

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BİR ANAYASA MAHKEMESİ MİDİR?

Prof. Dr. juris Geir ULFSTEIN¹

Çeviren: Hüseyin GÖKTEPE*

GİRİŞ

Uluslararası makamlar² giderek artan bir şekilde uluslararası kamu gücü denilen yetkiyi kullanmaktadır³. Yasama, yürütme ve yargı karakterli olan bu güç, ulusal anayasal organların fonksiyonları (görevleri) ile kıyaslanabilir. Bu bağlamda, uluslararası anayasacılık hakkında konuşabiliriz⁴. Fakat uluslararası makamlar, ulusal anayasal organlar tarafından kullanılan güce gittikçe daha fazla müdahalede bulunmaktadır. Uluslararası anayasacılık denilen kavram bu gerilimden doğmaktadır.

Öte yandan, ulusal ve uluslararası hukuk iki farklı yasal sisteme sahiptir. Bu hukuk sistemleri otonom bir yapıya sahiptir ve aralarında hiyerarşi yoktur. Dünya üzerinde uluslararası ya da ulus ötesi bir anayasa bulunmamaktadır⁵. Bu durum aynı zamanda uluslararası ve yerel mahkemeler arasındaki ilişki için de geçerlidir; Bu mahkemeler farklı iki tür yasal düzene tabidir. Bu nedenle, ulusal anayasa mahkemelerinin aksine uluslararası mahkemeler yerel kurallar çerçevesinde yargılama faaliyeti yürütmezler.

¹ Department of Public and International Law, University of Oslo. This article was written under the auspices of ERC Advanced Grant 269841 MultiRights – on the Legitimacy of Multi-Level Human Rights Judiciary and the project Judicial Dialogues on the Rule of Law: Inter-action between national Courts and the European Court of Human Rights, financed by The Research Council of Norway/European Science Foundation (ECRP); and partly supported by the Research Council of Norway through its Centres of Excellence Funding Scheme, project number 223274 PluriCourts – The Legitimacy of the International Judiciary.

* Yargıtay 18. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi, huseyingoktepe@hotmail.com

² Yazar uluslararası makam ve otorite ifadesi ile ülkelerin gönüllü olarak bir takım alanlarda başka otoritelerin(mahkeme, denetim komitesi v.b) yetkisini kabul ettiğini kastettiği düşünülmektedir. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 1987 yılında bireysel başvuru yapılabileceğinin kabulü örnek gösterilebilir. (Çevirmen Notu (Ç.N).

³ A. von Bogdandy, P. Dann & M. Goldmann, 'Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities', in A. von Bogdandy *et al.* (eds), *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (2010), 2, 5 & 11.

⁴ See the overview on international constitutionalization in J Klabbers, "Setting the Scene" in J Klabbers, A Peters and G Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law* (OUP, 2009) 1-45.

⁵ G Ulfstein, 'The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism', 4 *Goettingen Journal of International Law* 2 (2012), 575-583.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) mükerrer bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) Avrupa kamu düzeninin (ordre public)⁶ anayasal bir aracı olarak nitelemiştir. Bununla birlikte biz AİHS'in böyle bir bağlamda oluşuyla ilgili değerlendirme yapmamakta ancak AİHM'in anayasal statüsü ile ilgilenmekteyiz. Birçok yazar AİHM'in Anayasa Mahkemesi olduğunu -ya da olması gerekebileceğini iddia etmektedirler.⁷

Ancak AİHM'in anayasallaştırılmasına ilişkin bazı eleştiriler vardır. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Torbjorn Jagland, AİHM'in geleceği hakkında Interlaken Konferansında şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Geçen yıllardan beri AİHM'in “Anayasa Mahkemesine” dönüşmesine ilişkin çekişmeli bir tartışma devam etmektedir. Bu tartışma henüz herhangi bir şekilde uzlaşma ile sonuçlanmamasına rağmen, bu tartışmanın faydalı olmadığı yönünde bir sonuca sebebiyet verdi. AİHS Avrupa Anayasası niyeti ile yapılmadığı gibi AİHM'in halihazırda var olan ulusal anayasa mahkemelerine dönüşeceğini görmek de oldukça zordur.”⁸

AİHM üye mahkemelerin hukuk sistemlerinden farklı bir hukuki sistem uygulamaktadır. Burada cevaplanması gereken soru AİHM'in demokrasi ve insan haklarının etkili bir şekilde korunması gibi anayasal değerleri muhafaza etmesi yanında uygulamada AİHM'in ikincil olarak ulusal-uluslar arası hukuk sistemlerinin koruyucusu olup olmayacağıdır. Aynı zamanda yerel mahkemelerin AİHM ile ilişkisinin ne şekilde olduğu-olması gerektiği-hususunu da irdelenecektir.

A-) AİHM'in Rolü

Takdir marjı AİHM ile ulusal Anayasa Mahkemeleri arasındaki ilişkiyi düzenlemede anayasal bir prensip olarak görülebilir. Takdir marjı, AİHM tarafından bazı şartlar altında ulusal makamlar tarafından verilmiş kararları kabul edebileceği, ve bunları sözleşmeye uygun göreceği anlamına gelmektedir. Takdir marjı AİHM tarafından uzunca bir süre uygulanarak kabul edilmiş bir kavramdır. Ancak 15 numaralı protokol AİHS'in önsözünün sonuna aşağıdaki cümleleri ekleyerek takdir marjı kavramına yer vermiştir.

⁶ Louizidou v.Turkey (Preliminary Objections) Application no. 15318/89 (1995), para.75. See also e.g. Al-Skeini and Others v. United Kingdom, [GC] Application no.55721/07 (2011), 655-687.

⁷ See inter alia S Greer and L Wildhaber, “Revisiting the Debate About “Constitutionalising” the European Court of Human Rights, 12 Human Rights Law Review 4 (2012), 655-687

⁸ Quoted from A Mowbray, “The interlaken Declaration- The Begening of New Era fort he Euro-
pean Court of Human Rights? 10 Human Rights Law Rewiev 3 (2010), 519-528, 523.

“İkincillik ilkesi uyarınca, iş bu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeci taraflara ait olduğunu, ve Yüksek Sözleşmeci taraflar bunu yaparken iş bu Sözleşme ile kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahip olduklarını teyit ederek”⁹

George Letsas’ın önerdiği ve kavramsallaştırdığı şekilde, takdir marjı bir yönüyle bireysel özgürlükler ve ortak yararı açıklayan “bağımsız bir kavram” olarak anlaşılmalıdır. Bu kavram aynı zamanda, farklı insan hakları arasında denge kurma ya da aynı hakkın farklı kişilerce talep edilmesi anlamına da gelmektedir. Takdir marjının bu bakış açısı, temel yükümlülüklerin aleniyeti dolayısıyla takdir yetkisinin uyduğu durumlarla ilişkilidir. Letsas tarafından “yapısal kavram” şeklinde adlandırılan ve uluslararası bir organ pozisyonundaki AİHM’in denetiminin sınırları ve yoğunluğunu açıklayan durum ikinci yaklaşımdır. Bu makale de değinilecek olan ikinci yaklaşımdır.¹⁰ Bu kavram, yerel mahkemelerin kararlarının denetimi de dahil olmak üzere yerel makamlarca verilen kararların denetimini yapan ve uluslararası bir organ olan AİHM’i anayasal düşünce ile ilgili standart bakışa riayet etmeye davet eder.

AİHS’te teminat altına alınan ve üye devletler tarafından saygı duyma ve koruma yükümlülüğüne sahip olan hakların ve bu hakları koruma sorumluluğunun yerine getirilip getirilmediği AİHM tarafından denetlenirken 15 numaralı protokol takdir marjını ikincillik ilkesinin bir unsuru olarak tanımlamıştır. Bunun sonucu olarak AİHM tarafından bakıldığında takdir marjının negatif ve pozitif tarafı vardır. AİHM, ilk olarak uyumsuzlukların ilk derece mahkemesinde çözülmesine müsaade etmelidir. Ancak ikinci olarak, AİHM ulusal makamların AİHS’te teminat altına alınan haklara riayet edildiğinden emin olmalıdır.

Peki AİHM tarafından denetlenen ve riayet edilmesi gereken yükümlülükler nelerdir ve AİHM tarafından yapılan bu denetim yerel mahkemelerin verdiği kararlarla ne derecede farklı olmalı ya da ne ölçüde benzeşmelidir? Andrew Legg takdir marjının AİHS’in muhatap devletlerin muhakemesinin 3 temel faktör temeline dayalı olarak ağırlık tahsis edilmesiyle oluştuğunu ileri sürmektedir; (i) demokratik meşruiyet; (ii) devletin genel uygulaması, ve; (iii) uzmanlık. Aynı zamanda demokratik yönünü ve uzmanlığın sorunlarını tartışacağım. Fakat, ulusal yasama organlarının kararları ve diğer ulusal anayasal organların kararlarına

⁹ Protocol No.15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (available at <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/213.htm>).

¹⁰ G Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (OUP, 2007), 80-81.

saygıyı birbirinden ayırt edeceğim. Ayrıca, başka bir faktör olarak her bir devletin takdir yetkisini sınırlamada kullanılan devletlerin genel uygulamasını da göz önünde bulunduracağım. Nihayet, takdir marjının ayrı bir yönü mahiyetinde devletlerin farklılığına dayalı olarak gelişen saygı gösterme hususunu tasnif edeceğim. Dolayısıyla, ulusal kararların denetlenmesi uygulamasında AİHS'in saygınlığı ile alakalı olduğunu düşündüğüm dört özelliği tartışacağım: 1) AİHM'in uzmanlığı 2) Yerel demokrasiye saygı (ulusal yasama organı) 3) Diğer Anayasal organlara saygı (yürütme ve mahkeme) ve 4) Üye devletler arasındaki farklılığa saygı. Bu unsurların her biri ayrı ayrı alt kategorilere ayrılabilir.

1) AİHM'in uzmanlığı

İlgili anayasal organların uzmanlığı ile AİHM'in uzmanlığı karar verme mekanizmasına bağlı olarak birbirinden farklıdır. Ulusal organların konuya ilişkin olaylara ve uygulanacak yerel hukuka üst düzeyde hakim olması beklenir. Mevcut saptama, AİHM'in "dördüncü derece şikayet" olmadığı yönündeki ısrarında da kabul edilir. Bu durum, öncelikle AİHM'in yalnızca olay ve olgulardaki hatalar ile AİHS'in ihlali yönünden önem taşıması halinde ilgili hukuk yönünden değerlendirme yapacağı anlamına gelir. Fakat aynı zamanda AİHM, davaya konu olayların saptanmasında yerel mahkemelerin denetimini ve yerel hukuku nasıl yorumladığını ve uyguladığını da inceleyecektir. Ulusal anayasa mahkemelerinin olay ve olgulara yakınlığı ve bakış açısı ile karşılaştırılabilmesine rağmen, AİHM'in (ulusal hukuk yönünden) uzmanlığı ulusal hukuk hakkında en iyi teorik bilgiye sahip olmakla kalmayıp buna ilave olarak yerel anayasa ile uyumlu olarak- anayasanın nihai yorumunu yapma fonksiyonuna sahip yerel anayasa mahkemelerden oldukça farklıdır. Fakat, AİHM'in yerel mahkemelerden bir çok bakımdan daha fazla uzmanlığa sahip olması gereken diğer yönleri de vardır. AİHM, AİHS'in yorumlanması ile alakalı olan ortaya çıkan "yükselen Avrupa konsensüsü" konusunu tespit etmek açısından daha iyi bir pozisyondadır. Bunun nedeni AİHM'in içtihat birimi Avrupa Konseyine üye olan 47 ülkenin yerel hukukunu analiz edecek kapasite ve yeteneğe sahip olmasıdır¹¹. AİHM, bilhassa, AİHS'i uygulamaya yönelik iyi bir pozisyondadır. Bu durum, yerel mahkemelerin ağırlıklı olarak ulusal hukukla (AİHS hukukunun çok daha önemli olmasına rağmen) ilgili değerlendirmeler yapmasına karşılık, AİHM'in daima AİHS çerçevesinde yorum yapmasından kaynaklanır.

¹¹ Yazarın burada vurgulamak istediği husus; yerel makamların aksine AİHM'in herhangi bir konu hakkında hukuki değerlendirme yaparken o konuda diğer ülkelerin ne şekilde bir düzenlemeye sahip olduğunu rahatlıkla tespit edebilmesidir. Diğer bir anlatımla, yargılamaya konu olan mesele üzerinde üye ülkelerdeki eğilimin ne yönde olduğunu tespit edilmek suretiyle Avrupa hukukunun ilerlediği yön değerlendirilebilecektir. (Ç.N)

Fakat AİHM'in bazı özel fonksiyonları vardır; O'nun AİHS'in yorumlanması ve uygulanması noktasında son söze sahip olduğu kabul edilir. Netice olarak, AİHM'in bu konudaki müthiş birikimi insan hakları sisteminde yer alan rolü ile de desteklenir.

2) **Ulusal siyasal demokrasiye saygı (ulusal kanunkoyucu-parlamento)**

Siyasal demokrasinin korunmasının önemi AİHS'in önsözünde de kabul edilmiştir;

*“dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan **etkili demokratik bir siyasal rejime**, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını bir kez daha tekrarlayarak”* (vurgu eklendi)

Siyasal demokrasiye saygı ulusal yasama organlarının geliştirilen şekilde AİHS'in yorumlanması için belirli bir saygınlığı içermelidir. Fakat alıntılanan paragrafta da vurgulandığı gibi bir yanda demokratik özgürlükler diğer yanda ilgili insan haklarının *“genel anlama ve uyumu”* nun dengelenmesine ihtiyaç olabilir. AİHM yasama organını (ve yargıyı) bazı şartlara bağlı olmak kaydıyla dinlemeye ilişkin gönüllüğünü vurgulamıştır. Mahkumların oy hakkına ilişkin Hirst kararında (2005), Büyük Daire şu hususlara değinmiştir;

“Birleşik Krallık'ta yasama ve yargı tarafından kabul edilen tutuma eklenecek ağırlığa ilişkin olarak, parlamentonun şimdiye kadar rekabet eden çıkarları ağırlıklı kılmaya veya bir mahkumun battaniye yasağına ilişkin oy verme hakkının orantılılığını değerlendirmeye çalıştığına dair bir kanıt bulunmamaktadır”¹²

Eğer AİHM, rekabet eden çıkarların ağırlığını araştırıp mahkumların oy vermekten yasaklanmasının orantılılığını değerlendirebilseydi, muhtemelen AİHM'in yasama (ya da yargı) organına ağırlık verecekti.

Öte yandan, Birleşik Krallık Yüksek Mahkeme Başkanı'nın 12 Şubat 2014 yılında yaptığı konuşmada söylediği gibi AİHM tarafından yapılan bu tip bir denetim kolaylıkla kabul edilmez:

Avrupa Mahkemelerinin Parlamentoların kararlarından üstün olabileceği ideası milletlerimizin anayasal uygunluğuna küçük bir saldırıdır.¹³

¹² Hirst v. United Kingdom (No.2) [GC] Application no. 74025/01 (2005), para. 79.

¹³ L. Neuberger, *Cambridge Freshfields Annual Law Lecture*, 2014.

Bu ifadeler karşı çoğunluk karakteri yönünden ulusal düzeyde tartışılan demokratik karar alma süreci üzerindeki anayasal denetimin uygunluğuna ilişkin soruları akla getirmektedir.¹⁴ Fakat uluslararası mahkemeler tarafından yapılan denetim birçok yönden yerel mahkemeler tarafından yapılan denetimden farklıdır.

Bir taraftan, uluslararası mahkemece yapılan denetim, ilgili ulusal yasama organının anayasayı yasa değişikliği yolu ile bir anda değiştirerek tepki verme kabiliyeti olmadığı için, ulusal demokrasiye yönelik ağır bir müdahale olarak görülebilir. Ayrıca, AİHM'e yön gösterecek uluslararası demokratik organ da (Bakanlar Komitesinin ve Parlamenterler Meclisinin bağlayıcı olmayan kararları hariç) yoktur. Muhtemel çözüm bütün üye devletlerin rızasını gerektiren AİHS'in değiştirilmesidir. Ya da devletler dramatik bir şekilde hep birlikte AİHS'ten çekilme yönünde adım atabileceklerdir.

Diğer yönden ise, devletler, -demokratik organları vasıtasıyla- AİHM'e, AİHS'in uygulanması ve yorumlanması konusunda bağlayıcı kararlar alması için yetki vereceklerdir (AİHS m.46) İkinci olarak, AİHM, kararların nasıl uygulanacağı ve yorumlanacağı konusu ile ilgili olarak ulusal karar alıcılara belli oranda takdir yetkisi bırakmaktadır. Ve son olarak, AİHM, ulusal mevzuatın geçersiz olduğunu beyan etmemektedir. O sadece, AİHS'in ihlal edildiğinin tesbitini yapar ve uluslararası düzeyde çözümlerin neler olduğunu belirtir. Eğer konuya ulusal hukuk hiyerarşisi çerçevesinde yaklaşırsak, AİHM kararının ulusal düzeyde etkisinin ne olacağını değerlendirmesi devlete kalmıştır. Yerel mahkemeler, örneğin, AİHM kararını uygulamanın anayasayı ya da kanunu ihlal edeceğini tespit edebilir ve kararı ulusal düzeyde uygulamayabilir. Bu durum uluslararası yasal yükümlülüklerin ihlali anlamına gelecektir. Fakat diğer yönden ulusal hukuk bakımından mükemmel bir uyumluluk sağlayacaktır. Dolayısıyla, ulusal demokratik yasa yapıcıların (yasama organı ve parlamento¹⁵) müdahalesi, ulusal anayasa mahkemelerinin müdahalesinden daha elverişlidir.

3) Diğer ulusal anayasal organlara saygı (yürütme ve mahkeme)

Ulusal anayasa mahkemeleri ulusal güçler ayrılığının bir yönü olarak yürütmeye belli oranda takdir hakkı tanıyabilir. Ancak bu takdir hakkı A .v United Kingdom case (2009) kararında belirtildiği üzere AİHM tarafından farklı bir şekilde anlaşılmış ve kullanılmıştır:

¹⁴ See Jeremy Waldron "The Core of the Case Against Judicial Review (2006) 115 *Yale Law Journal* 1346-1406 and Richard Bellamy *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy* (CUP 2007)

¹⁵ Ç.N eklendi

Takdir marjı doktrini, her zaman, Mahkeme ve ulusal otoriteler arasında ilişkiyi tanımlama anlamına gelen bir kavram olarak kullanılmıştır. Bu kavram, ulusal düzeyde devlet organlarının birbiri arasındaki ilişkide aynı şekilde uygulanamaz (para 184).¹⁶

Ulusal anayasal sistemden bir diğer fark ise, AİHM'in yalnızca yasama ve yürütme organlarına değil yerel mahkemelere de saygı (takdir hakkı tanınması) duymasıdır. Fakat bu saygı ve takdir hakkı tanıma durumu, AİHM'in önceki başkanı Bratza tarafından da belirtildiği üzere yerel mahkemelerin kararlarının kalitesine bağlıdır. Bratza şu ifadeleri kullanmıştır:

*"İkinci olarak, Strasburg Mahkemesi, bana göre, insan hakları anlaşmalarının pratik hayatta etkili olmasına sebebiyet verdiği için İngiliz Mahkemelerinden çıkan kararlara her zaman saygılı olmuştur ve bu durum bu mahkemelerin AİHM'in yargılama işini oldukça kolaylaştıran kararlarının yüksek bir kalitede olmasından kaynaklanmaktadır."*¹⁷

Öte yandan, hiçbir ulusal anayasa mahkemesi söz konusu takdir hakkını alt dereceli bir mahkemeye tanımamaktadır. Bu durum özellikle önemlidir çünkü davalar genel olarak yerel mahkemeler tarafından AİHS'in iç hukuk yollarının tüketilmesi gereklilikleri çerçevesinde filtre edilmektedir.

4) Üye devletler arasındaki çeşitliliğe saygı

AİHM üye devletler arasında farklılık ve çeşitlilik olduğunu kabul eder. AİHS'in önsözü "*büyük bir birleşme*" ye işaret eder, tam bir uyuma değil. Böylece, AİHM, AİHS'te yer alan insan haklarına eşit saygı gösterilmesini sağlarken diğer yandan üye devletler arasındaki farklılığa da saygı göstermiş olmaktadır. Ahlaki değerler ile ifade özgürlüğü arasında bir gerilim olması durumunda devletlere takdir marjı hakkının tanındığına ilişkin klasik referans Handyside (1976) kararıdır:

*"Ülkelerinin hayati kaynakları ile devamlı ve doğrudan irtibatlı olmaları sebebiyle devlet otoriteleri prensip olarak bu gereksinimin [örneğin ahlak] içeriği hakkında görüş verme konusunda uluslararası hakimden daha iyi bir konumdadır....(para 48)"*¹⁸

¹⁶ A. and Others v. United Kingdom, Application no. 3455/05 (2009) [GC]

¹⁷ N. Bratza, The Relationship between the UK Courts and Strasbourg, 5 *European Human Rights Law Review*, (2011), 505-512, 507.

¹⁸ Handyside v United Kingdom, Application no. 5493/72 (1976)

Bu durum, yargı yetkisini kullandıkları topraklar üzerinde aynı anayasal standardı uygulayan ulusal anayasa mahkemelerinden farklıdır. Böylece, AİHM uluslararası mahkeme olması ile birlikte anayasal fonksiyonunu birleştirmektedir. Ancak, AİHM bir çok yönden ulusal anayasa mahkemelerinden ayrılmaktadır. Öte yandan, AİHM, uluslararası ve ulusal hukuk arasında var olan dualizmin müsaade ettiği ölçüde ve demokratik kaygılar ile insan haklarının etkili korunmasını da dikkate alarak ulusal anayasal organlar ile iletişime girerek büyük ve tutarlı bir hukuk sistemi içerisinde var olduğunu gösterir.

Yerel mahkemeler tarafından etkileşim

Peki yerel mahkemelerin rolü nedir: Yerel mahkemeler anayasal bir tavır olarak düşünülebilecek şekilde AİHM ile etkileşime giriyorlar mı? ve olası böyle bir etkileşimin özellikleri ne olmalıdır? Yerel mahkemeler, iç hukuk meselesi ve yargılama pratiği olarak AİHM tarafından verilen kararları dikkate alırlar. Bu durum uluslararası hukukun devletlerin bir davaya (*res judicata*) taraf olmaları durumunda AİHM kararını uygulamaları anlamına gelen bir gerekliliktir. Fakat, ülkelerin aynı zamanda AİHM'in önceki (*erga omnes*) uygulamalarının etkilerini de dikkate almaları gerekir. Bu tür tutarlı yorumların (AİHM kararları) uygulanması uluslararası anayasacılığın bir yönü olarak görülebilir. (örneğin: Ulusal hukuk, farklı bir çözüm için özel bir sebep olmadıkça, uluslararası hukuk yükümlülükleri doğrultusunda yorumlanır.)

Öte yandan, yerel mahkemeler AİHM tarafından yapılan yorumu reddetmeyi seçebilirler ve iç hukuk içeriğinin son söz sahibi olarak kendi durumlarına güvenebilirler. Ancak, yerel mahkemeler bu tavrı ile sonrasında AİHM tarafından incelenme riskini almış olurlar. Tutarlı yorumların (AİHM içtihadı) uygulanmasının ötesinde yerel mahkemelerin AİHM ile etkileşim içerisinde olmalarının üç yolu bulunmaktadır: 1) Yerel mahkemeler, AİHM'i takdir marjını kullanmaları konusunda yetkilendirildikleri gerçeğine ikna etmeyi deneyebilirler, 2) AİHM'in yorumlanması için hayati önemi olan Avrupa konsensusunun geliştirilmesine aktif bir şekilde katılabilirler ya da 3) AİHM'in ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda AİHM'i ikna etmeye çalışabilirler.

1. Takdir Marjı

Kendi yorumlarının doğru demokratik sürecin izlenmesinin bir sonucu olduğuna ve yaptıkları yorumun (ölçülülük prensibi gibi) AİHM tarafından da dikkate alındığına AİHM'i ikna edebilirlerse, yerel mahkemeler de dahil ulusal anayasal organlar, takdir marjını kullanması hususunda için daha iyi bir şansa sahiptir. AİHM *von Hannover* (No 2) (2012) kararında da vurguladığı gibi:

“ Dengenin ulusal otoriteler tarafından AİHM içtihatlarında belirtilen kriterlere uygun yapıldığı durumda, AİHM kendi görüşünü yerel mahkemelerin yerine ikame edebilmesi için çok sert gerekçelere ihtiyaç duyacaktır. (para 107) “

Böylece, yerel mahkemeler sadece pasif bir şekilde takdir marjı kavramına dayanmayacaklar aynı zamanda AİHM’in içtihatlarında geliştirdiği kriterlerin ulusal makamlarca uygulandığını göstererek aktif bir tavırla AİHM ile etkileşim içerisinde olacaklardır.

2. Avrupa Konsensusu

Buna ilaveten, AİHS’in yorumu dinamiktir ve aynı zamanda gelişmekte olan Avrupa konsensusuna tabi olabilir. AİHS’in yaşayan bir enstrüman olduğu hususu *Tyrer* davasına (1978) kadar gider:

“Mahkeme aynı zamanda komisyon tarafında da vurgulandığı şekilde Sözleşme’nin yaşayan bir enstrüman olduğunu ve günün şartlarına göre yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Görülmekte olan davada Mahkeme önceki gelişmelerden etkilenmez ancak bu konuda Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin geliştirdikleri ve genel olarak kabul ettikleri ceza politikasını dikkate alır. para.31)”¹⁹

Yerel mahkemelerin en nihayetinde bir Avrupa normu olarak kabul edilebilecek muhtemel bir Avrupa standardına katkı yapabilmeleri onlar açısından önemli olacaktır. AİHS’in kuvvetli yorumu olarak görülebilecek bir yerel uygulama tartışmasız bir şekilde yerel mevzuatın yorumundan daha ağırlık taşıyacaktır.

3. AİHS’in yorumu

Son olarak, yerel mahkemeler Avrupa konsensusunu geliştirmeye ya da takdir marjına herhangi bir atıf yapmaksızın AİHS’in uygun bir yorumunu yaptığı konusunda AİHM’i ikna edebilir. Ancak bu çaba, yerel mahkemelerin AİHS’i AİHM’i ikna edecek bir şekilde yorumlaması ve önündeki davayı Avrupa temeline oturtmasını gerektirir. Aynı zamanda yerel mahkemenin yorumu diğer üye ülke mahkemelerini de ikna ederse daha faydalı olur.²⁰

¹⁹ *Tyrer v. United Kingdom*, Application no. 5856/72, (1978).

²⁰ M Andenas and E Bjorge, National Implementation of ECHR Rights “in A Follesdal, B Peters and G Ulfstein (eds), *Constituting Europe; the European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (CUP, 2013), 181-263, 261.

Genel olarak AİHM, yerel mahkemelerin AİHS'i, yorumuna ilişkin argümanlarına, bu argümanlar bazı yerel mahkemelerce hegemonyayı temsil etmediği ve insan haklarının korunması için gereken ilkenin altını oymadığı sürece açıktır. Fakat AİHM, uygun olan AİHS yorumunun tespiti konusunda son sözü söyleme hakkına sahip olmalıdır.

Bundan dolayı yerel mahkemeler AİHM ile etkileşiminde farklı yollar seçebilirler. Ancak yerel mahkemelerin AİHM ile yapıcı bir tavır ile etkileşime geçmesi yaygın olanıdır. Bu, iç hukukun uluslararası yükümlülükleri ihlal etmediğinden emin olmak için yapılan pasif yorumun çok ötesindedir.

AİHM ve yerel mahkemelerin iki yönlü ortak girişimin bir parçası olarak etkileşime girmeleri gerekir. Ulusal yasal sistemden farklılık arz eden bu etkileşim AİHM ve ulusal mahkemeler de dahil olmak üzere ulusal anayasal organların, insan haklarının ortak ulus ötesi yasal korunmasında karşılıklı işlevleri tanımlama anlamında anayasal niteliklere sahiptir.