinde AYM ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

a-Demokratik Toplum Düzeni Kavramının Anayasa'ya Girişi

1982 Anayasası döneminde 1961 Anayasa'sından faklı olarak, Anayasa'da temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında[220] başvurulacak ölçüt olarak 'hakkın özü' kavramı yerine 'demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk' kavramına yer verilmiştir[221].

1982 Anayasasında hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. Maddesinin ilk hali şöyledir[222]:

"Temel hak ve hürriyetler. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca

[220]Daha geniş bilgi için Bkz. GÖREN, Zafer, Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sayı : 12, Güz 2007/2, s.39 vd.

[221] TURHAN, Mehmet, Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:8, Yıl:1991, s.402.

[222]http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/1982ilkson.pdf, erişim 07.01.2018.

Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, genel sınırlama nedenlerine yer verilerek tüm hak ve hürriyetlere uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. 'Hakkın özü' kavramı yerine 'demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk' kavramına yer verilmesinin gerekçesi ise şöyledir[223]:

"Maddenin ikinci fıkrasında, hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında daima gözetilmesi gereken ölçü; yani sınırlamaların sınırı öngörülmüştür. Diğer bir deyimle hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır. Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği 'öze dokunmama' kıstasından daha belirgin, uygulaması daha kolay olan bir kıstastır. Esasen uluslararası sözleşme veya bildiriler de bu kıstası kabul etmişlerdir."

Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un çerçeve ikinci maddesiyle; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 13 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

---

[223] ERTEN Mehmet, ÖZGÜLDÜR Serdar, KÖMÜRCÜ Recep, Anayasalarımız, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2000, s.435.

Maddenin yeni halinde[224] genel sınırlama nedenlerine yer verilmemiş, 'hakkın özü' ölçütü 'demokratik toplum düzeninin gerekleri' ölçütüne ek olarak maddeye eklenmiştir. 'Ölçülülük ilkesi' açık bir biçimde maddede düzenlenirken 'laik cumhuriyetin gerekleri' kavramı da yeni bir sınırlama ölçütü olarak maddeye işlenmiştir[225].

Değişikliğin gerekçesi ise tek cümledir: "Anayasanın 13.maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir.[226]"

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesin kabul edildiği tarihten 32 yıl sonra Anayasaya dercedilen demokratik toplum düzeni kavramı yine AİHS'in kabul edildiği tarihten 51 yıl sonra AİHS'ye gönderme yapılarak Anayasada düzenlenmiştir.

b-Bireysel Başvuruya Kadar AYM Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

AYM kararlarından çıkan sonuca göre Mahkemenin iki demokrasi anlayışını kararlarında dayanak yaptığı genel kabul görmektedir[227]:

1982 Anayasasının benimsediği demokratik toplum görüşü ve batılı anlamda demokrasi anlayışı.

---

[224] Daha geniş bilgi için Bkz. ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, 2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:19, Yıl:2002, s. 141 vd.

[225] EREN, Abdurrahman, Özgürlüklerin sınırlanmasında Demokratik…s. 79.

[226] 2001 Anayasa değişikliklerini yorumlayan Zühtü Arslan'ın yaklaşımı şöyledir: "Bir yandan 61 Anayasasının ruhu mevcut anayasaya girerken, diğer yandan da 'asli ruh' muhafaza edilmeye çalışılmıştır. Böylece iki ruhlu hatta Strasburg ruhunu da kattığımızda, üç ruhlu garip bir yaratık çıkmıştır ortaya. Bu üç ruhun yansımalarını bir arada görebileceğimiz belki de en uygun madde Anayasanın 13.maddesidir." ARSLAN, S.141.

[227] GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 237.

Yani AYM bu konuda 'istikrar' sağlayamamıştır[228]. Anayasanın benimsediği demokratik toplum görüşü daha çok demokrasinin bir rejim olarak varlığını sürdürebileceği parametreler üzerinde yoğunlaşmıştır[229]:

> Eşitlik, özgürlük, Temel hakların özüne dokunulamayacağı, hukuk devleti, kişiyi ön planda tutmak, temel hak ve hürriyetlerin en geniş ölçüde güvence altına alınması gibi demokrasiyi iktidarın veya devletin uyacakları şekilsel sınırlar olarak tasvir etmiştir. Yani demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü AYM içtihatlarına katkılar sunan bir ölçüt olamamıştır[230].

> Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların değişiklik göstermesi veya tutarlı bir içtihat geliştirememesi doktrinde de eleştiri konusu olmuştur[231].Ayrıca Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeni ölçütünü ele almaktan çekinmiş, demokratik toplum ölçütünü ele aldığı kararlarında da genellikle 1961 Anayasasında yer alan hakkın özü veya ölçülülük ilkesi ile birlikte değerlendirmiştir[232].

> Bireysel başvuru öncesinde AYM'nin geçmiş içtihatlarından devraldığı tutarlı bir miras, demokratik toplum düzeninin gerekleri anlamında, bulunmamaktadır.

> Bireysel başvuru kararlarına bu durumun yansımalarını bireysel başvuru kararlarını inceledikten sonra bir karar vermek gerekecektir.

---

[228] SUNAY, Reyhan, Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Ve 1982 Anayasası, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Yıl: 2000, Sayı: 1-2, s.631.

[229] NAL, Demokratik Toplum Düzeni, s.77.

[230] NAL, s.79.

[231] YAZICI, Serap, "Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü", Haşim Kılıç'a Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt:1, Ankara, 2015, s.412.

[232] İNCEOĞLU, Sibel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa", Demokratik Anayasa, Haz. Ece Göztepe-Aykut Çelebi, Metis Yay., Ankara 2012, s.321.

B-Bireysel Başvuru Kararlarında Özel Yaşama Ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

1-Anayasa ve Sözleşme Hükümleri

Sözleşmenin 8.maddesinde düzenlenen özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'da tek bir başlık altında düzenlenmemiştir. Bu durum, diğer incelenecek maddeler için de geçerlidir[233].

8.maddede düzenlenen özel yaşama saygı hakkı, aile yaşamına saygı hakkı, konuta saygı hakkı ve haberleşmeye saygı hakkı ile ilgili Anayasa'da yer alan doğrudan dayanak yapılabilecek hükümler ve Anayasada yer alan güvence ve destek hükümlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Sözleşmenin tek bir maddesine karşılık Anayasa'da bu maddeye karşılık gelecek birden fazla madde bulunmaktadır[234].

Özel yaşama saygı hakkı ile ilgili Anayasa'da yer alan[235] doğrudan ilgili dayanak hükümler şunlardır[236]:

Anayasanın madde 17/1 hükmü: *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."*

Anayasanın madde 20/1 hükmü: *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."*

Anayasanın madde 23 hükmü: *"Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.*

---

[233] SAĞLAM, Fazıl, "Anayasa Şikâyeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa, Haz. Ece Göztepe-Aykut Çelebi, Metis Yay., Ankara 2012, s.431.
[234] ÖNCÜ, s.331.
[235] http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/1982anayasas%C4%B1.html, erişim 08.01.2018.
[236] ÖNCÜ, s.332.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.

Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz."

Aile yaşamına saygı hakkı ile ilgili Anayasa'da yer alan doğrudan ilgili dayanak hüküm Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasıdır*:*

" Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

Konuta saygı hakkı ile ilgili Anayasa'da yer alan doğrudan ilgili dayanak hüküm Anayasa'nın 21. Maddesidir:

"Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

Haberleşmeye saygı hakkı ile ilgili Anayasa'da yer alan doğrudan ilgili dayanak hüküm madde 22/1 fıkrasıdır: *"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır."*

Anayasa'nın 13.maddesi dört hakkın tamamında genel güvence hükmü olarak- sınırlamanın sınırlarını göstermesi sebebiyle- kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa 14[237]. ve Anayasa 15[238].maddeler de dayanılacak temel güvence maddeleri olarak işlev görmektedir[239]. Bunlara ek olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin[240] Anayasa'daki dayanakları da kapsama dâhil edilmiştir[241].

Pozitif yükümlülüklerin amacı, AİHS'nin etkili bir biçimde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırılması olarak kabul edilmektedir[242].

Anayasanın 5.maddesi,

"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin

---

[237] "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.
Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.
Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."

[238] "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.
Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

[239] İNCEOĞLU, Sibel, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s.240.

[240] Pozitif yükümlülükler kavramı hakkında daha geniş bilgi için Bkz., ÖZBAY, Feyzan, "Bireysel Başvuruda Pozitif Yükümlülükler Doktrininin Uygulanmasına İlişkin Bir Değerlendirme", https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Feyzan-O%CC%88zbay-Pozitif-Yu%CC%88ku%CC%88mlu%CC%88lu%CC%88kler.pdf, erişim 08.01.2018.

[241] İNCEOĞLU, s.241.

[242] KOMBE, Jean François Akandji, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları No:7, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s.9.

ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

hükmü ile bütün hak ve özgürlükler bakımından genel bir pozitif yükümlülük getirmektedir[243].

2-Bireysel Başvuru Kararları Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Bireysel başvuru kararlarında Anayasa Mahkemesinin "seçme kararlar" nitelendirmesi yaptığı ve üç cilt olarak basılan[244] eserlerindeki, 2012 ile 2015 yılları arasındaki, içtihatları öncelikli olarak değerlendirilmeye alınacaktır. Daha sonra da 2016 yılına ait kararlardan konuyla ilgili olanlara değinilecektir.

Birinci bölümde yapıldığı gibi çalışmanın, mahkeme karar metinlerinin ayrıntılarıyla doldurulması yerine kararlarda demokratik toplum düzeni kavramına Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımına ve bu yaklaşımın AİHM kararlarıyla taşıdığı benzerlikler ve farklılıklara değinilecektir.

a-Özel Yaşam (Yaşama Hakkı; Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı; Özel Hayatın Gizliliği)

AİHM'in özel yaşama ilişkin kararlarına karşın AYM bu konuyu tek başlık altında toplamamıştır. Önceki bölümde bunun sebebi açıklanmıştı. Anayasa'da farklı

---

[243] SUNAY, Reyhan, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi Ve Devletin Sorumluluğu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, Yıl 2015, s.31, http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262858, erişim tarihi, 08.01.2018.

[244] 1-Bireysel Başvuru Seçme Kararlar, 2012-2013, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2015.
2-Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2014, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2015.
3-Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2015, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016.
4- Bireysel Başvuru Seçme Kararlar,2016/1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2017, http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/yayinlar/pdf/2016_cilt1.pdf.
5- Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2016/2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2017, http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/yayinlar/pdf/2016_cilt2.pdf.

maddeler altında düzenlendiği için AYM de kararlarını bu madde başlıkları ile açıklamak yolunu tercih etmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 13.maddesinin uygulanması ile AYM, birçok kararında şu ilkeyi tekrarlamıştır[245]:

"*Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasada yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır.*

Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır. Sözleşme'nin lafzı ve AİHM içtihadı uyarınca da Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılacak bir müdahalenin meşruluğu, öncelikle söz konusu müdahalenin yasa uyarınca gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuş olup müdahalenin hukukilik unsurunu taşımadığının tespiti hâlinde Sözleşmenin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri tetkik edilmeksizin müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır."

AYM, kararında belirttiği gibi, AİHM içtihatlarına uygun şekilde, müdahalenin tespiti sonrasında meşruluk ve yasallık koşullarını incelemekte ve bu unsurları taşımadığı kanaatine varırsa diğer güvence ölçütlerini -demokratik toplum düzeninin gerekleri- incelemeden ihlal kararı vermektedir. Bu nedenle şu ana kadar yayımlanan

[245] Başvuru Numarası: 2013/1789, Karar Tarihi: 11.11.2015, prg.59,60,61.

AYM bireysel başvuru kararlarında, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı AİHM kadar çok sayıda değildir.

AYM'nin ihlal sonucuna bağladığı bir kararı[246] Mahkemenin konuya yaklaşımı konusunda bize fikir verebilir:

Serbest avukatlık yapan başvurucu, özel hayata ilişkin bilgilerin yer aldığı istihbarî nitelikte ve delil olarak kullanılamayacağı belirtilen bir raporun yürütülen soruşturma ve açılan davada delil olarak kullanılması ve bu raporla ilgili kamu görevlileri hakkında kovuşturma yapılmaması nedeniyle adil yargılanma hakkı ve özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM, özel hayata saygı hakkı yönünden, başvurucunun şikâyetiyle ilgili olarak adli bir kovuşturma açılmasının mümkün olmadığı, genel mahkemelerde açılacak dava yoluyla başvuru kapsamındaki şikâyetin incelenmesinin, varsa ihlalin tespiti ve adil bir tazminin sağlanmasının mümkün olduğu düşüncesiyle, başvurucudan ihlal iddiasına ilişkin etkili olabilecek tüm başvuru yollarını tüketmesini beklemenin adil olmayacağı sonucuna varmış ve bu iddiaların dayanaktan yoksun olmadığına hükmederek başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

Adalet Bakanlığı görüş yazısında, özel hayat kavramının tek bir tanımı olmadığını ve geniş bir kavram olduğunu belirterek, AİHM'in, istihbarat ajanslarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle beraber, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli olduğu durumlarda sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini açıkça belirttiğini, demokratik toplumların çok sofistike casusluk ve terörizm yöntemleri ile tehdit edildiklerini, bunun sonucu olarak da devletin bu tür tehditlere etkin bir şekilde karşı çıkabilmek için kendi yargı alanında hareket eden yıkıcı unsurlara karşı gizli gözetim çalışmaları yapmak zorunda kaldığı gerçeğini kabul ettiğini savunmuştur.

[246] Başvuru Numarası: 2013/533, Karar Tarihi: 9.1.2014.

Özel hayata saygı hakkının Anayasa'nın 20. maddesinde koruma altına alındığına vurgu yapan AYM, devletin, kişilerin özel ve aile hayatına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin haksız saldırılarını önlemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. "özel hayat" kavramını, kararında AİHM'e gönderme yaparak açıklayan AYM şöyle demektedir:

"AİHM özel hayat kavramının, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu, kişinin ismi ve kimliği, bireysel gelişimi, aile yaşamı yanında, dış dünya ile bağlantısını, başkaları ile ilişkisini, ticari ve mesleki faaliyetlerini de kapsadığını belirtmektedir."

Daha sonra AYM, Özel hayata saygı hakkına ilişkin ihlal nedeniyle yapılacak incelemenin kapsamını şöyle açıklamıştır:

"*Öncelikle korunan menfaatin hakkın kapsamına girip girmediğinin, ikinci olarak hakkın kapsamı içinde olduğu tespit edilen menfaate yönelik bir müdahale olup olmadığının, müdahalenin varlığı halinde bunun Anayasa'nın 20. ve 13. maddelerinde öngörülen şartlara uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığı, 20. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinden birisine dayanıp dayanmadığı, 13. maddede yer alan öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ve ölçülülük ilkelerine uyulup uyulmadığı değerlendirilmelidir."*

Başvurucunun icra ettiği avukatlık mesleğiyle ilgili ve mesleği nedeniyle oluşan ilişkileri hakkında olumlu veya olumsuz çağrışım yapacak değerlendirmelerin özel yaşamla ilgili olduğunu kabul eden AYM, bu nedenle şikâyet konusu menfaatin, özel hayata saygı hakkı kapsamı içinde olduğuna karar vermiştir.

Devamında AYM, başvurucuya ilişkin bilgilerin de yer aldığı istihbarat raporunun yasal hükme(2937 sayılı Kanunun 4.maddesi) dayalı olarak hazırlandığı ve bu raporun, Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan milli güvenlik,

kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarına yönelik olduğu tespitine yer vermiştir.

Başvurucu hakkında mesleğiyle bağlantılı ve olumsuz olarak nitelendirilebilecek istihbarat raporundaki değerlendirmenin hukuki kesinlik taşımamasına ve başvurucu hakkında bir isnada dayanak teşkil etmemesine rağmen, dava dosyasına konulmak suretiyle alenileştirilmesiyle başvurucunun özel hayatına yönelik ağır bir müdahale gerçekleştiğini kabul eden AYM,

"Demokratik bir toplumda, doğruluğu hiçbir şekilde sorgulanamamış ve denetime tabi tutulmamış istihbarî nitelikteki bilgilerin dava dosyasına konulması suretiyle alenileştirilmesi kabul edilemez. Hakkında kamu davası açılmayan başvurucuya ilişkin bilgilerin dava dosyasına konulması demokratik toplumda gerekli kabul edilemeyeceği gibi ölçülü olduğu da söylenemez."

diyerek özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Demokratik toplum düzeninin gereklerini açıklayan bir başka kararında[247] AYM verdiği ihlalin dayanağını net olarak ortaya koymamıştır. Bu kararda demokratik toplum düzeninin gerekleri şöyle açıklanmıştır:

"Özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan ilkeler, özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasında da dikkate alınmalıdır. Buna göre demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilmeli, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırmayla ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir."

[247] Başvuru Numarası: 2013/6057, Karar Tarihi: 16.12.2015.

“"Demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, öncelikle özel hayata saygı hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olmasını, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez. Bu bağlamda özel hayata saygı hakkına yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni; müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan mahremiyet hakkını kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır.”

Bu kararda AYM, birinci bölümde değinilen Handyside/Birleşik Krallık davasındaki ilkelere yeniden değinmiş ancak kararda demokratik toplum düzeninin gereklerine değinmemiştir.

AYM’nin özel yaşamın korunması hakkıyla ilgili verdiği kararlar[248], başvuru konuları anlamında AİHM kadar çeşitli değildir. Bu, bireysel başvuru yolunun genç ve yeni bir yol olmasına bağlanabilir. Mevcut kararlara bakılarak AYM’nin yaklaşımı şöyle özetlenebilir :

Öncelikle yapılan atıflar AİHM kararlarının önemsendiğini ve AİHM uygulamasının dikkate alındığını göstermektedir. Somut olaya AİHM ve AİHS

[248] Örnek için Bkz., Başvuru Numarası: 2013/6979, Karar Tarihi: 20.05.2015, Başvuru Numarası: 2013/8365, Karar Tarihi: 10.06.2015, Başvuru Numarası: 2013/1943, Karar Tarihi: 09.09.2015, Başvuru Numarası: 2013/1579, Karar Tarihi: 15.10.2015, Başvuru Numarası: 2013/7586, Karar Tarihi: 04.11.2015.

yaklaşımlarının uygulandığıdır. Özel yaşam konusunda ayrı bir tanım veya belirleyici başka bir unsurun dikkate alınmadığıdır.

b-Aile Yaşamının Korunması

AYM'nin konuyla ilgili yaklaşımını ortaya koyan bir kararı[249] şöyledir:

"Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır."

Müşterek çocuğun Amerika Birleşik Devletleri'nden (ABD) annesi tarafından götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) kapsamında yapılan başvurunun reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvuru hakkında, hakkın kapsamı bu şekilde belirlendikten sonra AİHM kararlarına atıf yapılarak, başvuru konusu olayda, başvurucunun çocuğunun evlilik içinde dünyaya gelmiş olduğundan bahisle hukuken mevcut olan ailenin bir parçası olduğu kabul edilmiştir.

Müdahalenin mevcudiyetini, çocuğun iadesi talebinin reddedilmesi suretiyle başvurucunun çocuğu ile ilişki kurma hakkı konusundaki kısıtlamanın, aile hayatına saygı hakkına bir müdahale olarak yorumlayan AYM, kabul etmiştir.

[249] Başvuru Numarası: 2013/5126, Karar Tarihi: 2.7.2015.

Müdahalenin kanuniliği konusunda AYM, Türkiye tarafından kabul edilmiş olan Lahey Sözleşmesi ve bu kapsamda yürürlüğe konulan 5717 sayılı Kanun'a dayandığı gerekçesiyle kanuna uygun bulmuştur. Meşru amaç testinde AYM, "Anayasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrasında devletin, çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilatı kuracağı; dördüncü fıkrasında ise her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirlerin öngörüleceği belirtilmiştir. Somut başvuru açısından çocuğun iadesi talebinin reddine ilişkin kararlarda, derece mahkemelerinin çocuğun sağlık ve güvenliğinin temini şeklinde meşru bir amaç izlediği, bu çerçevede başvuruya konu müdahalenin meşru temellere dayandığı anlaşılmaktadır." şeklinde hüküm tesis etmiştir.

'Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük' başlığı altında AYM'nin yaklaşımı şöyledir:

"Kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin, ihlal teşkil etmemesi için Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninde gereklilik, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük şeklindeki güvence ölçütlerine uygun olması gerekir. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin, hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil; koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir."

AYM bu açıklamadan sonra, kalan paragrafların hiçbirinde demokratik toplum ölçütüne yer vermeden ağırlıklı olarak 'hakkın özü' kavramına vurgu yapmıştır. İhlal gerekçesi ise şöyledir: *" ...başvurucunun da aynı yöndeki itirazlarına rağmen derece*

mahkemelerince söz konusu istisna hükümleri ve somut olaya uygulanabilirlikleri hususunda bir inceleme yapılmadığı gibi bu hususta bir açıklamada da bulunulmadığı nazara alındığında karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, bu hakka orantılı bir müdahalede bulunulmadığı anlaşılmaktadır."

Kararda demokratik toplum düzeni kavramı uzun uzun açıklanmasına rağmen sonuç kısmında orantısız müdahaleden ihlal kararı verilmiştir. Demokratik toplum düzeni kavramının içinde, sınırlamaların ölçüsü, sınırlamaların koşulları, nedeni, yöntemi ve sınırlamaya karşı öngörülen kanun yollarının olması gerektiği değerlendirilmesine rağmen bunların demokratik toplum düzeninin gerekleri anlamında tartışılması yapılmamıştır.

AYM, özel yaşamın korunmasıyla ilgili kararlarında yaptığı gibi demokratik toplumda gereklilik testini 'ölçülülük' testi ile beraber uygulama eğilimini devam ettirmiştir.

c-Haberleşme ve Konuta Saygı Hakkı

AYM' ye yapılan, haberleşme hakkının ihlal edildiğine ilişkin bir başvuruda[250], başvurucuya gönderilen mektupların ceza infaz kurumunca verilmeyerek alıkonulmasına karar verilmesi nedeniyle, AYM, iki ayrı mektup için ayrı ayrı hüküm tesis ederek konuyu incelemiştir. Demokratik toplum düzeni ile ilgili AYM'nin yaklaşımı öncelikle AİHM içtihatlarına yapılan vurgudur:

Kararın 60.paragrafı: *"AİHM içtihatlarında ifade edilen demokratik toplumda zorunluluk kavramı, müdahale teşkil eden eylemin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması ve takip edilen meşru amaç bakımından orantılı olması unsurlarını içermektedir* (*Silver ve diğerleri /Birleşik Krallık*, § 97)."

[250] Başvuru Numarası: 2013/759, Karar Tarihi: 7.7.2015.

Kararın 61 ve 62. Paragraflarında AİHM vurgusu devam etmektedir: *"AİHM, haberleşme hürriyetine yapılan müdahalelerin demokratik toplumda zorunluluk teşkil etmesine ilişkin kriteri incelediği kararlarda, öncelikle, ceza infaz kurumlarında bulunan kimselerin yazışmalarının belirli ölçüde kontrolünün başlı başına Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet vermeyeceğini, keza ceza infaz kurumunun olağan ve makul gereksinimleri dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunmanın gerekli olduğunu belirtmiştir. AİHM, her somut olayda kamu makamlarının bu değerlendirmeyi yaparken, mektup gönderme ve almanın, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin ve tutukluların dış dünya ile bağlantısında en önemli araçlardan olduğunu göz önünde bulundurması gereğini belirtmektedir"*

Daha sonra Anayasa'daki ilkelere gönderme yapan karar, haberleşme özgürlüğünün meşru birtakım sınırlamalara tabi olduğunu ve bu özgürlüğe ilişkin olarak Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Değerlendirme için şu ifadelere kararda yer verilmiştir:

"Anayasa'da belirtilen demokrasi, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. "Demokratik toplum" ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile AİHS'in "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütünün bulunduğu 8, 9. 10. ve 11. maddelerindeki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır ."

Genel ilkeleri yine AİHS ve AİHM kararlarına atıfla tamamlayan karar, bu ilkeleri somut olay için yorumlamıştır. Somut olayda iki mektup söz konusudur. Birinci mektup, başvurucuya - başvurucu, Anayasal düzeni zorla değiştirmeye çalışmak ve terör örgütü üyesi olmak suçları nedeniyle hükümlüdür.- gönderilmiş ve içeriğinde başvurucunun da üyesi olduğu terör örgütünün ölmüş bir liderinden bahsetmekte ve bu liderin yasa dışı eylemlerini öven bir içeriğe sahiptir. Bu mektupla

ilgili AYM, " …silahlı yasa dışı örgüt olduğu Türk yargı organları tarafından kabul edilen bir örgütün, lider ve eylemlerinin övülmesiyle propagandasının yapılarak suç işlenmesine teşvik edildiği Cezaevi idaresi tarafından kanaat getirilerek, bu kısmı içeren birinci mektubun İdarece alıkonulması şeklinde tedbir alınması makul görülmüştür. Buna göre, birinci mektup bakımından yukarıdaki açıklamalar ışığında başvurucunun haberleşme özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın, Anayasa'nın 22. maddesi anlamında demokratik toplumda kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olan demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu söylenemez." şeklinde hüküm tesis etmiştir. Kararın son cümlesi anlam olarak belirsizlik taşımaktadır. Demokratik toplum düzeninin gerekleri olarak hangi ölçütleri ortaya koyduğunu izah etmemektedir. AİHS ve AİHM ölçütlerini kararda vermesine rağmen gerekçelendirmede bu ölçütlere dayanılmamıştır.

Aynı kararda ikinci mektup-4 sayfalık ve bir hükümlünün bir diğerine cezaevindeki günlerinden, birlikte kaldığı diğer hükümlülerden, ailevi ve sağlık durumundan, cezaevleri arasındaki nakillerdeki hoşnutsuzluğundan genel olarak bahseden- yönünden ise şu karar verilmiştir:

"…söz konusu ikinci mektubun suçun önlenmesine yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin somut bilgilere dayalı olarak ortaya konulmadığı sonucuna varılmış, başvurucuya gönderilen ikinci mektubun alıkonulmasının amaçlanan hedefler açısından aşırı, dolayısıyla orantısız olduğu ve bu bağlamda demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatine varılmıştır."

Bunu kararına gerekçe yapan AYM, ikinci mektup yönünden başvurucunun haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve *"ölçülü"* olmadığı kanaatine vararak ihlal kararı vermiştir.

Bir başka kararında[251] AYM, tutuklu başvurucunun cezaevinde avukatı ve ailesi ile görüşmesinin kısıtlanması, izlenmesi gerekçeleriyle haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürdüğü bir başvuruda, karar gerekçesini şöyle açıklamıştır:

"Başvurucu iddialarında somut olay ve olgulardan bahsetmeyip genel olarak haberleşmenin gizliliğinin ihlalini ileri sürmüştür. *Bu bağlamda demokratik toplumun gereklilikleri açısından genel olarak cezaevlerinde hükümlü veya tutukluların haberleşmesinin idare tarafından denetlenmesine yönelik olarak bazı tedbirlerin alınmasının, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının makul ve doğal gerekliliklerinin bir sonucu ve bu durumun haberleşme hürriyeti ile uyumlu olmadığı söylenemez.* Öte yandan başvuru konusu olay açısından cezaevi idaresinin, hükümlü ve tutukluların haberleşmesini denetlemesinin genel olarak ölçüsüz olduğunu söylemek de mümkün değildir." Altı çizili cümle- bir önceki kararda olduğu gibi- belirsizlik taşıdığı gibi anlam olarak da karışıktır. Konut hakkı ile ilgili AYM kararı mevcut olmadığından işlenememiştir.

C- Bireysel Başvuru Kararlarında Düşünce, Vicdan Ve Din Özgürlüğü Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

1-Anayasa Ve Sözleşme

Sözleşmenin 9.maddesinde düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü Anayasa'nın 24.maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

[251] Başvuru Numarası: 2013/6693, Karar Tarihi: 16.4.2015.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz."

Sözleşmenin düzenlemesi ile Anayasanın düzenlemesi karşılaştırıldığında Anayasadaki düzenlemenin daha ayrıntılı ve daha fazla sınırlandırmalar içerdiği görülmektedir. Yine Anayasanın 10.maddesi, 13.maddesi, 14 ve 15.maddeler ile Diyanet İşleri Başkanlığını düzenleyen 136.maddesi, başlangıç bölümünün 5.paragrafı da bu özgürlüğün rejimine etki edecek şekilde düzenlenmiştir[252].

Madde içerisinde 14.maddeye yapılan göndermenin bu özgürlüğü tamamen ortadan kaldırabileceği değerlendirilmiştir[253]. Aynı değerlendirmede, devletin kendisine yapılacak dinsel içerikli müdahaleleri yasaklarken devletin dine sınırsız müdahale etmesinin önünün açıldığı gerekçesiyle Anayasa'daki düzenlemeler eleştirilmiştir[254].

---

[252] TOKUZLU, s.339.

[253] SAMBUR, Bilal, Yeni Anayasa'da Din Ve Vicdan Özgürlüğünün Düzenlenmesi, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 17, Sayı 66, Bahar 2012, s. 96.

[254] SAMBUR, s.98.

Anayasa'daki düzenlemenin sorunlu olduğu[255] gibi evrensel standartları içermediği ve hatta evrensel standartlara aykırılık arz ettiği vurgulanmıştır[256]. Anayasa'da gerek laiklik ilkesine gerek ise bu yönde özel güvencelere yer verilmiş olmasına rağmen, din ve vicdan özgürlüğünün korunamadığı, laiklik ilkesinin temel hak ve özgürlükler ekseninde tam anlamıyla hayata geçirilemediği dile getirilmiştir[257].

2-Bireysel Başvuru Kararları Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Anayasa Mahkemesinin resmi internet sitesinde yayınlanan istatistiklere bakıldığında[258] 2016 sonu itibariyle yaklaşık 1000 civarında başvuru olmasına rağmen bu konuda yayınlanmış üç kararı bulunmaktadır. Burada konumuzla ilgili olarak iki tanesini değerlendirmeye alacağız.

İlk kararda[259], başvurunun konusu şöyledir: Ankara barosuna kayıtlı avukat olarak çalışan başvurucu, duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesinin din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesi ile AYM' ye müracaat etmiştir.

Ulusal ve ulusal üstü düzenlemeleri bir silsile halinde sıralayan karar daha sonra AİHM kararlarına vurgu yapmıştır. Özellikle demokratik devletin vazgeçilmez unsuru olarak din ve vicdan özgürlüğünün "çoğulcu" demokratik toplum açısından önemi AİHM kararına gönderme yapılarak izah edilmiştir.

---

[255] MUMCU Ahmet, KÜZECİ, Elif, İnsan Hakları Ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.250.

[256] ÖZİPEK, Bekir Berat, "Din Ve Vicdan Özgürlüğü Türkiye İçin Bir Anayasal Çerçeve Önerisi", Editörler: Murat Yılmaz, Yusuf Tekin, SDE Analiz, Aralık 2011, http://www.sde.org.tr/userfiles/file/DIN%20VE%20VICDAN%20OZGURLUK%20ANALIZ.pdf, erişim 09.01.2018.

[257] ŞİRİN, Tolga, DUYMAZ, Erkan, YILDIZ, Deniz, Türkiye'de Din Ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler Ve Çözüm Önerileri, TBB Yayınları, Ankara 2016, s.142, 143.

[258] http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/istastik-31122016.pdf.

[259] Başvuru Numarası: 2014/256, Karar Tarihi: 25.6.2014.

Bundan sonraki paragraflarda din ve vicdan özgürlüğünün kapsamının belirlenmesi konusunda-şu ana kadar incelenen kararlarda bulunmayan- ciddi bir içerik sunmaktadır[260]. Konu kapsamında[261] karardan çıkarılacak hususlar şunlardır:

-Din ve vicdan özgürlüğü demokratik toplumun temellerinden biridir. Çünkü bu özgürlük, bireylere hayatı anlama ve anlamlandırmada temel kaynaklardan biri olduğu gibi toplumsal yaşamın şekillenmesinde de önemli bir işlev görmektedir.

-Uluslararası düzlemde dinlerin özgürlükler karşısındaki konumlarından bağımsız olarak bireylerin belli ölçüler içerisinde din ve inanç özgürlüklerine sahip olduğu kabul edilmiştir.

-Din özgürlüğü, evrensel ve bölgesel düzeyde insan haklarına ilişkin uluslararası bildiri ve sözleşmelerin birçoğunda korunan bir haktır.

-Anayasa'nın 24. maddesinin koruduğu hakkın vazgeçilmez olması, din ve vicdan özgürlüğünün, hukukun üstünlüğüne dayanan, etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olması nedeniyledir.

-Din ve vicdan özgürlüğü ancak tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı ile temellendirilen bir demokraside korunabilir.

-Kişinin dinini seçme hakkı ile din, inanç ve düşüncelerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlanamaması, bunlardan dolayı kınanamaması, baskı altında tutulamaması ile devletin belirli bir dini veya inancı kişilere dayatmamasını ifade eden din ve vicdan özgürlüğünün içsel alanı demokratik, lâik bir hukuk devletinde kanun koyucunun her türlü etkisinin dışındadır.

---

[260] VURAL, Hasan Sayim, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 32, Yıl 2015, s.350.

[261] Kararla ilgili diğer hususlar için Bkz., KARAN, Ulaş, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, , Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 32, Yıl 2015, s.235 vd.

Daha sonra somut olay bağlamında değerlendirme-ki burada Anayasanın 13.maddesinin bireysel başvuru kararlarına nasıl uygulanacağına dair diğer kararlarda göremediğimiz tutarlılıkta bir açıklama yapılmıştır[262]- yapan AYM, şu kararı vermiştir:

"Müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı tespit edildiğinden, din ve vicdan özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin varlığı halinde bulunması gereken ve Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen meşru amaçlardan biri kapsamında olma, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama gibi kriterlere riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir."

Kararda demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü kullanılmamıştır. Kararı burada incelememizin sebebi daha önce de vurguladığımız gibi demokratik toplumda din ve vicdan hürriyeti ile ilgili ölçütlere değinmiş olmasıdır.

İnceleyeceğimiz ikinci karar[263], başvurucunun inancı nedeniyle giydiği pardösüsünü çıkartmaya zorlanması nedeniyle din ve inanç özgürlüğünün ihlali iddiası ile ilgilidir. İlk karardaki birçok değerlendirmeyi bu kararda da tutarlı bir şekilde aynı paragraflara vurgu yaparak tekrar eden AYM, somut olay bağlamında, sırasıyla, ihlalin varlığını, ihlalin kanuni dayanağının olduğunu, meşru amaçla müdahalenin yapıldığını hüküm altına almıştır.

[262] Kararın ilgili paragrafı şöyledir: "Bir temel hak ve özgürlüğe yönelik müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu denetim sırasında Anayasa Mahkemesi öncelikle müdahalenin kanunilik şartına uyup uymadığını inceleyecektir. Zira kanuna dayanmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden bir Anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılacaktır. Bu sebeple bir ilk olarak kanunilik unsurunun değerlendirilmesi gerekir. Kanunilik şartının sağlanması halinde müdahalenin Anayasa'da öngörülen amaçla yapılıp yapılmadığı ve daha sonra da diğer koşullara uygunluk denetimi yapılmalıdır."

[263] Başvuru Numarası: 2013/7443, Karar Tarihi: 20.5.2015.

Son aşamada müdahalenin ihlal olup olmadığına karar vermek için demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü somut olaya uygulanmıştır. AYM konuya şöyle bir giriş yapmıştır:

"Son olarak başvuruya konu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı hususu değerlendirilmelidir. Bir müdahalenin gerekliliğinin mevcudiyetini ve ölçülülüğünü değerlendirmede kamu gücünü kullanan organların ve yargı makamlarının belli bir takdir payı bulunmaktadır. Buna karşın, diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi din ve vicdan özgürlüğünün de parlak bir retorik olarak kalmaması için bu takdir payı, hem hukuki durumu hem de hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik kararları kapsayacak şekilde Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir."

Devamında Anayasa'nın 13.maddesindeki demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterlerinin iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki olduğu belirtilmiştir. Daha sonra AİHM kararlarından örnekler verilerek "gerekli" kavramı yine AİHM kararlarına vurgu yapılarak izah edilmeye çalışılmıştır. Devletin negatif yükümlülüğüne vurgu yapıldıktan sonra Anayasanın 24.maddesinin özgürlüğü rahatça kullanma anlamında devlete pozitif yükümlülükler yüklediği vurgulanmıştır. "Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin ve toplulukların sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir", denilerek pozitif yükümlülüğün dayanakları gösterilmiştir.

"Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ve "kamu düzeninin sağlanması" için yapılan güvenlik aramasında başvurucunun kıyafetini çıkartmaya zorlanması arasındaki menfaatleri çatıştıran AYM, demokratik bir toplumda bunun nasıl yapılacağını şöyle açıklamıştır: "Demokratik bir toplumda, mevcut başvurudaki gibi çatışan menfaatlerin olduğu durumlarda menfaatlerden birini korumak için, diğerine özünü zedeleyecek nitelikteki müdahaleler bir çözüm yolu olarak kabul edilemez. Belli bir dinsel uygulama davranışını, başkalarını korumak adına ölçüsüz

sınırlandırmanın veya yasaklamanın çoğulculuğu ve hoş görüyü devlet eliyle örselemek anlamına geleceği hatırda tutulmalıdır." Demokratik bir toplumda hakları korumayı esas alan bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği, bir hakkın kullanılmasından dolayı ortaya çıkabilecek sorunların, hakkı tümüyle kullanılamaz hale getiren tedbirler yerine, söz konusu hakkın barışçıl kullanımını sağlayacak tedbirler ile çözümlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Nihayet somut olayda, başvurucunun herkesin görebileceği bir yerde ve diğer tedbirler alınmadan pardösüsünün çıkartılmasının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı gerekçesiyle, Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin, kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için demokratik bir toplumda gerekli olmadığına hükmedilerek ihlal kararı verilmiştir.

Karar hem içerdiği tatmin edici izahatlar hem de AYM bireysel başvuru kararlarında genel olarak görülen sistematik dağınıklığı içermeyen yönüyle önemlidir. Ayrıca AYM'nin laiklik ile ilgili bireysel başvuru kararlarından önce verdiği kararlarında[264] bulunmayan yeni açılımlar içermektedir.

D- Bireysel Başvuru Kararlarında İfade Özgürlüğü Hakkı Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

1-Anayasa ve Sözleşme

Sözleşmenin 10.maddesinde kısa ve öz bir düzenleme olduğu yukarıda incelenmişti. Bu öz düzenlemeyi AİHM, kararları ile hem genişletmiş hem de güncel kapsamını belirlemişti. Anayasa ise ifade özgürlüğünü, belirli alanlarda oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlemeye tabi tutmuştur. Bu alanların başında basın özgürlüğü gelmektedir[265].

---

[264] Ayrıntılı bilgi için Bkz.,DİNÇKOL, Bihterin Vural, 1982 Anayasası Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992 .

[265] KARAN, İfade Özgürlüğü, s. 365.

Düşünce ve kanaat hürriyetini düzenleyen 25.madde, "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

Bireysel başvuruya temel yapılacak düzenleme ise 26.maddedir. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı madde şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

Birbirini tamamlar nitelikteki bu iki madde[266]ile birlikte Anayasa'da daha birçok madde zikredilebilir. Örneğin basın hürriyetini düzenleyen 28.madde. Diğer

[266] Daha geniş bilgi için Bkz, PAÇACI, İrfan, "1982 Anayasası Mayınlı Alanı-Anayasa madde 25 ve 26'nın Analiz Ve Yorumu-", Todaie, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 19-20, Yıl 1997-1998, s.127 vd.

maddeler buraya alınmayacaktır. Ancak 25 ve 26.maddelerde yapılan düzenlemeler yeterince özgürlük içermediği için eleştirilmiştir[267].

2- Bireysel Başvuru Kararları Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

İncelenecek ilk kararda[268], başvurucu, basılmakta olan kitabı hakkında mahkemece el koyma kararı verilmesi ve bu karara yönelik itirazının reddedilmesi sonucunda Anayasa'nın 25, 26 ve başka bazı maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Müdahalenin kanuniliğine kanaat getiren AYM, müdahalenin meşruluğunu da tespit ettikten sonra müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını test etmiştir. Öncelikle Anayasa'nın 13. maddesi ile Sözleşmede düzenlenen demokratik toplum düzeninin gereklerinin paralellik arz ettiği vurgulanmış ve demokratik toplum ölçütü-AİHM kararlarından alıntı yapılarak-, çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve tolerans temelinde yorumlanmıştır.

Ölçülülük ilkesine vurgu yapılarak, demokratik toplum ölçütünden ayrı düzenlenmesine rağmen iki ölçütün arasında ayrılmaz bir ilişki olduğu kabul edilerek, ölçülülük denetiminin unsurlarını şöyle izah etmiştir: *"...ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir*."

Ölçülülük ile ilgili uzun değerlendirmeler yapan karar, sonuç olarak şöyle bir hükümle son bulmuştur: " … bir koruma tedbiri niteliğindeki el koyma kararına

---

[267] CAN, Osman, Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, 2002, s.528.

[268] Başvuru Numarası: 2013/409, Karar Tarihi: 25.6.2014.

dayanılarak söz konusu kitapların toplanmasının ve toplanan kitapların bir kısmının kanunda öngörülen usule uyulmaksızın imha edilmesinin amaçlanan hedefler açısından orantısız olduğu ve bu bağlamda demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

Somut olaydaki verilerin, demokratik toplumun hangi gerekleri bağlamında- çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve tolerans- değerlendirildiğine kararda yer verilmemiştir. Karar gerekçesinde de ölçülülük ilkesine ağırlık verilerek özgürlüğe müdahale ile amaçlanan hedef açısından orantısızlık vurgulanmıştır.

Konuyla ilgili ikinci karar[269], başvurucunun yayınladığı kitaplardan dolayı yargılanması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile ilgilidir. Yapılan incelemede-ilk kararda olduğu gibi- aynı inceleme silsilesi ve aynı yaklaşımla yazılan paragraflar ile demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük testine geçilmiştir.

İfade özgürlüğü anlamında demokratik toplum ölçütü şöyle açıklanmıştır: "İfade özgürlüğü mutlak olmadığı için bazı sınırlandırmalara tabi olabilir. İfade özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir."

AİHM kararları yine burada da vurgulanarak demokratik toplum ölçütü ile ilgili AİHS' teki düzenleme ile Anayasa'nın 13. maddesi arasındaki benzer yaklaşıma değinilmiştir.

"Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında

[269] Başvuru Numarası: 2013/1461, Karar Tarihi: 12.11.2014.

dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve "*ölçülülük ilkesi*" ne uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır." yaklaşımı ile AYM, yapılan müdahaleyi uzun uzun tartışmış ve 'Kitap bir bütün olarak incelendiğinde şiddeti övdüğü, kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiği değerlendirilmemiştir' denilerek sonuç kısmında yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatine vararak ihlal kararı vermiştir.

Bu kararda da, ilk kararda olduğu gibi, daha çok müdahalenin ölçülülüğü değerlendirilmiş ve demokratik toplum düzeninin gereklerinden hangisine dayanıldığı belirtilmemiştir. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti altında yayımlanan diğer kararlar[270]da hemen hemen benzer metodoloji ve neredeyse aynı paragraflarla ele alındığı için incelemeye gerek görülmemiştir.

E- Bireysel Başvuru Kararlarında Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

1-Anayasa ve Sözleşme

Sözleşmenin 11.maddesinde düzenlenen toplantı ve örgütlenme özgürlüğü-ilk bölümde incelenmişti- Anayasa'da ise farklı maddelerde düzenlenmiştir. Sözleşmede tek maddede koruma altına alınan haklar, Anayasa'da farklı maddelerde düzenlenmiştir[271]. Sözleşmedeki barışçıl toplantı özgürlüğü hakkına denk düşen madde 34. maddedir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü başlıklı madde şöyle düzenlenmiştir:

"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

---

[270] Başvuru Numarası: 2014/3986, Karar Tarihi: 02.14.2014, Başvuru Numarası: 2014/4705, Karar Tarihi: 29.05.2014, Başvuru Numarası: 2012/1184, Karar Tarihi: 16.07.2014, Başvuru Numarası: 2013/8598, Karar tarihi: 07.02.2015, Başvuru Numarası: 2014/6128, Karar tarihi: 07.07.2015.

[271] AKBULUT, s.381.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir."

Yine 11.maddede düzenlenen örgütlenme özgürlüğü hakkı, siyasi partiler gibi konular Anayasa'da doğrudan ilgili dayanak norm olarak 33, 68 ve 69.maddelerde düzenlemiştir. Aynı kapsamda yer alan sendikal haklar da Anayasa'nın 51, 53, ve 54.maddelerine serpiştirilmiş haldedir[272].

2- Bireysel Başvuru Kararları Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Arkadaşları ile birlikte Aydınlık Gazetesi ve üyesi olduğu İşçi Partisinin bazı yöneticilerinin gözaltına alınmasını protesto etmek için ABD Büyükelçiliği önünde basın açıklaması yapmak istemelerinin engellenerek gözaltına alınması ve yasadışı gösteriye katılmak suçundan hapis cezasına mahkûm edilmesi nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurucu ile ilgili kararda[273] AYM'nin yaklaşımı şöyledir.

Esas yönünden inceleme yaparken Anayasa 34 ve AİHS 11 art arda verilerek incelemenin hangi kapsamda yapılacağı ortaya konulmuştur. "Genel ilkeler" başlığı altında Anayasa, Sözleşme ve AİHM kararları sırasıyla belirtilmiştir. "…çoğulculuk, hoşgörü ve başkalarının düşünce ve inançlarına saygı duymak demokratik toplumun vazgeçilmez özelliklerindendir. Çoğulcu demokrasilerde, çoğunluğun fikrinin her durumda üstünlüğünün olduğu ileri sürülemeyeceği gibi azınlık veya muhalif fikirlerin korunması ve bunların ifade edilmesinin güvence altına alınması

[272] AKBULUT, s.423.
[273] Başvuru Numarası: 2013/2394, Karar Tarihi: 25.3.2015.

demokratik ilkelere saygının bir göstergesidir.” cümleleri AİHM kararlarından özellikle kararda vurgu yapılan metindir.

Anayasa’nın 13.maddesindeki ölçütleri sırasıyla uygulayan AYM, kararını şu cümlelerle bağlamıştır: “…başvurucunun katıldığı basın açıklaması eyleminin 2911 sayılı Kanun'un 10. ve 22. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile sonlandırılması ve bu eylem nedeniyle aynı Kanun'un 32. maddesi uyarınca neticeten beş ay hapis cezasına mahkûm edilmesi şeklindeki müdahalenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi, Anayasa'nın 34. maddesi kapsamında "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve "*ölçülü*" olduğu söylenemez.”

Konuyla ilgili bir başka kararda[274] başvurucu bir sendikadır. Başvurucu Sendika, yürütülen toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde anlaşma sağlanamaması üzerine aldıkları grev kararının Bakanlar Kurulu kararı ile ertelenmesi ve bu erteleme kararına karşı yaptıkları yürütmenin durdurulması talebinin reddedilmesi nedeniyle sendika kurma, toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme ile grev haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek Mahkeme’ye başvurmuştur.

Sözleşmenin 11. maddesine vurgu yapılan kararda Anayasa’nın ilgili maddeleri olarak da 51,53 ve 54.maddeleri gösterilmiştir. Sendika hakkının, çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirdiği ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak olmadığı, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olarak görüldüğü kararda vurgulanmıştır.

Sendika hakkının sınırlanabilirliğine yapılan gönderme ile bu hakkın Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabi olduğu belirtilmiş ve Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçütler hatırlatılmıştır. Buna göre somut olayı incelemeye devam eden karar, grev kararının sendikal faaliyet kapsamında uygulamaya konulmasına rağmen ertelenmesini hakka müdahale saymış ve müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını değerlendirmeye geçmiştir. Bu

[274] Başvuru Numarası: 2014/12166, Karar Tarihi 2.7.2015.

aşamada kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük testlerini somut olaya uygulamıştır.

Demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük başlığı altında yapılan incelemede öncelikle-diğer kararlarda olduğu gibi- AİHM kararlarından alıntılar yapmıştır. Karara dayanak olan açıklamalar şöyledir:

"G*erekli*" kavramı, "*zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç*"a işaret etmektedir. O hâlde örgütlenme özgürlüğüne ve sendika hakkına yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakmak gerekecektir. Bu çerçevede bir müdahale, meşru amaçla orantılı bir müdahale olmalıdır. İkinci olarak müdahalenin haklılığı için kamu makamlarının gösterdikleri gerekçeler konuyla ilgili ve yeterli olmalıdır."

Karar fıkrası ise şöyledir:

"Açıklanan nedenlerle grev erteleme kararının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayandığının ortaya konmadığı ve "*demokratik toplumda gerekli olmadığı*" sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak başvurucunun Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

Çalışmanın konusu, kararların içeriğinin tamamını değerlendirmek olmadığından kararlarla ilgili diğer ayrıntılara değinilmemiştir.

AYM, şu ana kadar değinilen kararlarında ve diğer kararlarında demokratik toplum düzeni kavramını "çağdaş batılı demokrasiler" vurgusu[275] yaparak işlemiştir.

[275] "Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil; koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir ." Başvuru Numarası: 2014/19725, Karar Tarihi: 19.11.2015, prg. 48.

Bu vurgu neredeyse tüm kararlarında aynı ifadelerle yansıtıldığı için burada tekrar yer vermeye gerek olmadığı düşünülmektedir.

III-İKİNCİ BÖLÜME İLİŞKİN ARA DEĞERLENDİRME

1-Bireysel başvuru kurumuna neden ihtiyaç duyulduğu ilgili anayasa ve kanun maddelerinin gerekçelerine vurgu yapılarak açıklanmıştı. Diğer Avrupa Konseyi üyelerinin çoğu daha önce bu yolu kabul etmiş ve Türkiye, örneğin Macaristan gibi ülkelerle aynı dönemlerde bireysel başvuru yolunu kabul etmiştir[276].

Bireysel başvurunun kabul edilmesi ve uygulamaya geçmesi için neden bu kadar-2010 Anayasa değişiklikleri- beklenildi? AİHM önündeki dosya sayısını azaltmak gerekçesi, daha önce de gündeme gelemez miydi?

Bu sorulara cevap verebilmek için anayasa yargısının tarihsel gelişimine kısaca değinmek gerekmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında özellikle İngiltere ve ABD'nin insan haklarının hem uluslararası hem de iç hukukta korunması gerektiği tezi üzerinden anayasa mahkemelerinin kurulması gerektiğini vurguladıkları bilinmektedir[277]. Burada tüm anayasa hukukçularının bildiği bir hususu hatırlatmakta fayda vardır: İngiltere yazılı bir anayasaya ve buna bağlı olarak bir anayasa yargısına sahip değildir. Benzer şekilde ABD'de de yazılı bir anayasa olmasına rağmen ayrı bir anayasa yargısı sistemi mevcut değildir. Ama dünyanın geri kalan ülkelerine özellikle Latin Amerika ülkelerine ve Avrupa'ya anayasa yargısının kurulması için insan hakları ve demokrasi gerekçesiyle telkinde-baskıda- bulunmuşlardır.

Avrupa'da, II. Dünya Savaşı sonrasında Almanya ve İtalya ile başlayan sürecin 1980'lerde doğu bloku ülkelerinin anayasa yargısını kabul etmeleriyle devam etmiştir[278]. Türkiye, demokratikleşmenin ikinci dalgasında[279]-İkinci Dünya Savaşı Sonrasında- 1961 anayasası ile sürece katılmıştır.

---

[276] KARAMAN, s.41 vd.

[277] TURHAN, Mehmet, "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi Ve Meşruluğu", Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Editörler: Mehmet Turhan-Hikmet Tülen, Anayasa mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s.43.

[278] YAZICI, s. 387.

[279] Daha Geniş Bilgi İçin Bkz, HUNTİNGTON, Samuel P., Üçüncü Dalga- Geç 20.Yüzyılda Demokratikleşme-, Çev. Ergun Özbudun, Kilit Yayınevi, Ankara 2011.

Sözleşmeden yarım asırdan fazla bir süre geçtikten sonra bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi[280] –hem de Macaristan gibi ülkelerle benzer dönemlerde- bunun kendi iç dinamiklerimizle değil dünya sahnesinde bize rol biçenler tarafından uygun görüldüğü şüphesi uyandırmaktadır. Ayrıca, Fukuyama'nın tezi olarak -birinci bölümde değinilen- ABD'nin büyük ulus inşası çalışmalarında genelde hukuka özelde ise anayasa hukukuna (insan hakları ve demokrasi) ve anayasa yargısına duyulan ihtiyaç da düşünüldüğünde bu şüphe artmaktadır.

Nitekim Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Başkanı Valery ZORKİN bir konuşmasında[281],

"Hayat şunu kanıtlar ki bugün anayasal adalet, radikal hareketlerin tüm çeşitlerinin büyümesini kısıtlayan evrensel yasal mekanizma olarak görünür ve bu kısıtlamalar bir yandan Devlet egemenliği prensibine ve öte yandan ulusal devletlerin yasal sistemlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan uluslararası girişimleriyle olan uyuma bağlıdır. Bu yaklaşım dünya çapında çağdaş anayasal yargı için yaygındır. Ancak sadece politik kaynakları ve iradeleri bir araya getirerek mümkün olan anayasal prensipleri korumayı sağlamak için çabalarımızı birleştirmeliyiz. Bu prensipler Anayasa Mahkemeleri tarafından farklı şekillerde düzenlenir, fakat aslında aynıdır. Sistemlerimizin ortak ve farklı özelliklerini tartışırken, biz gelişimin küresel yönünü şekillendiriyoruz. Ve ortak yolu kesmek hemen hemen imkânsızdır. Bu küresel süreç sizi yakalar ve kararlı bir şekilde sizi sürükler. Gerçekten başka ülkelerdeki eşlerinden izole olmuş bir mahkeme için faaliyetlerini devam ettirmesi ve bugünün dünyasında gelişmesi imkânsızdır." diyerek anayasa yargısının ve anayasa mahkemelerinin küresel sürece eklemlenmedeki rolünü açıklamaktadır.

---

[280] Bireysel Başvuru Yolunun Tarihsel gelişimi için Bkz. ŞİRİN, Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, s.51 vd.

[281] ZORKİN, Valery, "Çağdaş Küresel Dünyada Medeniyet Gelişiminin Anayasal Temeli", Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 24, 2007, s.296 vd.

2-Birinci maddedeki savı güçlendirecek bir başka veri ise bireysel başvuru kapsamındaki hakların belirlenirken sadece AİHS ile kesişen alana vurgu yapılmasıdır. Anayasa'daki tüm haklar bireysel başvuru kapsamına alınabilirdi. "Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır", gerekçesi Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve hürriyetlerin kapsama alınmasıyla daha işlevsel olabilirdi.

3-Doktrinde de bireysel başvuru yolu ile ilgili hukukumuzdaki düzenlemenin gerek normatif yapısı ve kabul ediliş sürecindeki yaklaşımın, bireysel başvuru sisteminin iç dinamiklerin etkisinden çok uluslararası sistemin etkisiyle kurulduğu vurgulanmıştır[282].

Buna rağmen, AYM'nin yetkisinin Anayasa'daki hak ve özgürlükler bakımından denetim yapma hususunda olduğu yani Sözleşmedeki hak ve özgürlükler bakımından yetkisinin olmadığı belirtilmiştir. İNCEOĞLU tespitlerini şu cümleyle daha net ortaya koymuştur:

"Fakat geçen birkaç yıl içinde AYM'nin ortaya koyduğu performans bize-her zaman başaramasa da- adeta İHAM şubesi olmaya çalıştığını göstermektedir."

Benzer biçimde bir yüksek yargı organı mensubu da Avrupa hukukuna entegre girişimlerimizi ve bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinde Sözleşme ve AİHM'in etkilerini dile getirmiştir[283].

4- Hukuki düzenlemeler kanun koyucunun iradesini yansıtırken AYM kararları ise anayasa yargısının iradesini ortaya koymaktadır. İkisinin de yaklaşımı AİHS ve

[282] İNCEOĞLU, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s.306

[283] DEMİRKOL, Selami, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Giden Yolun Daraltılmasında, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yönteminin İçselleştirilmesi – Amaç; Dosyaları İç Hatlarda Tutabilmek, Uluslararası Yolculuk Yaptırmamak", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 33, Yıl 2016, s.182.

AİHM ile örtüşmektedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri Sözleşme ve Anayasa'da yer almakta; AİHM ve AYM-zaman zaman somut olaya AİHM kadar profesyonelce uygulanmasa da- tarafından ölçüt olarak uygulanmaktadır.

5-Demokratik Toplum Düzeninin gerekleri kavramının hukuki metinlerimize girişi yukarıda ayrı bir başlık altında verilmişti. 1982 Anayasasının ilk halinde hakkın özü yerine demokratik toplum düzeni getirilirken gerekçe olarak uluslararası metinlerde yer alması olarak gösterilmişti. Oysa 1961 Anayasası döneminde de aynı metinler ve aynı kavram vardı. Neden 1982 Anayasası döneminde gündeme geldi? Bu, Türkiye'nin Avrupa' ya entegre olma çabalarında bir aşama olarak görülebileceği gibi demokrasimizin gelişme/geliştirme süreçlerinin içsel çabalara bağlı olmadığı şeklinde de yorumlanabilir.

6-Türk doktrininde demokratik toplum düzeninin gerekleri çok fazla tartışılmamıştır. Ancak, genel yaklaşım, ilgili kısımda dayanakları gösterildiği üzere, kavramın kullanışlı olduğudur.

Kullanılışlık ise duruma ve şartlara göre değişebilen anlamındadır. Kemal Gözler bu durumu güzel bir örnekle açıklamaktadır[284]. Ölüm cezasının ABD'de uygulandığından cihetle hakkın özü kavramının uygulanması halinde idam cezalarının infazının mümkün olamayacağını; ancak demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün uygulanması halinde mahkemelerin ölüm cezası verebileceğini ve cezaların infazının yaşama hakkına aykırı olmayacağını belirtir.

Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü ARSLAN'ın ise demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramına yaklaşımı şöyledir[285]:

[284] GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s.555.
[285] ARSLAN, Zühtü, Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13.maddesi üzerine bazı düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, 2002, s.149.

“ Şu halde, ‘öz’ güvencesinin terk edilip yerine demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün benimsenmesin arkasında esas olarak otoriteyi güçlendirme kaygısının yattığını söyleyebiliriz”

Kavramın belirsizliği ve her türlü kullanıma açık olması bireysel başvuru kararlarından önceki AYM kararlarına da yansıdığını-yukarıda ayrıntıları verilmişti-tekrar belirtmek gerekmektedir.

7-Gerek çalışmanın konusu bağlamında gerek de bireysel başvuru kararlarının sonuçları üzerinden genellemeler yapmak haksız yorumlara sebep olabilir. Zaten kararlarla ilgili Türk hukuk literatüründe yayımlanmış eser sayısı da yok denecek kadar azdır[286]. Ancak şu ana kadarki içtihatlarla ilgili genel tespitler yapılabilir. Öncelikle tüm kararlara ilişkin değerlendirmelerden[287] çıkarılacak sonuçlar şöyledir:

-“Bireysel başvuru yolu” ile birlikte AYM, salt siyasal aktörlerin odağı olmaktan çıkıp halkın, temel hak ve özgürlük süjelerinin katına inmiştir. Hukuk devleti ve demokrasi kavramları, bireysel başvuru yoluyla somut, elle tutulur, yaşanan birer olgu haline gelmiştir

-Profili siyasi parti kapatma davaları ile çizilen AYM, bireysel başvuru kurumunun kabul edilip uygulanmaya başlamasıyla Türkiye Cumhuriyeti’nin egemenliği altında yaşayan insanlarla doğrudan bir bağ kurarak, Türkiye ve dünya kamuoyuyla yeni ve verimli bir ilişki yaratmayı başarmıştır.

-AYM özgürlükçü kararlar vererek - twitter, youtube, Öcalan ve DTP kararlarıyla ifade özgürlüğünün önündeki engelleri ortadan kaldıran, Sendika hakkını koruyan- gelecekte de özgürlükçü kararlar vereceğinin işaretini vermiştir.

---

[286] Örnek bir çalışma için Bkz. BİLGİN, Ahmet Burak, Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

[287] ÇELEBİ GÖZTEPE, Ece, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 32, Yıl 2015, s.17 vd.

-Bireysel başvuru hakkı Anayasa ile Sözleşmenin ortak koruma alanını esas almakla birlikte, AYM'nin esas ölçü normu anayasadır. Eğer aksi kabul edilseydi, anayasa koyucu bireysel başvuru hakkını sadece Sözleşme' de güvence altına alınan haklara özgüleme yolunu seçerdi. Bu nedenle kesişme alanının, "norm alanı" olarak anlaşılması ve hangi norm (ya da kesişim alanındaki hangi tekil düzenlemeler) daha fazla güvence sağlıyorsa, o düzenlemenin ihlal iddiasında ölçü norm olarak kullanılması gerekmektedir.

8-Demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda verdiği kararlarla ilgili şunlar söylenebilir:

-AYM henüz AİHM kadar bu ölçütü teknik ve profesyonelce kullanamamaktadır. Bunda temel etken hem bu ölçüte dayanarak verdiği kararların sınırlı sayıda olması hem de önüne gelen somut olayların ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirmeye ihtiyaç göstermemesi olabilir.

-Sınırlı sayıda kararda bir ölçüt olarak kullanılan demokratik toplum düzeni kavramı ile ilgili AYM, neredeyse aynı paragrafları kullanarak, tamamen AİHM kararlarındaki yaklaşımı kullanmasına rağmen hüküm paragraflarında bu ölçütün içeriğine değinmemekte ve sınırlarını belirlememektedir.

-AİHS 8-11 maddelerinde işlenen özel yaşam, aile yaşamı, haberleşme, din ve vicdan, ifade, toplanma vb kavramlarını AİHM önüne gelen olaylarda bir Avrupa toplumu idealini düşünerek kullanmıştır. AYM ise önüne gelen olaylarda bu kavramları Türk toplumunun yapısını düşünerek vermek yerine Avrupa hukuk yaklaşımını esas almaktadır. Bu da henüz Avrupa toplumu ile homojen olmayan Türk toplumunu zamanla Avrupa toplum yapısına benzeme veya benzetme ile neticelenebilir.

-Özellikle Türk aile yapısı ve dini unsurlar Avrupa ile uyumlu değildir. Avrupa'nın Sözleşmenin bağıtlanmadan önce dini alanda geçirdiği değişime ilk bölümde değinilmişti. Sözleşmenin kastettiği ve sınırlarını çizerek özgürlük

alanlarını ve demokratik toplum düzeninde yerini belirlediği din ve aile ile bizim toplumumuzun din ve aile kavramları çok farklıdır.

-Demokratik toplum düzeninin gereklerini Avrupa yaklaşımı ile kararlarında işleyen AYM, bu tutumu ile Anayasa'ya ve Kanuna uygun davranmaktadır. Ancak bu durum, anayasanın haklara dair kısmının uluslararasılaşması demektir[288].

-AİHM, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunu tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul etmiştir[289]. Bu durum, AİHM' in AYM' nin bir üst mahkemesi olduğu algısına veya şubesi gibi algılanmasına sebep olabilir.

-Anayasa'nın 13.maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi iki ayrı kriter olarak düzenlenmesine rağmen AYM, ısrarla iki ölçütün ayrılmaz olduğunu vurgulamış ve kararlarında daha çok ölçülülük ilkesine ağırlık vermiştir.

9-AİHS'de genel sınırlandırma hükmü bulunmamakta 8-11 maddelerinde yer verilen sınırlandırma sistemine yer vermektedir. Bunun sonucu olarak da eğer hak ve özgürlüğü düzenleyen hükümde sınırlandırma sebebi belirtilmemişse o hak ve özgürlüğün sınırlandırılmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır[290]. Anayasa'nın 13.maddesi ise Anayasada yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütleri göz önünde bulundurarak sınırlanabileceğini ortaya koymaktadır[291]. Bu da demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının tüm haklar için kullanılabileceği sonucunu doğurmaktadır.

---

[288] KÖKÜSARI, İsmail, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 33, Yıl 2016, s.303 vd.

[289] KARAKAŞ, Işıl, "Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 33, Yıl 2016, s.13.

[290] TURHAN, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Temel Hakların Sınırlandırılması", Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Editörler: Musa SAĞLAM, Serdar GÜLENER, Recep KAPLAN, Ankara 2013, s.404 vd.

[291] İNCEOĞLU, Sibel, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", İHAS ve Anayasa, s.23.

10-AYM'nin bireysel başvuru kararları, eski dönemlerine nazaran daha özgürlükçü ve nesnel gözükmektedir[292]. AYM'nin bu tutumu çeşitli açılardan değerlendirilebilir. Öncelikle kaybolan toplumsal güvenini/meşruiyetini (367 kararı gibi) yeniden tesis etmek istemek, şeklinde yorumlanabilir.

Özellikle kitleleri ilgilendiren kararlarında-yukarıda değinilmişti- bu yaklaşım daha açık görülebilir. Ancak devletin genel gidişatı/tutumu da 20 yıl önceki gibi değildir. Yani devlet de bireye eski yaklaşımlarla bakmamaktadır. Örneğin başörtüsü yasakları bitmiş ve devletin dine bakış açısında ciddi değişiklikler yaşanmıştır. Laiklik kavramına yüklenen anlam ve uygulamadaki değişiklikler AYM kararlarını da etkilemiştir. Devletin tutumu değişmeseydi AYM, laiklik konusunda bu kararları verebilir miydi? AYM'nin geçmişteki tutumuna bakarak bu soruya olumlu cevap verebilmek oldukça zor görünmektedir.

11-Bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi ile beraber artan iş yükü bir problem olarak kabul edilmektedir[293]. Anayasa Mahkemesi'nin kurumsal yapısı, hem artan iş yükünü çözebilecek kapasitenin tespiti hem de insan hakları ile ilgili ortaya koyacağı yaklaşım[294] konusunda bir fikir verebilir.

Tez çalışması kapsamında, AYM' de bulunmak ve burada bireysel başvuru kararları sonrasında kararların işlenmesi konusunda çalışmalar yapmak imkânım oldu. Gözlemlerimi sıralamadan önce hukuk mesleğinde- o tarihlerde-15 yılımı

---

[292] Anayasa Mahkemesi Başkanı bu durumu bir bildirisinde şöyle değerlendirmiştir: "Mahkemenin uzun süredir uygulanan ideoloji eksenli yargısal aktivizminin hak eksenli bir yargı yaklaşımı ile yer değiştirme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Böyle bir yaklaşımı kabul etmenin ana sebebi, temel hakların korunmasının Mahkemenin kuralları ve devlet faaliyetlerini özgürlükçü bir şekilde yorumlamasını gerektirdiği gerçeğidir." Bildirinin tamamı için ARSLAN, Zühtü, "Türkiye'de Anayasa Şikâyeti: Fırsatlar ve Sorunlar", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 31, Yıl 2014, s.167 vd.

[293] ÇOBAN, Ali Rıza, "Anayasa Mahkemesi: Anayasanın Yorumlayıcısı mı Yoksa Bireysel Hakların Koruyucusu mu?", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 31, Yıl 2014, s.295.

[294] "Anayasa Mahkemesine yöneltilecek tüm eleştirilerde göz önünde tutulması gereken önemli bir husus da Mahkemenin Türkiye'nin önde gelen entelektüellerden müteşekkil bir mahkeme olmaması gerçeğidir… Temel amaç, devlet ideolojisinin ya da dolayısıyla devletin bekasını gerçekleştirmek olunca, kararların, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer aldığı biçimiyle bile olsa demokrasi teorisine uygun olması ya da insan haklarına dayalı veya saygılı olması da beklenmemiştir." HEPER, Yunus, Beka Kaygısı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.494.

doldurduğumu ve bu süre içinde, sırasıyla, serbest avukatlık, Özel şirketlerde hukuk danışmanlığı, kurum avukatlığı, kurum hukuk müşavirliği, üniversitelerde hukuk öğretim görevliliği, adliyelerde bilirkişilik ve kayyımlık yaptığımı belirtmek isterim. Gözlemlerim[295] ise şöyledir:

-Mahkemenin fiziki yapısı, mahkemenin imajı düşünülerek oluşturulmuştur. Çalışanların "fikir" üretebileceği bir fiziki ortam mevcut değildir. Raportör odaları daha çok mahkemenin "temsil" gücü düşünülerek tasarlanmıştır. Ayrıca fiziki ortam mahkemede ciddi bir "hiyerarşi" olduğu izlenimi vermektedir. Giriş kapıları üyeler, raportörler ve idari çalışanlar olarak ayrılmıştır. Yemek katları da benzer şekilde üç ayrı kattadır. Yemek esnasında bir raportörün bir üye ile birlikte olması mümkün değildir. Bu da fikir alışverişini engellemektedir.

-Kütüphaneyi gördüğümde ilk aklıma gelen şu oldu: Mahkemenin kütüphanesi, mahkemenin bahçesi kadar bütçeye sahip değildir. Kütüphane ile ilgili çok daha fazla çalışma yapılması gerekmektedir. Dünyadaki tüm anayasa hukuku kitaplarının kütüphanede olması büyük bir beklenti olmasa gerek.

-Mahkeme ciddi bir bürokratik yapılanmaya sahiptir[296]. Bu durum ülkemizin genel sorunu olarak değerlendirilebilir. Ancak, AYM gibi insan hakları konusunda kararlar veren bir mahkemede bunun çok sert bir biçimde uygulanması yadırgatıcıdır.

-AYM gibi bir mahkemede, özellikle uzun yıllardır bireysel başvuru hazırlığı içinde olmasına rağmen, gerek kararların yazım sürecinden gerekse de kararların işlenmesine ve sistemli bir içtihat yapısı oluşturmak için gerekli olanların -yazılım gibi- yapılmasına kadar birçok aşamanın henüz oturmamış olması oldukça şaşırtıcıdır.

---

[295] Kemal Gözler anayasa hukuku konularına sosyolojik yaklaşımı açıklarken gözlem yoluyla bilgilerin elde edilebileceğini ve bu verilerin sistemleştirilebileceğini vurgulamıştır. GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, cilt I, s.49.

[296] Anayasa Mahkemesinin bürokratik yapısı hakkında daha geniş bilgi için Bkz, KAYA, Emir, "Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVIII, Yıl 2014, s. 587.

-Mahkeme çalışanlarının çoğu, orada olmayı bir "prestij" meselesi olarak değerlendirmektedir. Bu bakış açısı da çalışmalarını ve işyerindeki duruşlarını "konumlarını kaybetmeme" üzerine kurmalarına sebep olmaktadır. Çalışanların çoğu bu sebeple sadece mesai odaklı çalışmakta ve fazladan iş üretme endişesini taşımamaktadır.

-Yargıdan gelen hukukçu raportörlerin çoğu meslekteki alışkanlıklarını mahkemede de devam ettirmektedir. Üstelik mahkemede raportörler ile üyeler ve başkan arasında ciddi şekilde iletişim kopukluğu bulunmaktadır.

-Mahkemenin içinde yaşanan sorunlar başkan ve üyeler tarafından bilinmemekte ve bilinmesi de bürokratik yapı tarafından engellenmektedir.

-Mahkemede özellikle raportörlerin fikir üretebilecekleri ve tartışabilecekleri bir ortam veya zemin mevcut değildir. Çalışanların çoğu ortak bir amaç etrafında toplanmış veya yoğunlaşmış değildir.

Bu tespitlerden şöyle bir yorum yapmak mümkün gözükmektedir: AYM, bu yapısını değiştirmeden vereceği kararlarda AİHM taklidi yapmaktan öteye geçemeyecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİR DEMOKRATİKLEŞ(TİR)ME ARACI OLARAK DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

Birinci bölümde kavramsallaştırılmaya çalışılan "muktedir/erkli demokrasi" kavramının, demokratik toplum düzeninin gerekleri bağlamında özel yaşamı, aileyi, dini, ifade hürriyetini ve toplanma özgürlüğü gibi bir insanın gerek toplumsal gerek siyasal alanda var olabileceği tüm alanlarda müdahale eden, düzenleyen bir demokrasi anlayışı olduğuna değinilmişti.

Üstelik bu alanlarda, Sözleşmeye taraf devletlere de alan bırakmamak konusunda, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü kullanan muktedir demokrasi ile ilgili iki önemli kavram olan "demokratikleştirme" ve "demokratikleşme" kavramlarını bazı açılardan değerlendirmek gerekmektedir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde, "toplum" ve "düzen" kavramlarının gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek Anayasa ve Anayasa Mahkemesi bağlamlarında incelemesi yapılmıştı.

Bu bölümde demokrasi, demokratikleştirme ve demokratikleşme kavramları arasındaki ilişkiler tartışılarak muktedir demokrasi ile ilgili yapılan kavramsallaştırmaya bu bağlamda oluşturulabilecek argümanlar eklenmeye çalışılacaktır.

I-Muktedir/Erkli Demokrasi ve Demokratikleş(tir)me Alanları

A-Demokrasi, Muktedir Demokrasi: Hangisi, Kimin?

Demokrasinin kelime anlamının 'halk idaresi' olduğu ve ilk olarak milattan önce 5.yüzyılda Yunan tarihçisi Heredot tarafından kullanıldığı bilinmektedir[297] . Abraham Lincoln'un "halkın halk tarafından, halk için idaresi" şeklindeki tanımı neredeyse tüm hukukçular ve diğer sosyal bilimciler tarafından kullanılmakta ve bilinmektedir.

Bugün artık evrensel ölçekte onaylanan demokrasi, elbette ortaya çıktığı zamandan çok farklı boyutlara taşınmıştır. Tüm halkın kamu politikalarını ilgilendiren önemli konulardaki temel kararları verebildiği noktadan anayasalar tarafından sınırları çizilmiş[298] ve belki de halkın sadece izleyici olduğu bir noktaya taşınmıştır[299] .

Demokrasinin ilk bağlamından kopartılarak günümüze taşınması sürecinde sayısı tespit edilemeyecek kadar demokrasi türleri ortaya çıkmış/çıkartılmış ve neredeyse sosyal bilimlerin tüm alanlarında tartışılmış ve üzerine çok şey söylenmiştir. Ancak ana/ilk tanımı yapan ve günümüze taşıyan veya temel ilkelerini koyan Batı olmuştur.

Batı bu hakkı-tanımlama ve ilkelerini belirleme- sahip olduğu dünya üzerindeki gücünden almaktadır. "Hayvanların dünyasında birini yemek veya biri tarafından yenilmek kuralı geçerlidir; insanlar dünyasında ise geçerli kural birini tanımlamak veya biri tarafından tanımlanmaktır"[300]. Tanımlama gücünü elinde tutan hakimiyeti de kurmuş demektir.

---

[297] OUTHWAITE, William, Modern Toplumsal Düşünce Sözlüğü, İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s.154.

[298] ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 39.

[299] CHOMSKY, Noam, Demokrasi Ve Eğitim, Editör: C.P. OTERO, Bgst Yayınları, İstanbul 2013, s.247 vd.

[300] SZASZ, Thomas'dan aktaran, ÖZEL, İsmet, Üç Zor Mesele, Tiyo Yayıncılık, İstanbul 2015, s.452.

Demokrasinin beşiği olarak İngiltere, kendi demokrasisini kendi gelenekleri ve kendi belirlediği sınırlar içinde yaşar[301]. Örneğin, devlet başkanlığı seçimle değil, babadan oğula geçen bir sistem üzerindedir. Ayrıca, İngiliz parlamentosunun hâkim konumu İngiliz anayasa hukukunun en belli başlı özelliği olarak kabul edilmektedir. Bu durum, Özbudun tarafından da ilgi çekici bulunmuştur[302]:

"Demokratik bir hükümet sistemine sahip devletlerin hemen hepsi, hiç değilse nazarî alanda, anayasanın üstünlüğü ilkesini benimsemişken, demokrasinin beşiği olan İngiltere'de bunun tam karşıtı olan bir sistemin, yani Parlâmentonun sınırsız yasama yetkisine sahip bulunması esasının varlığı, gerçekten ilgi çekicidir."

İlgi çekici bulunan bu durumun, neden İngiltere dışındaki diğer ülkelere öncelikle bir anayasanın varlığının şart koşulduğu ve sonrasında da 'demokratikleşme' veya 'demokratikleştirme' adı altında neden ülkelerin birtakım zorunluluklara mecbur bırakıldığı tartışılmamıştır[303].

Demokrasi, İngilizlere aittir ve onlar geleneklerini, krallarını ve özellikle de devlet tecrübelerini yok etmeden demokrasilerini yaşatmaktadırlar. Geleneklerini, hukuklarını ve devlet sistemlerini edindikleri tecrübe ve ekledikleri birikimle devam ettirmektedirler. Kimseye benzemeye çalışmadıkları için hep kendi kalmaları sayesinde dünyanın geri kalanına hükmedebilmektedirler[304].

---

[301] Daha Geniş Bilgi İçin Bkz., EROĞUL, Cem, Çağdaş Devlet Düzenleri, İmaj Yayınevi, Ankara 2014, s.4 vd.

[302] ÖZBUDUN, Ergun, İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, 1968, https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40026728/Ingilterede_Parlamento_Egemenligi.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1515933881&Signature=2moth7bFMzAQu2xg61wOa%2Bky5jc%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DIngilterede_Parlamento_Egemenligi.pdf, erişim 14.01.2018

[303] CANİKLİOĞLU, Dikmen Meltem, Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 124.

[304] Daha geniş bilgi için, Bkz, DURALI, Şaban Teoman, Çağdaş Küresel Medeniyet, Dergâh Yayınları, İstanbul 2017.

Hegemonik güç ABD'ye giden yolun başında da İngilizler vardır. 17.yüzyılın başında İngiltere'de Stuart hanedanının işbaşına gelmesiyle yoğun İngiliz göçü ile ABD'nin temelleri atılmıştır[305].

Küresel politikalara yön verdiği kabul edilen bu iki ülkeden[306] ABD, kamuoyu önünde varlığını rahatlıkla sergilerken İngiltere/Birleşik Krallık pek fazla göz önünde bulunmamaktadır. İngilizler ya da Anglosaksonlar daha çok işin/yönetmenin teorik[307] kısmı-İngilizceyi dünyaya yaymak, enstitüler veya üniversiteler aracılığı ile dünyanın geri kalan ülkelerin sosyal/siyasal analizini yapmak[308]-ile ilgilenirken Amerika ise daha çok pratik işlerle- Savaş, silah pazarlama, darbeler- ile ilgilenmektedir. Bir İngiliz devlet adamının, siyaseti, insanları aldatma yoluyla yönetme sanatı olarak tanımlamasını[309]da buraya eklemek gerekmektedir.

Küresel güçler evinde demokrasi yaşarken, evin dışına ise "muktedir/erkli demokrasi" ile müdahalelerde bulunmaktadırlar. Aynı zamanda inşa ettikleri düzenlerin devamı için de muktedir demokrasinin diğer araçlarını kullanırlar. Bu araçlar, önce savaş, sahip oldukları teknolojik silahlar, darbe organizasyonları[310] vb. sonra da eğitim, hukuk, tarih, dil, sanat vb. dir.

---

[305] EROĞUL, s.75.

[306] LAÇİNER, Sedat, "Amerika Ve İngiltere'de 11 Eylül Sonrası Din Ve Siyaset İlişkisi", Uluslar arası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt:1, No:1, 2005, s. 105, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rinlp1&div=10&g_sent=1&casa_token=&collection=journals, erişim 14.01.2018.

[307] "Özgür devletler, tüm diğer devletler gibi, fetih ya da kolonileşme yoluyla edinilen sömürgelere sahip olabilir ve bizim kendi devletimiz modern tarihte bunun en büyük örneğini teşkil eder. Bu sömürgelerin nasıl yönetilmesi gerektiği oldukça önemli bir konudur…İngiltere, kendi kanından ve dilinden olan ve bazen de olmayan uzak nüfuslara, kendi kurumlarını taklit ederek oluşturulmuş temsili kurumları bahşetmek noktasında, her zaman belli derecede yükümlülük altında olduğunu hissetmiştir." MILL, John Stuart, Demokratik Yönetim Üzerine Düşünceler, Çev. Özgüç Orhan, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2017, s.377-378

[308] SAİD, Edward W., Şarkiyatçılık, Metis yayınları, İstanbul 2016, s. 267 vd.

[309] AKDOĞAN, Yalçın, "Yerel Siyaset-Kavramlar", Yerel Siyaset, Okutan Yayınları, İstanbul 2008, s.9.

[310] "…Afrika, Latin Amerika ve Asya'da olmak üzere geniş bir coğrafyada yer alan pek çok devlette, siyasal-hukuksal yapılanmada belirleyici rolü, o devletlerdeki ordular ve genellikle de faaliyetine izin verilen daha doğrusu bağımsızlık ya da devrim mücadelesini yürüten siyasal örgüt olan tek siyasal parti üstlenmiştir." GEMALMAZ, Devlet, Birey Ve Özgürlük, s. 411.

Kendileri ‘medeni’, dünyanın geri kalanı da “barbar” dır. 1900’lerde yayılmacı politikalarının kaynağı ilahi idi:

“Tanrı bizleri dünyanın usta düzenleyicileri kıldı… Amerikan halkını sonunda dünyanın yenilenmesine öncülük edecek seçilmiş kavim olarak belirledi. Amerika’ya verilmiş ilahi görevdir bu.[311]”

Bu sözler, Fukuyama’nın, çalışmanın ilk bölümünde değinilen ABD’nin ‘ulus inşası’ çalışmalarının 1900 yılında başlandığına dair verilerle de örtüşmektedir. Fukuyama’nın “büyük ulus inşası” çalışmalarının devam ettiği konusundaki ifadelerini de burada tekrar hatırlatmak gerekmektedir. Yayılmacı/emperyalist tutumun kaynağını ilahi göstermelerine rağmen temel amaçlarının ‘pazarlar’ yaratmak olduğu da dayanakları ile beraber ilk bölümde işlenmişti.

Modern zamanlara gelindiğinde, hegemonik güçlerin pazarladığı muktedir demokrasi için amaçlarını şöyle izah etmeleri şaşırtıcı değildir: Reagan başkanlığı döneminde ‘demokrasi yardım projesi’ adlı çalışmada yer alan Thomas Carothers, ABD’nin geleneksel iktidar yapılarının-temelde şirketler ve müttefiklerinin- etkin olarak kontrolde bulunmasını sağlayacak tepeden aşağı bir demokrasi biçimi yaratma peşinde olduğunu söylemiştir[312].

Muktedir demokrasinin önemli bir özelliğini-yukarıdan aşağıya olması- ortaya koyan bu yaklaşım aynı zamanda muktedir demokrasinin günümüzdeki sahiplerini de gizlememektedir: Şirketler ve ortakları.

Buraya kadar yapılan tespitlerden varılan sonuç şudur: Demokrasinin sözlük tanımı ile gerçek dünyaya ait tanımı arasında hiçbir ilişki yoktur.

Çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bağıtlandığı şartlar, ortaya çıkış süreci de incelenmiş ve bunun karşılıklı rızanın ötesinde çeşitli etkileme

[311] ALDRICH, Robert, Emperyal Çağ, Oğlak Yayınları, İstanbul 2008, s.280.
[312] CHOMSKY, Noam, Dünyayı kim Yönetiyor?, Derleyen: NAIMAN, Arthur, İnkılap Yayınevi, İstanbul 2012, s. 183.

araçlarını ve müdahaleleri içerdiği görülmüştür. Sözleşmeyi hazırlayan organ olarak Avrupa Konseyi'nin oluştuğu şartlar/vasat konusunda hukuk literatürümüzde daha fazla çalışma yapılması konunun çok daha farklı boyutlarda tartışılmasına zemin hazırlayabilir.

Sözleşmenin, İkinci dünya savaşı sonrasında ve ABD'nin şartları belirlediği bir ortamda kabul edildiğine dair argümanlar ilk bölümde işlenmişti.

Çalışma, Avrupa tarihi/düşüncesi üzerine yoğunlaşınca[313] müstakil bir Avrupa olmadığını ve muktedir demokrasi sahiplerince yapılan müdahalelerin/çalışmaların bu kıtayı bizden çok daha önce etkisi altına aldığını fark etmek mümkündür. Türkiye gibi ülkelerde belki de şimdilerde yaşanılan ve tartışılan toplumun "Amerikanlaşması" gibi bir durumun Avrupa'da 1960'larda yaşandığı düşünülmektedir[314].

Sözleşmede ortaya konulan "demokratik toplum" , "düzen" ve "gereklilik" kavramlarına, buraya kadar yapılan tespitler ışığında bakıldığında karşılaşılan tablo, aslında, muktedir demokrasinin temel özelliği olarak vurgulanan, tepeden inmeci yaklaşım çıkmaktadır. Yani Sözleşmenin dili ve yapısal olarak getirdikleri tarihi bağlama ve şartlara uygun gözükmektedir.

Sözleşmenin 8-11 maddelerinde demokratik toplum düzeninin gereklerine hem devletlerin hem de bireylerin uyması istenmektedir. Devlet müdahalede bulunduğunda müdahalenin gerekli olduğunu açıklamak ve ispatlamak durumundadır. Birey, bu ölçütün kendisine devletin müdahalesi karşısında bir güvence sağladığını düşünmektedir. Ancak güvencenin sınırlarını önce devlet sonra da AİHM belirlemektedir.

---

[313] Daha geniş bilgi için, Bkz, WALLERSTEIN, Immanuel, Modern Dünya Sistemi, Cilt:1,2,3,4, Yarın Yayınları, İstanbul 2015; DINER, Dan, Yüzyılı Anlamak, İletişim Yayınları, İstanbul 2015; BADIOU, Alaın, Yüzyıl, Sel Yayıncılık, İstanbul 2013, LE GOFF, Jacques, Avrupa'nın Doğuşu, Literatür Yayıncılık, İstanbul 2008; CORM, Georges, Avrupa ve Batı Miti Bir Tarihin İnşası, İletişim Yayınları, İstanbul 2011.

[314] MAZOWER, s.413.

AİHM getirdiği yorumla demokratik toplum ölçütünü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumladığını belirtmektedir. Ancak bu kavramlar da sınırları belli olmayan ve bütüncül bir bakış açısıyla yorumlandığında her durumda, her koşulda sübjektif kullanıma açık kavramlardır.

Burada, AİHM'nin yaklaşımının, postmodern öğretinin temel unsurlarından birisi olarak kabul edilen görecilik (rölativizm) kavramına bizi götürdüğünü de belirtmek gerekmektedir. Bütün bilgilerin göreli olduğu, genel geçerliliğe sahip ahlak değerlerinin de olamayacağı, bütün değerlerin zamana, topluma, kişiye, kültür durumuna ve yaşama biçimine göre değişeceği postmodern öğretinin temel postulalarıdır[315].

Yirminci yüzyılın ilk çeyreğinde Amerika' da egemen olan bir felsefe akımı olan pragmatizmi[316] benimseyen postmodernizm[317], bilginin ticarileştiği zamanımızda "doğru mu?" sorusu yerine "ne işe yarar?" sorusunun önemine vurgu yaparak "satılabilir mi?", "etkili mi?" gibi sorulara cevap aramaktadır.

Çok kültürlülük kavramını önemseyen postmodernizm, modernitenin oluşturduğu kültür hiyerarşisini reddederek egemen kültürleri silikleştirir[318]. Bu durumda karşımıza çıkan kavram küreselleşme[319] olmaktadır. Uluslararası kapitalizmin geçerlilik kazandığı günümüzde sermaye hareketleri ulus devletlerin denetiminden çıkmıştır.

Postmodernizmin hukuka yansıması, temelde hukukta öngörülen ve yerleşmiş(içtihadi) hiyerarşileri yıkmaktır. Buna göre merkezi hükümetin yerel yönetimler, erkeklerin kadınlar üzerindeki etkileri ortadan kaldırılmalıdır.

---

315 GÜRİZ, Adnan, Feminizm, Postmodernizm Ve Hukuk, Phoenix Yayınları, Ankara 2011, s.119-120.

316 OUTHWAITE, pragmatizm, s.592 vd.

317 Daha geniş bilgi için Bkz, ŞAYLAN, Gencay, Postmodernizm, İmge Yayınları, Ankara 2016.

318 FEATHERSTONE, Mike, Postmodernizm Ve Tüketim Kültürü, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2013, s.78 vd.

319 TOMLINSON, John, "Küreselleşme ve Kültürel Kimlik", Küresel Dönüşümler, Editörler: David Held-Anthony Mcgrew, Phoenix Yayınları, Ankara 2014, s.320 vd.

AİHM'nin yaklaşımı demokratik toplum düzeninin gereklerini sürekli belirleyebilecek konumunu kaybetmemektir. Bu yaklaşımı, postmodern olana uygun olduğu gibi küresel olana gitmede, büyük ulus inşasında da, önemli bir etki yapmaktadır.

Muktedir demokrasi, dönüştürdüğü Avrupa ve ona eklemlenmiş devletleri[320] yeni bir mecraya doğru sürüklediği düşünülmektedir: Tek dünya devleti. Buna "Küresel Roma İdeali" de diyebiliriz.

İtalya'da bir kent devleti olarak kurulan Roma, tarihçilerin siyasi açıdan imparatorluk dönemi diye adlandırdıkları dönemini milattan önce 27 ile milattan sonra 476 yılları arasında yaşamıştır[321]. Roma' nın gücü pragmatizmdi[322]. Roma'da siyaset teorisi önemsenmemiş yerine 'savaşmak, yönetmek ve para kazanmak' önemsenmiştir[323]. Tarihteki Roma imparatorluğu için en etkili nitelendirme şöyle yapılmıştır[324]:

"Roma, kişisel Tanrı kompleksi doğaların kendini gerçekleştirmek için her türlü bedensel ve manevi hazzın meşru ilan edildiği, aleni olarak saygınlık atfedilip hukukileştirildiği ve kendisini kişisel tanrı kompleksi bağlamında en üst düzeyde gerçekleştirenlerin ise tanrı-insan olarak kutsandığı bir bireysel ihtiras dünyasıdır… Roma, evrensel tanrı kompleksi bir doğaya sahip bir devletin tüm dünyaya tekebbür içinde tahakküm etme hırsının, başka ulusları zelil kılma yargılamasının ve güç, ihtişam ve terör ile tek bir yeryüzü imparatorluğu kurma tutkusunun kozmopolit gerçekliğidir. Roma, kendisinden sonra gelecek tüm kişisel, kolektif ve evrensel Tanrı kompleksi ihtiraslarının da ideal örneklik sembolüdür."

---

[320] Daha geniş bilgi için Bkz., MCCORMICK, John P., Weber, Habermas Ve Avrupa Devletinin Dönüşümü, Çev. Ferit Burak Aydar, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2015.
[321] UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.138.
[322] UYGUN, age. s.141.
[323] AKAD/DİNÇKOL/BULUT, s.38.
[324] ÇETİN, Halis, Kişisel, Kolektif ve Evrensel Tanrı Kompleksi II, Kadim Yayıncılık, Ankara 2014, s.299.

Tarihteki Roma İmparatorluğunun temel unsurları olarak kabul edilen- savaşmak, yönetmek, para kazanmak, pragmatizm- ile alıntılanan diğer unsurları:

-Bedensel ve manevi haz ve hukukileştirilmesi,

-Bireysel ihtiraslar, tüm dünyaya hükmetmek isteyen ceberrut bir yapı,

-Başka ulusların zelil kılınması veya kendilerini öyle görmelerinin sağlanması,

-Güç, ihtişam, terör ile tek bir dünya devleti olma ideali,

Küresel Roma peşinde koşan hegemonik güçlerin de temel dayanak/çalışma noktaları olarak kabul edilmektedir.

B-Muktedir Demokrasinin Demokratik Toplum Düzeni ve Demokratikleş(tir)me Alanları

Demokrasi kavramı ana hatlarıyla ve konu ile ilgili boyutlarıyla yukarıda izah edilmeye çalışılmıştır. Demokratik, demokratikleşme ve demokratikleştirme kavramları arasındaki ilişki çok net olarak ortaya konamasa da genel yaklaşımı ortaya koyan bir çalışmada konu şöyle özetlenmiştir[325]:

"Demokratikleşme, her şeyden önce biçimsel bir kalıp değil, özü dönüştürmeye yönelik uzun soluklu bir programdır. Belki başlangıçta, daha önceden belirlenmiş kural ve kurumlar çerçevesinde kararların oluşumunu etkilemeye çalışacaktır ama dar anlamda toplumsal kurumlardan başlayan ve giderek kendiliğinden bir hareket haline dönüşecek olan bir devingenlik sürecinde gelişecektir. …Genel anlamda bir eğitim sürecinden başka bir şey olmayan demokratikleşmeye bu nedenle demokratikleştirme adı da konabilir. Demokratikleşme ya da demokratikleştirme, toplumsal değerlerin genel ve tutarlı bir strateji ile yönlendirebilecekleri gerçeğine dayanarak toplumun tüm kesimlerini kapsayacak bir süreç olduğunun bilincine vararak, biçime değil öze önem vererek, sosyo-politik yaşamı kökten değiştirmesi beklenen bir toplumsal süreç şeklinde anlaşılmalıdır."

Bu satırlardan şu sonuçları çıkarmak mümkün gözükmektedir:

-Demokratikleşme dönüştürmeye yöneliktir ve uzun vadelidir.

-Demokratikleşmenin başlaması için önceden belirlenmiş kural ve kurumlar olmalıdır. Toplumsal taleple başlayan bir süreç değildir. Kurallarını demokratikleşmek isteyenler koyamaz.

-Demokratikleşme dar anlamda toplumsal kurumlardan başlamalı ve devamında kendiliğinden bir harekete dönüşmelidir.

---

[325] SAN, Coşkun, "Toplumda Demokratikleşme Alanları", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 10, Yıl 1993, s.422-423.

-Demokratikleşme bir eğitim süreci olduğu için yani öğretildiği için demokratikleştirme olarak adlandırılabilir.

-Demokratikleştirme ile toplumsal değerler yönlendirilebilir, değiştirilebilir. Toplumun hiçbir kesimi dışarıda bırakılmamalıdır.

-Sosyal alanı ve politik alanı köklü şekilde değiştirmesi demokratikleştirmeden beklenen işlevdir.

Demokratikleşme veya demokratikleştirme konusu, toplumun taleplerine bırakılmadan, tepeden inmeci bir yöntemle toplumun eğitilerek, öğretilerek, yönlendirilerek yaşaması gereken bir süreç olarak izah edilmiştir.

Demokratikleştirme alanları olarak ise politika alanı, kamusal alan, ekonomik alan, kitle iletişim alanı ve dar anlamda toplumsal alan olarak belirlenmiştir[326].

Politika alanında yerel yönetimlerin etkisinin arttırılmasına vurgu yapılmıştır. Kamusal alanda merkezi yönetimin varlığının demokratikleştirme için uygun olmadığına değinilmiştir. Ekonomik büyümeye akılcı sınırlar getirilmediği takdirde demokratikleştirmenin başarı şansının olmadığı belirtilmiştir. Kitle iletişim araçlarından da devletin denetiminde olanlar eliyle toplumun demokratikleştirilmesi sağlanmalıdır.

Demokratikleştirmenin en önemli alanı olarak dar anlamda toplumsal alan olduğu belirtilmiştir. Dar anlamda toplumsal alan olarak aile, çevresi, okul ve yükseköğretim kurumları belirlenmiştir. Şu ifade, konu açısından önemlidir: "Demokratikleştirmenin bir demokratikleşme sürecine dönüşmesi ancak bu alanda başlarsa başarılı bir sonuca ulaşabilir.[327]"

[326] SAN, s.423 vd.
[327] SAN, s.426.

Makalenin başında demokratikleşme ile demokratikleştirme aynı/benzer yaklaşımı ortaya konulmuştu. Ancak bu cümle, aslında iki kavramın aynı olmadığını ve birbirini takip eden iki süreç olduğunu ortaya koymaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile öngörülen ve Anayasa'mızda da mevcut demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramına bir de bu açıdan yaklaşmak gerekmektedir.

Demokratikleşme aşamasına geçmek için öncelikle demokratikleştirilmek gerekmektedir.

Demokratikleştirilme ise önce kural ve kurumlar vasıtasıyla olmalıdır. Kural- yani hangi açılardan ve hangi toplumsal alanlardan başlanarak demokratikleştirme yaşanacağını belirleyen- Sözleşme ve Anayasa'dır. Kurum olarak ise öncelikle Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sonrasında da Anayasa Mahkemesi'dir. Bu kural ve kurumlar bireyi, aileyi, toplumu ve nihayetinde devleti dönüştürmelidir.

Dönüşüm belli bir aşamaya gelince de demokratikleşme başlayacaktır.

Demokratikleşme aşamasından sonra demokrasiye geçiş olacak mı?

Yani toplumsal bir taleple, içeriden gelen bir istekle ortaya konulmayan demokratikleşme ve demokratikleştirme sonunda toplumların en geniş anlamda kendileri olarak belirleyebilecekleri bir demokrasi var mıdır? Toplumlara ve ülkelere bunu başarma veya yapma şansı tanınacak mıdır?

İyi toplum bireyleri ne kadar özgürleştirdiği ve yaratıcı güçlerini ne kadar açığa çıkardığıyla ölçülen ve değerlendirilen bir toplum ise ve demokrasi de bu amaç için uygun bir araç olarak görülüyorsa neden önce demokratikleştirilip sonra da demokratikleşmeleri beklenmektedir?

Bu sorulara verilecek tek bir cevap-eldeki verilerle- görünmektedir: Muktedir demokrasinin belirlediği sınırlar kadar demokrasi-ve insan hakları- sahibi

olabilirsiniz. Bunun dışına çıkmaya çalıştığınızda otoriter veya totaliter suçlamasıyla karşılaşabilirsiniz.

II- İki Mahkeme Tek toplum

Anayasa yargısı, hukuk devletinin gelişiminde son ve en önemli aşama olarak tanımlanmıştır[328]. Ancak, anayasa yargısının demokratik meşruluğu sorunu, anayasa hukukçuları arasında ciddi bir tartışma konusu olmuştur[329].

Anayasa yargısının yayılması ise demokratikleşme dalgaları devam ederken 1974-1989 ve sonrasında olmuştur[330]. Demokratik meşruiyeti tartışma konusu olan anayasa yargısının demokratikleşme dalgası içinde birlikte yaygınlaşması bir paradoksa işaret eder.

Bu durum doktrinde şöyle izah edilmiştir[331]:

"Anayasa yargısı, ne oldu da çağımızda bu kadar yaygınlaştı? Niçin bu iş 1950'lerden sonra, özellikle 1970'lerden sonra bu ölçüde yaygınlık kazandı? Bunun üzerinde özellikle anayasa yargısının sosyolojik kökenleri ve sosyolojik izahı konusunda çok çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Burada zamanınızı bunlarla harcamak istemiyorum; fakat bu görüşlerin neticesinde bir şey ortaya çıkmaktadır, o da Batı ülkelerinin kamuoylarında bireyin temel hak ve hürriyetlerini en iyi koruyacak kurumun yargı kurumu olduğu konusunda yerleşmiş olan kanaattir. Başka bir deyişle, Batılı kamuoyları anayasa mahkemelerinin ve genel olarak yargı organlarının birey haklarını yasama organından daha iyi koruyacağına inanmaktadırlar."

---

[328] ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.393.
[329] ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Konya 2015, s.301.
[330] BARIN, Taylan, Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.163.
[331] ÖZBUDUN, Ergun, Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar, Anayasa yargısı Dergisi, Cilt 23, 2006, s.59.

Oysa çalışmadan elde edilen veriler şunu söylemektedir: Muktedir demokrasi kendi mantıksal tutarlılığı içinde hem anayasaları hem de anayasaların nasıl denetleneceğini belirlemektedir. Anayasa yargısının, Huntington'un tabiriyle demokrasi dalgaları içinde yayılması aslında 'demokratikleştirilme' nin bir unsurudur.

Anayasa yargısı kararları ile hem topluma hem de devlete yön vermektedir. Bireysel başvuru yolu bunun özel bir çeşididir. Gerek Sözleşmenin gerek AİHM'nin topluma ve devlete yön verme durumu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanının verdiği örneklere[332] bakılabilir:

"- Sözleşme, her şeyden önce, Avrupa devletleri arasında bir "siyasi ideal ve geleneklerin, hürriyete saygının ve hukukun üstünlüğünün ortak mirası" etrafında bir birlik enstrümanı görevini yapmaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme, tolerans kavramına atıfta bulunmamakta, fakat birçok kereler, "demokratik toplum" dan bahsetmektedir.

- Size bir kaç örnek sunmayı arzu ediyorum. Bu örnekler, terörizmle mücadele, sosyal barışın araştırılması, ifade hürriyeti, nefret ve reddiyecilik nutuklarına karşı koyma, çoğulculuk ve laikliğe dair olacaklardır. Bütün bu hedeflere, çok farklı ülkeler için varılmış kararlar vasıtasıyla, bazen benzer, bazen tamamen farklı durumlarda erişilmiştir.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gıyabında birçok eleştiriler almaktadır. Bazıları, Mahkemenin Sözleşmeyi yaratıcı bir şekilde yorumlamasından üzüntü duymaktalar. Diğerleri ise, yeterince gayretli olmadığını ifade etmektedirler. Gayet tabii ki, Mahkememiz her şeyi yapamaz. Avrupa ne hiç bir zaman bir savaş riskinden uzak olmuş, ne de bir hoşgörüsüzlükten uzak kalmıştır."

[332] COSTA, Jean Paul, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargı Yetkisi: Bir Barış ve Hoşgörü Faktörü mü?, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 24, 2007, s.17 vd.

Anayasa mahkemesinin topluma, devlete yön verebilmesi hususunda da değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinden sonra bireysel başvurunun olgusal olarak etkileri şöyle değerlendirilmiştir[333]:

"-Bireysel başvuru bireyler ile Anayasa'nın doğrudan ve somut temasını sağlamıştır.

- Bireysel başvuru, iptal ve itiraz davalarından farklı olarak, bir hükmün yorumunun anayasal denetimine imkân vermiştir. (Bunun en bariz örneği azami tutukluluk süresi. Derece mahkemeleri 5271 sayılı Kanun'un 102. maddesinde düzenlenen ağır cezalık işlerdeki azami 5 yıllık tutukluluk süresinin sanığa isnat edilen her bir suç için ayrı ayrı geçerli olduğu şeklinde yorum yapmışlardı. Aslında kuralın kendisi Anayasa'ya bizatihi aykırı görünmeyebilirdi ama yorumun kendisi Anayasa'da düzenlenen temel hak ve hürriyetlere bariz bir şekilde aykırıydı. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda bu yorumu Anayasa'ya aykırı bularak ihlal kararı vermiştir. Bireysel başvuru sonucu verilen bu kararın etkileri de süratle görülmüş ve derece mahkemeleri Anayasa Mahkemesinin benimsemiş olduğu yorumu benimsemiş ve uygulamasını bu çerçevede derhal düzeltmiştir. Bu ciddi bir etki olarak karşımıza çıkmaktadır.)

- Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkının tanınması ile birlikte uluslararası bir mahkemeden önce ulusal bir mahkemeye bireysel başvuru yapılması imkânı tanınmıştır."

Yapılan değerlendirmelerin bize gösterdiği Anayasa mahkemesinin kararları ile topluma ve devlete bir yön verebildiğidir. Bireysel başvuru kararlarında yapılan- ikinci bölümde değinildi- AİHM vurgusu bu yönünün nereye doğru olduğunu ortaya

[333] ÇELİK, Abdullah, Bireysel Başvurunun Kazandırdıkları, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 32, 2015, s.443 vd.

koymaktadır. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç da bir konuşmasında bu yönü, şu ifadelerle ortaya koymuştur[334]:

" Demokrasi, insan onuru, temel hak ve özgürlükler, Mahkememizin korumak zorunda olduğu evrensel değerlerdir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi başta olmak üzere çağdaş dünya milletlerinin kabul ettiği insan hakları belgelerinde, temel hak ve özgürlükler; din, ırk, mezhep, siyasi düşünce ve ideolojilerden arındırılarak sadece "insan olma" ortak paydasında birleştirilmiş ve evrensel bir değer olarak tanımlanmıştır. Bu evrensel değerler bütün insanlığın gönül birliğini ve bütünlüğünü sağlayacak etki ve öneme sahiptir… Türkiye ise bu evrensel değerlere bağlılığını çeşitli antlaşma ve sözleşmelerle dünyaya ilan etmiştir. Bu bağlamda, 1990 yılında Avrupa insan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisinin kabul edilmesi ve 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan temel haklarla ilgili "evrensel ölçütlere" atıf yapan değişiklikler, devrim niteliğinde sayılabilecek evrensel düzenlemelerdir… Bu değişiklikleri yeniden hatırlatma gereğinin altını şu nedenle çizmek istiyorum. Milletimizin iradesini temsil eden Yasama organı bu değişikliklerle başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere tüm yargı organlarına "evrensel standartları uygulayın!" talimatı vermiştir. Bu nedenledir ki, yerel gerçeklerle evrensel standartları örtüştürmek zorundayız…"

[334] KILIÇ, HAŞİM, Anayasa Mahkemesi'nin 52. Kuruluş Yıldönümü Töreni, Haşim Kılıç'a Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Editörler: Ali Rıza ÇOBAN, Serdar GÜLENER, Musa SAĞLAM, Hüseyin EKİNCİ, Ankara 2015, Cilt I, s. 143.

III-ÜÇÜNCÜ BÖLÜME İLİŞKİN ARA DEĞERLENDİRME

1-Demokrasi, beşiği olduğu yerde hem uygulanışı hem de algılanışı ile dünyanın geri kalanından çok daha farklıdır. Parlamentonun sınırsız yasama yetkisi bile tek başına bu duruma delil olarak gösterilebilir. Güçlü yasamanın varlığı aynı zamanda güçlü bir istişarenin varlığına işarettir. Güçlü bir istişari yapı, ülkedeki dayanışmayı ve birlikteliği olumlu etkiler. Halk, kamu politikalarının hem oluşmasında hem de uygulanmasında etkin olduğunda ülke de daha güçlü hale gelir.

2-Evrensel ölçeğe sunulan demokrasi ise önce anayasalar sonra da anayasa mahkemeleri tarafından sınırları çizilen ve halkın kamu politikalarından kopartılmasına yol açan bir demokrasidir. Bu demokrasi muktedir/erkli demokrasidir.

3-Tanımlama/belirleme gücünü elinde tutan muktedir demokrasi bu gücünün etkisiyle dünya üzerinde hâkimiyet kurabilmiştir.

4-Uzun yıllar muktedir demokrasinin kontrolünde kalan –ve halen de devam eden- birçok ülkede hukukçular yaşadıkları/maruz bırakıldıkları demokrasi ile demokrasi kuramı arasındaki çelişkiyi fark etmişlerdir.

Bunlardan Alman hukukçu Hans-Detlef Horn bu durumu şöyle ifade etmektedir[335]: " Günümüzde sadece Alman Devlet ve Anayasa Hukuku öğretisinde yapılan demokrasi tartışmalarına baktığımızda, elbette duruluktan ziyade tereddüde, kesinlikten ziyade eleştiriye rastlanılmaktadır. Belirsiz bir genel uzlaşma kavramı dışında, demokrasi anlayışında tartışılmayan ve sorgulanmayan bir yapı taşı

[335] HORN, Hans-Detlef, "Demokrasi", Çev. Hüseyin YILDIZ, Anayasa Teorisi, Editörler: Otto DEPENHEUER, Christoph GRABENWARTER, Çeviri Editörü: İlyas DOĞAN, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 758.

neredeyse kalmamıştır. Bu da kuramın –ve bilhassa- uygulamada da elverişli olduğuna dair iddiasını zayıflatmaktadır.”

5-Sözleşmede öngörülen demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı, işlevsel olması düşünülerek getirilmiş bir ölçüttür. Kavramın belirsizliği ve kavram üzerinde hukukçuların konsensüs sağlayamaması-kimilerince otoriterliğe götürecek bir kavram olarak değerlendirilmesi kimilerince de toplumsal değişime olumlu yön vererek demokratik olana götüreceği şeklinde değerlendirilmesi- aslında işlevsel olması ile ilgilidir.

6-Postmodern öğreti hukukun bilinen/yerleşmiş yaklaşımlarını doğrudan etkileyerek bir değişime/dönüşüme uğratmaktadır. Bu öğretinin ortaya koyduğu veriler tüm mahkeme kararlarına yansımaktadır. Bu konuda Türk hukuk literatüründe daha fazla çalışma yapılması yaşadığımız çağdaki hukuki meseleleri anlamamızı kolaylaştıracaktır.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı, postmodern öğretinin verileri ışığında değerlendirildiğinde, hukukun asıl ilgisinin artık süjeye yönelik olduğunu, düzen ve belirlilik gibi kavramların önemli olmadığını, dolayısıyla mahkemelerin diledikleri gibi yorumlayabilecekleri bir kavram olarak kullanılma fırsatı sunmaktadır.

7-Demokratikleşme ve demokratikleştirme her ne kadar benzer kavramlar gibi gözükse de ontolojik demokrasiden çok farklı kavramlardır. Bu kavramlar daha çok değiştirmeye/dönüştürmeye dönük kavramlar olarak kullanılmaktadır. Demokratik toplum düzeninin kavramları da bu değiştirme ve dönüştürmede kullanılan bir araçtır.

8-Demokratikleştirme alanları tüm toplumsal alanı ve politik alanı kapsamaktadır. Bu alanlar demokratikleştirmenin bir demokratikleşme sürecine dönüşmesi için belirlenmiş alanlardır. Birey, aile, haberleşme, din, ifade, toplanma… bu alanların tamamında etkin olmak ve belirleyici olmak muktedir olmanın gereğidir. Bu alanların tamamı demokratik toplum düzeninin gerekleri kapsamındadır.

9-Demokratikleşme ve demokratikleştirmenin demokrasiye dönüşmesi muktedir demokrasinin en büyük korkularından biridir. Bu sebeple savaş, terörizm, radikal hareketler vb. hareketler/korkular hep canlı tutulmaktadır.

10-Toplumların kendi gelenek, aile, siyasi yapı, hukuki kurumlar oluşturarak kendi kaderlerini tayin etme imkânı muktedir demokrasinin anayasasında mevcut değildir. Çünkü diğer toplumlar önce demokratikleştirilmeli sonra demokratikleşmelidir. Bunun çerçevesi de muktedir demokrasinin belirlediği sınırlardır. Bu sınırların dışına çıkma ihtimali belirdiğinde otoriter veya totaliter suçlamasıyla karşılaşılır ve muktedir demokrasinin gücü askeri müdahaleler veya darbeler ile karşılaşılır.

11-İki mahkemenin de hedeflediği tek toplum modeli vardır: Bireylerinin tüketime endeksli bir hayat sürdüğü, ailelerin konfor odaklı düşündüğü-ve dolayısıyla tükettiği-, dinin sadece vicdanlara, fikrin ise sadece beyinlerde kaldığı, toplanmanın keskin kurallara bağlandığı sürekli denetim altında bir toplum.

AYM verdiği kararlardaki yaklaşımıyla, AİHM'in bir alt mahkemesi gibi olduğunu ve Sözleşmenin öngördüğü demokratik toplum modelini öngördüğünü deklare etmiştir. AYM'nin önümüzdeki dönemde 'daha fazla özgürlükçü' olacağını tahmin edilmektedir. Böylelikle devletten daha fazla özgürlük vererek toplumda 'devletin' baskıcı olduğu izlenimi yaratarak küresel yapının/devletin daha fazla özgürlük vereceğini ve bu manada 'devletin gereksizliği' algısını oluşturmaya çalışacağı düşünülmektedir. Küresel yapıya eklemlenmede –bu tavrıyla- AYM, taşıyıcı güçlerden olduğu izlenimi vermektedir.

12-Demokratikleştirme ve demokratikleşme ile kendi kültüründen, tarihinden, dilinden, hukukundan kopartılan toplumlar/devletler tarih sahnesinden silinecektir. "Büyük ulus inşası" hayali kuran muktedir demokrasinin bu niyetini saklamak gibi bir endişesi görünmemektedir. Bunu küreselleşme ambalajına saran muktedir demokrasi, taşıyıcı olarak da insan hakları ve demokrasi kavramlarını kullanmaktadır.

SONUÇ

Anayasalar ve anayasal niteliği neredeyse ittifakla kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası belgeler, hem hukuki bir kimliğe hem de politik bir boyuta sahiptir. Hukuki kimliğini tartışabilmek için Anayasalardaki ifadeler/hükümler ve ilgili mahkeme kararlarındaki bu ifadelerin anlaşılma ve somut olaylara uygulanma biçimini incelemek ve yorumlamak gerekmektedir. Bununla birlikte politik boyutunun ortaya çıkartılması veya tartışılması, Anayasaların gerçek işlevlerini anlamada ve anlamlandırmada çok daha işlevsel bir vazife görmektedir. Anayasal bir metnin politik boyutunun tartışılmasının başlaması gereken yer olarak da Anayasaların yeşerdikleri ortam işaret edilmektedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8, 9, 10 ve 11.maddelerinde yer alan ve hem sözleşmeye taraf devletlere hem de vatandaşlarına sınırlama/güvence ölçütü olduğu öngörülerek konulan bir kavramdır. Bir anayasal metinde yer alan bu ölçütü anlamlandırmak için öncelikle içerisinde yer aldığı anayasal metnin vasatına bakmak gerekmektedir. Ayrıca, Sözleşmenin diğer maddelerinde yer almayan bu ölçütün, neden sadece ilgili maddelerde öngörüldüğünü anlamak açısından da bu yaklaşım önem arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini hazırlayan organ olan Avrupa Konseyi, ikinci dünya savaşından sonra kurulmuştur. Genel yaklaşım, Sözleşmenin, savaşın ortaya çıkarttığı yıkımın etkilerini azaltmak için akdedildiğidir. Ancak, bir Avrupa Anayasası olarak kabul edilen Sözleşmenin kurucu iktidarı, savaşı kazanan ülkelerdir. Konsey kurulmadan önce Marshall planı ile yardımı yapan güçlerin politik ve ekonomik görüşlerine bağımlı hale getirilen ülkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamaması gibi bir ihtimal gözükmemektedir. Sözleşmenin yeşerdiği ortam, taraf ülkelerin iradelerinin sakatlandığı veya olmadığı bir ortamı işaret etmektedir. Avrupa ülkeleri –özellikle kıta Avrupası- Sözleşmenin öngördüğü sistemi kabul etmek zorunda bırakılmışlardır. Sözleşmenin akdedildiği tarihlerde ABD' nin üretim fazlası malları için pazarlar aradığı bilinmektedir. Adının insan hakları sözleşmesi olarak belirlenmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin görünen

amacını insan hakları ve demokrasi olarak deklare etmekten başkaca bir anlam taşımamaktadır. Sözleşmenin vasatı irdelendiğinde görünmeyen amaç olarak karşımıza ulus inşası kavramı çıkmaktadır.

Ulus inşası ve devlet inşası, hegemonik güçlerin yüzyıllardır üzerinde çalıştıkları bir mevzu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda saha çalışmaları haricinde teorik çalışmalar da yapmaktadırlar ve bu çalışmaları neticelenmiş değildir. Ulus inşası için savaşlar çıkartmak, darbe organizasyonları yapmak, silahlı/silahsız örgütler/yapılar kurmak saha anlamında karşılaşılan organizasyonlardır. Bunlara ilaveten anayasalar yapmak, uluslararası hukuki metinlerle ülkeleri bir arada tutmak, korkular yaratmak da ulus inşasında önemli birer etken olarak karşılaşılan olgulardır. Ulus inşası mühendislerinin teorik olarak üzerinde en çok durdukları iki konu ise birey ve toplumdur. Birey ve toplumun düzenlenmesi/inşası ve sürekli kontrol altında tutulması varmak istenilen "küresel ulus" hedefi için oldukça önemlidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, savaş sonrasında ülkeleri bir arada tutmak ve bahsedilen hedefe ulaşmak için ortaya konulmuş düzenlemeler içermektedir. Sözleşmenin ortaya koyduğu "düzen" in devamı için de sürekli korkular üretilerek-komünizm korkusu, savaş korkusu- yapının korunması sağlanmaktadır. Sözleşmenin düzenini sağlamak için kurulan yapılardan biri de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8-11.maddelerinde yer alan demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü, semantik açıdan incelendiğinde varılan sonuçlar Sözleşmenin görünmeyen amacını ortaya koymaktadır. Sözleşme akdedildiği zaman var olduğu kabul edilen bir "demokratik toplum" ve "düzen" vurgusu yapılmaktadır. Bu vurgulara "gereklilik" eklenerek amaç daha sağlam hale getirilmektedir. Gerekliliklerin neler olduğuna dair Sözleşmede bir açıklama yapılmaması da bu gerekliliklerin zamanla değişebileceği ve mahkemelerin de katkısıyla belirsiz bir kavramın her koşulda kullanılabilir bir araç olarak varlığını koruyabileceği düşünülmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerini vazeden bir anayasal

metnin otoriter bir yapıya kapı aralayacağı kabul edilmektedir. "Toplum" ve "düzen" biri sosyolojik diğeri siyasal anlamı olan iki kavram olarak bilinmektedir. Hukuksal bir metinde bu kavramların kullanılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sadece bir insan hakları sözleşmesi olmasının ötesinde işlevi olduğuna dair önemli veriler sunmaktadır. Demokratik toplum düzeninin gereklerini kurumsal anayasa kavramlarıyla- seçimler, partiler- açıklamak tek başına yeterli olmayacaktır.

Sözleşmenin, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü aradığı maddelerde düzenlenen haklar, özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve toplanma özgürlüğü gibi doğrudan bireye ve bireyin toplumla bütünleşmesine müdahale eden önemli haklardır. Ulus inşası için gerekli birey ve toplum alanında üye ülkelere de vatandaşlarına da müdahale alanı bu ölçütle Sözleşmeyi kuran ve devam ettiren güce bırakılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi geliştirdiği yorum yöntemleriyle demokratik toplum düzeninin gereklerini kendi uhdesine almaktadır. Bu yorum yöntemleriyle aynı zamanda tüm üye ülkelerdeki vatandaşların ve toplumun ulaşılması gereken yapının tek bir yapı olduğu veya tek bir birey tipi olduğuna karar vermektedir. Mahkeme kararlarından çıkarılacak temel sonuç, bireyin ve toplumun temel değişim parametrelerinin Mahkeme tarafından belirlenmeye çalışıldığıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Sözleşmeyi kararlarıyla canlı tutan organ olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin- tek mahkeme sistemine geçilmeden önce Divan ve Komisyonun- serdettiği demokrasiyi " Muktedir Demokrasi" olarak kavramsallaştırmak mümkündür. Demokratik toplum düzeninin gerekleri bağlamında bireyin ve toplumun her alanına nüfuz eden/inşa eden bu demokrasi anlayışı, bireyi ve toplumu tarihte benzeri görülmemiş bir şekilde baskılayan, tekleştiren, yalnızlaştıran bir demokrasi türü olarak tanımlanmaktadır. Ontolojik demokrasi anlayışında birey, içinde bulunduğu toplum düzenine ve bu toplumun gerekliliklerine – en azından teorik olarak- karar verebilmektedir. Muktedir demokrasi anlayışı ise bireyi ve toplumu –dolayısıyla devletleri- kendi haline

bırakmamakta ve ortaya koyduğu hem sözleşme düzeni hem de mahkeme düzeni ile amacına uygun şekilde inşa etmektedir. Sözleşmenin genelde tüm maddelerinde özelde 8-11.maddelerinde öngörülen "düzen", muktedir demokrasinin varlık sebebi olarak ortaya çıkmaktadır. Muktedir demokrasi, inşa ettiği bu modeli "demokratikleştirme" ve "demokratikleşme" kavramlarını kullanarak sürüm yapmakta ve model dışına taşma ihtimali beliren devletleri ve toplumları da otoriter veya totaliter olarak suçlamaktadır.

Muktedir demokrasinin en çok vurgu yaptığı iki ana unsur "demokrasi ve insan hakları" dır. Demokrasi ile kast ettiği önce demokratikleştirilmiş- işgal yoluyla veya darbelerle- sonra da demokratikleşmiş- anayasa yapımı, anayasa mahkemelerinin ihdas edilmesi- olandır. Her iki sürece de muktedir demokrasi karar vermektedir. Muktedir demokrasi bu gücünü, öncelikle sahip olduğu savaş aygıtlarından ve teknik üstünlüğünden almaktadır. Sonrasında da yüzyıllardır tecrübe ettiği ulus inşası araçlarını kullanmaktadır. İnsan hakları konusunda hassasiyet gösteren muktedir demokrasinin insan haklarını ülkelere müdahale gerekçesi olarak kullandığı bilinmektedir. Bir ülkenin sahip olması gereken insan haklarının düzeyine ve içeriğine muktedir demokrasi karar vermektedir.

Avrupa İnsan hakları Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ilgili ortaya koyduğu içtihatlarla muktedir demokrasinin varlığının devam ettirilmesinde ve sürdürülebilir kılınmasında önemli bir işlev üstlenmektedir. Sözleşmenin 8.maddesinde düzenlenen özel yaşam, tanımlanmayarak sürekli müdahalelere açık bırakılmakta ve yalnızlaştırılan bireye özgür olduğu hissi verilmektedir. Bu özgürlüğün sınırlarını ise Sözleşme ve Mahkeme belirlemektedir. Aile yaşamı yine Mahkeme kararlarıyla sınırları çizilen ve geleneksel aile modelinin parçalandığı bir şekle dönüştürülmüştür.

Sözleşmenin 9.maddesi ile din ve vicdan özgürlüğü önce hakkın kapsamı belirlenerek sonra da bu hakka sınırlar çizilerek belirlenmeye çalışılmıştır. Muktedir demokrasinin en çok korktuğu alanın din alanı olduğu söylenebilir. Sözleşme

akdedilirken kast edilen dini anlamaya çalışmadan ve sözleşmenin ortaya çıktığı tarihlerden önce özellikle Hristiyanlığın geçirdiği değişimi irdelemeden yapılacak tahliller eksik kalmaktadır. Sözleşmenin ortaya çıktığı tarihlerde var olan dinin hayattan çekilmiş, sekülerleşmiş ve kapitalizmin amaçlarına uygun olarak tasarlanmış bir din olduğunu kaynaklar göstermektedir. Mahkemenin birçok inanç biçimini din olarak kabul etmesi de muktedir demokrasinin temel amaçlarından kabul edilen hiçbir dinin insan hayatında ve toplum hayatında belirleyici olmamasını isteme iradesine uymaktadır. İfade özgürlüğü ve toplanma özgürlüğü konusunda da Mahkemenin yaklaşımı, tehlikeli ve zararlı olana karar vererek devletleri ve toplumu her an muktedir demokrasinin amaçları –tükettirmek, sorgulatmamak gibi – için hazır tutmaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında demokratik toplum düzeninin gerekleri olarak vurgulan çoğulculuk, hoşgörülülük ve açık fikirlilik muktedir demokrasinin ulus inşası için gerekli kavramlardır. Bu kavramların temel kullanım biçimi toplum bireylerinin birbirine benzemesi sonucunu doğuracak şekilde yorumlanmaktadır.

Muktedir demokrasinin Sözleşme ve Mahkeme ile vazettiği temel hak ve hürriyetler aslında, ülkelerin ve toplumların kendilerini gerçekleştirmelerine engel olarak tasarlanmıştır ve bu şekliyle de uygulanmaktadır. Toplumların kendi düzenlerinin gereklerini oluşturmadan veya buna kendileri karar vermeden, bir toplumun kendini gerçekleştirmesi mümkün gözükmemektedir. Sözleşmeden bu yana geçen bunca zaman rağmen Sözleşmeyi ortaya koyan gücün her anlamda güçlenip diğer ülkelerin sürekli yerinde sayması – ekonomik, teknik, siyasal, toplumsal- veya gerilemesi bu kanaati güçlendirmektedir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün anayasalarımıza ilk girişi 1982 Anayasası ile olmuştur. Ölçütün getirilmesinin gerekçesi olarak da uluslararası sözleşme veya bildirilerde kabul edilmesi olarak gösterilmiştir. 2001 değişikliği ile

bugünkü şeklini alan 13.maddenin gerekçesini kanun koyucu, değişikliklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yapıldığı şeklinde açıklamıştır.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü kullanan Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolundan önceki kararlarında, yerine göre batılı anlamda demokrasiye gönderme yapmış yerine göre de 1982 Anayasasının benimsediği demokratik toplum görüşüne gönderme yaparak ölçütü kullanmıştır. Bireysel başvuru yolunun kabulünden sonra ise verdiği kararlarında önceki istikrarsız tutumundan vazgeçerek demokratik toplum düzeninin gereklerini çağdaş batılı demokrasiler olarak istikrarlı hale getirmiştir.

Bireysel başvuru kapsamında gerek kanun koyucunun gerek Anayasa Mahkemesinin yaptığı çalışmalar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gölgesinde kalmıştır. Kanun koyucunun, yapılan hukuki düzenlemeler için "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dosya sayısını azaltmak" şeklinde ortaya koyduğu gerekçesi, bireysel başvuru yolu ile ilgili tüm düzenlemelerin Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi düzenlemelerini/direktiflerini bire bir uygulamak şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu durum da Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir şubesi gibi algılanmasına neden olmuştur. Bu algıyı pekiştiren diğer bir unsur da Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında, özellikle demokratik toplum düzeninin gerekleri bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki ölçütleri aynen kararlarına yansıtmasıdır. Teknik anlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kadar başarılı uygulanmasa da Anayasa Mahkemesi kararlarında demokratik toplum düzeni ölçütü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına gönderme yapılarak uygulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu tutumu kanun koyucunun iradesini gerçekleştirmek adına hukuken tutarlı kabul edilebilir. Ancak, özellikle demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tutumunu aşan bir yaklaşım ortaya konulabilirdi. Çünkü gerek toplumsal yapımızın dinamiklerinin Avrupa toplumu ile aynı olmaması gerek ülkemizin birey, aile ve din olgularının

Avrupa ile farklılık arz etmesi gözetilerek kararlar verilebilirdi. Bu farklılıklar gözetilerek verilecek kararlar bireysel başvuru yoluna müracaat edenleri daha fazla tatmin edebilirdi. Anayasa Mahkemesinin hâlihazırdaki yaklaşımı öncelikle bireyi ve toplumu Avrupa toplumuna benzetmek zorunda bırakacak sonrasında da temel hak ve hürriyetler konusunda bize ait bir teori/doktrin geliştirmeyecektir. Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vesayetine girdiği izlenimi veren bu yaklaşımın değişmesi gerekmektedir.

İdeal demokratik toplum düzeninin gerekleri neler olmalıdır, sorusuna bu çalışmada cevaplar üretmeye çalışmak, çalışmanın ileri sürmeye çalıştığı temel fikirlerle çelişmek olarak düşünülmüştür. Bu noktada değinilmesi gereken mevzu, her iki mahkemenin demokratik toplum düzeninin gerekleri anlamında sıklıkla kullandığı çoğulculuk ve hoşgörü yerine çok hukukluluk ve hakka saygı kavramlarının tartışılması önerilebilir.

Bir toplum ve / veya devlet, kendi düzenini ve bu düzenin gereklerini kendisi belirlemelidir. Bunu devlet eliyle veya hukuki düzenleme ve yaptırımlarla tespit etmek toplumu ve/veya devleti tasarımlamak / inşa etmektir.

KAYNAKLAR

ACU, Melek, Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar, TBB Dergisi, Sayı: 110, Yıl: 2014, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1355, erişim tarihi 06.01.2018.

AĞIRBAŞLI, Şennur, AİHS Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBB Dergisi, Yıl: 2011, Sayı 101.

AKAD, Mehmet, DİNÇKOL Bihterin Vural, BULUT Nihat, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2015.

AKBULUT, Olgun, "Toplantı Ve Örgütlenme Özgürlükleri" , İHAS Ve Anayasa, Editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013.

AKDOĞAN, Yalçın, "Yerel Siyaset-Kavramlar", Yerel Siyaset, Okutan Yayınları, İstanbul 2008.

ALDANMAZ, Orhan, İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi, EÜHFD, C. XIV, S. 1–2 (2010).

ALDRICH, Robert, Emperyal Çağ, Oğlak Yayınları, İstanbul 2008.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, 2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:19, Yıl:2002.

ALTINTAŞ, Mustafa, Anayasal Demokrasi İçin Ekonomik Demokrasi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 10, 1993.

ARAS, Ümit Yaşar, İnsan Hakları temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal Ve Uuslararası Alanda Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,

Bahçeşehir Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2010.

ARSLAN, Zühtü, "Türkiye'de Anayasa Şikâyeti: Fırsatlar ve Sorunlar", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 31, Yıl 2014.

ATAKAN, Arda, AİHM'in Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 3-4.

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Konya 2015.

AYBAY, Rona, AİHS Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol, TBB Dergisi, Sayı 88, 2010.

AYDIN Öykü Didem, Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, C.XV, 2011.

AYDIN, Ömür, Avrupa Ortak Hukuk Mekanında Demokratik Toplum Düzeninin İnşası, İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilimdalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008.

AYDIN, Öykü Didem, "Şiir Gibi Ders Anlatmak: Anayasa Hukuku Profesörü Dr. Erdal Onar Ve Dersleri", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Cilt I, Ankara 2013.

BADIOU, Alain, Yüzyıl, Sel Yayıncılık, İstanbul 2013.

BARIN, Taylan, Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

BECK, Ulrich, Risk Toplumu, İthaki yayınları, İstanbul 2011.

BIÇAK, Vahit, AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002.

BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, 27.Baskı, Ankara 2009.

BİLGİN, Ahmet Burak, Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve 14'nolu Protokol, AÜHFD, Cilt 55, Sayı 1, 2006.

BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargılama Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

BOZKURT Enver, DOST Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü Ve Türkiye, SDÜ İİBF Dergisi, Yıl 2002, C.7, Sayı 1.

CAN, Osman, Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, 2002.

CANİKLİOĞLU, Dikmen Meltem, Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

CHOMSKY, Noam, Demokrasi Ve Eğitim, Editör: C.P. OTERO, Bgst Yayınları, İstanbul 2013.

CHOMSKY, Noam, Dünyayı kim Yönetiyor?, Derleyen: NAIMAN, Arthur, İnkılap Yayınevi, İstanbul 2012.

CORM, Georges, Avrupa ve Batı Miti Bir Tarihin İnşası, İletişim Yayınları, İstanbul 2011.

CORPUS Mevzuat ve İçtihat Programı, corpus.com.tr, erişim tarihi:19.03.2017.

COSTA, Jean Paul, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargı Yetkisi: Bir Barış ve Hoşgörü Faktörü mü?, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 24, 2007.

ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasa'nın Hukuku Ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Yıl 1991.

ÇELEBİ GÖZTEPE, Ece, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 32, Yıl 2015.

ÇELİK, Abdullah, Bireysel Başvurunun Kazandırdıkları, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 32, 2015.

ÇETİN, Halis, Çağdaş Siyasal Akımlar, Orion Kitabevi, Ankara 2007.

ÇETİN, Halis, Kişisel, Kolektif ve Evrensel Tanrı Kompleksi II, Kadim Yayıncılık, Ankara 2014.

ÇETİN, Halis, Korku Siyaseti ve Siyaset Korkusu, İletişim Yayınları, İstanbul 2012.

ÇOBAN, Ali Rıza, "Anayasa Mahkemesi: Anayasanın Yorumlayıcısı mı Yoksa Bireysel Hakların Koruyucusu mu?", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 31, Yıl 2014.

ÇOBAN, Ali Rıza, Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında AİHM, AÜHFD, Cilt 57, Sayı 3, 2008.

ÇOBAN, Bekir Zakir, Geçmişten Günümüze Papalık, İnsan Yayınları, İstanbul 2014.

DAHL, Robert A., Demokrasi ve Eleştirileri, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

DEMİRKOL, Selami, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Giden Yolun Daraltılmasında, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yönteminin İçselleştirilmesi – Amaç; Dosyaları İç Hatlarda Tutabilmek, Uluslararası Yolculuk Yaptırmamak", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 33, Yıl 2016.

DENİZ, Bahar Yeşim, AB Hukukunda Temel Haklar ve AİHS Sistemi İle Etkileşim, TBB Dergisi, Sayı:97, 2011.

DINER, Dan, Yüzyılı Anlamak, İletişim Yayınları, İstanbul 2015.

DİNÇKOL, Bihterin Vural, 1982 Anayasası Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma Ve Örgütlenme Özgürlüğü, TBB Dergisi, Sayı: 64, Yıl:2006.

DOĞRU, Osman, NALBANT Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama Ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013.

DOUZİNAS, Costas, Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, NotaBene Yayınları, 1.Baskı, Ankara 2015.

DOUZİNAS, Costas, İnsan Hakları Ve İmparatorluk, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017.

DUMON, W., Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Aile Politikaları, çvr. Esengün, Aile ve Toplum Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Haziran 1991.

DURALI, Şaban Teoman, Çağdaş Küresel Medeniyet, Dergâh Yayınları, İstanbul 2017.

EKİNCİ Hüseyin, SAĞLAM Musa, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.

EKİNCİ, Hüseyin, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 30, Yıl: 2013.

EKİNCİ, Hüseyin, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul edilebilirlik Koşulu olarak 'Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu', TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11, Ekim 2012.

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 39.

ERDOĞAN, Mustafa, Bireysel Özerklik ve Liberalizm, www.hurfikirler.com, erişim 29.12.2017.

ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Yayınları, Ankara 2012.

EREN, Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları Ve Yeni Kapalı Politik Alan, AÜEHFD, Cilt 7, Sayı 3-4, Aralık 2003.

EREN, Abdurrahman, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

EROĞUL, Cem, Çağdaş Devlet Düzenleri, İmaj Yayınevi, Ankara 2014.

ERTEN Mehmet, ÖZGÜLDÜR Serdar, KÖMÜRCÜ Recep, Anayasalarımız, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2000.

FEATHERSTONE, Mike, Postmodernizm Ve Tüketim Kültürü, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2013.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Anayasal Derinlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

FROWEIN, Jochen. A, İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 9, 1992.

FUKUYAMA, Francis, Ulus inşası, Profil Yayıncılık, İstanbul 2012.

FUKUYAMA, Francis, Büyük Çözülme, Profil Yayınları, İstanbul 2015.

FULBROOK, Mary, Almanya'nın Kısa Tarihi, Çev. Sabri Gürses, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Mevzuatı, Legal Yayıncılık, 1. baskı, İstanbul 2006.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Devlet, Birey ve Özgürlük, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2015.

GÖREN, Zafer, Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Cilt I, Bursa 2011.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Cilt II, Bursa 2011.

GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, Ağustos 2011.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.

GÖZTEPE, Ece, ALPBAZ, Mert Mustafa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Kamu Hukukçuları Platformu, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

GÜLER, Yavuz, Marshall Planı Ve Türkiye'de Marshall Planının Uygulanışı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 2, tez.yok.gov.tr, file:///C:/Users/user/Downloads/257443.pdf.

GÜNEŞ, Ahmet M., Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16 ,Yıl: 2014,

file:///C:/Users/user/Downloads/18fcb-7e066-e0406-30916.pdf, erişim tarihi:06.01.2018.

GÜRİZ, Adnan, Feminizm, Postmodernizm Ve Hukuk, Phoenix Yayınları, Ankara 2011.

HAJIYEV, M. Khanlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi Yorum Teknikleri, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 30, 2013.

HAMMERBERG, Thomas, Avrupa'da İnsan Hakları, Çeviren Ayşe Ekmekci, İletişim Yayınları, İstanbul 2012.

HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi yayınları, Ankara 2013.

HEPER, Yunus, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 8.Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/4222/4703.pdf erişim tarihi: 06.01.2018.

HEPER, Yunus, Beka Kaygısı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

HORN, Hans-Detlef, "Demokrasi", Çev.Hüseyin YILDIZ, Anayasa Teorisi, Editörler: Otto DEPENHEUER, Christoph GRABENWARTER, Çeviri Editörü: İlyas DOĞAN, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014.

http://ayrintidergi.com.tr/ece-goztepe-demokratik-bir-anayasa-toplumsal-vasatin-ustune-cikmak-zorunda/, erişim 09.12.2017.

http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/erişim 09.12.2017.

http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/1982ilkson.pdf, erişim 07.01.2018.

http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/istastik-31122016.pdf.

http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/1982anayasas%C4%B1.html, erişim 08.01.2018.

http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/ictuzuk.html erişim tarihi:06.01.2018.

http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa, erişim tarihi:08.12.2017.

http://www.venice.coe.int/webforms/events/, erişim tarihi:09.12.2017.

https://edoc.coe.int/en/index.php?controller=get-file&freeid=5733, erişim tarihi: 08.12.2017.

https://edoc.coe.int/fr/index.php?controller=get-file&freeid=6615, erişim tarihi, 08.12.2017.

https://edoc.coe.int/fr/index.php?controller=get-file&freeid=6615, erişim 09.12.2017.

https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/771a1--Avrupa-Konseyi-Statusu.pdf,erişim 08.12.2017.

https://www.osce.org/tr/odihr/elections/turkey/311736?download=true, erişim tarihi 09.12.2017.

HUNTINGTON, Samuel P., Üçüncü Dalga- Geç 20.Yüzyılda Demokratikleşme-, Çev. Ergun Özbudun, Kilit Yayınevi, Ankara 2011.

İFADE Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza' ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2012.

İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013.

İNCEOĞLU, Sibel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa", Demokratik Anayasa, Haz. Ece Göztepe-Aykut Çelebi, Metis Yay., Ankara 2012.

İNCEOĞLU, Sibel, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye Ve Latin Modelleri, On İki Levha yayınları, İstanbul 2017.

İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013.

KABOĞLU, İbrahim Ö, Özgürlükler Hukuku 1, İmge Yayınları, Ankara 2013.

KABOĞLU, İbrahim Ö, Hangi İnsan Hakları, Derleyen: Perihan Özcan, İmge Yayınları, Ankara 2013.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

KARAKAŞ, Işıl, "Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 33, Yıl 2016.

KARAMAN, Ebru, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.

KARAN, Ulaş, " İfade Özgürlüğü Hakkı", İHAS Ve Anayasa, Editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013.

KARAN, Ulaş, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, , Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 32, Yıl 2015. (İfade Özgürlüğü).

KARATEPE Şükrü, Anayasa Hukuku, Savaş Yayınları Ankara 2015.

KAYA, Emir, "Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVIII, Yıl 2014.

KOMBE, Jean François Akandji, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları No:7, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.

KÖKÜSARI, İsmail, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 33, Yıl 2016.

KUÇURADİ, Ionna, "İnsan Haklarına Dayalı Anayasa Veya Devlet Kavramı", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Yıl 1991.

KÜÇÜKALP Kasım, CEVİZCİ Ahmet, Batı Düşüncesi, İsam Yayınları, Ankara 2017.

LAÇİNER, Sedat, "Amerika Ve İngiltere'de 11 Eylül Sonrası Din Ve Siyaset İlişkisi", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt:1, No:1, 2005, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rinlp1&div=10&g_sent=1&casa_token=&collection=journals, erişim 14.01.2018.

LE GOFF, Jacques, Avrupa'nın Doğuşu, Literatür Yayıncılık, İstanbul 2008.

MACOEVİ, Monica, İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitapları 2, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2010.

MAZOWER, Mark, Avrupa'nın 20.Yüzyılı, Alfa Yayınları, İstanbul 2015.

MCCORMICK, John P., Weber, Habermas Ve Avrupa Devletinin Dönüşümü, çev. Ferit Burak Aydar, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2015.

MILL, John Stuart, Demokratik Yönetim Üzerine Düşünceler, Çev. Özgüç Orhan, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2017.

MORIN Edgar, CERUTİ Mauro, Bizim Avrupa'mız, İletişim Yayınları, İstanbul 2014.

MUMCU Ahmet, KÜZECİ, Elif, İnsan Hakları Ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

MURATOĞLU, Tahir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu, Görevleri ve Yargılama Usulü, TAAD, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016.

NAL, Sabahattin, AİHS Çerçevesinde Düşünce, Vicdan Ve Din Özgürlüğü, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Sayı: 57-4.

NAL, Sabahattin, Demokratik Toplum Düzeni Ve Parti Yasakları, Gündoğan Yayınları, İstanbul 2016. (Demokratik Toplum Düzeni).

OUTHWAITE, William, Modern Toplumsal Düşünce Sözlüğü, İletişim Yayınları, İstanbul 2008.

ÖNCÜ, Arslan Gülay, Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Konsey Yayınları, Ankara 2013.

ÖZBAY, Feyzan, "Bireysel Başvuruda Pozitif Yükümlülükler Doktrininin Uygulanmasına İlişkin Bir Değerlendirme", https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Feyzan-O%CC%88zbay-Pozitif-Yu%CC%88ku%CC%88mlu%CC%88lu%CC%88kler.pdf, erişim 08.01.2018.

ÖZBEY, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, TBB Dergisi, 2013, Sayı: 106.

ÖZBUDUN, Ergun, İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, 1968, https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40026728/Ingilterede_Parlamento_Egemenligi.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1515933881&Signature=2moth7bFMzAQu2xg61wOa%2Bky5jc%3D&response-content-

disposition=inline%3B%20filename%3DIngilterede_Parlamento_Egemenligi.pdf, erişim 14.01.2018.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

ÖZBUDUN, Ergun, Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar, Anayasa yargısı Dergisi, Cilt 23, 2006.

ÖZCAN Hüseyin, Uluslararası Anayasa Kongresi, Metinler Kitabı 3, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.

ÖZEL, İsmet, Üç Zor Mesele, Tiyo Yayıncılık, İstanbul 2015.

ÖZİPEK, Bekir Berat, "Din Ve Vicdan Özgürlüğü Türkiye İçin Bir Anayasal Çerçeve Önerisi", Editörler: Murat Yılmaz, Yusuf Tekin, SDE Analiz, Aralık 2011,http://www.sde.org.tr/userfiles/file/DIN%20VE%20VICDAN%20OZGURLUK%20ANALIZ.pdf, erişim 09.01.2018.

ÖZYURT, CEVAT, Toplumu Yeniden Düşünmek: Kozmopolitanizm Ve Çokkültürlülük, 6. Ulusal Sosyoloji Kongresi Bildiri Kitabı, Ekim 2009, http://www.academia.edu/8060417/TOPLUMU_YEN%C4%B0DEN_D%C3%9C%C5%9E%C3%9CNMEK_KOZMOPOL%C4%B0TAN%C4%B0ZM_VE_%C3%87OKK%C3%9CLT%C3%9CRL%C3%9CL%C3%9CK, erişim tarihi, 15.01.2018.

PACZOLAY Peter, Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?, Anayasa Yargısı, Cilt 26, Yıl 2009.

PAÇACI, İrfan, "1982 Anayasası Mayınlı Alanı-Anayasa madde 25 ve 26'nın Analiz Ve Yorumu-", Todaie, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 19-20, Yıl 1997-1998.

ROAGNA, Ivana, AİHS Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, 2012, Ankara.

RUSS, Jacqueline, Avrupa Düşüncesinin Serüveni, Doğubatı yayınları, Ankara 2011.

SAĞLAM Musa, GÜLENER Serdar, KAPLAN Recep, Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013.

SAĞLAM, Fazıl, "Anayasa Şikâyeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa, Haz. Ece Göztepe-Aykut Çelebi, Metis Yay., Ankara 2012.

SAİD, Edward W., Şarkiyatçılık, Metis yayınları, İstanbul 2016.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Özel Hayatın Kapsamı: AİHM İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVII, Yıl 2013, Sayı 3.

SAMBUR, Bilal, Yeni Anayasa'da Din Ve Vicdan Özgürlüğünün Düzenlenmesi, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 17, Sayı 66, Bahar 2012.

SAN, Coşkun, "Toplumda Demokratikleşme Alanları", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 10, Yıl 1993.

SANDER, Oral, Siyasi tarih: 1918-1994,İmge Yayınları, İstanbul 2007.

SIMMEL, Georg, Bireysellik Ve Kültür, Metis Yayınları, İstanbul 2015.

SÖNMEZ, Bülent, Modern Batı Düşüncesi Hristiyanlık Ve Din Algısı, NKM Yayınları, İstanbul 2008.

SUNAY, Reyhan, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi Ve Devletin Sorumluluğu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, Yıl 2015, s.31, http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262858, erişim tarihi, 08.01.2018.

SUNAY, Reyhan, Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Ve 1982 Anayasası, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Yıl: 2000, Sayı: 1-2.

ŞAHBAZ, İbrahim, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

ŞAYLAN, Gencay, Postmodernizm, İmge Yayınları, Ankara 2016.

ŞİMŞEK, Aslı, Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

ŞİRİN, Tolga, DUYMAZ, Erkan, YILDIZ, Deniz, Türkiye'de Din Ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler Ve Çözüm Önerileri, TBB Yayınları, Ankara 2016.

ŞİRİN, Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2017.

TBMM Araştırma Merkezi, Venedik Komisyonu, Resmi Gazete: 08/04/2006, Sayı: 26133.

TDKSözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a4fb73f1ab234.38062644, erişim 05.01.2018.

TEKİNALP, Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, Beta yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2000.

TERZİOĞLU, Süleyman Sırrı, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Hak İhlaline Yol Açan Kamu Gücü Faaliyetinin Yürütme Organı Bakımından Türkiye Cumhuriyeti Devletine Atfedilebilmesi Sorunu, TBB Dergisi, Yıl:2016, Sayı: 127.

TOKUZLU, Lami Bertan, "Düşünce, Vicdan Ve Din Özgürlüğü", İHAS Ve Anayasa, Editör: Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013.

TOMLINSON, John, "Küreselleşme ve Kültürel Kimlik", Küresel Dönüşümler, Editörler: David Held-Anthony Mcgrew, Phoenix Yayınları, Ankara 2014.

TOURAINE, Alain, Demokrasi Nedir?, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015.

TUNÇ Hasan, BİLİR Faruk, YAVUZ Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2015.

TURHAN, Mehmet, "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi Ve Meşruluğu", Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Editörler: Mehmet Turhan-Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006.

TURHAN, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Temel Hakların Sınırlandırılması", Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Editörler: Musa SAĞLAM, Serdar GÜLENER, Recep KAPLAN, Ankara 2013.

TURHAN, Mehmet, Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:8, Yıl:1991.

UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

UZUN Cem Duran, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu Başlarken Beklentiler ve Riskler, Çankaya Üniversitesi Journal of Law, 9/1 Mayıs 2012.

ÜNAL, Şeref, Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak Ve Özgürlüklerin Kısıtlanması, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 11, 1994.

VURAL, Hasan Sayim, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 32, Yıl 2015.

WALLERSTEIN, Immanuel, Avrupa Evrenselciliği, Bgst yayınları, İstanbul 2010.

WALLERSTEIN, Immanuel, Jeopolitik Ve Jeokültür, Küre Yayınları, İstanbul 2016.

WALLERSTEIN, Immanuel, Modern Dünya Sistemi, Cilt:1,2,3,4, Yarın Yayınları, İstanbul 2015.

WEBER, Frans, İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu ve AİHS, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 9, 1992.

WEBER, Max, The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalism,

www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf, Erişim 13.12.2017.

www.tdk.gov.tr, erişim 11.12.2017.

www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf, erişim 10.12.2017.

YAZICI, Serap, "Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü", Haşim Kılıç'a Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt:1, Ankara, 2015.

YILDIRIM, Kadir, Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, 2000.

ZORKİN, Valery, "Çağdaş Küresel Dünyada Medeniyet Gelişiminin Anayasal Temeli", Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 24, 2007.

ÖZGEÇMİŞ

T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Özgeçmiş

Adı Soyadı:	Mehmet ÇATLI
Doğum Yeri:	Adıyaman
Doğum Tarihi:	1974
Medeni Durumu:	Evli
Öğrenim Durumu	
Derece:	Okulun Adı:
İlköğretim:	**Hürriyet İlkokulu 1985**
Ortaöğretim:	**Hürriyet Ortaokulu 1988**
Lise:	**Adıyaman Lisesi 1991**
Lisans.	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2001**
Yüksek Lisans.	**Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008**
Becerileri:	
İlgi Alanları:	
İş Deneyimi: (Doldurulması isteğe bağlı)	
Aldığı Ödüller: (Doldurulması isteğe bağlı)	
Hakkımda bilgi almak için önerebileceğim şahıslar: (Doldurulması isteğe bağlı)	
Tel:	**0.533.7488522**
Adres:	**Erciyes Üniversitesi** **Hukuk Fakültesi** **Oda: S-203** **Talas/Kayseri**

İmza:

Alâaddin Keykubat Kampüsü Selçuklu 42079
KONYA Telefon : (0 332) 241 05 21-22 Faks : (0 332) 241 05 24
e-posta : sosbilens@selcuk.edu.tr Elektronik Ağ : www.sosyalbil.selcuk.edu.tr