

**İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Reel Politığı**  
The Real Politics of The European Convention on Human Rights

Strategic Public Management Journal  
Volume 8, Issue 15, pp. 1-27  
December 2022  
DOI: 10.25069/spmj.1175472  
Research Article/Araştırma Makalesi  
Received: 14.09.2022  
Accepted: 05.10.2022  
© The Author(s) 2022  
For reprints and permissions:  
<http://dergipark.gov.tr/spmj>

**Engin SELÇUK**<sup>1</sup>

**Öz**

*Avrupa mekânında temel haklar koruması, devlet egemenliği düzeyi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi tarafından inşa edilen ulus-üstü egemenlik düzeyi arasındaki yetkilerin paylaşımı üzerine oturur. Bu iki egemenlik düzeyi bir birinden su geçirmez bölmelerle ayrılmış değildir. Tam tersi iki düzey arasında bir tamamlayıcılık ilişkisi vardır. Bu ilişkiyi yöneten ise İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ürettiği içtihadi bir ilke olarak ikincilliktir. İkincilik ilkesi, temel haklar korumasının “birincil” olarak taraf devletlere düştüğü, Mahkemenin ise “düzenleyici” bir yargısal fonksiyona sahip olduğu anlamına gelir. Ne var ki 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren 15 No’lu Protokol ile bu ilke şimdi taraf devletler tarafından Sözleşme metnine eklenmiş ve aynı devletler, egemenlikleri ve iç hukuklarının özgün niteliklerini koruma arayışına girmiştir. Bu noktada çalışmanın temel kaygısı, 15 No’lu Protokolün anlamını, Avrupa mekânında birlik fikri ile Sözleşme hukukunun karşılıklı gelişim çizgisi üzerine oturup geleceğe yönelik bir takım sorular sorabilmektir.*

**Anahtar Kelimeler:** İkincilik, Takdir yetki alanı, İnsan hakları hukuku, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi.

**Abstract**

*Fundamental rights protection in the European space rests on the sharing of Powers between the level of state sovereignty and the supranational level of sovereignty established by the European Convention on Human Rights. These two levels of sovereignty are not separated from each other by watertight partitions. On the contrary, there is a complementary relationship between the two levels. The governing thing in this relation is subsidiarity as a jurisprudential principle produced by the European Court of Human Rights. The principle of subsidiarity means that the protection of fundamental rights falls “primarily” to the state parties, while the Court has a “regulatory” judicial function. However, with Protocol No. 15, entered into force on 1 August 2021, the principle has been added to the text of the Convention by the states parties, and these same states have sought to preserve their sovereignty and the original characteristics of their domestic law. At this point, the essential concern of the study is to put the meaning of Protocol No. 15 on the idea of unity in the European space and the mutual development line of the Convention law and to ask several questions for the future.*

**Key words:** Subsidiarity, Margin of appreciation, Human Rights Law, The European Convention on Human Rights, The European Court of Human Rights.

<sup>1</sup> Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri A.B.D, engin.selcuk@istanbul.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2238-5103.

## GİRİŞ

Tarihsel olarak Avrupa’da birlik fikri ne zaman zedelense devletler, aralarındaki ilişkileri dengelemek için bazı prensiplere ihtiyaç duyar. Wilson idealizmi görmezden gelinirse 1648’den başlayıp 1945’e kadar olan dönemde devletler, aradıklarını “*raison d’État*” ve “*güç dengesi*” kavramlarında bulur. Devletin iyiliğinin, onu ilerletmek için kullanılan her türlü aracı haklı kıldığını söyleyen *raison d’État* ile eskinin “ahlak” nosyonunun yerini “*ulusal çıkar*”; “barış”ın yerini ise acımasız “*güç dengesi*” alır. Sonuç ise dünyalar savaşıdır.

Gene tarihsel olarak Avrupa mekânındaki önemli siyasi kırılmaların hemen arkalarından haklar bildirgelerini beraberlerinde getirdikleri gözlenir. II. Dünya Savaşı sonrası Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesinde başta “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” ve “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi” (bundan sonra ‘Sözleşme’) olmak üzere insan hakları alanında imzalanan pek çok sözleşme, gerçek bir devrime sebep olur. İlk kez “insan”, “devlet” ile arasındaki zincirleri kopararak hukuki ehliyete sahip evrensel bir varlık olur. “*Tarih öncesi çağlarda kabilesi ile bağlarını koparan insanın home juridicus’a dönüşmesi*” (Supiot, 2009) gibi; Avrupa mekânında Sözleşme ile devletinden bağımsız olarak uluslararası planda hukuki ehliyete sahip insan, bir *homo europaeus*’a dönüşür. Zira Sözleşmeyi imzalayarak taraf devletler, ulusal çıkarlarını korumak adına karşılıklı hak ve yükümlülükler doğurmak değil; Avrupa Konseyi Statüsünde ifadesini bulan ve siyasi gelenekler, hukukun üstünlüğü ve özgürlük üzerine oturan ortak miraslarını korumak adına liberal bir “*Avrupa kamu düzeni*” (CEDH, Loizidou c. Turquie, 1995:§75) inşa etmek arayışındadır. Bu arayışın ifadesi olarak Sözleşme, devletlerarası raporlar, diplomatik koruma ve karşılıklılık ilkesi üzerine temellenen geleneksel diplomatik yaklaşımları -en azından Avrupalılar arasında- değiştirir. Sözleşme, *raison d’État*’nın reddi anlamına gelir ve bireyi, kendi ulusal otoritesine itiraz edip aynı otoriteyi uluslararası bir mahkeme önünde davalı yapan bir güce kavuşturur. Birey nihayet hukukun merkezindedir.

90’lı yılların başında liberal ideoloji zafer kazanmış gibi görünür. Komünizmin ideolojik ve Sovyetlerin jeopolitik meydan okumalarının aynı anda üstesinden gelinmiş; Avrupa kurumları şimdi kendilerine yeni bir görev yüklemiştir: Bölünmüş olan Avrupa’yı birleştirmek... İlginç bir şekilde Sözleşmenin yargısal denetim mekanizmasına esaslı değişiklikler getiren 11. No’lu Protokolün yazımı ile Berlin Duvarının çöküşü tarihsel olarak çakışır ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (bundan sonra ‘Mahkeme’) önündeki potansiyel başvuru sayısı ikiye katlanarak sekiz yüz milyon Avrupalıya tekabül eder. Devam eden yıllarda Mahkemenin, inşa ettiği yargıç yapısı/pretoryen mimari üzerinden kullandığı normatif güç, insan hakları savunucuları tarafından coşkuyla karşılanır.

Oysa madalyonun öteki yüzünde ihmal edilmemesi gereken bir gerçek, Sözleşmenin uhdesinde imzalandığı Avrupa Konseyinin gene ve her şeye rağmen “siyasi” ve “uluslararası” bir kurum olduğu ve Avrupa’da insan haklarının ortaklaşa korumasının iki egemenlik düzeyi arasındaki yetkilerin paylaşımı üzerine oturduğudur: Avrupa Konseyi üyesi devletlere tek tek ait olan devlet egemenliği düzeyi ve Sözleşme tarafından inşa edilen ulus-üstü hukuksal ve moral egemenlik düzeyi. Özellikle 2000’li yıllarda bireysel başvuru sayısındaki inanılmaz artışa mukabil nispeten istikrarsız bir siyasal mekânda hareket ve değişim halindeki hukuksal ve idari yapıların varlığı, Mahkemeyi kendini ulusal mahkemelerin yerine koyarak bazen bir temyiz mercii gibi hareket

etmeye zorlar. Mahkeme kendi başarısının kurbanı olmuş, iki egemenlik düzeyi arasındaki ilişki artık zedelenmiştir (1).

Mahkemenin normatif gücünden giderek rahatsızlık duyan ve insan hakları savunucularıyla aynı coşkuyu tam olarak paylaşmayan Avrupa Konseyi üyesi devletler, hükümetler arası konferanslar yoluyla Mahkemeye sağlam mesajlar verir. Bu mesajlar yansımalarını 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren 15 No'lu Protokolde bulur. Protokol, iki egemenlik düzeyi arasındaki dengeyi sağlayan ikincilik ilkesi ile takdir yetki alanı doktrininin anlamını yeniler. Mahkeme artık kaygan bir zeminde ilerlemektedir (2). Sözleşme cephesindeki bu gelişmeye ek olarak iç hukuklarda icra edilmeyi bekleyen Mahkeme kararlarının nicelik ve nitelik olarak alan kazanması, kimi iç hukuk makamlarının kararlara karşı artık açıktan yaptıkları muhalefet ve en nihayet 15 Mart 2022 tarihinde Rusya'nın Avrupa Konseyi ve dolayısıyla Sözleşmeden çıkarılması, Sözleşmenin uygulanmasına zemin hazırlayan siyasi iklimi zedeler (3).

Siyasi iklim zedelenmesi “*raison d'État*”yı geri mi çağırır? Yoksa şu an birleşmiş bir Avrupa ile anarşik bir Avrupa arasında tarihin geçiş döneminde miyiz?

## 1. KENDİ BAŞARISININ KURBANİ OLAN MAHKEME

Raymond Aron, 1958 yılında Avrupa'nın siyasi görünümünü özetlerken iki kutuplu bir istikrara işaret etmiş ve bu istikrarın paradoksal doğasını şöyle açıklamıştı:

*“Avrupa'nın bugünkü durumu anormal ve anlamsızdır. Fakat açıktır, sınır çizgilerinin nerede olduğunu herkes bilir ve ne olacağından da kimse endişe etmez. Demir Perdenin öte tarafında bir şey olursa bu tarafta hiçbir şey olmaz. Avrupa'nın doğru veya yanlış, böyle açık bir şekilde bölünmüş olması, başka her hangi bir düzenlemeden daha az tehlikeli görünür.”* (Kissinger, 2011; 574)

Aron'un işaret ettiği iki kutuplu istikrar döneminde Sözleşme, adeta Demir Perdenin batı yanında safları sıkılaştırmanın bir aracıdır. Önce Birleşik Krallık (1951) ardından İrlanda'nın (1952) Sözleşmeyi onaylamaları ile açtıkları yolda, Savaş öncesi ve Savaş sırasında totalitarizm deneyimi ya da işgali yaşayan ve hatta savaşta tarafsız kalan ülkelerin hızlı bir şekilde Sözleşmeyi onayladıkları gözlenir. Bu dönemde Sözleşme, adeta totalitarizm tehdidine karşı bir hukuki gözaltı mekanizması ve aynı tehdidi önlemenin esaslı bir yolu olarak görülür. Fransa ve İsviçre'nin onay süreçlerinin ardından (1974), iç siyasi çalkantıları sona erdikçe sırasıyla Yunanistan (1974), Portekiz (1978) ve İspanya (1979) Sözleşme sistemine dâhil olur. Finlandiya'nın onayı ile birlikte (1990) Sözleşme sistemi bütün Liberal Avrupa'yı kapsar. Bu dönemde Sözleşme sisteminin Avrupa düzeyinde yargısallaşmasının önündeki engellerden birinin onay süreçlerinde yaşanan bu tedrici gelişim çizgisi olduğu söylenebilir.

Kuşkusuz sistemin yargısallaşmasının önündeki ikinci ve en temel engel, Sözleşme hukukunun denetim mekanizmasından kaynaklanır. Gerçekten de Sözleşme temelindeki tüm başvurular önce İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun (bundan sonra 'Komisyon') kabul edilebilirlik incelemesinden geçer. Kabul edilebilir bulunan başvurular için dostane çözüm yolu denir. Dostane çözüme kavuşturulamayan başvuruya ilişkin olarak Komisyon, esas üzerine ulaştığı her türlü sonucu bağlayıcılıktan yoksun bir rapor suretinde ilan eder. Mahkemeye, ancak bu raporun ardından Komisyon ya da ilgili taraf devletçe başvurmak mümkündür. Mahkemenin yargılama yetkisi ve bireysel başvurunun seçimlik olması, Komisyonun nihai karar alma yetkisinin bulunmaması, buna mukabil karar alma yetkisinin siyasi bir organ olarak Bakanlar Komitesine ait olması uzun süre sistemin yargısallaşmasını engeller. Ancak bu dönemde dahi, daha sonra Mahkemeye dönüşecek olan Komisyon, 1955 yılında verdiği ilk karardan başlayarak taraf devletler ve Avrupa Konseyi

organları arasında kimi zaman dengeleyici kimi zaman da çalışmaları yönlendirici bir organ olur. Komisyonun asıl katkısı ise dostane çözüm yolu ile devleti ihlal konusunda kabullenmeye ve iknaya yönlendiren uzlaştırıcı rolünü üstlenmiş olmasında yatar. Aynı dönemde Mahkeme ise uyanmayı bekleyen bir “uyuyan güzeldir”(Bates, 2010: 378).

22 Ocak 1990 tarihinde Türkiye'nin Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisini kabul etmesi, Sözleşme için bir milat olur (Giakoumopoulos, 2020: 35). Çünkü bütün Avrupa Konseyi üyesi devletler bu tarihten sonra bireysel başvuru ve zorunlu yargılama yetkisini tanır ve böylece etkin bir yargısal denetim sistem kurulur. Ne var ki sürekli artan iş yükünün altında Sözleşme hukukunun esaslarını inşa eden Mahkeme, bir taraftan etkililik ve adalet arasında sıkışırken diğer taraftan devlet egemenliği ile arasındaki hassas dengeyi korumak zorundadır. Artık “Mahkeme, kendi başarısının kurbanı olmuştur” (Costa, 2001: 160).

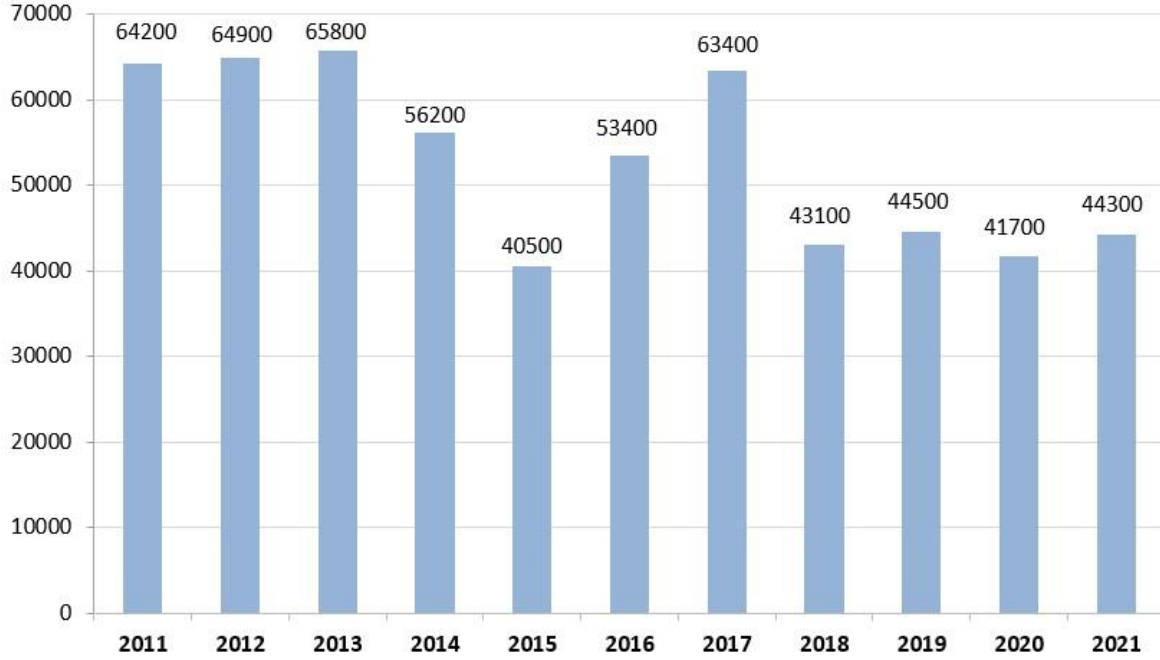
### 1.1. Etkililik ve Adalet Arayışındaki Mahkeme

1990'lı yılların ortalarından itibaren Komisyon ve Mahkeme önüne gelen başvuru sayısında sürekli artış yaşanır ve başvuruların çözüme bağlanması uzun zaman almaya başlar. Demir Perdenin inmesi sonrası yeni ülkelerin Sözleşmeye katılımı bu sorunu daha da ağırlaştırır ve sistemin etkililiği sorgulanmaya başlanır. Artan iş yükü karşısında çok geçmeden, Sözleşmenin denetim mekanizmasını kökten değiştirecek olan 11 No'lu Protokolün yazımına başlanır. 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren Protokol ile bireysel başvuru yolu ve Mahkemenin yargılama yetkisi seçimlik olmaktan çıkar ve tüm taraf devletler için zorunlu hale gelir. Komisyon kaldırılarak Mahkeme, yarı zamanlı çalışan bir mahkeme yerine tam zamanlı çalışan bir yapıya dönüşür. Ne var ki iş yükü durmaksızın artmaya devam eder.

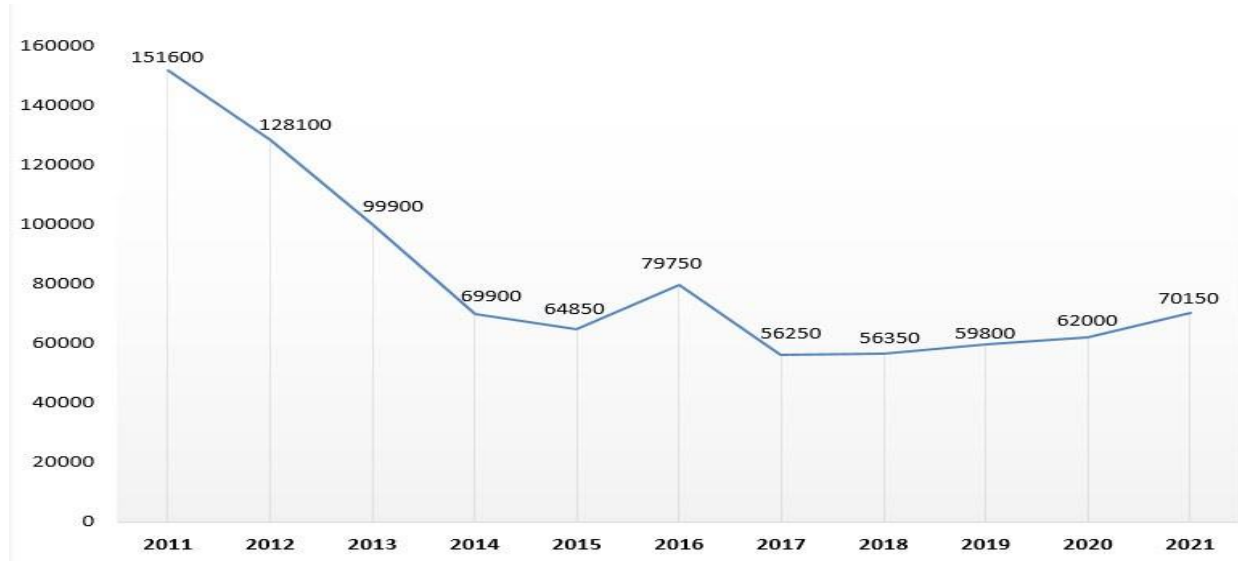
Mahkeme'nin 1998 yılına kadar verdiği önemli kararlarla insan hakları korumasının asgari koşullarını artık belirlediği ve Sözleşme hükümlerine iç hukuklardan bağımsız “özerk” anlamlar yükleyerek etkili bir koruma mekanizması kurduğu akılda tutulursa aynı mekanizmanın artan iş yüküne rağmen sürdürülebilir kılınması temel bir sorun olarak Mahkemeyi zorlamaya başlar. Basit bir istatistik vermek gerekirse 1959 yılında kurulduğundan bugüne (1 Ocak 2022) Mahkeme, esas incelemesi üzerinden 24511 karar vermiştir. Bu verilen kararların yalnızca 837'si 1959-1998 dönemine aittir (Conseil de L'Europe, 2022: 4). Bu kararların da önemli bir kısmının Komisyona ait olduğunun altını çizmek gerekir. Bu noktada, Mahkemenin etkililiğini teminat altına almak için reform ihtiyacı 2000'li yılların başında doruk noktasına çıkar. 12 Mayıs 2004 tarihli 14 No'lu Protokol, yeni kabul edilebilirlik kriterleri, tek yargıca yüklediği “filtraj” görevi ve Üç Yargıçlı Komite ile Mahkemenin iş yükünü hafifletmek adına çalışma usulünü basitleştirip hızlandırmayı amaçlar. Bu amaca, protokolün yürürlüğe girdiği 2010 yılını izleyen birkaç yıl içerisinde kısmen ulaşılır ve Mahkeme önünde görülen ya da bekleyen iş hacminde ilk kez oransal olarak azalma gözlenir. Öyle ki 2011 yılında 151600 olan Mahkeme önündeki başvuru sayısı 2015 yılında 64850'ye iner. Bu sonucun temel nedenlerinden biri de kuşkusuz “pilot karar” uygulamasıdır. Pilot karar usulü temelde Sözleşmenin 46. maddesine dayandırılmakla birlikte, Sözleşmenin mezkûr ya da diğer maddelerinde bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Pilot karar usulü, 21 Şubat 2011 tarihinde Mahkeme Genel Kurulu kararıyla İhtüzüğe eklenen 61. maddede düzenlenir. Mahkeme önünde beklemekte olan binlerce davanın pek çoğu, ulusal düzeydeki işleyiş sorunlarından kaynaklanan mükerrer davalardır. İşte pilot karar usulü, bu tarz mükerrer davaların altında yatan yapısal sorunları tespit ederek ilgili devletlere bu sorunları ortadan kaldırma konusunda yükümlülük getirme tekniği olarak geliştirilir (Di Marco, 2016: 887). Aynı temel nedenden kaynaklanan çok sayıda başvurunun

geldiği durumlarda Mahkeme, pilot karar usulü çerçevesinde bu başvurulardan bir veya birkaçını öncelikli işleme tabi tutabilir.

**Grafik 1: Yıllara göre Mahkemeye yapılan başvuru sayısı (CEDH, Analyse statistique 2021, 2022 :8)**



**Grafik 2: Yıllara göre Mahkeme önünde bekleyen başvuru sayısı (CEDH, Analyse statistique 2021, 2022 :8)**



Ne var ki Mahkemenin iş yükü artışı bir tsunami şeklinde devam eder. 2022 yılının ilk altı ayında Mahkemeye 23150 yeni başvuru yapılır, böylece 30 Haziran 2022 tarihi itibarıyla Mahkeme önünde bekleyen başvuru sayısı 72750'ye ulaşır. Ancak daha önemli olan Daire ve Büyük Daire önündeki iş yüküdür ki aynı tarih itibarıyla bu sayı 32150'dir. 2020 yılında Mahkemenin beş dairesi esasa ilişkin toplam 544 karar vermişken 2021 yılında bu sayı 1017'ye çıkar. Hali hazırda her bir daire neredeyse her iş günü için bir karar açıklamaktadır. Bu durum da dosyaların yeterince incelenip incelenmediğine ve yargılamanın kalitesine ilişkin ciddi soru işaretleri doğurur. O kadar ki Mahkemenin kendisi de iş yükü gerekçesiyle “*daha fazla incelemeye*” gerek görmediğini itiraf eder hale gelir. Gerçekten de Mahkeme 23 Kasım 2021 tarihli *Turhan ve Diğerleri-Türkiye* kararında şu ifadeleri kullanır. “*Sürekli artan başvuru akışının tehdidi altında olan Sözleşme sisteminin uzun vadeli etkinliğini sağlamaya yönelik üstün çıkarların rehberliğinde Mahkeme, (...) başvuranların 5. madde kapsamında kalan şikâyetlerini incelememeye karar verir*” (ECHR, Turhan and Others c. Turkey, 2021: §98). Kuşkusuz bir konuda ihlâl bularak diğer ihlâl iddialarının incelenmeden dosyanın kapatılması, önce adaletin, ardından Mahkemenin Avrupa ortak standardını belirleme, Avrupa değerlerini koruma iddiasının ciddi şekilde sorgulanmasına neden olur.

Belirli durumlarda, “incelemeye gerek yok” yaklaşımı hukuken savunulabilir. Bir başvurudaki "diğer" şikâyetler, o davada hâlihazırda incelenen şikâyet(ler)le örtüştüğünde birbiriyle ilişkili oldukları tespiti yapılabilir. Örneğin, idare mahkemesi önünde dava açma hakkının Sözleşmenin Madde 6/1 düzenlemesi temelinde ihlâl edildiğine karar veren Mahkeme, “*ayrıca başvurucuların ilgili idare mahkemesinin kompozisyonuna ilişkin itirazlarını inceleme gereği duymayabilir*” (ECHR, Dareskizb Ltd. v. Armenia, 2021: §93) Benzer şekilde iç hukukta görülen bir velayet davasında kusurlu temsil varsa ve üstüne üstlük küçüğün görüşleri yargılamada usulüne uygun olarak sunulmamış ve dinlenmemişse, “*velayetlin babaya verilmesi kararının Sözleşmenin 8. maddesine uygun olup olmadığının ayrıca incelenmesine ihtiyaç yoktur*” (ECHR, C. v. Croatia, 2020: §81). Gerçekten de şikâyetlerin örtüştüğü ya da en azından birinin diğerini kapsadığı Sözleşmenin iki farklı hükmü karşısında Mahkeme, aynı olgusal durumu değerlendirirken şikâyetlerden birini görmezden gelip ihmal edebilir. Çünkü bu durumda görünüşte ayrı olan şikâyetler gerçekte bir biriyle ilişkilidir. Gene pilot karar usulünde olduğu gibi başvuruların aynı olgusal arka planı paylaştıkları durumda da benzer tespit yapılabilir. Bu tür durumlarda Mahkeme, şikâyetlerin tamamını aynı hukuki meseleymişçesine ele alıp meseleyi bir kez, fiili veya hukuki bir açıdan inceledikten sonra başka bir açıdan yeniden incelenmesine gerek görmeyebilir. Ancak, başvurucuların şikâyetlerinin incelenmesinin açıkça incelemeyi hak ettiği durumlarda da “incelemeye gerek yok” formülünün Mahkemece kullanıldığı ya da konuyu ayrıntılı incelemekten açıkça imtina edildiği gözlenir. Özellikle Rusya ve Türkiye'ye ilişkin siyasi açıdan hassas belli davalarda Mahkeme adeta kaçamak kararlarla isteksizliğini ortaya koyar. Aynı tavır, hiçbir siyasi özelliği olmayan davalarda da gözlenir.

*Valentin Câmpeanu* kararında Mahkeme, başvuranlar tarafından ortaya atılan belirli “ana” hukuki sorunları inceleyerek, “kalan” şikâyetleri incelemeyi bırakır (ECHR, Valentin Câmpeanu v. Romania, 2014: §155). Bu durum Yargıç Küris'in ifadesiyle bir diğ hekiminin hastasına “*Büyük çürükleri düzelttim, o yüzden lütfen küçük çürüklerle de bana fazla yüklenme, bir şekilde kurtulacaksınız*” (Partly dissenting opinion of Judge Küris, §18, in ECHR, Turhan and Others c. Turkey, 2021) demesine benzer. Bu yolla “ana” hukuki sorunların incelenmesi, gerçekte incelenenlerle bağlantılı olmasalar bile, diğerlerinin incelenmemesini görünüşte haklı çıkarır. Kuşkusuz Câmpeanu formülü, yargı politikası bağlamında Mahkemenin insan, zaman ve diğer kaynaklarından tasarruf etmek zorunda olduğu belli bir pragmatizmi işaret eder. Bu pragmatizm, şikâyetlerin incelenmemesinin

Sözleşmenin herhangi bir maddesinin herhangi bir ilkesi tarafından değil; olağan normatif, kurumsal ve usule ilişkin mekanizmaların çaresiz kaldığı bir gerçeklik tarafından belirlendiği anlamına gelir.

## 1.2. Mahkemenin Normatif Gücü ve Devlet Egemenliği

Sözleşmenin madde 32/1 düzenlemesine göre, “*Mahkemenin yargı yetkisi (...) Sözleşme ve Protokollerinin yorumu ve uygulamasına ilişkin tüm sorunları kapsar.*” Bunun anlamı, Sözleşmenin konu, yer, zaman ve kişi bakımından uygulama alanının sınırlarını çizerken aynı Sözleşmenin ne anlama geldiğini söyleyecek olan Mahkemenin kendisidir. Gerçekten de Mahkeme, 1 Temmuz 1961 tarihli ilk kararı olan *Lawles-İrlanda* kararından başlayarak tanım yapan, davranış kalıplarını ve standartları belirleyen; kısaca olması gerekeni ortaya koyan normatif bir güç kullanır. Zira Mahkemece insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin “*anayasal belgesi*” (CEDH, Loizidou c. Turquie, 1995:§75) olarak bir kez tanımladıktan sonra Sözleşme, tipik bir uluslararası antlaşma olarak görülemez. Mahkeme, pek çok kararında Sözleşmenin anayasal niteliğine vurgu yaparken aynı nitelik, hukuksal yapıları etkileme, insan haklarına ilişkin ortak standartları belirleme; dolayısıyla da ‘ortak bir hukuk mekânı’ ve giderek ‘ortak bir kamu düzeni’ yaratma şeklinde kendini gösterir (Çağlar, 1998). Böylece Mahkeme, 1961-1998 arası dönemde verdiği kurucu kararlarla normatif gücünün sınırlarını ortaya koyar (Sicilianos, 2020: 817). 1998 sonrası ise temel sorun, aynı sınırların bu kez giderek genişleyen ve potansiyel başvuru sayısı iki katına çıkan Pan-Avrupa düzeyinde korunmasıdır. Mahkemenin bu yönde içine girdiği ciddi çaba, kaçınılmaz olarak kendisine ait normatif güç düzeyi ile tek tek taraf devletlere ait egemenlik düzeyi arasında gerilime neden olur (Ergeç, 2022: 225). Çünkü Mahkemenin normatif gücü ile Sözleşmeye yüklediği anlam, taraf devletlerin umdukları ve karar kıldıkları orijinal anlamları ile rasyonel bağlarını koparmış görünür.

Gerilimin kaynaklarından ya da iki egemenlik düzeyi arasındaki teorik ve pratik sorunlardan biri, Mahkeme içtihadı temelinde devletlerin sınır-ötesi yetki alanına ilişkindir. Zira devletin yargılama yetkisi, Mahkemenin konuyu etraflıca ele aldığı 26 Haziran 1992 tarihli *Drozdz ve Janousek - Fransa ve İspanya* kararına rağmen Mahkeme içtihadı ile sınırları ötesini de kapsayacak şekilde genişletilir. Önce *Loizidou*, ardından *Kıbrıs – Türkiye* kararı ile Mahkeme, devletin silahlı kuvvetleri tarafından sınır-ötesinde yapılan faaliyetleri nedeniyle devleti sorumlu tutar. Türkiye ile ilgili bu kararları Rusya ve Moldova (CEDH, İlaşcu et autres c. Moldova et Russie, 2004; CEDH, Mozer c. Moldova et Russie, 2016), Birleşik Krallık (CEDH, Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, 2011) için verilen kararlar izler. Bu kararlarda işgalci bir gücün işgal altında tuttuğu topraklar ve üzerinde yaşayan nüfus, Sözleşmenin 1. Maddesinde ifadesini bulan “yargı yetkisi” içerisinde kabul edilir. Pek çokları tarafından eleştirilen bu bakış açısı, Mahkemenin yabancı ülke topraklarında “etkin” kontrole sahip devletin, sadece kendi kamu görevlilerinin eylemlerinden değil; ilgili devlete “bağlı” yerel makamların eylemlerinden de sorumlu olduğunun altını çizen *Çırakoğlu - Ermenistan* kararı ile daha da güçlenir (CEDH, Chiragov et autres c. Arménie, 2015). Oysa Yargıç Pettiti’nin *Loizidou* kararına yazdığı karşı görüşte altını çizdiği gibi, “*Her ne kadar bir devlet işgal altında tuttuğu topraklarda kendi kamu görevlilerinin eylemlerinden sorumlu tutulsa da bu durum otomatik olarak o topraklarda ilgili devletin yargı yetkisi kullandığı anlamına gelmez.*” Gerçekten de bir devlet, başka bir ülke üzerinde, barış zamanında kendi toprakları üzerinde uyguladığı kontrol düzeyine eşdeğer, etkin bir kontrol uyguladığında yargı yetkisi istisnai olarak ülkenin sınırlarını aşabilir. Bu durum, taraf devletin “*uzun ve istikrarlı bir işgale tabi tuttuğu bir bölgenin ilgili taraf devletin bir organı olarak kabul edilen bir hükümet tarafından etkin bir şekilde kontrol edildiği davaları da kapsayabilir*” (CEDH, Catan et autres c. Moldova et Russie, 2012:§105) Kuşkusuz bu son iki durumda dahi “etkin” kontrolün

ölçütlerinin açık ve siyasi mülhazalara kapıyı kapatacak şekilde Mahkeme tarafından ortaya konabilmiş olması gerekir. Hatırlamak gerekir ki, 1999’da Belgrat televizyon merkezine NATO uçaklarının bombardımanı sonrası ciddi ihlallerin yaşandığı olaya ilişkin *Banković* kararında kabul edilemezlik kararı verirken Mahkeme, her nedense “*Sözleşmenin, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ışığında yorumlanması*” (CEDH, *Banković et autres c. Belgique et autres*, 2001: §55) gereğini fark ederek kendi içtihadına ters düşmüştü.

Bir başka sorun alanı gene Sözleşmenin Madde 19 ve 32/1 düzenlemelerinin doğasından kaynaklanır. Mahkemenin yargı yetkisinin Sözleşme ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsadığı kabul edildiğinde Mahkeme, kendisinde Sözleşme hükümlerini “*özerk yorumlama*” yetkisi bulur. Tipik bir örnek olarak Mahkeme pek çok kararında “*mağdur*” kavramını iç hukuklardan bağımsız ve özerk bir şekilde yorumlar (CEDH, *Aksu c. Turquie*, 2012: §52). Özerk yorumlama yetkisi sadece kavramlar değil bazen kurallar düzeyinde dahi olabilir. Gene örnek olarak Mahkeme, bireysel başvurudaki altı aylık -15 No’lu Protokol sonrası şimdi “*dört*” ay- süre kuralının somut olayın bağlamında değerlendirilmesi gereken “*özerk bir kural*” olduğu görüşündedir (CEDH, *Sabri Güneş c. Turquie*, 2012: §52). Bununla da yetinmeyen Mahkeme, sıklıkla “*iç hukuktaki düzenlemelerle bağılı olmadığı*” (ECHR, *Buckley v. United Kingdom*, 1996: §52) altını çizer; bir başka kararında, örneğin kendisinin Rus Lojman Kanununun “*lojman*” kavramına verdiği anlamla bağılı olmadığını belirtir (ECHR, *Prokovich v. Russia*, 2004:§36).

Mahkeme, kendisine başka bir yetki daha tanır: Sözleşmenin evrimsel yorumu yetkisi. Mahkemeye göre, Sözleşme, “*güncel hayat koşulları altında yorumlanması gereken yaşayan bir belgedir*” (CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 1978: §31). Mahkemenin, Sözleşme tarafından korunan belirli bir hakkın kapsamına ilişkin tutumu, yıllar veya on yıllar içerisinde evrim geçirip değişebilir. Önceden bütünüyle devletin takdir alanına bırakılan bir konu, bu alanın sınırları dışına taşınabilir. Örnek olarak, Sözleşmenin Madde 3 düzenlemesindeki işkence veya insanlık dışı aşağılayıcı muamelenin anlam yükü sürekli genişletilir. Mahkemeye göre idam cezasına mahkûm olan bir hükümlünün uzunca süre cezasının infaz edilmemesi kişiyi ölüm koridoru sendromuna maruz bırakacağından 3. Maddeye aykırılık oluşturur (CEDH, *Öcalan c. Turquie*, 2005: §168). Benzer şekilde müebbet hapis cezasına mahkûm bir kişinin şartlı tahliye hükümlerinden yararlanamaması nedeniyle “*özgürlüğüne kavuşma umudu beslemesini engellemek, insanlıklarının temel bir yönünü inkâr etmek anlamına gelir ve bu nedenle aşağılayıcı olur*” (CEDH, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, 2017: §119). Aynı yönde Mahkeme, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının ömür boyu sürdürüleceğine dair düzenlemelerin Sözleşmeye aykırılığını tespit ettikten sonra, bu konuda “*Türkiye’de yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğinin altını çizer*” (CEDH, *Öcalan c. Turquie*, 2014: §§93-116). Zira Mahkemenin yorumunda Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil; pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçladığından bir hak ye da özgürlüğe karışmama yeterli değildir. Devlet, o hakkın etkili bir şekilde karşılığını bulabilmesi için pozitif yükümlülüklerini de yerine getirdiğini göstermek durumundadır.

Kuşkusuz, Mahkemenin yargısal aktivizmle kendisine pretoryen normatif bir iktidar tanınması, Sözleşme ile verilen yetkilerinin sınırlarını bir hayli zorlar. Bu durumun sıklıkla gözlemlenen sonuçlarından biri, Mahkemenin, Sözleşmenin konu bakımından uygulama alanına genişletici yorumla sürekli olarak alan kazandırmasıdır. Bir diğer sonuç Sözleşmenin “*süregelen ihlal*” nitelemesiyle zaman bakımından uygulama



alanında<sup>2</sup>; bir diğeri ise Mahkemenin, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması kuralını, ciddi bir esneklik ve iç hukuktaki usul hükümlerinin biçimselliğinden uzak olarak değerlendirmesinde gözlemlenir.<sup>3</sup> Sonuç ise, Mahkemenin kimi davalarda kendini ulusal mahkemelerin yerine koyması ve bazen bir temyiz mercii - Mahkeme'nin ifadesiyle "*Dördüncü Mercii*"- gibi hareket etmesidir. Gerçekte Sözleşme metninde yer almayan ve Mahkeme içtihadı ile ortaya konulan dördüncü mercii doktrini, ironik bir şekilde Mahkemenin ne olmadığını anlatır: "*Kural olarak bir ulusal mahkemenin Sözleşme hükümlerine uygunluğunun incelenmesine bağlı olarak bir karar yerine başka bir karar alınmasına neden olan olayları değerlendirmek Mahkemeye düşmez. Aksi takdirde Mahkeme, kendisini üçüncü ya da dördüncü derece mahkemesi konumuna getirir. Mahkeme bir temyiz mercii değildir ve önüne gelen başvuruyu ulusal mahkemenin yapacağı şekilde inceleyemez*" (CEDH; Kemmache c. France, 1993: §44). Oysa uygulamada, Sözleşmeden güç alan Mahkemenin, pek çok kararında yerel mahkemelerin hukuki hatalarını değerlendirdiği ve adeta maddi olay incelemesi yaptığı görülür.<sup>4</sup> Mahkemeye göre, "keyfi", "açıkça mantıksız"<sup>5</sup>, "nedensellik bağı olmayan" ve "adaleti açıkça reddeden"<sup>6</sup> yerel mahkeme kararları Sözleşmenin denetimi kapsamındadır.

İşaret edilmesi gereken belki son bir nokta pilot karar usulüne ilişkindir. Pilot karar usulünde Mahkemenin görevi yalnızca belirli bir davada Sözleşmeye yönelik bir ihlal meydana gelip gelmediğine karar vermek değil, aynı zamanda başvuruya neden olan sistemle ilgili sorunu tespit edip ilgili devlete bu sorunun çözümüne dair

<sup>2</sup> Mahkemenin zaman bakımından uygulama yetkisi kural olarak yalnızca Sözleşmenin onaylanmasından sonraki dönemi kapsar. Ancak ihlale konu fiil, Sözleşmenin onay tarihinden önce gerçekleşmiş olsa dahi bazı durumlarda "süregelen ihlal" nitelemesiyle taraf devletin sorumluluğu yoluna gidilebilir. İhlalin sürmesi ile ihlalin etkilerinin sürmesi arasındaki ince çizgi pek çok kararda tartışmaya sebep olur. Kıbrıs'ta 1974 yılından itibaren kendilerinden haber alınamayan kayıp kişilerle ilgili davada Mahkeme şunları not eder: "(...) şüpheli bir ölümü soruşturma yükümlülüğü ile şüpheli bir kaybolmayı soruşturma yükümlülüğü arasında yapılması gereken önemli bir ayırım vardır. Kaybolma, bilgi eksikliğinin olduğu, hatta olup bitenin kasıtlı olarak gizlendiği ve karartıldığı süregelen bir belirsizlik ve hesap sorulamazlık durumu ile karakterize edilen ayrı bir fenomendir. Bu durum sıklıkla zaman içinde ortaya çıkar ve mağdurların akrabalarının işkencesini uzatır. Bu nedenle, bir kaybolmanın basitçe "anlık" bir eylem veya olay olduğu söylenemez; Kayıp kişinin nerede olduğunu ve akıbetini açıklayamamanın ek ayırt edici unsuru, devam eden bir duruma yol açar. Bu nedenle, kişinin akıbeti açıklanmadığı sürece, usule ilişkin yükümlülük potansiyel olarak devam edecektir; gerekli soruşturmanın devam ettirilmemesi, süregelen bir ihlal olarak değerlendirilecektir." CEDH, *Varnava et autres c. Turquie*, (GC), 18 septembre 2009, no 16064/90, §148. Aynı yönde bkz. ECRH, *Palic v. Bosnia and Herzegovina*, 15 February 2011, no 4704/04, §46.

<sup>3</sup> Mahkemeye göre, Sözleşmenin Madde 35/1 düzenlemesinde ifadesini bulan bireysel başvuru öncesi iç hukuk yollarının tüketilmiş olması kuralı mutlak değildir ve bu kurala uyulup uyulmadığının tespitinde davanın koşulları dikkate alınır. O kadar ki, "*Kamu görevlilerinin her hangi bir soruşturma açmadıkları veya bir yardım sunmadıkları, görevi kötüye kullandıkları veya zarara neden olduklarına dair ciddi iddialar karşısında (...) etkili iç hukuk yollarının tüketildiğini gösterme yükümlülüğü taraf devlete aittir.*" CEDH, *Akdivar c. Turquie*, 16 septembre 1996, no 21893/89, §68. Gene Mahkemeye göre, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması kuralı "*otomatik uygulamaya uygun değildir ve ciddi bir esneklik ve biçimsellikten uzak olarak değerlendirilmesi gerekir.*" CEDH, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, 16 juin 2015, no 40167/06, §117.

<sup>4</sup> *Garcia Ruiz* kararında Mahkeme "*yerel bir mahkeme tarafından yapılan hukuki hataları incelemenin maddi olay incelemesi sayılamayacağı*" görüşündedir. CEDH, *Garcia Ruiz c. Espagne*, 21 janvier 1999, no 30544/96, §28.

<sup>5</sup> *Khamidov* kararında Mahkemeye göre, "*ulusal mahkemelerin olaylara ilişkin vardığı kararın mantıksızlığı o kadar açık ve aşikârdır ki*" uyuşmazlığın konusu olan yargılamanın "*oldukça keyfi*" olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. CEDH, *Khamidov c. Russie*, no 72118/01, 15 novembre 2007, §174.

<sup>6</sup> *Anđelković* kararında Mahkeme, iç hukukta yasal bir dayanağı olmayan ve somut olgular ile uygulanacak hukuk ve yargılamanın sonucu arasında bir bağlantı kurmayan yerel mahkeme kararının keyfi olduğunun ve bu durumun "*adalet reddi*" olarak nitelenmesi gerektiğinin altını çizer. Bkz. CEDH, *Anđelkovic v. Serbia*, no 1401/08, 9 April 2013, §24.

ne tür telafi edici tedbirler alınması gerektiğine açık biçimde işaret etmektedir. Kuşkusuz bu yolla Mahkeme, sadece yapısal sorunları belirlemek için değil aynı zamanda pilot kararları ile ilgili devletler için genel tedbirleri ortaya koymak gibi taşınması riskli bir yükün altına girer ve Yargıç Kovler'in yorumunda (2013: 212) “*devlet egemenliğine ağır darbeler indirir.*” Çünkü bu usul, dolaylı da olsa Mahkemeye bir yasa ya da anayasa hükmünün Sözleşmeye uygunluğunu denetleme yetkisi tanıyarak Mahkemenin yerleşik içtihadı gereği reddettiği *actio popularis* soyut denetim yasağı (CEDH, Klass et autres c. Allemagne,1978: §33) ilkesini zedeler.

## 2. İKİNCİLLİK ÇAĞI

Sözleşme, Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmalarından farklı olarak “*sui generis*”, “*iç hukukların dışında ve üstünde*” (CJCE, Van Gend & Loos,1963), “*yeni bir hukuksal düzen*” (CJCE, Costa c. ENEL,1964) yaratmaz. Söz konusu olan “Sözleşme sistemi” gibi belirsiz bir ifadeyle nitelenen iç hukuklarla iç içe geçmiş melez bir hukuksal yapıdır. Farklı hukuki sistemler iç içe geçtiğinde ve özgün nitelikleri hasara uğradığında “*iç içe geçmenin derecesi ne olursa olsun oluşan yeni sistemin devamı için ortak genel ilkelere ihtiyaç duyulur*” (Cassese, 2015. 9). İç hukuk normlarına saygı ile ulusal egemenliği sınırlandıran ortak ilkelere saygı arasında denge inşa etmek için Sözleşme sisteminde ihtiyaç duyulan ilke ise ikincilliktir. Gerçekten de Mahkemenin artan iş yüküne rağmen etkililiğini ve normatif gücünü sürdürme arayışı, devletlerin sistemden duydukları rahatsızlıkla birleşince iki egemenlik düzeyi arasındaki dengenin yeniden tesisi ikincillik ilkesine başvuruyu kaçınılmaz kılar. Önce İnterlaken (2010), ardından İzmir (2011) ve daha sonra Brighton’da (2012) gerçekleştirilen Avrupa Konseyi üyesi ülkeler bakanlar konferanslarında denge arayışına ilişkin tartışmalar sürdürülerek 15 No’lu Protokol ve 16 No’lu Ek Protokol’ün yazımına kapı açılır (Costa, 2012: 30). Bu gelişmeler sonucu, Mahkeme Başkanı Spano’nun yorumunda, Mahkeme artık esaslardan çok usulleri ortaya koyan bir aşamaya geçmiş olup, “*ikincillik çağında*” (Spano, 2014: 487) Mahkeme bundan böyle iç hukuk düzeninde Sözleşmeye uyumu teşvik etmeye yönelik, usule dayalı bir denetim mekanizmasını geliştirmeye çalışır. Spano, son kırk yılın Mahkemenin 'esaları yerleştirme evresini -substantive embedding phase- oluşturduğunu ileri sürer. Bu aşama şimdi genel olarak yeni bir tarihsel dönemde, 'usulleri yerleştirme aşamasına' -procedural embedding phase- doğru kaymıştır. Bu ikinci aşamada Mahkeme, “*sürece dayalı inceleme*” olarak adlandırılan bir mekanizma kullanarak Avrupa denetimine tabi devletler içinde daha yüksek ve daha sürdürülebilir bir koruma düzeyi sağlamak arayışındadır. Ancak, gene Spano’nun yorumunda bu sürece dayalı inceleme mekanizması içinde, ulusal karar alıcıların insan haklarını etkin bir şekilde güvence altına alma görevini yapısal olarak yerine getirebilmeleri gerekmektedir. Bu da iç hukuk düzeninin temellerinin sağlam olması gerektiği anlamına gelir. “*Hukukun üstünlüğüne saygı göstermeyen Devletler, ikincillik çağında süreç temelli inceleme altında saygı görmelerini bekleyemezler*” (Spano, 2018: 473).

Kuşkusuz ikincillik belirsiz bir kavram. Bu noktada önce genel olarak ikincillik ilkesinin anlamının, ardından da bu ilke ile takdir yetki alanı doktrini arasındaki yakın ilişkinin belirlenmesi gerekir. Bu belirlemeden sonra asıl soru, ikincillik ile takdir yetki alanı doktrininin 15 No’lu Protokol ile hukukileşmesinin nasıl anlamlandırılabilirdir.

## 2.1. Genel Olarak İkincillik İlkesi

Sözleşmenin başlangıç bölümü, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin insan hakları konusunda “*ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlılıklarının*” altını çizerken 1. Maddesi, “*kendi yetki alanları*” ifadesi ile devlet egemenliğine vurgu yapar: “*Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*” Sözleşmenin başlangıç bölümü ile 1. Maddesi arasındaki karşıtlık nasıl açıklanabilir ya da iki hüküm arasında nasıl bir denge tesis edilebilir? Kuşkusuz Avrupa’da temel hakların ortaklaşa koruması, devlet egemenliği düzeyi ile Sözleşme tarafından inşa edilen egemenlik düzeyi arasındaki yetkilerin paylaşımı üzerine oturur. Bu iki egemenlik düzeyi bir birinden su geçirmez bölmelerle ayrılmış değildir. Tam tersi iki düzey arasında bir “*tamamlayıcılık ilişkisi vardır*” (Touzé, 2014: 61). İşte bu noktada ikincillik ilkesi, iki farklı egemenlik düzeyi arasında denge sağlamanın ifadesidir.

Sözleşmenin 1. Maddesindeki yetki alanı, ister devletin ülkesini, isterse de fiili hâkimiyetinin varlığı durumunda ülke sınırları ötesini kapsasın; her iki durumda da “*ihlalin devletin hangi makamı tarafından yapıldığının bir önemi yoktur ve devlet, ihlali gidermek noktasında uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülük altındadır*” (ECHR, Lingens v. Austria, 1986: §46). Başka bir ifadeyle ihlali gidermek devlete düşer ve Sözleşme kapsamında ve kendi takdir yetki alanı içerisinde devlet, ihlali gidermek için uygun tedbirleri seçme yetkisine sahiptir. Sözleşme tarafından belirlenen alanda takdir yetki alanının sınırlarını belirleyecek olan ise Sözleşmenin Madde 19 düzenlemesi gereği “*Yüksek Sözleşmeci Taraflara yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak için*” kurulan Mahkemedir. Kuşkusuz Mahkemenin görevi devlet tarafından alınan tedbirlerin Sözleşmenin gereklerine uygunluğu denetlemekle sınırlıdır. Bu şema içerisinde ve en basit anlatımıyla ikincillik ilkesi, temel haklar korumasının “birincil” olarak taraf devletlere düştüğü, Mahkemenin ise “düzenleyici” bir yargısal fonksiyona sahip olduğu anlamına gelir. Sözleşme sisteminde ikincillik, “*çeşitlilik ve çoğulculuğu sağlayan en temel ilkedir ve temel haklar koruma düzeninin zenginleşmesini sağlar*” (Sudre, 2007: 261).

Avrupa mekânında ikincillik ilkesinin siyasi ve hukuki bağlamında bir çeşitlilik gözlenir: Katolik Kilisesinin Sosyal Hristiyan Doktrini, liberal ekonomik örgütlenme, federalizm, uluslararası kurumlar, Avrupa Birliği ve elbette temel haklar koruması alanında Sözleşmenin kendisi (Craig, 2012: 73). Çeşitliliği oluşturan vakaların her birinin bağlamı farklı olduğu için ikincillik ilkesi de farklı anlamlandırılır. Bütün farklı anlamlara rağmen hepsinden çıkarılabilecek ortak sonuç, ikincilliğin iki farklı özne arasındaki ilişkileri dengeleyen bir ilke olduğudur. Bireysel, küçük, alt, yerel ya da içsel olan özne belli alanlarda “birincil” konumdadır. Fakat bu birincil nitelik, aynı özne kendisine yüklenen fonksiyonu ifa edemediğinde kolektif, büyük, üstteki, merkezi ya da dışsal olan ikinci öznenin devreye girmesini gerektirir.

Sözleşme sisteminde ikincillik ilkesi, federal devlet örneğinde olduğu gibi “münhasır” ve “yarışmacı” yetkilerin paylaşımını tanımlamaz. Sözleşmenin uygulanması taraf devletler ve Mahkeme arasında paylaştırılmış bir yetkidir. Bu yetki aynı anda “etkililik ve çoğulculuk gibi ikili bir amaca karşılık gelir” (Sauvé, 2015: 2). Bu ilke, Sözleşmenin uygulanması noktasında taraf devletleri garanti altına aldıkları temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında orantısız ve hukuka aykırı müdahalelerden kaçınma zorunluluğu getirmekle kalmaz; temel hak ve hürriyetleri somut ve etkili kullanmak noktasında her türlü tedbiri kabul etme yükümlülüğü de getirir. S. Besson’un yorumunda (2016: 69-76) Mahkeme içtihadı, üç tip Avrupa denetiminin ikincilliğini ortaya koyar. İlki, denetim yetkisinin varlığı ve kullanımına ilişkin “usuli ikincillik”tir. Usuli ikincillik Sözleşmenin madde 35/1 düzenlemesi bağlamında etkili iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı ile

başvurunun kabul edilebilirlik koşulları ve Sözleşmenin Madde 34-35 düzenlemeleri bağlamında “mağdur” sıfatına ilişkin kuralları bir araya getirir. İkinci tip “maddi ikincillik”, Avrupa denetim yetkisinin yoğunluğu ve derecesine ilişkindir. Burada da kural ya da doktrin şeklinde nitelenebilecek üç alt ilke söz konusudur: Dördüncü merci doktrini, takdir yetki alanı doktrini ve yasa ya da diğer sözleşmelerle tanınmış haklara hanel getirmeme ilkesi (Madde 53). Üçüncü tip “düzeltici ikincillik”, -subsidiarite remedial- kararların uygulama alanı ile ilgilidir (madde 19, 46/1, 52). Elbette Sözleşmenin denetim alanı, ihlal durumunda taraf devletin sorumluluğunun içeriğini belirleme yetkisini içermez. Devlet bu noktada sadece sonuç yükümlülükleri altındadır ve ihlalin giderilmesi sonucuna yönelik olarak gerekli tedbirleri seçmek yetkisine sahiptir.

## 2.2. İkincillik İlkesi ve Takdir Yetki Alanı Doktrini

İkincillik ilkesi, Mahkeme önüne getirilen başvuruların incelenmesine rehberlik eden analitik bir araç olarak bir başka ilke ya da doktrine sıkı sıkıya bağlıdır: Takdir yetki alanı. Takdir yetki alanı içtihadi bir ilkedir ve ilk kez Komisyon tarafından 1958’de kullanılır. Mahkeme tarafından kabul görmesi için ise 1976 tarihli *Engel* kararını beklemek gerekir: “Her devlet, kendi askeri disiplin sistemini düzenlemeye yetkilidir; bu konuda belli bir takdir alanına sahiptir” (CEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, 1976: §72). Sonraki yıllarda takdir yetki alanı ifadesi anlam açısından geniş, belirsiz, “dilsel bir anomali”, “dolambaçlı bir ifade” (Brauch, 2005: 148) ve “Mahkemenin tartışmalı bir ürünü” (Spielmann, 2014: 49) olarak eleştirilse de ulusal makamlar ve Mahkeme arasındaki etkileşimin değerli bir aracı olarak varlığını geliştirir. Yüzlerce örnekten biri olarak, *S.A.S - Fransa* kararında Mahkeme, Sözleşme sisteminin ikincil rolüne işaret ettikten sonra, “demokratik meşruiyetten yararlanan ulusal makamların genel siyasi meseleler noktasında yerel bağlamlar ve ihtiyaçlar üzerinde uluslararası yargıca kıyasla daha iyi konumlandığından” bahisle “ulusal karar vericilerin rolüne özel bir önem atfetmek” gereğine işaret ederek aynı makamların “(...) özel yarar ve kamu yararını dengelemek noktasında geniş bir takdir yetki alanına sahip olduğu”nun altını çizer (CEDH, S.A.S. c. France, 2014: §129). Peki, ikincillik ilkesi ile ilişkilendirilen takdir yetki alanı ne anlama gelir?

Eğer özgürlük, serbesti, kişinin davranışta bulunurken her hangi bir dışsal müdahaleye maruz kalmaması; hak ise hukuken kişinin korunmasını istemek yetkisine sahip olduğu çıkarı ise toplumsal yaşamın gereği olarak devlet ya da üçüncü kişiler tarafından yapılan her müdahale -olumlu ya da olumsuz her fiil ve işlem- özgürlüğü ve hakkı zedeler. Sorun özgürlük ve hakkın zedelenmesinin nereye kadar meşru kabul edilebileceği sorunudur. Örneğin ister binde bir isterse yüzde on olsun ulusal seçim barajı, seçme ve seçilme hakkını zedeler. Şimdi, bir makamın kendisini Avrupa’nın vicdanının yerine koyup seçim barajının binde ya da yüzde kaç olursa zedelenmenin meşru kabul edileceğine karar vermesi gerekir.<sup>7</sup> Bu makam kuşkusuz Mahkemedir. Mahkeme, Avrupa’nın vicdanını somutlaştırırken önce zedelenmenin insan onuruna dokunup dokunmadığına; eğer dokunmuyorsa ardından konu üzerinde bir Avrupa mutabakatı ya da asgari bir Avrupa standardı olup olmadığını araştırır. İşte takdir yetki alanı doktrini, müdahalenin insan onuruna dokunmaması kaydıyla bir Avrupa mutabakatının var olmadığı durumda ulusal makamlara kısmi bir özgürlük bırakır ve Yargıç Spielmann’ın ifadesiyle (2012: 2) “bağışıklığın iyi huylu, zararsız bir formunu inşa eder.” İkincillik ilkesi, iç hukuklarda ulusal makamlara yapılan bir çağrının ifadesi iken “takdir yetki alanı, Mahkemenin kullandığı yetkinin sınırlarına ilişkindir” (Fabbrini, 2015: 9).

<sup>7</sup> Mahkeme, pek çok kararında konuya ilişkin bir Avrupa mutabakatının yokluğu nedeniyle Türkiye’de var olan yüzde on ulusal seçim barajı uygulamasını Sözleşmenin 1 No’lu Ek Protokolüne (Madde 3) aykırı bulmamıştır. Örnek olarak *ECHR, Yumak and Sadak v. Turkey*, 8 July 2008, no 10226/03, §109.

Kuşkusuz takdir yetki alanı doktrini, Mahkeme tarafından taraf devletlere tanınan genel bir yorumlama yetkisi değildir. Bu doktrinin, yükümlülük azaltıcı hiçbir tedbirin kabul edilmediği ve insan onurunu oluşturan yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırılma yasağı ile masumiyet karinesi, aleyhe yasanın geriye yürümezliği ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkeleri gibi mutlak haklar ve ilkelerde uygulanması mümkün değildir. Buna karşılık devletler, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ya da mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda orantılılık ilkesine uygun olmak kaydıyla daha geniş bir hareket alanına sahiptir: “Mahkeme, yerel düzeyde uygulanabilirlikleri, öncelikleri ve çatışan çıkarları değerlendirmek için en iyi konumda olan yerel makamların, mülkiyet haklarının ihlaline yönelik tazmin biçimlerinin seçimi konusunda geniş bir takdir yetki alanına sahip olduğunun altını çizerek” (ECHR, Agim Beşhiri v. Albania, 2020: §188). Mülkiyet hakkı dışında örneğin, devlet, taşıyıcı annelik ve destekli üreme teknikleri konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. (CEDH, Paradiso et Campanelli c. Italie, 2017: §122). Bir başka örnek olarak ifade hürriyeti konusunda Mahkeme şu cümleleri not eder:

*“Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin 10. madde uyarınca, bu hüküm tarafından korunan ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin gerekliliği ve kapsamına karar vermede belirli bir takdir alanına sahiptir. Bununla birlikte, bu alan bağımsız bir mahkemeden kaynaklansalar bile, hem hukuku hem de onu uygulayan kararları kapsayan bir Avrupa denetimi ile el ele gider. İnceleme yetkisini kullanırken Mahkemenin görevi, kendisini ulusal mahkemelerin yerine koymak değil, bir bütün olarak davanın ışığında, kendi takdirlerine bağlı olarak verdikleri kararların hukuka uygun olup olmadığını doğrulamaktır. Bu tür bir takdir yetki alanının kapsamı, aralarında söz konusu beyan türünün özellikle önemli olduğu çeşitli faktörlere göre değişir. Sözleşme'nin 10/2 maddesi, siyasi konularda ifade özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalara çok az yer bırakırken Sözleşmeciler devletlerin genellikle ahlâkla veya daha özel olarak dinle ilgili mahrem kişisel kanaatleri rencide edebilecek alanlarda ifade özgürlüğünü düzenlerken daha fazla takdir alanı vardır. Benzer şekilde, ticari ve reklam ifadeleri söz konusu olduğunda da devletlerin geniş bir takdir alanı vardır”* (CEDH, Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse, 2012: §§59-60).

Elbette, takdir yetki alanı ne tek tip ne de sınırsızdır. Üye devletlere tanınan takdir alanının kapsamını çok çeşitli etkenler belirler. Özellikle somut olayda baskın olan kamu yararının türü, üye devletlerin uygulamadaki birlik derecesi, devlete düşen taahhüdün türü, korunması gereken hukuki yararın ve hakkın doğası gibi... Avrupa düzeyinde mutabakat söz konusu olmadığında takdir yetki alanı geniştir. Örneğin Mahkemenin geleneksel olarak devletlere geniş bir takdir alanı tanıdığı Madde 9 temelinde din özgürlüğü böyledir. *Lautsi* kararında Büyük Daire, sınıflarda haç bulunmasının kendi başına bir ihlal oluşturmak için yeterli olmadığı sonucuna varır. Mahkeme, kararını gerekçelendirmek için “üye devletlerin eğitim ve öğretim alanında bir takdir yetki alanına sahip olduğu ve devlet okullarındaki dini semboller konusunda Avrupa devletleri arasında bir mutabakat olmadığını” hatırlatır (CEDH, Lautsi c. İtalia, 2011: §69). Esasa ilişkin ulaştığı sonuç farklı olsa da Mahkeme, *Leyla Şahin* kararında üniversitelerde başörtüsü yasağını taraf devletlerin takdir yetki alanı içerisinde görür. (CEDH, Leyla Şahin c. Turquie, 2005: §109). Bazı alanlarda ise örneğin bir yabancının sınır dışı edilmesini gerektiren kamu yararı ile sınır dışı edilenin aile hayatına saygı hakkı arasındaki dengenin nasıl kurulacağına ilişkin Mahkeme, takdir yetki alanının varlığını kabul etse de devletler tarafından dikkate alınması gereken ayrıntılı ölçütleri belirler (CEDH, Emre c. Suisse, 2008: §65). Bu tür konularda Mahkeme, Sözleşmeye uygunluk denetimi yaparken her biri farklı siyasal ve toplumsal yapıları hesaba katarak adeta bir hakem rolü üstlenir. Mahkemeye ait ifadelerle,

“Avrupa Konseyine üye devletler arasında, söz konusu menfaatin nispi önemi veya onu korumanın en iyi yolları konusunda, özellikle de davanın hassas ahlaki veya etik soruları gündeme getirdiği durumlarda bir fikir birliği olmadığında takdir etki alanı geniştir. (...) devletin, rekabet halindeki özel ve kamusal çıkarlar veya korunan farklı haklar arasında bir denge kurması gerektiğinde de takdir yetki alanı genellikle geniştir” (CEDH, Paradiso et Campanelli c. Italie, 2017: §122).

Buna karşılık Avrupa düzeyinde koruma standardının ya da mutabakatın varlığı durumunda “daha sınırlayıcı hükümlere dayanan bir devlet, takdir yetki alanı doktrininden yararlanamaz” (CEDH, Schalk et Kopf c. Autriche, 2010: §108). Kuşkusuz genişliği ne olursa olsun takdir yetki alanı, Sözleşme hukukunun kapsama alanı dışına taşamaz. Bu yönüyle ikincillik ilkesi, devletin takdir yetki alanı kullanımında ikili bir bakış açısının içselleştirilmesini gerektirir: Ulusal gelenekler ve özgül durumlar ile Avrupa standartları ve mutabakatı. Bu iki bakış açısını bir araya getirmek de en başta ulusal makamlara düşer.

### 2.3. 15 No’lu Protokol ve Perspektifler

1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren ve Sözleşme metninde kimi değişiklikler getiren 15 No’lu Protokol ile Sözleşmenin başlangıç bölümüne ikincillik ve takdir yetki alanı ilkelerine ilişkin yeni bir paragraf eklenir:

“İkincillik ilkesi gereğince, bu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma hususunda birincil sorumluluğun Yüksek Sözleşmeciler Tarafına ait olduğunu ve bu sorumluluğun yerine getirilmesinde, Sözleşme ile tesis edilmiş bulunan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin denetleyici yargı yetkisine tabi olmak üzere, Yüksek Sözleşmeciler Tarafının takdir alanına sahip olduklarını bir kez daha tekrarlayarak (...)”

15 No’lu Protokol ile normatif dayanak kazanan ikincillik ilkesi, Sözleşme sistemine kök salmış olur. Burada sorulması gereken soru şu: Bu ilke yeni mi? Yoksa Mahkeme tarafından inşa edilen mekanizmadan türeyen bir ilkenin basit bir kodifikasyonu; başka kelimelerle, Sözleşmenin 1, 13 ve 35. Maddelerinin bir türevi mi? Yanıtlanması gereken ikinci soru ise bu ilke ve doktrinın Sözleşmeye eklenmiş olmasının Sözleşme Hukukunda bir sürekliliğin mi yoksa bir kırılmanın mı ifadesi olduğu. Bu soruların yanıtını verebilmek için ilgili protokolün yazım sürecini hatırlamak gerekir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İsviçre dönem başkanlığının girişimiyle 18-19 Şubat 2010 tarihlerinde Interlaken’de “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Geleceği ile ilgili Üst Düzey Konferansı” toplar. Konferans taraf devletlerin Mahkemenin normatif gücü karşısında duydukları açık rahatsızlığın ifadesidir. Öyle ki, Konferansın sonunda kaleme alınan Interlaken Bildirisi, temel haklar koruması noktasında sorumluluğun taraf devletler ve Mahkeme arasında paylaşılmakta olduğunu hatırlatarak, Mahkeme’ye şu çağrıda bulunur:

“a) dördüncü derece başvuru mercii olmadığını ortaya koyan içtihadı doğrultusunda, ülkedeki yargı mercileri tarafından ele alınan ve karara varılan tartışmalı konuların veya iç hukuk meselelerini yeniden ele almaktan kaçınması;

b) kabul edilebilirlik ve yargı yetkisi ile ilgili ölçütlerin tutarlı ve kesinlik içerecek şekilde uygulanması ile Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanması açısından –Mahkemenin- yardımcı bir role sahip olunduğunun tam olarak dikkate alınması;

c) 14 No'lu Protokolde yer alan yeni kabul edilebilirlik ölçütlerinin eksiksiz biçimde yaşama geçirilmesi ve *minimis non curat praetor -yargıç önemsiz şeylerle meşgul olmaz- ilkesini yaşama geçirmenin diğer yolları üzerinde durulması*" (Comité des Ministres, 2010: E§9).

Interlaken'den iki yıl sonra bu kez Birleşik Krallık dönem başkanlığının inisiyatifinde 19-20 Nisan 2012 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Geleceğine İlişkin Konferans tekrar toplanır. Konferans sonunda kabul edilen Brighton Bildirgesi önce, *"taraf devletlerin, davanın koşullarına ve ilgili hak ve özgürlüklere dayanarak, Sözleşmeyi ne şekilde uyguladıkları hususunda bir takdir yetkisinden faydalandıklarının"* altını çizer (Comité des Ministres, 2012: §11). Bu, Sözleşme sisteminin, insan haklarını ulusal düzeyde korumaya göre ikincil olduğunu ve *"ulusal yetkili makamların yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirme konusunda uluslararası bir mahkemeden kural olarak daha iyi bir şekilde tayin edildiğini"* (§11) yansıtır. Bildirgeye göre, Sözleşme sistemi uyarınca, *"takdir yetkisi, sürekli denetime tabi tutulmaktadır"* (§11). Bu hususta Mahkeme'nin görevi, ulusal yetkili makamların devletin takdir yetkisini dikkate alarak verdikleri kararların Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını gözden geçirmektir. Bu nedenle Bildirge, *"Mahkeme'nin, ikincillik ve takdir yetkisi gibi ilkelere yönelik içtihadını geliştirmesini memnuniyetle karşılar ve Mahkeme'yi bu ilkelere büyük önem vermeye ve kararlarında bu ilkeleri sürekli olarak uygulamaya teşvik eder"* (§12/a).

Asıl konudan önce not etmek gerekir ki, Protokol Sözleşme metnine başka değişiklikler de getirir. Yargıçların seçilme yaşı<sup>8</sup>, Büyük Daire lehine el çekmede bir kaydın kaldırılması<sup>9</sup>, Madde 35/1 temelinde altı ay olan başvuru süresinin dört aya indirilmesi<sup>10</sup> ve Mahkeme'ye erişimin sınırlandırılması ve *"yargıç önemsiz şeylerle ilgilenmez"* ilkesine<sup>11</sup> işlerlik kazandırılması. Yargıçların seçilme yaşına ilişkin değişiklik ve Büyük Daire lehine el çekmede karşı tarafın itiraz hakkının kaldırılması belki Mahkemenin iç işleyişine ilişkin önemsiz değişiklikler olarak görülebilir. Ancak, başvuru süresinin dört aya indirilmesi ve Madde 35(3) düzenlemesindeki kabul edilebilirlik kriterlerindeki değişiklik, Mahkemeye başvuru hakkını sınırlandırır. Değişikliklerin Mahkemenin iş yükünü ne derece azaltacağı ise ancak uygulamada anlaşılacaktır.

Tekrar asıl konuya dönülürse, 15 No'lu Protokolün açıklayıcı raporuna göre, ikincillik ilkesi ve takdir yetki alanına Sözleşmenin başlangıç bölümünde atıf yapılmasının sebebi *"Mahkeme tarafından geliştirilen takdir*

<sup>8</sup> Protokol ile Sözleşme Madde 23/2'de yer alan *"Yargıçların görev süreleri 70 yaşına ulaştıklarında sona erer."* ifadesi kaldırılır ve Madde 21/2 düzenlemesinde seçilme yaşı *"65 yaşın altı"* olarak belirlenir. Böylece görev süresinin 9 yıl olduğu aklıda tutularak 65 yaşını doldurmadan önce seçilmiş bir yargıcın uzun süreler görev yapması hedeflenir.

<sup>9</sup> Protokol ile Madde 30 düzenlemesi temelinde davanın Büyük Daireye gönderilme koşullarından biri olan *"davanın taraflarından birinin itiraz etmemesi"* koşulu kaldırılır. Böylece davayı Büyük Daire önüne getirmenin yolu, hafif de olsa genişletilmiş olur.

<sup>10</sup> Mezkûr protokolün açıklayıcı raporu sürenin kısaltılmasını *"iletişim teknolojilerindeki gelişmeler ve üye devletlerde yürürlükte bulunan sürelerle uyumu sağlamak"* şeklinde meşrulaştırırsa da sürenin kısaltılmasını isteyen iradenin sorgulanması gerekir. Dahası, süreyi kısaltarak Avrupa Konseyinin başta Birleşmiş Milletler olmak üzere diğer uluslararası ya da bölgesel koruma mekanizmalarından ayrı düştüğü ortadadır. Kuşkusuz bu değişiklik başvuru hakkının sınırlandırılması noktasında marjinal bir etkiye sahiptir.

<sup>11</sup> Öte yandan kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin Sözleşmenin Madde 35/3-b düzenlemesinde yapılan değişikliğin Mahkemenin etkinliğini arttıracığı fikri tartışmaya açıktır. Düzenlemeden *"Ancak, ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez."* ifadesi kaldırılmıştır. Bu yolla *"anlamli dezavantaj"* ya da *"önemli zarar"* doktrininde değişikliğe gidilerek *"önemsiz zarar"* doktrini ön plana çıkarılmıştır. Değişiklik, *"yargıç önemsiz işlerle uğraşmaz"* ilkesi doğrultusunda önemsiz başvuruları filtrelemek amacını taşır. Ve bundan böyle bazı başvurular ulusal mahkeme tarafından yeterince incelenmemiş dahi olsa Sözleşmenin 13. Maddesi temelinde etkili başvuru hakkından yararlanamayacak ve kabul edilemez bulunabilecektir.

yetki alanı doktrininin gene Mahkemenin kendi içtihadı ile uyumlu olmasını sağlamaktır” (Conseil de l’Europe, STCE no 213: §7). Protokol tasarısı üzerine verdiği görüşte Mahkeme, tasarayı kaleme alanların “Sözleşmenin özünü ya da onun uluslararası ve kolektif uygulama sistemini değiştirmek niyetinde olmadıklarına” işaret eder (CEDH, Avis, 2013: §4). Kuşkusuz bu eklemenin nedenlerini, arka planını ortaya koymak zordur. Bir neden Mahkeme tarafından yıllar içinde geliştirilen içtihadı sağlamlaştırmak, onu kodifiye etmek olarak düşünülebilir. Bir diğer olasılıksa, ulusal kimliklerin çeşitliliğini ya da ulusal egemenliğin üstünlüğünü tanıma iradesini ortaya koyarak sınırlamaları minimize etmek olabilir (Føllesdal, 2016: 153). Bir yoruma göre, ikincillik ilkesinin Sözleşmenin başlangıç bölümüne eklenmesi Britanyalı tutukluların oy hakkına ilişkin Mahkemenin *Hirst* kararına karşı Birleşik Krallık’ın gösterdiği tepkinin mukabilinde ortaya çıkan bir uzlaşımın ifadesidir (Benvenisti, 2014: 238). Bir başka yoruma göre ise Mahkeme ile Türkiye, Almanya, Avusturya ve Rusya anayasa mahkemeleri arasındaki son çatışmalar, var olan yorum farklılıkları ve çatışma riskinin kanıtıdır (Merloz, 2021: 812) ve yüksek mahkemeleri “mahkûm” edilen ya da en hafif deyişle sansürlenmiş taraf devletlerin cevabı ikincillik ilkesini Sözleşmeye eklemek olmuştur.

Kuşkusuz başta Rusya, İsviçre ve Birleşik Krallık olmak üzere pek çok devletin, Mahkemenin üye devletlerin hukuksal özgünlüğünü hesaba katmadan devletlere ait takdir yetki alanını aşırı dar tutmasından şikâyetçi oldukları bilinen bir konudur. Bu değişikliğin/eklemenin yürürlüğe girmesi pek çok devletin beklentisine uygun olarak iki egemenlik düzeyi arasındaki ilişkiyi yeniden dengelemeyi amaçlar. Başlangıç bölümünde dahi olsa yapılan değişikliğin anlamı hafife alınamaz. İkincillik ilkesi ve takdir yetki alanının başlangıçta yer alması Mahkemeyi içtihadında daha ihtiyatlı olmaya sevk edecektir. Mahkeme bu ilkeleri başlangıca ekleyen siyasi gücü görmezden gelemez. Aynı yönde ulusal makamlar da önlerinde daha geniş bir takdir yetki alanı bekleyecektir.

Protokolün iki noktada Mahkemeyi zorlayacağı tahmin edilir. İlk olarak, Sözleşme metninde ikincillik ve takdir yetki alanı iki farklı ilke olarak ele alındı. Bu durum Mahkemeye birini diğerinden ayıran özellikleri tanımlamak gibi zor bir görev yükler. İkinci olarak, Sözleşme sisteminin temel hak ihlali olduğunda bireyin önünde etkili başvuru yolları açan ulusal sistemler üzerine oturması, Sözleşmenin doğasında var olan bir gerekliliktir fakat Sözleşme, Mahkemenin yorumladığı haliyle bazı durumlarda ulusal düzeyde sağlanan korumaya ek, ilave bir koruma sağlar. Bu ilave korumayı sağlamak için Mahkeme, geçmişte kendi ortaya koyduğu takdir yetki alanı doktrini ile içtihadı bir koruma alanı inşa etmişti. Oysa şimdi ikincillik ilkesi ve takdir yetki alanı doktrini Mahkemeye, Sözleşme tarafından hatırlatılır. Başka kelimelerle, 15 No’lu Protokole kadar takdir yetki alanı, taraf devletlere Mahkeme tarafından verilmişti. Şimdi taraf devletler, Mahkeme karşısında adeta ikincillik ilkesi ve takdir yetki alanı doktrinine başvurma hakkına sahip kılınır. Kuşkusuz değişiklik çok farklı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. İlk olarak, içtihadı olduğu durumda takdir yetki alanı doktrini önüne gelen somut olayda bir ihtimal olarak Mahkemenin görmezden gelebileceği bir doktrindir. Ancak artık Mahkeme için böyle bir ihtimal yoktur. Çünkü doktrininin temeli bundan böyle Sözleşme metninin kendisidir. İkinci olarak, bundan böyle ikincillik ilkesi ve takdir yetki alanı doktrini taraf devletler tarafından Mahkemeye karşı ileri sürülebilir. Zira Sözleşme ve Protokollerinin tanımladığı temel hakların korunması birinci sırada taraf devletlere düşmektedir. Üçüncü olarak, normatif planda takdir yetki alanı doktrininin dönüşümü, doğal olarak Mahkemenin ülkeden ülkeye geçecek zayıf ya da güçlü bir koruma tasarlamayı devam ettireceği kaygısına sebep olur.



### 3. İLK NÜKLEER BOMBAYI KİM ATTİ?

Mahkeme Eski Başkanı J.-P. Costa, konusunu Sözleşme hukukunun oluşturduğu Fransız Senatosunda gerçekleşen bir oturumda Mahkeme kararlarının uygulan(ama)ması sorununun Sözleşme sistemindeki en temel sorunlardan biri olduğuna işaret ettikten sonra şu ifadeleri kullanmıştı: “(...) *bu noktada Avrupa Konseyinin elindeki tek ve gerçek yaptırım taraf devleti Konseyden çıkarmak. Ama o da nükleer bomba kullanmaya benzer*” (Costa, 2012, §55). Avrupa Konseyi, nükleer bombayı ilk kez kullanır ve Rusya 16 Mart 2022 tarihinde Avrupa Konseyi ve dolayısıyla Sözleşmeden çıkarılır. Rusya'nın Sözleşmeden çıkarılması aynı anda hukuki ve siyasi pek çok sonuca gebe dir. İlgili sonuçlar, genel olarak Mahkeme kararlarının uygulanması temelinde diğer devletleri ve Sözleşme sistemini de esaslı şekilde etkileme istidadı taşır.

#### 3.1. Reel Politik Karşısında Kararların Uygulanması

Mahkeme, henüz yakın tarihte verdiği *Dimici -Türkiye* kararında, Osmanlı Devleti zamanında kurulmuş mühlhak bir vakfın fazla gelirlerinden vakıf senedi gereği sadece bir kısım erkek evlatların yararlandırılmasını cinsiyet temelinde ayrımcılık olarak gördükten sonra taraf devletin “*cinsiyet ayrımcılığına dayalı taleplerini korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirmediği*”nin altını çizerek (CEDH, *Dimici c. Turquie*, 2022: §148). Ancak mahkeme ihlalin hangi pozitif tedbirlerle giderilebileceğini söylemez. Adeta ikincillik ilkesine uygun olarak kendi kendini frenler. Gerçekten de normal koşullar altında Mahkemeden beklenen, yargılama yetkisini Sözleşmenin lafzına uygun olarak yalnızca tespit kararlarıyla sınırlı kullanması ve varsa ihlalin hangi yollarla giderileceği hususunu taraf devlete bırakmasıdır. Ne var ki somut olayın koşulları altında Mahkeme pek çok kararda ihlali tespitle yetinmeyip Sözleşmenin 46. Maddesine dayanarak davalı devletlerce birtakım genel ve özel tedbirler alınmasını gerektiren emredici kararlar verir.

Bu noktada Mahkemenin Madde 46/4 temelinde verdiği ilk karar olan *Ilgar Mehmetoğlu - Azerbaycan* kararını hatırlamakta fayda var. Mahkeme, Madde 46§1 kapsamındaki kararlarının bağlayıcı gücünün ve bu kararların iyi niyetle ve kararların “*sonuçları ve ruhuna*” uygun ve etkili bir şekilde uygulanmasının önemini altını çizdikten sonra (ECHR, *Ilgar Mammadov v. Azerbaycan*, 2019: §149) taraf devletin, yalnızca adil tazmin yoluyla hükmedilen meblağları ilgililere ödemekle kalmayıp, aynı zamanda, münferit ve/veya genel tedbirler almakla da yükümlü olduğunun altını çizerek (§150). Taraf devlet, münferit tedbirler noktasında tercihini belirlerken, temel amacının eski halin iadesi *restitutio in integrum* olduğunu unutmamalıdır (§150). Bu noktada devlet, eski hale iadenin “*maddi olarak imkânsız olmaması koşulu*” ve “*tazminat ile iadede n elde edilen fayda arasında orantısızlık bulunmaması*” koşuluyla zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır (§151). Kararda ayrıca Mahkeme, eski halin iadesi için mevcut araçların çeşitliliği ve ilgili konuların doğası göz önüne alındığında, Sözleşmenin 46§2 maddesi kapsamındaki yetkisini kullanırken, Bakanlar Komitesinin Mahkemeden daha iyi bir konumda olduğunu yineler. Bu nedenle, “*davalı devlet tarafından sağlanan bilgiler temelinde ve başvuranın gelişen durumu dikkate alınarak, uygulanabilir, zamanında ve yeterli tedbirlerin alınmasını denetlemek Bakanlar Komitesine bırakılmalıdır*” (§155) ifadelerini not eder.

Yukardaki iki karar örneğinden hareketle şu tespitler yapılabilir: İç hukuklarda hükmün kesinleşmesi ile yargılamanın sona erdiği, icra veya infaz sürecinin başladığı kabul edilir ancak Sözleşme hukukunda akılda tutulması gereken, Mahkeme tarafından alınan bir kararın, iç hukukta olduğu gibi bir uyuşmazlığın değil; ulus-üstü yargısal bir usulün sonucunda ortaya çıktığıdır. Kararın icrası aşaması da Bakanlar Komitesinin yetki ve görev alanına giren özel bir usulü gerektirir. Sözleşmenin madde 46/1 düzenlemesi gereği kural olarak taraf devlet, Komitenin denetimi altında ihlali gidermek ve üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmek noktasında uygun araçları seçmek yetkisine sahiptir. Ancak bu araçlar ilgili Mahkeme kararının esası ile bağdaşır olmak

zorundadır. Bazı durumlarda Mahkeme, ihlali tespit ettikten sonra çoğu zaman yargısal düzeyde ve ana çerçeveyi belirleyerek hangi uygun tedbirlerin alınması gerektiğini de kararında belirtir. Mahkeme, her ne kadar özellikle “yapısal” gördüğü ihlallerde, ihlalin ne yönde ve hangi tedbirlerle giderilmiş sayılacağına ilişkin uygun seçenekleri ortaya koysa da, bu emredici bir tarzda olamaz. Bununla birlikte devletler, kararın infazı noktasında belli bir takdir alanına sahip olsalar da, Mahkeme kararlarını sadece bildirici doğaya sahip kâğıt üzerindeki cümleler şeklinde göremez (Decaux, 2020: 997) Mahkemenin sıklıkla altını çizdiği gibi bildirici nitelikli de olsa kararların gereğini yerine getirmek iyi niyet temelinde ve 1969 tarihli Viyana Atılaşmalar Hukuku Sözleşmesinin başlangıç bölümü ve 26. Maddesi gereğince taraf devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğüdür. Kararların uygulanması noktasında “dürüstlük ilkesi”, Sudre’e ait ifadeyle (2013: §103) “ikincillik ilkesine için bir ilkedir ve asıl anlamını temel hakların Avrupa ve ulusal düzeyde korumasının merkezileşmesinde bulur.”

İkincillik ilkesi, ulusal ve Avrupa düzeyinde koruma garantilerini bir birinin içine katar. Bu nedenle, Sözleşme sisteminde kararların uygulanması biri yargısal, ikincisi yarı-yargısal olmak üzere iki başlı bir niteliğe sahiptir: (De Salvia, 2010: 272) Mahkeme, uyuşmazlığın esasına ilişkin sınırı çizdiği ve uygun hukuki tedbiri işaret ettiği ölçüde yargısal; Bakanlar Komitesi, siyasi temelde ve kararın uygulanması aşamasında taraf devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüğünü hatırlattığı ölçüde yarı-yargısaldır. Kuşkusuz Komite, taraf devlet temsilcilerinin bir araya geldiği doğası gereği siyasi bir organdır. Her ne kadar Komite, 964(2006) sayılı toplantısı ile kararların uygulanmasına ilişkin denetim/gözetim sürecine ilişkin usul kurallarını belirlemiş olsa da bu kurallar Komitenin diğer toplantı ve karar alma usullerinden çok farklı olmayan genel kurallardır. Ve 2021 yılı sonu itibarıyla Komite önünde uygulanmayı bekleyen karar sayısının bir önceki yıla kıyasla azımsanmayacak ölçüde arttığı görülür. Ancak daha önemli olan uzunca süredir uygulanmayı bekleyen kararlardır. Komite önünde hâlihazırda beş yıl ya da daha uzunca süredir uygulanmayı bekleyen karar sayısı tespit edebildiğimiz kadarıyla 641; üç ila beş yıldır uygulanmayı bekleyen karar sayısı ise 291’dir.

**Tablo: Bazı ülkelere ait Bakanlar Komitesi önünde uygulanmayı bekleyen karar sayıları<sup>12</sup>**

Ülke	2020	2021	Ülke	2020	2021
Almanya	12	16	İspanya	30	37
Arnavutluk	29	31	İtalya	184	170
Azerbaycan	235	271	Macaristan	276	265
Belçika	31	37	Moldova	154	170
Birleşik Krallık	15	16	Polonya	89	97
Bulgaristan	166	164	Romanya	347	409
Finlandiya	31	18	Rusya	1789	1942

<sup>12</sup> Tablo, Bakanlar Komitesinin 2022 yılına kadar olan verileri üzerinden tarafımızca oluşturulmuştur. Tabloyu ağırlaştırmamak adına karar sayısı düşük olan ülkeler tabloya dâhil edilmemiştir. İstatistiki bilgiler için bkz. Comité des Ministres, “Surveillance de l’exécution des arrêts et décisions de la cour européenne des droits de l’homme”, 2021.

Fransa	35	32	Sırbistan	33	76
Ermenistan	42	50	Türkiye	624	510
Gürcistan	53	63	Ukrayna	567	638
Hırvatistan	73	79	Yunanistan	120	93
<b>Avrupa Konseyi Üyesi Ülkeler Toplamı</b>				<b>5233</b>	<b>5533</b>

Mahkemenin kurulduğu 1959 yılından bu yana (1 Ocak 2022) esas üzerinden verdiği 24511 karardan 5533 tanesinin uygulanmayı beklediği düşünülürse, konunun Mahkemenin meşruiyetini ve ikna edici otoritesini ne derece sarstığı daha kolay anlaşılır. Kuşkusuz bu durumun bir sebebi, Kıbrıs, Yukarı Karabağ, Transdinyester, Donesk-Luhansk gibi silahlı çatışmalardan kaynaklanan donmuş uyuşmazlıklar ile Kırım sorunu ve en nihayet Ukrayna-Rusya savaşı karşısında reel politığın kararların uygulanmasını zorlaştırmasıdır. İkinci bir temel sebep ise yukarıda işaret edildiği gibi Mahkemenin tespit kararlarıyla sınırlı kalmayıp yargılama yetkisini davalı devletlerce birtakım genel ve özel tedbirler alınmasını gerektiren emredici kararlarla somutlaştırmasıdır. Sonuç ise başta Birleşik Krallık, İsviçre, Türkiye ve Rusya, olmak üzere pek çok ülke yargı organları ve siyasi makamlarının gösterdiği dirençtir.

Kuşkusuz gerek siyasi gerekse yargı organlarının dirençlerinin analizi bu çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşacaktır. Ancak kısa hatırlatmalarda fayda olabilir. Her zaman iç hukukunun özgünlüğünü muhafaza etme eğilimindeki İsviçre’de özellikle göçmen ve mülteciler lehine Mahkemenin verdiği emredici ve kriterler belirleyici kararlar ciddi tartışmaların konusu olur. Türkiye, Mahkemenin 2001 tarihli Kıbrıs kararı ile ilgili olarak 2014 yılında verdiği tazminat kararını dışişleri bakanlığı beyanıyla “hukuka aykırı” bulur ve “kararın tanınmadığını ve uygulanmayacağını” beyan eder. Başta *Demirtaş* ve *Kavala* kararları olmak üzere aynı bakanlık sıklıkla ilgili kararların “Mahkemenin itibarını zedelediği ve kendisine olan güveni sarstığını” not eder. İngiltere’de 1998 yılında İşçi Partisi iktidarında kabul edilen İnsan Hakları Yasasında değişiklik yapılmasına ilişkin yasa tasarısı 22 Haziran 2022 tarihinde Avam Kamarasına sunulur. Tasarı temelde göçmenler ve mültecilerin daha hızlı ve kolay sınır dışı edilebilmesini ve başka ülkelerin topraklarında görev yapan İngiliz askerleri hakkında dava açmanın zorlaştırılmasını hedefler. Birleşik Krallık yüksek yargısı uzunca bir süredir özellikle bu iki konu temelinde Mahkemenin kimi kararlarına karşı üstü kapalı bir direnç gösterir (Benvenisti, 2018: 240). Rusya ise Mahkemenin Yukos - Rusya kararı sonrası farklı bir sorunu gündeme getirir. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, Mahkemenin bugüne kadar hükmettiği en yüksek tazminat miktarını içeren -1.9 milyar Euro- *Yukos* kararını Rusya Federasyonu Anayasasına aykırı bularak, kararın uygulanamayacağına hükmeder. Böylece ilk kez taraf devletlerden birinin yüksek mahkemesi, kesinleşmiş bir Mahkeme kararını açıkça ulusal hukuka aykırı bulma yetkisini kendisinde görerek, Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sürecinde yeni bir soruna yol açar. Rusya Anayasa Mahkemesinin, Rusya’nın egemenliğini ve iç hukukunu açıkça Mahkemenin önüne koyduğu kararının hemen ardından 2020 yılında Rusya’da Sözleşmenin iç hukukta normlar hiyerarşisindeki konumunu anayasaya kıyasla zayıflatan anayasa değişikliği gerçekleştirir (Bowring, 2020: 210). Tüm bu kısa örnekler ise N. Çavuşoğlu’nun şu ifadelerini haklı çıkarır (2009: 27):

*“(...) ‘hayal kırıklığı’ Mahkeme’den kaynaklanmıyor; Mahkeme’nin ‘iş yükü sorunu’ salt başvuru sayısındaki artışla açıklanabilecek bir sorun olarak da gözüküyor. Sisteme hangi ‘düzelticiler’ getirilse,*

*başvurular ‘filtrelenip’ Mahkeme bir ‘içtihat mahkemesi’ (ki zaten öyle değil mi?) olarak ‘yeniden’ yapılandırılrsa da, kararlarının dolayısıyla Sözleşme Hukukunun uygulanmasına zemin hazırlayacak bir siyasal iklim olmadıkça hayal kırıklığı giderek büyüyecek. Çözümü, önce, siyasal alan içinde aramak gerekiyor belki de.”*

### 3.2. Rusya Olayı

Rusya’nın Ukrayna’ya yönelik askeri saldırılara başlamasının üzerinde birkaç saat geçmeden, 24 Şubat 2022 tarihinde Bakanlar Komitesi, olağanüstü bir toplantıda aldığı kararla, Ukrayna’nın toprak bütünlüğü, egemenliği ve bağımsızlığına bağlılığını yinelerken Rusya’yı önkoşulsuz olarak Ukrayna’daki operasyonlarını durdurmaya çağırır ve Donetsk ve Luhansk’ın bağımsızlığını tanımamasından dolayı Rusya’yı kınar. Aynı kararda Bakanlar Komitesi, (Comité des Ministres, Dec(2022)1426bis/2.3) bir başka olağanüstü toplantı yapılarak Avrupa Konseyi Statüsünün 8. Maddesi temelinde Rusya’nın Avrupa Konseyinden çıkarılması dâhil, gerekli tedbirlerin alınması gereğine işaret eder. 1 Mart 2022 tarihinde Mahkeme, içtüzüğün 39. Maddesi uyarınca geçici tedbir kararı alarak 24 Şubat 2022 tarihinde Rusya’nın saldırısı sonucu başta Sözleşmenin 2, 3 ve 8. Maddeleri olmak üzere sivil halka yönelik pek çok temel hak ve hürriyetin kitlesel olarak ihlal edilmekte olduğunu belirterek Rusya’yı askeri saldırılardan kaçınmaya davet eder (CEDH, 068/2022). 2 Mart 2022 tarihinde Mahkeme, yayınladığı basın bildirisini ile Ukrayna’nın talebi üzerine Ukrayna aleyhindeki tüm başvuruların incelenmesinin bir sonraki duyuruya kadar durdurulması talebini olumlu karşılar: “Mahkeme tarafından alınan ve Ukrayna aleyhine yapılan tüm başvurular, sonraki inceleme için kaydedilecektir. Bununla birlikte Ukrayna ile ilgili geçici tedbir talepleri işleme alınmaya devam edilecektir. (...) Mahkeme önünde bekleyen başvurular açısından ise karar ve hükümler alınmaya devam edilse dahi hiçbir karar yayımlanmayacak ve konu hakkında bilgilendirme yapılmayacaktır” (CEDH, 069/2022).

Savaş devam ederken Parlamenterler Meclisinin 15 Mart 2022 tarihinde verdiği Rusya’nın Avrupa Konseyi Statüsünün 8. Maddesi temelinde Konsey üyeliğinden çıkarılmasına ilişkin görüşü sonrası aynı gün Rusya, Konsey’den çıkma talebini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirir. 16 Mart 2022 tarihinde Bakanlar Komitesi, Rusya’nın talebini işleme koymayarak 8. Madde temelinde Rusya’yı Avrupa Konseyinden çıkarır ve Rusya’nın bir propaganda aracı olarak sorunu gönüllü çekilmeye dönüştürmesine izin vermemiş olur (Comité des ministres, Res/2022/2, 16 mars 2022). Aynı gün Mahkeme Başkanı Spano, 16 Mart 2022 tarihi itibarıyla Rusya’dan gelecek başvuruların askıya alınmasına karar verir.

Hemen altını çizmek gerekir ki, Rusya’nın 28 Şubat 1996 tarihinden bu yana üyesi olduğu Avrupa Konseyinden çıkarılması, emsalsizdir. Çünkü kurulduğu 1949 yılından bu yana hiçbir devlet, Avrupa Konseyi Statüsünün 8. Maddesi temelinde Konseyden çıkarılmamıştır -Albaylar cuntası altındaki Yunanistan, aynı Statünün 7. maddesi uyarınca 1969 yılında kendisi çekilmiştir-. Rusya’ya ilişkin bu kararın önemli kurumsal ve diplomatik sonuçları olacaktır. Her şeyden önce, Avrupa Konseyinden çıkarılan Rusya, mekanik olarak Sözleşme sisteminden de çıkarılmıştır. Nitekim Sözleşmenin Madde 58/3 düzenlemesine göre, “Avrupa Konseyi üyeliği sona eren herhangi bir Akit Tarafın, bu Sözleşmeye de taraf sıfatı aynı koşullarda sona erer.” Ancak çıkarılma, bir dizi hukuki soruyu beraberinde getirir.

Avrupa Konseyi Statüsünün 8. Maddesine göre, aynı Statünün 3. Maddesinde ifadesini bulan demokrasi, hukukun üstünlüğü ve temel hak ve hürriyetleri,

*“(...) ciddi surette ihlal eden, her Avrupa Konseyi üyesi, temsil hakkından bir süre için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar dâhilinde Konseyden çekilmeye davet edilebilir. Bu davet dikkate alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komitenin tayin edeceği tarihten itibaren söz konusu üyenin artık Konseye mensup olmadığına dair karar verebilir.”*

Şu halde bir devletin Konseyden çıkarılabilmesi için öncelikle ilgili devletin Konseydeki bir takım haklarının askıya alınması, ardından Konseyden çıkmaya davet edilmesi, ardından da devletin çıkma beyanını Konsey Genel Sekreterliğine sunarak 7. Maddede öngörülen bir takvim çerçevesinde çıkması gerekir. Süreç öngörülen usul ile ilerlemez ise Konsey, alacağı bir karar ile devleti çıkarıp, çıkmanın hangi tarihten itibaren geçerli olacağına da karar verebilir. Oysa Rusya olayında Ukrayna işgali nedeniyle Rusya çıkmaya davet edilmemiş ve Genel Sekreterliğe bildirimde bulunulması beklenmemiştir. Avrupa Konseyi gerçekte Konseyden çıkmak istemeyen bir devleti Konseyden çıkarmıştır.

Bu soruna bağlı ikinci bir sorun, Rusya'nın artık Sözleşmeye dâhil olmadığını kesin olarak değerlendirilebileceği tarihe ilişkindir. Rusya ile ilgili olarak, Bakanlar Komitesi, 16 Mart 2022'den itibaren, derhal yürürlüğe girecek şekilde, açık bir ihraç kararı aldı. Oysa Sözleşmesi'nin 58. maddesi, bir çıkarılma durumu hakkında çok net değildir. Gerçekten de düzenleme her şeyden önce taraf devletlerden birinin girişimi üzerine Sözleşmenin "feshi" hipotezini yönetir ve ilk paragrafında fesih/çekilmenin ancak "altı aylık bir bildirim süresinden" sonra geçerli olacağını belirtir. Daha sonra yine aynı maddenin 3. Paragrafı, “Avrupa Konseyi üyeliği sona eren herhangi bir Akit Tarafın, bu Sözleşmeye de taraf sıfatı aynı koşullarda sona erer.” ifadelerine yer verir ancak bildirim koşulunun yalnızca Sözleşmesinin feshi için mi yoksa Avrupa Konseyinden herhangi bir şekilde çıkarılma/çekilme için mi geçerli olduğunu açıkça belirtmez. Sözleşmenin gerçek yorumcusu sıfatıyla Mahkeme, resmi bir Genel Kurul şeklinde toplanarak bu sorunu 22 Mart 2022 tarihli bir kararla çözmeye karar verir:

- “1. Rusya Federasyonu, 16 Eylül 2022 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, Sözleşmenin Yüksek Akit Tarafı olmaktan çıkacaktır.*
- 2. Mahkeme, Sözleşmenin ihlalini teşkil edebilecek eylem ve ihmallerle ilgili olarak 16 Eylül 2022 tarihine kadar Rusya Federasyonu aleyhine yapılan başvuruları incelemeye devam edecektir.*
- 3. Rusya Federasyonu aleyhindeki tüm şikâyetlerin incelenmesini askıya alan 16 Mart 2022 tarihli Mahkeme Başkanı kararı yürürlükten kaldırılmıştır” (CEDH, 099/2022).*

Böylece temel hakların “somut ve etkili korunması” adına Mahkeme altı aylık bir süre seçeneğini elinde tutmuş olur. Başka bir deyişle, 144 milyon Rus vatandaşı ve aynı zamanda kendilerini Rusya'ya atfedilebilir ihlallerin mağduru olarak gören herkes -elbette Rus saldırısından etkilenen Ukraynalılar dâhil- bu tarihe kadar Mahkeme önünde bireysel başvuru haklarını kullanabilecektir. Bununla birlikte, Rusya aleyhine bu şekilde başlatılan davaların hangi koşullarda karara bağlanacağı konusu ise tam bir sorun yumağıdır. 16 Eylül 2022 tarihi itibarıyla Mahkeme önünde Rusya'ya karşı derdest olacak -şu anda en az 18.000 başvurunun derdest olduğunu hatırlayarak- başvurular hesaba katıldığında muhtemeldir ki Rus hükümet ajanının bulunmadığı ve Rusya'nın savunma yapmadığı Mahkemede, çelişmeli yargılanma ilkesi bağlamında adil yargılanma hakkı nasıl korunacak? Ayrıca, artık Sözleşme sistemi dışındaki Rusya aleyhine verilecek bir kararın etkisi ne olacak? Kuşkusuz bu sorular yanıtını zaman içerisinde bulacak. Sorun bir şekilde çözüldüğünde ise -Mahkeme önündeki yaklaşık 70.000 bireysel başvurunun %24'ünün Rusya'dan, %23'ünün Türkiye'den, %16'sının ise

Ukrayna'dan geldiği düşünülürse- Rusya'nın çıkarılması ve Ukrayna başvurularının fiilen incelenmesinin durdurulması ironik bir şekilde Mahkemenin iş yükünü %40 azaltacak.

Rusya cephesinde ise süreç boyunca Mahkemeyi, Batılı siyasetçilerin elinde Rusya'ya karşı siyasi bir savaşın aracı olarak gören Rusya Parlamentosunun alt kanadı Devlet Duması, 7 Haziran 2022'de yapılan genel kurul toplantısında, 15 Mart 2022 tarihinden sonra kabul edilen ve yürürlüğe giren Mahkeme kararlarının uygulanmamasını öngören yasa tasarısını onayladı. Yasaya göre 15 Mart 2022 tarihinden sonraki davalar Rusya tarafından kabul görmeyecek. Bu tarihten önce açılan davaları kazananlar 1 Ocak 2023 tarihine kadar Rus mahkemelerine başvuru yaparak tazminatlarını alabilecekler. Tazminat ödenecek kişilere de Rus para birimi ruble ile ve sadece Rus bankaları üzerinden ödeme yapılacaktır.

## SONUÇ

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği eliyle modern dünyada çok devletli bir sistemi işletmeye çalışan Avrupa, ulus-devlet, egemenlik ve güç dengesi kavramlarını yaratmıştı. Bu kavramlar son üç yüzyılın büyük bölümünde uluslararası uygulamalara egemen oldu. Ancak Avrupa'nın eski *raison d'État* uygulayıcıları çok hızlı dönüşüm gösteren küreselleşmiş bir ortamla karşı karşıya ve hiç birisi küreselleşmenin yönetiminde tek tek söz sahibi olacak güçte değil. Nispi zayıflıklarını dengelemek için de birleşmiş bir Avrupa yaratma arayışındalar. Bu arayış, 1990'lı yıllardaki idealizmini terk ederek önce 2000'li yıllarda Avrupa Birliği için sınırlarına ulaştı. Avrupa Birliği'ni bir federal devlete dönüştürme hedefindeki "Avrupa Anayasası'nın 2005'te tarihe gömülmesinin ardından 2009'da yürürlüğe giren kurucu antlaşmalar, Birlik için artık sadece var olan müktesebatı koruma; bütünleşmeyi ayakta tutabilme gayretinin bir ifadesi. Avrupa Konseyi cephesinde ise garip bir şekilde başlangıçta Mahkemenin normatif gücünü sağlamlaştırmak için ürettiği içtihadı bir ilke olan ikincillik ilkesi, 2021 yılında yürürlüğe giren 15 No'lu Protokol ile taraf devletlerce savunulan bir ilke haline dönüştü. Çünkü ikincillik, bir madeni paranın iki yüzü gibi: Yazı (Sözleşmeye ait moral ve hukuki egemenlik alanı) ve tura (tek tek devletlere ait egemenlik alanı). Önce bu parayı Mahkeme attı ve yazı geldi. İkincillik ilkesi temel haklar koruması alanında devletin birincil; Sözleşmenin ise ikincil olduğunu ifade ederken Mahkeme ilkeyi, iki koruma düzeyini bir bütün olarak kabul edip aralarında zaman açısından sıralama *sekans* farkı ve tamamlayıcılık ilişkisi olarak yorumladı. Şimdi 15 No'lu Protokol ile bu kez parayı devletler attı ve bu kez tura geldi. Taraf devletler için birincillik, artık sadece sekans farkı değil "öncelik" hatta bir "üstünlük" unsurudur.

İkincillik ilkesi üzerindeki bu anlam kayması tam da Avrupa'da birlik fikrinin zedelendiği siyasi bir ortamda gerçekleşti. Kuşkusuz Mahkemenin, insan hakları alanındaki normatif gücünü Avrupa'da birlik fikrine açık olan ulusal siyasi ortamlarla birlikte sürdürmesi daha kolaydır. Oysa bugün Avrupa kıtası ve dolayısıyla birlik fikri, birçok bakımdan ağır darbeler almaya devam ediyor: Derin ekonomik kriz, yabancı düşmanlığını körükleyen göç ve iltica, pandeminin bıraktığı ağır hasar ve nihayet Rusya - Ukrayna savaşı... Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısı sadece bir Avrupa Konseyi üyesi ülkeye değil; aynı zamanda Avrupa'nın değerlerine ve birlik fikrine yönelik bir saldırıydı. Bu yüzden 16 Mart 2022'de Rusya sadece Konsey'den değil Avrupa'dan da çıkarıldı. Bu, bir tür *rejenerasyon* canlı organizmanın hayatta kalabilmek için kendi uzvunu koparıp bırakmasıydı. Peki, sırada hangi ülkeler var? Türkiye, Azerbaycan, Ermenistan ve Gürcistan gibi illiberal demokrasiler ya da Macaristan, Romanya, Ukrayna gibi demokrasinin sınırlarını zorlayan ülkeler?

Şu bir gerçek, ekonomik, toplumsal ve siyasal koşullar Avrupa mekânındaki kamu düzenini ve bu düzenin iç uyumunu zorladıkça “Avrupa liberal kamu düzeninin anayasal cihazı” olan Sözleşme ve onun hukuku da zorlanacak. Eğer Avrupa Konseyi, şu anki coğrafi sınırlarını muhafaza etmek istiyorsa 15 No’lu Protokole uygun olarak Mahkeme eliyle ikincillik ilkesini yeniden yorumlamak zorunda. Mahkemenin denetimi, bir ihlale ilişkin olarak ulusal makamlar tarafından yapılan denetimin ardından reaktif bir şekilde gerçekleşmeli, önleyici bir şekilde değil; denetim somut bir şekilde gerçekleşmeli, soyut değil; ve nihayet sadece ihlale ilişkin bildirici nitelikli kararlarla şekillenmeli, düzeltici ve emredici kararlarla değil. Belki de Avrupa Konseyi, 1990’lı yıllardaki Avrupa’yı birleştirmek ideali; Mahkeme ise insan hakları ideolojisine bağlı kalmaksızın yeni ve mevcut gerçeklere uyum sağlayarak hareket etmeli. Bunun sonucu olarak da idealist ve felsefi yaklaşımı artık gerçekçilik ve pragmatizmle paylaşmak zorunda. Zira J.-P. Jacqué’nin ifadeleriyle (2007: 6) “*Çağdaş hukuksal galaksi, birbirleriyle ilişkili olarak gelişen ve rotaları birçok durumda kesişen gezegenlerden oluşur. Bu bale, gök mekaniği yasalarıyla düzenlenmelidir, ancak Büyük Mimar bunu pek umursamamış gibi görünüyor.*”

## KAYNAKÇA.

### 1. Kitap ve Makaleler

- Bates, Ed (2010). “The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights”. Oxford University Press.
- Benoit-Rohmer, Florence (2019). “Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l’Homme”, Les défis liés à l’entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l’Homme, Actes de la Journée d’étude de l’Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg, ss. 1-10.
- Benvenisti, Eyal (2014). “The Law of Global Governance”, The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, 24.
- Benvenisti, Eyal (2018). “The Margin of Appreciation, Subsidiarity, and Global Challenges to Democracy”. Journal of International Dispute Settlement, Vol. 9, Issue 2, ss. 240–253.
- Besson, Samantha (2016). “Subsidiarity in International Human Rights Law-What is Subsidiary about Human Rights?”, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 61, No. 1, s.69.
- Bowring, Bill (2020). “Russia and the european convention (or court) of human rights: the end?”, Revue québécoise de droit international, Hors-série, ss. 201-218.
- Brauch, Jeffrey (2005). “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, Columbia Journal of European Law 11, ss. 113–150.
- Cassese, Sabino (2015). “Une administration indirecte la subsidiarité judiciaire à la CEDH”, Séminaire La subsidiarité :une médaille à deux faces ?, Cour européenne des droits del’homme, Strasbourg, ss. 1-14.
- Costa, Jean-Paul (2001). “Entretien croisée”, Les Cours européennes, Pouvoirs, 96, ss. 148-160.
- Costa, Jean-Paul (2012). “Les réformes de la Cour européenne des droits de l’homme - Avant et après Brighton”, L’Observateur de Bruxelles, n° 89, ss. 15-39.

- Costa, Jean-Paul (2012). “Rapport d’information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale (1) sur la Cour européenne des droits de l’Homme”, Sénat session extraordinaire, No 705, ss. 55-67.
- Craig, Paul (2012). “Subsidiarity, a Political and Legal Analysis”, University of Oxford, Legal Research Paper Series, no. 15, ss.72-87.
- Çağlar, Bakır (1992). “Avrupa Yeni Mekânında Kurumsallaşma; Hukuk ve Demokrasi”, Anayasa Yargısı 9, ss. 233-282.
- Çavuşoğlu, Naz (2009). “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Gerçekler ve Perspektifler”, “50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?”, Kerem Altıparmak (Yayına Hazırlayan), Ankara Barosu, ss. 5-27.
- Decaux, Emanuel (2019). “Coup d’arrêt à Bakou”, RTDH, No 120, ss. 997-1018.
- De Salvia, Michel (2020). “L’exécution des arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme”, Revue québécoise de droit international”, Special Issue, ss. 271-286.
- Demumier, Pascale; Fulchiron, Hughues (2019). “Première demande d’avis à la CEDH: vers une jurisprudence ‘augmentée’?”. Dalloz.
- Di Marco, Antonio (2016). “L’État face aux arrêt pilotes de la Cour européenne des droits de l’homme”, RTDH, No 108, ss. 887-914.
- Ergeç, Ruşen (2022). “La Convention européenne des droits de l’homme à l’épreuve du détournement de pouvoir”, RTDH, No. 130. Ss. 225-234.
- Fabbrini, Federico (2015). “The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity. A Comparison”, University of Copenhagen Faculty of Law, Courts Working Paper Series, no. 15, ss. 4-16.
- Føllesdal, Andreas (2016). “Subsidiarity and international human-rights courts: respecting self-governance and protecting human rights - or neither?” Law and contemporary problems, Vol. 79:147, ss. 147-163.
- Giakoumopoulos, Christos (2020). “La convention européenne des droits de l’homme au 21. Siècle: en quête d’équilibre”, Revue québécoise de droit international, Numéro hors-série, ss. 31-51.
- Jacqué, Jean-Paul (2007). “Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des nations unies, L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, Rev. française de droit constitutionnel, no 69, ss. 3-37.
- Kissinger, Henry (2011). “Diplomasi”. Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 10. Baskı.
- Kovler, Anatoly (2013). “La Cour européenne des droits de l’homme face à la souveraineté d’état”, L’Europe en Formation, no 368, ss. 209-222.
- Merloz, Florence (2021). “Entrée en vigueur du Protocole no 15 à la Convention européenne des droits de l’homme: Le Protocole de l’ère de la subsidiarité”, RTDH, no. 128, ss. 807-828.
- Sauve, Jean-Marc (2015). “Intervention lors du Séminaire ‘La subsidiarité : une médaille à deux faces ?’”, Dialogue entre juges, Strasbourg, ss. 2-15.





- Sicilianos, Linos-Alexandre (2020). “La Convention européenne des droits de l’homme a 70 ans: dynamique d’un instrument international unique”, *RTDH*, No. 124, ss. 817-834.
- Spano, Robert (2014). “Universality or Diversity of Human Rights: Strasbourg in the Age of Subsidiarity?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 14, Issue 3, s. 487-502.
- Spano, Robert (2018). “The Future of the European Court of Human Rights -Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, *Human Rights Law Review*, Vol. 18, Issue 3, s. 473.
- Spielmann, Dean (2012). “Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, *Centre for European Legal Studies, University of Cambridge, Working Paper Series*, s. 381-418.
- Spielmann, Dean (2014). “Le succès et les défis posés à la Cour”, *L’avenir à long terme de la Cour européenne des droits de l’homme Oslo, CCDH –78ème réunion*.
- Spielmann, Dean (2014). “Whither the Margin of Appreciation?,” *Current Legal Problems* 67, ss. 49-65.
- Sudre, Frédéric (2007). “Le pluralisme saisi par le juge européen”, L. Fontaine (dir), *Droit et pluralisme, Bruylant/Némésis*, coll. « Droit et justice » n° 76, ss. 261- 286.
- Sudre, Frédéric (2013). “A propos de l’obligation d’exécution d’un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l’homme”, *RFDA*, 2013, ss. 94-112.
- Supiot, Alain (2009). “Homo juridicus Essai sur la fonction anthropologique du Droit”, *SEUIL*.
- Touzé, Sébastien (2014). “La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle”, F. Sudre (dir.), *Le Principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles-Limal, *NemesisAnthemis*, coll. « Droit et justice », n° 108,ss. 59-86.

## **2. Avrupa Konseyi Belgeleri**

- Conseil de L’Europe, “Aperçu” 1959-2021, février 2022, s. 4.
- Conseil de L’Europe, CEDH, “Avis de la Cour sur le projet de protocole no 15 à la Convention européenne des droits de l’homme”, Adoptée le 6 février 2013, s. 4.
- Conseil de L’Europe, “le rapport d’activité du CDDH sur garantir l’efficacité à long terme du système de contrôle de la Convention européenne des droits de l’homme, document CDDH(2009)007”, Addendum I, §§42-44.
- Conseil de L’Europe, CDDH, “Sur les questions à aborder lors de la Conférence d’Interlaken”, document CDDH(2009)019 Addendum I, §19.
- Conseil de L’Europe, Comité des Ministres, “Surveillance de l’exécution des arrêts et décisions de la cour européenne des droits de l’homme”, 2021.
- Conseil de L’Europe, Comité des Ministres, “Résolution” CM/Res(2022)2, 16 mars 2022.
- Conseil de L’Europe, Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, “Rapport explicatif,” §7.

Conseil de L'Europe, Conseil des Ministres, "Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme Déclaration d'Interlaken", 19 février 2010, Plan d'Action, E§9.

Conseil des Ministres, "Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme Déclaration de Brighton", 20 avril 2012, §11.

### **3. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları**

CEDH, Banković et autres c. Belgique et autres, 12 décembre 2001, No 52207/99, §55.

CEDH, Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique, 23 juillet 1968, Serie A, no 6, §10.

CEDH, Akdivar c. Turquie, 16 septembre 1996, no 21893/89, §68.

CEDH, Aksu c. Turquie, (GC), 15 mars 2012, no 41029/04, §52.

CEDH, Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, 7 juillet 2011, no 55721/07, §§149-150.

CEDH, Analyse statistique 2021, janvier 2022, s. 8.

CEDH, Andelkovic v. Serbia, no 1401/08, 9 April 2013, §24.

CEDH, Broniowski c. Pologne, (GC), 22 juin 2004, n°31443/96, § 194.

CEDH, Burmych et autres c. Ukraine (radiation) [GC], 12 octobre 2017.

CEDH, Catan et autres c. Moldova et Russie, 19 octobre 2012, no 43370/04, 8252/05 et 18454/06, §105.

CEDH, Chiragov et autres c. Arménie, 16 juin 2015, no 13216/05, §186.

CEDH, Chypre c. Turquie, 10 mai 2001, no 25781/94, §80.

CEDH, Dimici c. Turquie, no 70133/16, 5 juillet 2022, §148.

CEDH, Drozd et Janousek c. France et Espagne, 26 juin 1992, no 12747/87, §§84-90.

CEDH, Emre c. Suisse, 22 mai 2008, no 5056/10, §65.

CEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, no 5100/71, §72.

CEDH, Garcia Ruiz c. Espagne, 21 janvier 1999, no 30544/96, §28.

CEDH, Hutchinson c. Royaume-Uni, (GC), 17 janvier 2017, no 57592/88, §§119-131.

CEDH, İlaşcu et autres c. Moldova et Russie, 8 juillet 2004, no 48787/99, §336-352.

CEDH, Khamidov c. Russie, no 72118/01, 15 novembre 2007, §174.

CEDH, Klass et autres c. Allemagne, 6 septembre 1978, no 5029/71, §33.

CEDH, Lautsi c. İtalia (GC), 18 mars 2011, no. 30814/06, §69.

CEDH, Lawles c. Irlande, 1 juillet 1961, no 3, 332/57, §40.

CEDH, Leyla Şahin c. Turquie, 10 novembre, 2005, no 44774/98, §109.



- CEDH, Loizidou c. Turquie, 18 décembre 1996, no 15318/89, §§52-57.
- CEDH, Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse (GC), 13 juillet 2012, no 16354/06, §§59-61.
- CEDH, Mozer c. Moldova et Russie, 23 février 2016, no 11138/10, §§99-101.
- CEDH, Öcalan c. Turquie, (GC), 12 mai 2005, no 46221/99, §168.
- CEDH, Öcalan c. Turquie, 18 mars 2014, no 24069/03, §§93-116.
- CEDH, Paradiso et Campanelli c. Italie (GC), 24 janvier 2017, no 25358/12, §122.
- CEDH, Paradiso et Campanelli c. Italie (GC), 24 janvier 2017, no 25358/12, §122.
- CEDH, S.A.S. c. France (GC), 1 juillet 2014, no 43835/11, §129.
- CEDH, Sabri Güneş c. Turquie, (GC), 29 juin 2012, no 27396/06, §52.
- CEDH, Sargsyan c. Azerbaïdjan, 16 juin 2015, no 40167/06, §117.
- CEDH, Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, no 30141/04, §108.
- CEDH, Tyrer c. Royaume-Uni, arrêt du 25 avril 1978, §31.
- CEDH, Varnava et autres c. Turquie, (GC), 18 septembre 2009, no 16064/90, §148.
- CEDH; Kemmache c. France, 8 février 1993, no 17621/91, §44.
- ECHR, Agim Beşhiri v. Albania, 17 March 2020, no. 29026/06, §188.
- ECHR, Buckley v. United Kingdom, 25 September 1996, §§52-54.
- ECHR, Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania [GC], 14 July 2014, no. 47848/08, §155.
- ECHR, Dareskizb Ltd. v. Armenia, 21 September 2021, no. 61737/08, § 93.
- ECHR, Lingens v. Austria, 8 July 1986, Series A, no 103, §46.
- ECHR, Neftyanaya kompaniya Yukos v. Russia, 31 July 2014, no. 14902/04.
- ECHR, Proceedings under article 46 § 4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, (GC), 29 May 2019, no. 15172/13.
- ECHR, Proceedings under article 46 § 4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, (GC), 29 May 2019, no. 15172/13, §152.
- ECHR, Prokovich v. Russia, 18 November 2004, §36.
- ECHR, Turhan and Others c. Turkey, 23 November 2021, no 75805/16, §98.
- ECHR, Yumak and Sadak v. Turkey, 8 July 2008, no 10226/03, §109.
- ECHR, C. v. Croatia, 8 October 2020, no 80117/17, §81.
- ECHR, Palic v. Bosnia and Herzegovina, 15 February 2011, no 4704/04, §46.