

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN HAK İHLALİ BAŞVURULARININ DENETİMİNDE KULLANDIĞI “YASAL DAYANAK” VE “YASA KALİTESİ” ÖLÇÜTÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME<sup>1</sup> AN ANALYSIS OF THE “LEGAL BASIS” AND “QUALITY OF THE LAW” CRITERIAS USED BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN ADJUDICATING THE APPLICATIONS ALLEGING VIOLATIONS OF RIGHTS Hande Seher DEMİR<sup>2</sup>

## ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde hakların sınırlandırılmasını düzenleyen maddelerin tamamında “yasayla öngörülmüş olma” ölçütüne yer verilmiştir. Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi esasa ilişkin kararlarında, anılan ölçüte dair içtihadını oluşturmuştur. AİHM’in denetim pratiği incelendiğinde, anılan ölçütün iki aşamalı bir değerlendirmeye tabi tutulduğu anlaşılmaktadır: İlk aşamada AİHM, başvuru konusu müdahalenin iç hukuktaki yasal dayanağını, ikinci aşamada bu yasal dayanağın kalitesini denetlemektedir. Bu çalışmada, anılan iki alt ölçütün AİHM kararlarında bulunduğu içtihadı anlam ortaya konulmaktadır. AİHS kapsamında korunan bir hakka yapılan müdahalenin, “yasayla öngörülmüş olma”

1 Araştırma Makalesi  
Makale Gönderim Tarihi: 27.06.2023  
Makale Kabul Tarihi:22.08.2023

2 Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
E-posta: hande.demir@hbv.edu.tr  
ORCID: 0000-0001-7957-0521

denetimini geçmesi halinde, hakkında ihlal başvurusunda bulunulan devlet, kanun devleti olmanın biçimsel meşruiyetini yerine getirmiş ve ek olarak hukuk devletinden beklenen yasa kalitesini sağlamıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kanunilik İlkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Temel Hakların Sınırlanması, Yasa Kalitesi

### **ABSTRACT**

*In all of the articles regulating the restriction of rights in the European Convention on Human Rights system, the criterion of “prescribed by law” is included. In this respect, the European Court of Human Rights, in its examinations on the merits, revealed its settled case-law on the control of the aforementioned criterion. When the auditing practice of the ECtHR is examined, it is understood that the aforementioned criterion is subject to a two-stage evaluation: In the first stage, the ECtHR examines the domestic legal basis of the interference in question, and in the second stage, the quality of this legal basis. In this study, the meaning of the two aforementioned sub-criteria in the case-law of the ECtHR is revealed. If an interference with a right protected under the ECHR passes the control of “prescribed by law”, it means that the state whose right is infringed has fulfilled the formal legitimacy of being a state of statute and in addition has provided the quality of law expected from the state of law.*

**Keywords:** Principle of Legality, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Limitation of Fundamental Rights, Quality of the Law

## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sisteminde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında üç temel ölçüte yer verilmiştir: (1) Kanunilik ölçütü: Hak ve özgürlükler yasayla sınırlanır. (2) Meşru amaç ölçütü: Hak ve özgürlükler meşru amaçlarla sınırlanır. (3) Ölçülülük ölçütü: Hak ve özgürlükler gereken ölçüde sınırlanır. Aynı doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), esas hakkındaki incelemelerinde *sirasıyla* anılan üç ölçütün denetimini yapmaktadır.

Makalede, AİHM'in esas hakkındaki denetiminin ilk aşaması olan kanunilik ölçütü incelenmektedir; bununla beraber üç aşamalı denetim sürecini birbirinden kesin sınırlarla ayırabilmek mümkün değildir. Kanunilik incelemesi, ikinci aşama denetim olan meşru amaç incelemesiyle çok güçlü, üçüncü aşama denetim olan ölçülülük incelemesiyle yakın ilişki içindedir. Makalede, kanunilik denetimine odaklanılacak, denetim aşamalarının birbiriyle ilişkisine -odaktan kopmayacak ölçüde- değinilecektir.

AİHS sisteminde, hak ve özgürlüklere yönelik devlet müdahalesi, mutlaka yasayla öngörülmüş (*prescribed by law*) olmalıdır. AİHS ve Ek-Protokollerinde, hakların sınırlandırılmasına dair düzenlemelerin tamamında bu ölçüte yer verilmekte; AİHM, bu ölçütü titizlikle denetlemektedir.

AİHM, kanunilik ölçütünün denetimini iki aşamada icra etmektedir. Birinci aşamada başvuru konusu müdahalenin iç hukuktaki yasal dayanağı (*basis in domestic law*), ikinci aşamada bu yasal dayanağın kalitesi (*quality of the law*) denetlenmektedir. Anılan iki alt ölçütün AİHM içtihatlarıyla bulduğu anlam, makalenin odak konusunu oluşturmaktadır.

Makalede, kanunilik ölçütünün içtihadî anlamı, AİHM kararlarından hareketle ortaya konmuştur. AİHM kararları arasından, çoğunlukla AİHM'in "key case" olarak tasnif ettiği önem derecesi yüksek kararlara yahut AİHM'in Büyük Daire kararlarına ağırlık verilmiştir. AİHS m. 30 ve 43'e göre, Sözleşme ve Protokollerin yorumuna ilişkin yahut genel nitelikte *ciddi sorunları* çözüme kavuşturma işlevini Büyük Daire (*Grand Chamber*) icra eder. Dolayısıyla AİHS'in uygulanmasına yönelik yerleşik içtihatlar çoğunlukla üç yargıçlı Komite yahut yedi yargıçlı Daire kararıyla değil, on yedi yargıçlı Büyük Daire kararıyla kurulmaktadır. Bu doğrultuda makalenin araştırma konusu, son şeklini Büyük Daire kararlarıyla alan, kanunilik ölçütünün içtihadî anlamıyla sınırlanmıştır.

Makalede, kanunilik ölçütüne dair AİHM yaklaşımının araştırılmasında tümdengelim metodu kullanılmıştır. Hukuk normlarını tespit ederek yorumlayan, yargı organlarının içtihatlarını ortaya koyarak tutarlı sonuçlara ulaşan hukuki yöntemin başvuracağı mantık yolu tümdengelimdir. Kanunilik ölçütünün benzer her olaya uygulanması neticesinde ortaya çıkan içtihadî ve hukuki çıktılar, rastlantısal, tutarsız, subjektif değil, objektif ve bu sayede denetimde kullanılabilir bir karakter kazanabilmektedir. Kanunilik ölçütünün AİHM kararlarıyla kazandığı içtihadî karakterin iki boyutlu görünümü, "müdahalenin yasal dayanağı" ve "yasa kalitesi" alt başlıklarında incelenmektedir.

## 1. MÜDAHALENİN YASAL DAYANAĞI (*MEASURE SHOULD HAVE A BASIS IN DOMESTIC LAW*)

AIHM, kanunilik denetiminin ilk aşamasında şu sorunun cevabını arar: Özgürlüklere yapılan müdahalenin, *iç hukukta bir dayanağı (basis in domestic law)* var mıdır?

AIHM'e göre müdahalenin iç hukukta mutlaka yasal bir dayanağı olmalıdır<sup>3</sup>. Denetimin bu aşamasında özgürlükler, esasen kanun devleti düzeyinde korunmaktadır. Müdahalenin subjektif-keyfi irade açıklamalarına değil objektif kurallara dayandığı, insanın insana değil *yasalara* uyduğu bir Avrupa kamu düzeni hedeflenmektedir.

Bu ölçütün sağlanması için hakkı sınırlayan müdahalenin şekli-organik anlamda kanuna dayanması, bir başka ifadeyle yasama organından vaki bir yasama tasarrufu olması şart değildir. AIHS'de işaret edilen *yasa*, sözleşmecî devletlerde uygulanan ve büyük oranda mahkeme içtihatlarıyla şekillenen *common law* anlayışını da kapsayarak, yasama yürütme yargı organından vaki hukuku kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır.

AIHM, *yasayla öngörülmiş olma* ölçütünün denetimini nasıl yapar? Bu sorunun cevabını verebilmek için AIHM kararlarının aşamalarını incelemek gerekir. AIHM, kararları üç ana başlıkla kaleme alır:

- Karar metninin birinci ana başlığı (*Circumstances of the case*) başvuruya konu olayların ayrıntılı anlatımını içerir.

- İkinci ana başlıkta (*Relevant domestic law and practice*) AIHM, başvuru konusu olaya uygulanabilecek hukuku ve pratiği aktif bir araştırmayla ortaya koymaktadır; bu başlıkta aktarılan *yasa* ve uygulama pratiği, kanunilik denetiminin yapıldığı üçüncü başlıkta dikkate alınmaktadır.

- Üçüncü ana başlıkta (*The law*) ise AIHM, AIHS hukuk ve uygulamasından hareketle ihlal iddialarını sırasıyla incelemektedir. Bu ana başlıkta taraflar iddialarını ortaya koyar. Başvuran, hak ihlaline uğradığı; devlet ise müdahalesinin yasal, meşru, gerekli olduğu yönünde AIHM'i ikna etmeye çalışır. Kanunilik savunmasında devlet, müdahalesinin dayanağı olarak, devlet organlarından vaki bir hukuki tasarrufa işaret etmektedir. Keza başvuruya konu olay, kural olarak sözleşmecî devletlerin iç hukuk yollarından geçmiştir; müdahaleyle ilgili ulusal mahkemelerin yargılama sürecinde esas aldığı *yasa*, AIHM'in kanunilik incelemesinin de konusu olmaktadır. AIHM, işaret edilen *yasa* ile ikinci ana başlıkta ortaya koyduğu hukuk ve uygulamadan hareketle, birinci ana başlıkta yer alan hak ihlali iddiasına konu olayları değerlendirdiği bir kanunilik denetimi yapmaktadır.

3 “‘Prescribed by law’ requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law.” AIHM [BD], Gorzelik ve Diğerleri / Polonya, Bn. 44158/98, 17.02.2004, p. 64. AIHM [BD], Leyla Şahin / Türkiye, Bn. 44774/98, 10.10.2005, p. 84.

- Bazı özel durumlarda, bir ara başlık daha açılarak, başvuru konusu olaylarla ilgili ulusal ve uluslararası verilere (Relevant International and Domestic Documents and Press Releases) yer verilmektedir. Müdahalenin keyfilüğünden hareketle ihlal sonucuna ulaşılan kararlarda bu verilerin yer aldığı bir başlık bulunmaktadır. Anılan başlıkta, doğrudan başvuruya konu olaylara yahut genel olarak ihlal edildiği iddia edilen özgürlüğe dair ilgili devletteki iklime-hâkim uygulamaya ayna tutan, hak ihlali iddiasını aydınlatacak belge, rapor, açıklama, bildiri, haber, karar verilerine yer verilmektedir. Örnek olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserleri tarafından hazırlanan raporlar (*Report by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve/veya Avrupa Parlamentosu kararları (*Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and The European Parliament*), Uluslararası Af Örgütü tarafından hazırlanan bildirimler ve/veya basın açıklamaları (*Report and Press release by Amnesty International*), İnsan Hakları İzleme Örgütü basın açıklamaları (*News release by Human Rights Watch*), Gazetecilerin Özgürlüğü ve Güvenliği Enstitüsü tarafından hazırlanan yıllık raporlar (*Annual Report by the Institute for Reporters' Freedom and Safety*), çevrim içi haberlere dair bültenler (*News release by contact online news*) ve benzerleri.

Bazı durumlarda ise AİHM nezdinde görülen başvuruya müdahil sıfatıyla katılan kişi ve kurumların görüşlerine, -ayrı bir ana başlık açılmadan- yer verilmektedir. Başvuruya üçüncü taraf müdahillik, AİHS m. 36<sup>4</sup> ve AİHM Usul Tüzüğü m. 44 uyarınca, AİHM'in re'sen daveti veya katılma talebinin kabulüyle gerçekleşmektedir. Davaya bakan Mahkeme'nin başkanı, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla, davaya taraf olmayan herhangi bir sözleşmeci devleti yahut başvuran dışında davayla ilgili her kişiyi, yazılı görüş sunmaya veya duruşmalara katılmaya davet edebilir. Keza Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, bir Daire veya Büyük Daire önündeki her davaya yazılı görüş sunabilir.

Müdahale konusu olay, hukuk, uygulamanın aktarıldığı ana ve ara başlıklar neticesinde ortaya konan olgusal ve normatif verilerden hareketle AİHM, müdahalede *yasal dayanak* ölçütünün varlığını denetlemektedir.

### **Yasal Dayanak Ölçütünde Turnusol Kâğıdı: Keyfilik**

AİHM yargılamasında, karar metni başlıkları içinde ortaya konan tüm olay, yasa, uygulama, bilgi, görüş, rapor ve benzeri veriler neticesinde, ilgili devletin ihlale

---

4 AİHS m. 36 - *Üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılma* 1. Kendi vatandaşlarından birinin başvuru konumunda olması halinde, her Yüksek Sözleşmeci Taraf, Daire ve Büyük Daire önündeki davalarda yazılı görüş sunma ve duruşmalara katılma hakkına sahiptir. 22 23 2. Mahkeme başkanı, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla, davaya taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ı ya da başvuru dışında davayla ilgili her kişiyi yazılı görüş sunmaya veya duruşmalara katılmaya davet edebilir. 3. Bir Daire veya Büyük Daire önündeki her davada Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri yazılı görüş sunabilir ve duruşmalara katılabilir.

dayanak olarak işaret ettiği yasa, AİHM tarafından dayanak kabul edilmeyebilir. AİHM müdahalenin, bu objektif yasadaki değil subjektif-keyfi mülahazalardan hareketle yapıldığı kanaatine ulaşabilir. Bu durumlarda müdahalenin “iç hukukta bir dayanağının olmaması” sebebiyle ihlal kararı verilmektedir.

Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan kararında AİHM, müdahalenin yasaya değil keyfi mülahazalara dayandığı sonucuna varmıştır. Başvuranlar bir dizi muhalif gösteriye katılmış, organizasyonda görev almış, bu kapsamdaki faaliyetleri sebebiyle tutuklanmıştır. Devlet, yapılan yargılama ve tutuklamaların dayanağı olarak ulusal yasalara işaret etmiş; ulusal mahkemenin tutuklama ve mahkûmiyet kararlarının İdari Suçlar Kanunu'nun (CAO) 310. maddesinin 1. fıkrasına uygun olduğunu ileri sürmüştür<sup>5</sup>.

Devletin işaret ettiği yasa, AİHM tarafından müdahaleye yasal dayanak kabul edilmemiştir. AİHM'e göre, başvuranların tutukluluğunun ve mahkûmiyetlerinin dayanağı, hukuki değil keyfidir; amaç, yasada işaret edilen kamu düzenini sağlamak değil, muhalif protestolara katılımı engellemektir.

Yasanın öngördüğü bir usulün izlenip izlenmediği sorusu da dahil olmak üzere, tutuklamanın yasallığı söz konusu olduğunda, Sözleşme esas olarak ulusal hukuka atıfta bulunur ve ulusal hukukun esas ve usul kurallarına uyma yükümlülüğünü ortaya koyar. Bununla birlikte ulusal hukuka uygunluk, *bireyi keyfîlikten korumayı* da gerektirir<sup>6</sup>.

AİHM Büyük Daire içtihadına göre, ne tür davranışlarının keyfîlik oluşturabileceğine dair *genel bir tanım formüle edilmemiş* olsa da temel ilkeler vaka bazında geliştirilmiştir<sup>7</sup>. Keyfi hiçbir müdahale Sözleşmeyle bağdaşmaz; müdahale iç hukuk açısından yasal görünebilir ancak AİHM tarafından keyfi olduğu

5 AİHM, Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan, Bn. 67360/11 67964/11 69379/11, 11.02.2016, p. 140.

6 “Any deprivation of liberty must, in addition to falling within one of the exceptions set out in subparagraphs (a) to (f), be “lawful”. Where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question whether “a procedure prescribed by law” has been followed, the Convention refers essentially to national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law . Compliance with national law is not, however, sufficient: Article 5 § 1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness.” AİHM, Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan, p. 143.

7 “While the Court has not previously formulated a global definition as to what types of conduct on the part of the authorities might constitute “arbitrariness” for the purposes of Article 5 § 1, key principles have been developed on a case-by-case basis.” AİHM [BD], Mooren /Almanya, Bn. 11364/03, 09.07.2009, p. 77.

Aynı yönde AİHM, Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan, p. 144.

değerlendirilmişse Sözleşme'ye aykırıdır<sup>8</sup>. Ulusal hukukun lafzına uyulmasına rağmen yetkililerin *kötü niyetli olması* veya yerel makamların ilgili *mevzuatı doğru uygulamaması* hallerinde müdahale *keyfi* sayılacaktır<sup>9</sup>.

Huseynli ve Diğerleri başvurusunda AİHM, başvuruların tutuklanmasında keyfi amaçlar güdüldüğünü; kötü niyet unsurunun varlığını tespit etmiştir. Bu kanaatinde, kararda "ulusal ve uluslararası belgeler" ara başlığı içinde işaret ettiği ulusal ve uluslararası kuruluşların belge, karar, açıklama, bildiri, bülten, raporlarına dayanmıştır. AİHM'e göre başvurular, görünüşte polisin emrine uymadığından gözaltına alınmış, ancak esasen gösteriye katılımlarının engellenmesi amaçlanmıştır. Ayrıca yerel mahkemeler, başvuruların tutukluluğuna ilişkin olgusal ve yasal gerekçeleri incelerken keyfi davranmıştır. Bu koşullar altında AİHM, müdahalenin dayanağının *hukuki değil keyfi* olduğundan başka bir sonuca varamayacağını belirtmiştir<sup>10</sup>.

### **Keyfi Yakalama ve Tutuklama Neticesinde Oluşan Eşzamanlı Müdahalelerin Yasal Dayanaktan Yoksunluğu**

Müdahalede uygulanan yasayı AİHM'in dayanak kabul etmediği hallere bir başka tipik örnek olarak, AİHS m. 5 (özgürlük ve güvenlik hakkı) ile AİHS'de korunan bir diğer hakkın eşzamanlı ihlal edildiği başvurular gösterilebilir. AİHM'e

8 "No detention which is arbitrary can be compatible with Article 5 § 1, the notion of "arbitrariness" in this context extending beyond the lack of conformity with national law. As a consequence, a deprivation of liberty which is lawful under domestic law can still be arbitrary and thus contrary to the Convention." AİHM [BD], Mooren /Almanya, Bn. 11364/03, 09.07.2009, p. 77.

Aynı yönde: "It is a fundamental principle that no detention which is arbitrary can be compatible with Article 5 § 1 and the notion of "arbitrariness" in Article 5 § 1 extends beyond lack of conformity with national law, so that deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention." AİHM, Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan, Bn. 67360/11 67964/11 69379/11, 11.02.2016, p. 144.

9 "Furthermore, detention will be considered "arbitrary" where, despite complying with the letter of national law, there has been an element of bad faith or deception on the part of the authorities or where the domestic authorities neglected to attempt to apply the relevant legislation correctly." AİHM, Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan, p. 145.

10 "The Court reiterates its finding that the applicants fell victim to arbitrary measures (namely, arrest and custody followed by seven days' imprisonment each). The applicants' arrest pursued aims unrelated to the formal grounds relied on to justify the deprivation of their liberty, and involved an element of bad faith on the part of the police officers concerned. While the applicants were formally charged with failure to comply with a lawful order of a police officer or with minor hooliganism, they were in fact detained in order to prevent their participation in the demonstration of 2 April 2011 and to punish them for having participated in opposition protests. Furthermore, there are sufficient elements to conclude that the domestic courts that imposed the administrative detention also acted arbitrarily in reviewing both the factual and the legal grounds for the applicants' detention. In such circumstances, the Court cannot but conclude that the applicants' deprivation of liberty as a whole was arbitrary and therefore contrary to the requirements of Article 5 § 1 of the Convention". AİHM, Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan, Bn. 67360/11 67964/11 69379/11, 11.02.2016, p. 147.

göre, keyfî bir tutuklama tedbiri, AİHS’de korunan özgürlüklerden bir diğerine müdahale ettiğinde, bu müdahale de dayanaksız kalır<sup>11</sup>. Keyfî yakalama veya tutuklama (AİHS m. 5’e) işleminde kullanılan *yasa*, eşzamanlı ihlal edilen toplantı gösteri yürüyüşü (AİHS m. 11) yahut ifade özgürlüğü (AİHS m. 10) için de dayanak kabul edilmemektedir.

Konuyu, somut bir örnek üzerinden incelemekte yarar vardır. İfade açıklamalarının suç kabul edilmesi neticesinde verilen hapis cezasının AİHS’e aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruda AİHM, önce müdahale sürecini kronolojik aşamalarıyla aktarmakta; ardından başvuru konusu olaya uygulanabilecek ulusal (ve varsa uluslararası) hukuk ve uygulamayı *aktif* bir araştırmayla ortaya koymakta; eğer gerekli görürse doğrudan başvuruya konu olay yahut ihlali iddia edilen hakka dair ilgili devletteki hakim uygulamayla/iklimle ilgili rapor, karar, belge ve benzeri verileri ortaya koymakta; son olarak Sözleşme ve içtihatlardan hareketle başvuruya konu müdahaleyi denetlemektedir. AİHS m. 5’te korunan “özgürlük ve güvenlik hakkının” keyfî ihlaline karar veren AİHM, AİHS m. 10’un da *yasal dayanaktan yoksunluk* sebebiyle ihlaline -ek bir inceleme yapmadan- karar vermekte, ilgili yasayı dayanak olarak kabul etmemektedir<sup>12</sup>. Örnek kabilinden Ilıcak / Türkiye kararında AİHM, tutukluluk kararını keyfî bulmuş, bu bağlamda ifade özgürlüğüne müdahalenin de yasal dayanaktan yoksun olduğundan ihlaline karar vermiştir<sup>13</sup>. Ilıcak başvurusunda AİHM, keyfîlik kararını, davaya üçüncü taraf müdahil sıfatıyla katılan Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri’nin, Birleşmiş Milletler Fikir ve İfade Özgürlüğü Özel Raportörü’nün ve diğer kuruluşların<sup>14</sup> sunduğu görüşler doğrultusunda vermiştir.

Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan başvurusunda AİHM, AİHS m. 5’in yanında m. 6 ve 11’in de ihlaline karar vermiştir. AİHM’e göre tutuklama ve mahkûmiyet tedbirleri, bu tedbirlerin alınma amacı ile hiçbir ilgisi olmayan yasal hükümlere dayanılarak uygulanmıştır<sup>15</sup>. Dolayısıyla AİHM, başvuranların barışçıl

11 “It follows that a detention measure that is not lawful, as long as it constitutes interference with one of the freedoms guaranteed by the Convention, cannot be regarded in principle as a restriction of that freedom prescribed by national law.” AİHM, Sabuncu / Türkiye, Bn. 23199/17, 10.11.2020, p. 230.

Aynı yönde AİHM, Steel ve Diğerleri / Birleşik Krallık, Bn. 24838/94, 23.09.1998, p. 94.

12 AİHM, Ilıcak / Türkiye, Bn. 1210/17, 14.12.2021, p. 201. AİHM, Şık / Türkiye, Bn. 36493/17, 24.11.2020, p. 188. AİHM, Sabuncu / Türkiye, Bn. 23199/17, 10.11.2020, p. 230.

13 AİHM, Ilıcak / Türkiye, Bn. 1210/17, 14.12.2021, p. 201.

14 Avrupa Gazeteciler Derneği, Gazetecileri Koruma Komitesi, Avrupa Basın ve Medya Özgürlüğü Merkezi, Avrupa Gazeteciler Federasyonu, İnsan Hakları İzleme Örgütü, Sansür Endeksi, Uluslararası Gazeteciler Federasyonu, Uluslararası Basın Enstitüsü, Uluslararası Kıdemli Avukatlar Projesi, Medya Savunma, Uluslararası PEN ve Sınır Tanımayan Gazeteciler

15 “Thus, the measures in question were imposed relying on legal provisions which had no connection with the intended purpose of those measures. The Court cannot but agree with the applicants that the interference with their freedom of peaceful assembly on such a legal basis could only be characterised as arbitrary and unlawful.” AİHM, Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan, p. 98.



toplanma özgürlüklerine müdahalenin de keyfi olduğuna, iç hukukta bir dayanağının olmadığına, AİHS m. 11'in ihlal edildiğine karar vermiştir.

### **Ayrıksı Bir Uygulama: Müdahalenin Uluslararası Hukuktaki Yasal Dayanağı**

Özgürlüklere müdahalenin *iç hukukta* mutlaka bir dayanağı olmalıdır<sup>16</sup>. Ancak bunun yanında, *iç hukukta yürürlükte olmayan* ve fakat uygar uluslar tarafından tanınan, hukukun genel ilkesi mahiyetindeki *uluslararası hukuk kurallarının, son derece istisnai de olsa*, AİHS m. 7/2 kapsamında yasal dayanak şartını karşıladığına dair AİHM Büyük Daire içtihadına rastlanmıştır<sup>17</sup>. Büyük Daire'ye göre, iç hukukta yürürlükte olmayan ve fakat uygar uluslar tarafından tanınan hukukun genel ilkesi mahiyetindeki uluslararası hukuk kuralları vardır ve bu kurallar, bazı hallerde yasal dayanak ölçütünü karşılamaktadır. İlgili kararlarında AİHM, m. 7/2'nin kanunilik kuralına *genel ve geniş yorumlanacak bir istisna* getirmediğini, bu fıkıyla II. Dünya Savaşı sonrasında yürütülen soruşturmaların geçerliliğinin korumasının amaçlandığını vurgulamaktadır. Sözleşme m. 7'nin birinci ve ikinci fıkraları birbirleriyle bağlantılıdır; özgürlüklere yönelik müdahale Sözleşme m. 7/1 kapsamında gerekçelendirilemediğinde, m. 7/2 kapsamında da gerekçelendirilemeyecektir. Vasiliauskas/Litvanya kararında AİHM'e göre, ilgili tarihte yürürlükte olmayan *ulusal* bir yasa geçmişe etkili uygulanmıştır; *ulusal hukuk yönünden müdahale yasal değildir*<sup>18</sup>. İkinci bir adım olarak AİHM, şu sorunun cevabını aramıştır: İlgili tarihte Vasiliauskas'ın, eyleminin sonuçlarını düzenleyen *uluslararası* bir yasa var mıdır?<sup>19</sup> AİHM, Vasiliauskas'ın eyleminin,

16 “‘Prescribed by law’ requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law.” AİHM [BD], Gorzelik ve Diğerleri / Polonya, Bn. 44158/98, 17.02.2004, p. 64. AİHM [BD], Leyla Şahin / Türkiye, Bn. 44774/98, 10.10.2005, p. 84.

17 AİHM Büyük Dairesi, hak ihlalden doğan zararın son derece şiddetli olabileceği AİHS m. 7 kapsamında, *iç hukukta yürürlükte olmayan* uluslararası hukuk kuralları yönünden kanunilik prensibinin yorumunu titizlikle yapmıştır. Kanunsuz ceza olmaz kuralını düzenleyen AİHS'in 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre, işlendiği zaman *uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre* suç sayılan bir eylem veya ihmalden yargılanmak ve cezalandırılmak, hak ihlali doğurmaz. Bir başka ifadeyle AİHS m. 7/2'ye göre, işlendiği tarihte iç hukukta suç olarak düzenlenmemesine rağmen *uygar uluslarca tanınan genel hukuk ilkelerine göre* suç sayılan bir eyleme verilen ceza, cezaların kanuniliği kuralını ihlal etmez. AİHM ilgili fıkranın uygulanmasına yönelik içtihadını on yedi yargıçlı Büyük Daire (Grand Chamber) kararıyla inşa etmiştir. AİHM [BD], Kononov / Letonya, Bn. 36376/04, 17.05.2010. AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, Bn. No.35343/05, 20.10.2015.

18 AİHM [BD], Vasiliauskas/ Litvanya, p. 25, 33, 36, 38, 53, 165..

19 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 162.

icra edildiği tarihte açıkça uluslararası hukukta<sup>20</sup> suç kabul edildiğini<sup>21</sup> belirtmiştir<sup>22</sup>, müdahalenin yasal dayanağın bulunduğu karar vermiştir.

### **Yasal Dayanak Ölçütünün Kabul Edilebilirlik İncelemedeki Görünümü**

AİHM, yasal dayanak ölçütünü sadece esas hakkındaki incelemesinde değil kabul edilebilirlik incelemesinde de dikkate alabilmektedir. AİHM, esas hakkındaki incelemede *müdahalenin yasal dayanağını* ararken; kabul edilebilirlik incelemesinde, bazı hallerde, *hakkın yasal dayanağını* aramaktadır.

Başvuranın, ihlal edildiğini iddia ettiği hakkın yasal bir dayanağı yoksa; bir başka ifadeyle başvuran, ihlalini iddia ettiği hakkın sahibi değilse, AİHM başvuruyu konu bakımından (*ratione materiae*) bağdaşmazlıktan kabul edilemez bularak reddetmektedir. Bu husus yaşam hakkı, ifade özgürlüğü gibi negatif statü hakları için değil; *istisnai olarak* mülkiyet hakkı gibi -hukuki tasarruflar sonucu kazanılan- haklar için uygulama bulan bir yaklaşımdır. Mahkeme, yerleşik içtihatlarında, P1-1 kapsamında bir hak ihlalinin varlığını ileri sürebilmek için mevcut bir mülkiyet hakkının veya *en azından meşru beklentinin* bulunması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>23</sup>. AİHM, bir *hukuk normunun* yahut *yargı kararı gibi bir hukuki tasarrufun*<sup>24</sup> (*legal provision or legal act such as a judicial decision*) hakka yönelik meşru beklenti yaratabileceğini belirtmektedir. Bu beklenti, soyut bir umudun ötesinde somut gerekçelere dayanmalıdır. Somut gerekçenin dayanağı ise devlet organlarından (yasama, yürütme, yargı) vaki bir hukuki düzenleme veya yargı kararı gibi bir hukuki

20 Mahkeme, Soykırım Sözleşmesi'nin düzenlendiği 1948 tarihinde ve hatta bu tarihten önce Birleşmiş Milletler'in 1946 tarihli kararında, soykırım suçunun tanınmakta ve kınanmakta olduğunu belirtmiştir.

21 Mahkeme, Sovyetler Birliği'nin, Uluslararası Askerî Ceza Mahkemesi Şartı'nı kabul eden 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması'nın tarafı olduğunu (AİHM [BD], Kononov / Letonya, p. 116 ve 117) belirtmiştir. 11 Aralık 1946 tarihinde BM Genel Kurulu, 96 (I) No.lu Kararıyla soykırım suçunu kınamış, bu Kararda işaret edilen ilkeleri doğrulayan 1948 Soykırım Sözleşmesi, 9 Aralık 1948'de BM Genel Kurulu tarafından oy birliğiyle kabul edilmiş; Sovyetler Birliği, Soykırım Sözleşmesi'ni 16 Aralık 1949 tarihinde imzalamış, 12 Ocak 1951 tarihinde Sözleşme yürürlüğe girmiştir. Mahkeme ayrıca şu hususa dikkat çekmiştir: Uluslararası Adalet Divanı'nın 1951 tarihli Tavsiye Kararı'nda belirtildiği üzere, Soykırım Sözleşmesi'nin temelini oluşturan uyar uluslar tarafından tanınan ilkeler, herhangi bir akdi yükümlülüğün kaynaklanmasa dahi Devletler üzerinde bağlayıcıdır (AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 167).

22 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 168.

23 AİHM, Van der Mussel / Belçika, Bn. 8919/80, 23.11.1983, p. 23, 48.

24 "The Court considers that there is a difference between a mere hope of restitution, however understandable that hope may be, and a legitimate expectation, which must be of a natura more concrete than a mere hope and be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision." AİHM, Ernewein ve Diğerleri / Almanya, Bn. 14849/08, 12.05.2009, p. 2. Aynı yönde başka bir karar için bkz: AİHM [BD], Gratzinger ve Gratzingerova / Çek Cumhuriyeti, Bn. 39794/98, 10.07.2002, p. 73.

tasarruf olabilir. Ernewein / Almanya kararında<sup>25</sup>, başvuruyu halef-selef devlet bağlamında inceleyen AİHM'e göre selef devletin hak ihlallerinin halef devletçe tazmin edilmesi yönünde başvuranlar nezdindeki umut ile meşru beklenti arasında fark vardır. Meşru beklentinin, ulusal hukukta somut bir dayanağı olmalıdır. Başvuranların mülkiyet hakkı yahut meşru beklentisi bulunmadığından, başvuru, konu bakımından bağdaşmazlıktan reddedilmiştir.<sup>26</sup>

Esas hakkındaki denetimde AİHM, müdahalenin iç hukukta bir dayanağının olduğunu tespit ettiğinde, bir başka ifadeyle müdahalenin keyfi değil hukuki olduğu sonucuna ulaştığında, ilgili devlet kanun devleti olmanın gereğini yerine getirmiştir. Kanunilik denetiminin ikinci aşamasında AİHM, dayanak kabul ettiği yasanın kalitesini incelemektedir. Bu aşamada devletin, hukuk devletinden beklenen yasa kalitesini asgari ölçüde sağlaması beklenmektedir; yani müdahalenin iç hukuktaki dayanağının *ulaşılabilir* olması ve bu dayanaktan hareketle müdahalenin sonuçlarının *öngörülebilir* olması gerekmektedir.

## 2. YASA KALİTESİ (QUALITY OF THE LAW)

AİHM, bu aşamada şu ana sorunun cevabını arar: Müdahalenin iç hukuktaki dayanağı yeterince açık mıdır; yoksa bir belirsizlik ve kaygı atmosferi mi mevcuttur?

Bu ana sorunun cevabını ararken sorulması gereken alt sorular şunlardır: (1) Yasal dayanak *ulaşılabilir* midir? (2) İnsanlar eylemlerinin sonuçlarını ve/veya müdahaleyi, bu yasadan hareketle *öngörülebilir* mi?

AİHM'e göre, kanunilik ölçütünün sağlanması için müdahalenin iç hukukta yasal dayanağının bulunması yeterli değildir. Bu yasal dayanak *kaliteye* (*quality of the law*) de sahip olmalıdır. Kalitenin ölçüsü, onun *ulaşılabilir* (*accessible*) olması ve ulaşılabilir nitelikteki yasaya dayanan müdahalenin *-gerekirse uygun tavsiyelerle- öngörülebilir* (*-if need be, with appropriate advice- foreseeable*) olmasıdır. AİHM Büyük Daire'ye göre Sözleşme'de geçen yasa (*law*) kavramı, ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik başta üzere nitel gerekleri kapsayan<sup>27</sup> geniş bir kavramdır<sup>28</sup>.

25 AİHM, Ernewein ve Diğerleri / Almanya, Bn. 14849/08, 12.05.2009.

26 AİHM, Ernewein ve Diğerleri / Almanya, p. 3.

27 Aynı yönde başka kararlar için bkz. AİHM [BD], Kononov / Letonya, p. 185, 196; AİHM [BD], Del Rio Prada / İspanya, Bn. 42750/09, 21.10.2013, p. 91; AİHM, Korbely / Macaristan, Bn. 9174/02, 19.09.2008, p. 70.

28 Maestri/İtalya kararında AİHM, "kanunla öngörülmüş" ve "hukuka uygun" ifadelerinin, yasanın niteliğine atıfta bulunduğunu belirtmiştir. Yasa, ilgili kişiler için yeterince ulaşılabilir olmalı, hem de -gerekirse, uygun tavsiyelerle- bireyin davranışını düzenlemesine olanak sağlayacak yeterli açıklıkta-kesinlikte formüle edilmiş olmalıdır. AİHM [BD], Maestri/İtalya, Bn. 39748/98, 17.02.2004, p. 30. Aynı yönde AİHM kararları için bkz: AİHM, Larissis ve Diğerleri / Yunanistan, Bn. 23372/94, 24.02.1998, p. 40. AİHM, Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri / Moldova, Bn. 45701/99, 13.12.2001 p. 109. AİHM [BD], Vasiliasukas / Litvanya, p. 154.

Anılan geniş kavrama dair AİHM denetimini somut bir örnek üzerinden izah etmekte yarar vardır:

Vasiliauskas/Litvanya kararında, AİHM Büyük Daire, kanunilik denetimi kapsamında sırasıyla üç aşamalı bir inceleme yapmıştır: (1) Başvuranın mahkumiyetinin yasal bir dayanağı var mıdır; (2) yasal dayanak niteliğindeki uluslararası hukuk belgeleri, başvuran için *makul ölçüde ulaşılabilir* midir<sup>29</sup>; (3) ulaşılabilir yasal dayanaktan hareketle başvuranın eyleminin sonuçları *makul ölçüde öngörülebilir* midir?<sup>30</sup>

(1) Başvuruya konu olayda Vasiliauskas, 1953'te görev aldığı operasyonda iki Litvanyalı partizanı öldürmüş<sup>31</sup>; 1992'de yürürlüğe giren ulusal yasada düzenlenen soykırım suçu kapsamında suçlanarak 2004'te mahkûm olmuştur<sup>32</sup>. AİHM'e göre, ilgili tarihte yürürlükte olmayan *ulusal* yasa geçmişe etkili uygulandığından müdahale ulusal hukukta dayanaksızdır<sup>33</sup>; ancak Vasiliauskas'ın, eyleminin sonuçlarını düzenleyen *uluslararası* bir hukuk kuralı vardır<sup>34</sup>. AİHM, 1948 BM Soykırım Sözleşmesi'yle soykırım suçunun düzenlendiğine işaret ederek *yasal dayanağı tespit etmiştir*<sup>35</sup>.

(2) Karar metninin “(i) *Ulaşılabilirlik*” alt başlığı içinde AİHM, öldürme eylemlerinin icra edildiği tarihte soykırımın *açıkça* uluslararası hukukta suç kabul edildiğini, soykırımı yasaklayan uluslararası hukuk belgelerinin, başvuran için makul ölçüde *ulaşılabilir olduğunu tespit etmiştir*<sup>36</sup>.

(3) Ardından “(ii) *Öngörülebilirlik*” alt başlığı içinde AİHM şunu araştırmıştır: Başvuranın siyasi bir gruba yönelen eylemleri sebebiyle soykırımdan mahkûmiyeti, ilgili tarihte başvuran için öngörülebilir midir? Bir başka ifadeyle başvuran, Litvanyalı partizanları öldürmesinin soykırım suçu oluşturacağını -belki bir avukat yardımıyla- makul ölçüde öngörebilir miydi? Bu noktada AİHM, BM Soykırım Sözleşmesi'nin ilgili maddesinin kapsamını ortaya koymuştur. Soykırım suçunun

29 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 168.

30 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 162.

31 AİHM [BD], Vasiliauskas/ Litvanya, p. 25.

32 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 33, 36, 38, 53, 165.

33 AİHM [BD], Vasiliauskas/ Litvanya, p. 25, 33, 36, 38, 53, 165.

34 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 162.

35 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 168.

36 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 167-168.

1953 yılındaki tanımını araştıran<sup>37</sup> Mahkeme, 1948 Soykırım Sözleşmesi ile sadece ulusal, etnik, ırksal ve dinî olmak üzere dört grubun korunduğunu, sosyal ve siyasi grupların korunmadığını, dolayısıyla siyasi bir grup olan Litvanyalı partizanlara yönelik soykırımdan mahkûmiyetin başvuran için öngörülemez olduğunu<sup>38</sup> tespit etmiştir<sup>39</sup>. Mahkeme, başvuranın soykırımdan mahkûmiyetinin, söz konusu tarihte uluslararası hukukta tanımlanan suçun unsurları ile uyumlu/tutarlı olmadığına; siyasi bir gruba yönelik eylemler sebebiyle soykırımdan mahkûmiyetin, başvuran için makul ölçüde *öngörülebilir* olmadığına karar vermiştir<sup>40</sup>. Özetle Büyük Daire ihlal kararını öngörülebilirlik ölçütünden hareketle vererek, mahkûmiyeti AİHS m. 7'ye aykırı bulmuştur<sup>41</sup>.

37 Mahkeme, soykırım suçunu düzenleyen pozitif hukuk normlarını tespit ettikten sonra şunu sorgulamıştır: 1953 yılında, uluslararası teamül hukuku, soykırım suçu kapsamına siyasi grupları da dâhil etmiş midir? Dâhil etmesi hâlinde başvuranın soykırımdan mahkûmiyet yasal dayanağa kavuşabilir (AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 171). Bu noktada Mahkeme, soykırım tanımına siyasi grupları da dâhil eden görüşlere rağmen, 1948 Sözleşmesi'nde soykırımın tanımının dar kapsamda kaldığına ve sonraki tüm uluslararası hukuk belgelerinde de bu dar kapsamlı tanımın benimsendiğine dikkat çekerek; 1953 yılında uluslararası teamül hukukunda, "siyasi grup"ların soykırım kapsamına dâhil edildiğini ortaya koyan yeterli ölçüde güçlü bir dayanağın bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 175.

Mahkeme, soykırım suçunun kapsamının, uluslararası teamül hukukunda, sözleşme tanımından daha geniş olup olmadığına ilişkin farklı görüşlerin olduğunu belirtmiştir (p. 173). "Soykırım" teriminin isim babası Raphael Lemkin, 1944 tarihli kitabında (LEMKİN, R.: *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Washington 1944, p. 91.) geniş bir tanım ortaya koymuş; ulusal grubun siyasi kurumlarını, kültürlerini ve geçim kaynaklarını yok etmek suretiyle grubu yok etmeyi amaçlayan eylemleri de soykırım kapsamında değerlendirmiştir. 1946 tarihinde BM Genel Kurulu, 96 (1) No.lu Kararı ile "ırksal, dini, siyasi ve diğer gruplar"ı korumak üzere bir Soykırım Sözleşmesi hazırlanması çağrısında bulunmuştur. Bazı yazarlar bu Karar'ın soykırım suçu üzerinde teamüli bir *jus cogens* etkisi yarattığı görüşündeyken (Örneğin, SCHAACK, B. Van: "The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot", *Yale Law Journal*, Vol. 106, No. 7, May, 1997, p. 2262) bazı yazarlar bu görüşe mesafelidir (Örneğin, SCHABAS, S. A.: *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 1st Edition, 2000, p. 134). Mahkeme, 1953 yılında uluslararası teamül hukukunda siyasi grupların da soykırım suçu kapsamında korunduğunu gösteren bazı argümanlara ulaşmış; ancak, ilgili dönemde karşı görüşlerin de aynı derecede güçlü olduğunu vurgulamıştır.

38 Mahkeme'ye göre, devletler, soykırım suçunu, 1948 Soykırım Sözleşmesi'nde tanımlanandan daha geniş kapsamda düzenleme yetkisine sahiptir; ancak bu yetki, sonraki tarihli geniş düzenlemeleri geçmişe etkili uygulayarak mahkûmiyet kararları verilmesine imkân vermez. Aynı yönde başka kararlar için bkz. AİHM [BD], Scoppola / İtalya (no. 2), Bn. 10249/03, 17.09.2009, p. 93; AİHM [BD], Maktouf ve Damjanović / Bosna Hersek, Bn. 2312/08, 34179/08, 18.07.2013, p. 66.

39 Mahkeme, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında (*travaux préparatoires*) da korunan gruplar listesine siyasi ve sosyal grupların dâhil edilmemesi yönündeki apaçık yönelime dikkat çekmiştir. Soykırım suçuna atıfta bulunan sonraki tarihli uluslararası hukuk belgelerinde de –1968 Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmayacağına dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 1993 ICTY Statüsü (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü), 1994 ICTR Statüsü (Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü), 1998 ICC Statüsü (Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü)–soykırım suçunun aynı veya özdeş ifadelerle düzenlendiğini; soykırım suçunun, siyasi gruplar dışarda bırakılarak, ulusal, etnik, ırksal ve dinî grupları yok etme eylemlerine özgülenecek şekilde tanımlandığını belirtmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bazı devletlerin iç hukuklarında yaptıkları değişikliklerle siyasi grupları soykırım suçu kapsamına dâhil etmesi, 1948 Sözleşmesi metninin bu içerikte olmadığı gerçeğini değiştirmez. AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 170

40 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 185

41 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 181

Vasiliauskas kararından şu sonuç çıkmaktadır: özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik devlet müdahalesi kanunidir ancak hukuki değildir. Litvanya, kanun devletinin biçimsel meşruiyetini yerine getirmiş ancak hukuk devletinin hukuki meşruiyetini yerine getirememiştir.

Öngörülebilirlik, hukuk devletinin kurucu unsurlarından hukuki güvenliği sağlamayı amaçlamaktadır. Kişileri belirsizlik ve kaygı atmosferinden koruyan bu ilke, yasaların belirli ölçütleri taşımasını gerektirir. AIHM kararları incelendiğinde, yasa kalitesine dair şu hususların tartışıldığı görülmektedir: Yasaların yeterli kesinlikte formüle edilmesi, yasayla tanınan takdir yetkisinin kullanımı, yasaların yargı kararlarıyla yorumlanması, gizli gözetim ve iletişimin dinlenmesi gibi uygulamaların yasal dayanaklarında bulunması gereken unsurlar. Alt başlıklarda anılan unsurların içtihadı anlamı incelenecek; öncesinde ise yasa kalitesinin teorik bir çerçevesi çizilecektir.

### **Teorik Çerçeve**

Yasa kalitesi, hukuk devletlerinin kurucu unsurlarındandır. Hukuk devletinde devlet, kişilere birbirine bağlı iki yarar sağlar: Keyfi olmayan yönetim ve hukuki güvenlik. Anılan iki güvence, hayat planlarını kendi uygun gördüğü şekilde gerçekleştirmek için kişilere, keyfi devlet müdahalesinden korunmuş<sup>42</sup> güvenli ve öngörülebilir<sup>43</sup> alanlar sağlar.

Hukuk devleti, hukuki güvenlik sağlayarak kişileri belirsizlik/kaygı atmosferinden korumakta; bu doğrultuda hukuk devletinde yasalar, Lon Fuller'ın "hukukun iç ahlakı" olarak belirttiği unsurları taşımaktadır: Belirliyet-anlaşılabilirlik, etkinlik, etkililik, istikrar, tutarlılık, uygulanabilirlik, aleniyet-ulaşılabilirlik<sup>44</sup>.

Parlamento çoğunluğu yahut tali düzenleyici iktidar olarak yürütme erki kural koyarken, toplumsal yaşamın öngörülebilirliğini, anlaşılabilirliğini ve tutarlılığını göz

42 Mustafa Erdoğan, *Özgürlük Hukuk ve Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018, s. 28.

43 Gündüz Alp Aslan, *Türk Anayasa Hukukunda Kanunlaştırma Süreci*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 171, 232.

44 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969, s. 33-38.

Yasa kalitesine dair çalışmalar için bkz.

Florijn, yasa kalitesi öğeleri arasında etkililik, verimlilik, basitlik, açıklık, erişilebilirlik, uygulanabilirlik, uygun enstrümanı kullanmak, maliyet ve faydaları dengelemek unsurlarını saymaktadır. Nico Alexander Florijn, "Quality in Legislation: A Law and Development Project", *Lawmaking for Development; Explorations into the Theory and Practice of International Legislative Projects*, (J. Arnscheidt, B. van Rooij, J.M. Otto), Leiden University Press, January 2008, s.75 - 89.

Mader, yasa kalitesi öğeleri arasında; anlaşılabilirlik, uygulanabilirlik, istikrar, adalet, etkililik ve verimlilik unsurlarını saymaktadır. Luzius Mader, "Legislative Procedure and the Quality of Legislation", *Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law*, (U. Karpen, P. Delnoy), Nomos, Berlin, 1996.

önünde tutmalıdır; aksi takdirde, norm yoluyla kaos yaratma hukuka olan saygı ve güveni yok eder<sup>45</sup>.

Türkiye uygulamasında, 1961 Anayasası itibarıyla *hukukilik* incelemesi yapan Anayasa Mahkemesi, yasa kalitesi olgusunu hukuk devleti içinde ele almakta; 2010 itibarıyla bireysel başvuru yolunun açılmasıyla AİHM'in yasa kalitesine ilişkin ortaya koyduğu ölçütleri doğrudan uygulamaktadır<sup>46</sup>.

Devletlerden ve hukuk sistemlerinden bağımsız olarak, yasa yapma süreçlerine katılan kişilerin amacı, amaca ulaşacak nitelikte mevzuat üretmek olmalıdır. Yasa yapma ve ardından uygulama faaliyetleri üzerinde olumlu etkiye sahip unsurlar; mevzuatın, amaçlanan sonuçlara ulaşmada kesin ve etkili, bunun yanında açık ve anlaşılır oluşudur. Bunlar, yasa kalitesinin, öz ve biçime dair iki uzvu olarak düşünülebilir<sup>47</sup>.

Birinci uzuv, yasanın özünü ilgilidir: Yasanın ön hazırlığının titizlikle yapılması (yasa gerekliliğinin, orantılılığının ve teklifin olası etkilerinin ayrıntılı analizi); istenen politikayı doğru uygulayarak sorunu çözmek ve amaca ulaşmakta yasanın sözünün etkili, kesin, yeterli, belirli, öngörülebilir olması; sistemle uyumlu (anayasaya, hukuk sistemine, normlar hiyerarşisine uygunluk), mevcut hükümet politikalarına uygun, katılımcı<sup>48</sup>, etkin, pratik, şeffaf ve hesap verilebilir olmasıdır. İkinci uzuv, yasanın anlaşılabilirliğiyle ilgilidir: Yasadan etkilenecek (uygulayan ve uygulanan) kişilerin, yasanın amaçlarını ve etkilerini kolayca, açıkça anlayabileceği bir dil kullanılması; yasaya uymakla-uygulamakla yükümlü olanların erişimine açık olacak yayın ve dağıtımın yapılmasıdır<sup>49</sup>.

Kişilerin, kendilerinden beklenen davranışları ve sonuçlarını (gerekirse tavsiye alarak) anlayabilmesi için yasaların anlaşılabilir ve erişilebilir olması; aynı zamanda esnek ve uyarlanabilir yasalarla toplumun doğasında var olan dinamizme ve sürekli değişime uyum sağlanması önemlidir<sup>50</sup>. Yasaların soyutluğu ve genelliği ilkeleri, değişim karşısında esneklik sağlamanın yanı sıra; yasaların önceden tespit edilmiş kişileri hedef almaksızın herkes için uygulanabilen karakteri, kişi güvenliği de sağlanacaktır<sup>51</sup>.

45 Müslüm Akıncı, "Normatif Düzen Kalitesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3 S.1, 2012, s. 187.

46 Anayasa Mahkemesi, öngörülebilirlik ve belirlilik ölçütlerine 2002 itibarıyla daha sık yer vermeye başlamıştır. Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 417.

47 Varen Vanterpool, "A Critical Look at Achieving Quality in Legislation", *European Journal of Law Reform*, C. 9, S. 2, 2007, s. 170.

48 Vatandaşların yasa yapma sürecine aktif katılımı "Yasal Kalite Reytingi" (the quality rating of laws) için bkz. Akıncı, "Normatif Düzen...", s.210-211.

49 Vanterpool, "A Critical Look...", s. 202.

50 Ulrich Karpen, "Good Governance Through Transparent Application of the Rule of Law", *European Journal of Law Reform*, C. 11, S. 2, 2009, s. 216-217.

51 Erdoğan Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 34-35.

Diğer yandan etkinlik, etkililik ve verimlilik yasa kalitesinin üç önemli kriteridir: Yasanın, yasa koyucuyu amacına ulaştırması *etkinliği*<sup>52</sup>, mümkün olduğu kadar çok muhatap tarafından uygulanması ve uyulması *etkililiği*, amaçlanan sonuca daha ucuza ulaştırması *verimliliği* sağlayacaktır<sup>53</sup>. Yasanın icra süreci izlenerek, analiz edilerek, etkinliği ve verimliliği arttıran uygulamalar, yasa kalitesine içkindir<sup>54</sup>.

### **Yasal Dayanak Yeterli Kesinlikte Formüle Edilmelidir**

AİHM içtihadına göre, hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin yasal dayanakları *yeterli kesinlikte* formüle edilmiş olmalıdır. Kişiler, gerekirse uygun bir tavsiyeyle, eylemin yol açabileceği sonuçları makul ölçüde öngörebilmelidir.

Müdahalenin dayandığı yasa, karmaşık ya da belirli oranda muğlak olabilir. Emir ve yasakların anlaşılabilirliği, eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi için profesyonel hukuki yardıma ihtiyaç duyulabilir. Keza Vasiliauskas kararında da Büyük Daire, bir avukat yardımıyla eylemin sonuçlarının öngörülebilirliğine yönelik inceleme yapmıştır<sup>55</sup>.

Müdahalelerin mutlak kesinlikle öngörülebilmesi gerekmez, uygulama bunun imkânsız olduğunu göstermektedir. Kesinlik son derece arzu edilse de beraberinde aşırı katılık getirebilir. Oysa yasa, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Birçok yasada kaçınılmaz olarak az ya da çok belirsiz ifadeler yer alır ve bunların yorumlanması bir uygulama meselesidir<sup>56</sup>.

AİHM Büyük Daire, Maestri/İtalya başvurusunda da yasadaki ifadelerin belirsizliğini ve takdir yetkisinin genişliğini değerlendirmiştir. Bir yargıç olan başvuran, Mason locasına üyeliği sebebiyle disiplin cezası almıştır. Başvurana göre

52 Maria Mousmouti, “Operationalising Quality of Legislation Through the Effectiveness Test”, *Legisprudence*, C. 6, S. 2, 2012, s. 200-204.

53 Ulrich Karpen, “Comparative law: Perspectives of Legislation”, *Legisprudence*, C. 2, S. 2, 2012, s. 173-182.

54 Helen Xanthaki, “Standards for Legislation in Civil and Common Law Countries: Features, Practices, Common ground”, *Legislative Quality Workshop*, Cape Town South Africa, 2013.

55 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, p. 181.

56 Bütün bir paragraf: “*In the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression “prescribed by law”. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.*” AİHM, The Sunday Times / Birleşik Krallık, Bn. 6538/74, 26.04.1979, p. 49.



İtalya'da yargıçların Mason locasına üyeliğini açıkça yasaklayan bir yasa yoktur<sup>57</sup>; Mason locasına üyeliğin cezai sonuçları öngörülemezdir<sup>58</sup>; AİHS m. 11'de korunan örgütlenme özgürlüğü ihlal edilmiştir.

Temel hakları ilgilendiren konularda, yürütmeye tanınan takdir yetkisinin sınırsızlığı, demokratik toplumun temel ilkelerinden olan hukukun üstünlüğünü zedeler. Yasa, takdir yetkisinin kapsamını ve kullanım şeklini yeterli açıklıkla belirtmeli, böylece özgürlüklere keyfi müdahalelere karşı koruma sağlamalıdır. Ulusal mevzuatın gerektirdiği kesinlik düzeyi (hiçbir durumda her olasılığı sağlayamaz), büyük ölçüde söz konusu belgenin içeriğine, kapsadığı alana, hitap ettiği kişilerin sayısına ve statüsüne bağlıdır<sup>59</sup>.

Maestri/İtalya kararında da AİHM Büyük Daire, yaptığı incelemede, başvuruya konu müdahalenin *iç hukukta bir dayanağı olduğunu* kabul etmiş ve ardından yasanın kalitesini denetlemiştir<sup>60</sup>. *Ulaşılabilirlikle ilgili olarak* Mahkeme, verilen disiplin cezasının yasal dayanağı olan 1946 tarihli kararnamenin, ayrıca mesleği nedeniyle başvuran için kolayca ulaşılabilir olduğunu gözlemiştir<sup>61</sup>. *Öngörülebilirlikle ilgili olarak* ise Mahkeme, ulusal mevzuatın, bir yargıcın Mason locasına katılmaktan kaçınmasını yeterli kesinlikle ortaya koyup koymadığını incelemiştir<sup>62</sup>. Büyük Daire'ye göre, yasada tanınan takdir yetkisinin kapsamı ve uygulanışı yeterince açık değildir. Yönergenin lafzı, hukuk konusunda bilgili olan başvuranın, Mason locasına üyeliğinin kendisine yaptırım uygulanmasına yol açabileceğini anlamasına yetecek açıklıkta değildir. AİHM, öngörülebilirlik koşulunun karşılanmadığı sonucuna varmış<sup>63</sup>, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>64</sup>.

Anılan Maestri/İtalya kararında AİHM, yasanın kapsamı ve uygulanışının yeterince açık olmamasından hareketle ihlal kararı vermiştir; ancak AİHM'in benzer kararları incelendiğinde, öngörülebilirliğe dair içtihatı tutumunun esnek olduğu görülmektedir.

57 İtalyan Anayasası'nın gizli ve askeri örgütler aracılığıyla siyasi amaçlar güden dernekleri yasakladığını, Masonluğun gizli ve paramiliter bir örgüt olmadığını, tamamen kültürel insani ve hayırsever amaçlar güttüğünü ileri sürmüştür.

58 AİHM [BD], Maestri/İtalya, Bn. 39748/98, 17.02.2004, p. 28.

59 AİHM Büyük Daire Kararları: *"The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed."* AİHM [BD], Rekvényi / Macaristan, Bn. 25390/94, 20.05.1999, p. 34. AİHM [BD], Hashman ve Harrup / Birleşik Krallık, Bn. 25594/94, 25.11.1999, p. 31. AİHM [BD], Maestri/İtalya, Bn. 39748/98, 17.02.2004, p. 30.

60 AİHM [BD], Maestri/İtalya, Bn. 39748/98, 17.02.2004, p. 31-32.

61 AİHM'e göre 18. madde ve Ulusal Yargı Konseyi tarafından kabul edilen ilk yönerge başlı başına ulaşılabilirlik koşulunu yerine getiren hükümlerdir. AİHM [BD], Maestri/İtalya, Bn. 39748/98, 17.02.2004, p. 33.

62 AİHM [BD], Maestri/İtalya, p. 34.

63 AİHM [BD], Maestri/İtalya, p. 30.

64 AİHM [BD], Maestri/İtalya, p. 40-42.

AİHM Büyük Dairenin, açıklık ve öngörülebilirlik şartına ilişkin 1988 yılından bugüne tekrarlanan ve gelişen içtihadına göre, yasanın lafzı yoruma açık olabilir<sup>65</sup>. Yasa, genel ve soyut bir düzenleme yaparak, uygulayıcıya geniş takdir alanı bırakabilir. Bazı durumlarda yasanın uygulanabileceği koşullar o kadar değişkendir ki, her olasılığı kapsayan bir yasa formüle etmek imkansızdır<sup>66</sup>.

Yasaların lafzının genişliği, yasaların soyutluğu ve genelliği ilkesinin mantıksal bir sonucudur. Aşırı katılıktan kaçınma ve değişen koşullara ayak uydurma ihtiyacı da yasanın kaçınılmaz olarak, az ya da çok muğlak terimlerle ifade edilmesini gerektirir. Bu tür yasaların yorumu ve işlevi *uygulamayla şekillenir*<sup>67</sup>.

Olsson / İsveç başvurusunda AİHM, yasayla öngörülen *takdir alanını* yine öngörülebilirlik bağlamında incelemiştir. Başvuruya konu olay, çocukların devlet bakımına alınması çerçevesinde ortaya çıkan ihlal iddiaları hakkındadır. Başvuranlar, sosyal hizmet yetkililerine tanınan takdir yetkisinden doğan sonuçların öngörülemez ölçüde muğlak olduğunu ileri sürmüştür. AİHM, ilgili yasada genel ifadeler kullandığını kabul etmekle beraber; başvuruya konu olay ile yasayı bütün olarak yorumlamıştır. Çocuğun devlet bakımına alınmasını gerektiren durumlar o kadar değişkendir ki, yasa her türlü olasılığı kapsayacak kesinlikte formüle edilemez. Ayrıca kamu görevlilerinin yetkilerini çocuğun sadece fiilen zarar gördüğü durumlarla sınırlamak, çocuğun ihtiyaç duyduğu korumanın etkinliğini istenmeyen ölçüde kısıtlayabilir.

Şunu vurgulamak gerekir: AİHM'e göre *keyfliğe karşı yasal korumanın etkinliği* önemlidir<sup>68</sup>. Olsson / İsveç kararında AİHM, takdir yetkisinin keyfi kullanılmasına karşı sağlanan güvencelere dikkat çekmiştir. İsveç'te bu güvenceler<sup>69</sup>, hemen hemen tüm yasal yetkilerin çeşitli düzeylerde ulusal mahkemelere veya bu mahkemelerin denetimine verilmesiyle sağlanmıştır. Bu güvenceler de dikkate alındığında, yasal takdir alanının kapsamı makul ve kabul edilebilir görünmektedir.

65 “as the mere fact that a legal provision is capable of more than one construction does not mean that it does not meet the requirement implied in the notion “prescribed by law”.” AİHM [BD], Vogt / Almanya, Bn. 17851/91, 26.09.1995, p. 48.

66 AİHM [BD], Olsson / İsveç, Bn. 10465/83, 24.03.1988.

67 “it is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague. The interpretation and application of such enactments depend on practice” AİHM [BD], Gorzelik ve Diğerleri / Polonya, Bn. 44158/98, 17.02.2004, p. 64.  
Aynı yönde Büyük Daire kararları için bkz. AİHM [BD], Rekvényi / Macaristan, Bn. 25390/94, p. 34. AİHM [BD], Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye, Bn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13.02.2003, p. 57.

68 “The other factors affecting the quality of legal regulation and the adequacy of the legal protection against arbitrariness should be identified and examined.” Pişkin / Türkiye, Bn. 33399/18, 15.12.2020, p. 207.

Aynı yönde: AİHM, Oleksandr Volkov / Ukrayna, Bn. 21722/11, 09.01.2013, p. 178.

69 Güvenceler, bir çocuğun devlet bakımına alınması, bakımın sonlandırılması ve bakım kararlarının uygulanması gibi yetkiler için geçerlidir.

Böylece AİHM, geniş takdir yetkisine dayanan müdahalenin “yasayla öngörüldüğü” sonucuna varmıştır<sup>70</sup>.

Öyleyse AİHM'e göre yasanın takdir alanı tanınması, başlı başına bir öngörülemezlik yaratmaz. Takdir yetkisinin \*kapsamının yeterince açık düzenlenmesi, \*meşru amaç da göz önüne alınarak belirlenmesi, \*takdir alanının keyfi kullanımına karşı yeterli güvencelerin sağlanması, takdir yetkisinden doğan müdahaleleri öngörülebilir kılar<sup>71</sup>.

Ayrıca, bir yasa ne kadar açık kaleme alınmış olursa olsun, uygulanmasının kaçınılmaz bir *yargısal yorum unsuru* içerdiği de akılda tutulmalıdır, şüpheli noktaların açığa kavuşturulması ve koşullara uyarlanması ihtiyacı yargı yorumuyla sağlanır. Yasanın birden fazla yorumunun olması, şüphe payı yahut muğlaklık, bir yasal hükmün uygulanmasını tek başına öngörülemez hale getirmez<sup>72</sup>.

### **Yasal Dayanağın Yorumlanması ve Uygulanmasında Yargı Organının İşlevi**

Yasayı tutarlı biçimde yorumlamak ve yorum şüphelerini ortadan kaldırmak, yargı organlarının işlevidir<sup>73</sup>. Yasaların öngörülebilirliğini sağlamadaki yorumlayıcı rolleri dikkate alındığında, mahkemeler, keyfi müdahaleye karşı yasal koruma sağlamanın güvencesidir<sup>74</sup>.

Mahkemelerin yargısal yorum rolü, Müller ve Diğerleri / İsviçre kararında açıklığa kavuşturulmuştur. Başvuruya konu olayda Müller'in tablolarına “müstehcen” olduğu gerekçesiyle el konulmuş, başvuranlar suçlu bulunmuşlardır. Başvuranlara göre, İsviçre Ceza Kanunu'nun 204/1. maddesinde geçen “müstehcen” ifadesi, bireyin davranışını düzenlemesine izin vermeyecek kadar belirsizdir; sanatçı ve sergiyi düzenleyenlerin suçluluğu öngörülemezdir. AİHM, özellikle toplumun hâkim görüşlerine göre durumun değiştiği alanlarda, yasaların mutlak bir kesinlikte formüle edilmesinin imkansızlığını belirtmiştir. Aşırı katılıktan kaçınma ve değişen koşullara uyarlanma ihtiyacı, birçok yasanın kaçınılmaz olarak, “az ya da çok” muğlak terimlerle ifade edilmesini gerektirmektedir. Müstehcenlikle ilgili cezai hükümler bu kategoriye girer. Mevcut olayda, ulusal mahkemenin müstehcen yayınlar konusunda bir dizi *tutarlı kararı* vardır. Yayınlandığı için ulaşılabilir olan ve alt derece mahkemelerince

70 AİHM [BD], Olsson / İsveç, Bn. 10465/83, 24.03.1988, p. 62-63.

71 AİHM, Sabuncu / Türkiye, Bn. 23199/17, 10.11.2020, p. 229.

72 AİHM [BD], Gorzelik ve Diğerleri / Polonya, Bn. 44158/98, 17.02.2004, p. 65.

73 “It is precisely for the judicial bodies to construe the exact meaning of general provisions of law in a consistent manner and dissipate any interpretational doubts.” AİHM, Pişkin / Türkiye, Bn. 33399/18, 15.12.2020, p. 208.

74 AİHM, Pişkin / Türkiye, Bn. 33399/18, 15.12.2020, p. 209.

takip edilen bu kararlar, Ceza Kanunu'nun 204/1 maddesinin lafzına ek niteliğindedir. Bu nedenle, başvuruların mahkûmiyeti, yasayla öngörülmüştür<sup>75</sup>.

Şu husustan da bahsetmek gerekir: Müdahalenin ilgili mevzuat kapsamında *türünün ilk örneği olması* ve konuyla ilgili ulusal mahkemelerin geliştirmiş olduğu bir içtihadın/yorumun bulunmaması, (örneğin ulusal mahkemenin Avrupa Birliği Adalet Divanından ilgili Avrupa kanununun yorumlanması konusunda rehberlik talep etmesi), mevzuatın ulusal mahkemelerce yorumunu ve uygulamasını tek başına keyfi veya öngörülemez kılmamaktadır<sup>76</sup>.

Diğer yandan müdahalenin dayandığı yasanın, lafzı ve ruhunun *yeterince açık olduğu* hallerde, ulusal makamlar tarafından yorumunun ve uygulamasının *açıkça gayri makul olması* da öngörülemezlik yaratmaktadır. Bu husus, AİHM kararlarında açıkça kavuşmuştur.

Altay/Türkiye başvurusunda başvuran, hapisanedeki tutuklu ya da hükümlülere, dergi kitap ve benzeri yayınların gönderilmesini yasaklayan yasal bir düzenleme olmadığını belirtmiştir. Olayda bu yayınları, başvurana avukatı göndermiş, ancak -yayınların savunma hakkına ilişkin olmadığı gerekçesiyle- başvuranın avukatı ile görüşmesine kısıtlama getirilmiştir. Ulusal mahkemeler, müdahalenin yasal dayanağı olarak 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesine işaret etmiştir. AİHM ilgili yasanın avukat-müvekkil iletişiminin gizliliğini sınırlayan bir liste içeren *açık bir hüküm* olduğunu gözlemlemiştir. AİHM, 5257 sayılı Kanun'un 59. maddesinde düzenlenen avukat ile görüşme hakkının ancak terör örgütünü içeriden yönetme, suç işleme veya hapisane güvenliğini tehlikeye atma gibi çok ciddi sebeplerin varlığında sınırlandırılabilceğini belirtmiştir. Davanın koşullarını göz önünde bulunduran AİHM, uygulanan yasanın lafzı ve ruhunun *yeterince açık olduğuna*; oysa ulusal makamlar tarafından yorumu ve uygulamasının *açıkça mantıksız, gayri makul olduğuna* dikkat çekmiştir. Buna göre ulusal mahkemelerin, yasayı yorumu ve uygulaması öngörülebilir değildir; Sözleşme ihlal edilmiştir<sup>77</sup>.

### **Gizli Gözetim ve İletişimin Dinlenmesi Gibi Uygulamalarda Öngörülebilirlik**

Gizli gözetim, iletişimin dinlenmesi gibi uygulamalar, öngörülebilirlik yönünden özel olarak incelenmelidir. Zira bu gibi uygulamalar, tabiatı gereği

75 AİHM, Müller ve Diğerleri / İsviçre, Bn. 10737/84, 24.05.1988, p. 29.

76 AİHM [BD], Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy / Finlandiya, Bn. 931/13, 27.06.2017, p. 150.

77 AİHM, Altay / Türkiye, Bn. 11236/09, 09.04.2019, p. 57-58.

öngörülemezdir. Keza milli güvenliği etkileyen alanlardaki kamu görevlilerine yönelik gizli kontrollerin özel bağlamındaki öngörülebilirlik gerekliliği, diğer pek çok alandakiyle aynı olamaz. Milli güvenliği korumak üzere devlet görevlileri tarafından yapılacak kontrollerin tam olarak öngörülebilirlik sağlaması beklenemez. Bununla birlikte, genel olarak vatandaşlara uygulanan bir sistemde, özel hayata ve haberleşme hakkına yapılan gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahalelere kamu yetkililerinin *hangi hallerde ve koşullarda* başvurabileceği, yasalarda yeterli açıklıkta ifade edilmelidir<sup>78</sup>.

Kruslin/Fransa başvurusunda AİHM<sup>79</sup>, polisin telefon dinlemesini düzenleyen Fransız yasalarına dayanan müdahalelerin öngörülebilirliğini değerlendirmiştir. AİHM'e göre, telefonların dinlenmesi ve benzeri müdahaleler, özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir tehdittir. Bu müdahalede kullanılacak teknolojiler devamlı daha karmaşık hale gelmektedir. Bu konudaki yasaların açık ve detaylı olması, kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin kullanılma biçimi ve kapsamının makul düzeyde belirtilmesi önemlidir<sup>80</sup>. AİHM'e göre mevcut başvuruda, ulusal sistem çeşitli olası suiistimallere karşı yeterli koruma sağlamamış, hangi hallerde telefonların dinlenebileceği, bu müdahaleye yol açabilecek suçların niteliği yasayla tanımlanmamıştır. Hâkimi, telefon dinleme süresine sınır koymaya mecbur eden koruyucu güvenceler yoktur. Benzer şekilde, konuşmaları kaydeden raporların hazırlanma prosedürü belirtilmemiştir. Keza sanığın sorgu hâkimi tarafından serbest bırakıldığı veya mahkeme tarafından beraat ettirildiği durumlarda, kayıtların silinmesi veya kasetlerin imha edilmesi hususları düzenlenmemiştir. Fransa hukuku, kamu makamlarına tanınan yetkinin kapsamını ve kullanım şeklini makul açıklıkla belirtmemektedir. Dolayısıyla başvuran, demokratik bir toplumda hukukun

---

78 "However, the requirement of foreseeability in the special context of secret controls of staff in sectors affecting national security cannot be the same as in many other fields. Thus, it cannot mean that an individual should be enabled to foresee precisely what checks will be made in his regard by the Swedish special police service in its efforts to protect national security. Nevertheless, in a system applicable to citizens generally, as under the Personnel Control Ordinance, the law has to be sufficiently clear in its terms to give them an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the public authorities are empowered to resort to this kind of secret and potentially dangerous interference with private life. In addition, where the implementation of the law consists of secret measures, not open to scrutiny by the individuals concerned or by the public at large, the law itself, as opposed to the accompanying administrative practice, must indicate the scope of any discretion conferred on the competent authority with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference." AİHM, Leander / İsveç, Bn. 9248/81, 26.03.1987, p. 51.

79 AİHM, Kruslin/Fransa, Bn. 11801/85, 24.04.1990.

80 "Tapping and other forms of interception of telephone conversations represent a serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a "law" that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated." AİHM, Kruslin/Fransa, Bn. 11801/85, 24.04.1990, p. 33.

üstünlüğünün asgari korumasından yararlanmamış, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.<sup>81</sup>

Büyük Dairenin içtihadını detaylarıyla ortaya koyduğu Rotaru/Romanya kararına<sup>82</sup> konu olayda başvuran, Romen İstihbarat Teşkilatı'nın (RIT), kendisi hakkında yanlış ve küçük düşürücü bilgiler içeren kişisel bir dosya tuttuğunu, bu müdahalenin dayandığı yasanın kendisi için ulaşılamaz ve sonuçlarının öngörülemez olduğunu, AİHS m. 8'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM yürütmenin yetkilerinin gizli kullanıldığı durumlarda keyfilik riskinin özellikle yüksek olduğuna dikkat çekmiştir. Olayda dayanılan 14/1992 sayılı ulusal yasa, milli güvenliği etkileyen bilgilerin toplanabileceğini, kaydedilebileceğini ve gizli dosyalarda arşivlenebileceğini düzenlemekte, ancak bu yetkilerin kullanılmasına herhangi bir sınır getirilmemektedir. Söz konusu yasada, (1) müdahalenin hangi şartlarda yapılabileceği, (2) izlenecek usul, (3) kaydedilecek bilgilerin türü, (4) gizli gözetim önlemlerinin uygulanacağı insan kategorileri, (5) ne kadar eski bilgilerin ne süreyle saklanacağı gibi konularda hiçbir düzenleme yapılmamış, sınır ve güvence getirilmemiştir. Yasada ilgili makamlara, milli güvenliğe yönelik tehditleri önleyecek müdahalelerde bulunma yetkisi verilmiş ancak müdahalelerin gerekçesi yeterli açıklıkta/kesinlikte belirtilmemiştir. Milli güvenliği korumak için tasarlanmış gizli gözetleme sistemi, demokrasiyi savunma gerekçesiyle baltalama ve hatta yok etme riski içerdiğinden, AİHM ayrıca kötüye kullanıma karşı yeterli ve etkili güvencelerin bulunduğu konusunda ikna olmalıdır. Gizli gözetleme sistemlerinin Sözleşme'nin 8. maddesiyle uyumlu olabilmesi için, müdahalelerin denetimi için yasal güvenceler getirilmelidir. Denetim prosedürleri, demokratik toplum değerlerine, hukukun üstünlüğüne sadakatle işletilmelidir. Hukukun üstünlüğü, yürütme makamlarının müdahalelerinin etkin denetime tabi olmasını gerektirir. Bu denetim, bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda en iyi garantileri sağlayan yargı tarafından yürütülmelidir. AİHM, Romanya'nın bilgi toplama ve arşivleme sistemini düzenleyen yasaların herhangi bir denetim prosedürü ve güvence sağlanmadığını, kamu makamlarına tanınan yetkinin kapsamını ve kullanım şeklini

81 "Above all, the system does not for the time being afford adequate safeguards against various possible abuses. For example, the categories of people liable to have their telephones tapped by judicial order and the nature of the offences which may give rise to such an order are nowhere defined. Nothing obliges a judge to set a limit on the duration of telephone tapping. Similarly unspecified are the procedure for drawing up the summary reports containing intercepted conversations; the precautions to be taken in order to communicate the recordings intact and in their entirety for possible inspection by the judge (who can hardly verify the number and length of the original tapes on the spot) and by the defence; and the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes be destroyed, in particular where an accused has been discharged by an investigating judge or acquitted by a court. The information provided by the Government on these various points shows at best the existence of a practice, but a practice lacking the necessary regulatory control in the absence of legislation or case-law.

*In short, French law, written and unwritten, does not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public authorities. This was truer still at the material time, so that Mr Kruslin did not enjoy the minimum degree of protection to which citizens are entitled under the rule of law in a democratic society (see the Malone judgment previously cited, Series A no. 82, p. 36, § 79). There has therefore been a breach of Article 8 (art. 8) of the Convention."* AİHM, Kruslin/Fransa, Bn. 11801/85, 24.04.1990, p. 35-36.

82 AİHM [BD], Rotaru / Romanya, Bn. 28341/95, 04.05.2000.

makul bir açıklıkla düzenlemediğini, sonuç olarak AİHS m. 8'in ihlal edildiğini belirtmiştir<sup>83</sup>.

## SONUÇ

AİHS sistemi, insan hakları konusunda ortak anlayış ve saygı esasına bağlılığı gerçekleştirerek Avrupa için ortak kamu düzeni oluşturmayı amaçlamaktadır. AİHS kapsamında korunan hak ve özgürlükler, sözleşmecî devletlere negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükler (maddi yönden koruma ve gerçekleştirme

- 83 “56. The “quality” of the legal rules relied on in this case must therefore be scrutinised, with a view, in particular, to ascertaining whether domestic law laid down with sufficient precision the circumstances in which the RIS could store and make use of information relating to the applicant’s private life.  
57. The Court notes in this connection that section 8 of Law no. 14/1992 provides that information affecting national security may be gathered, recorded and archived in secret files.  
No provision of domestic law, however, lays down any limits on the exercise of those powers. Thus, for instance, the aforesaid Law does not define the kind of information that may be recorded, the categories of people against whom surveillance measures such as gathering and keeping information may be taken, the circumstances in which such measures may be taken or the procedure to be followed. Similarly, the Law does not lay down limits on the age of information held or the length of time for which it may be kept.  
Section 45 of the Law empowers the RIS to take over for storage and use the archives that belonged to the former intelligence services operating on Romanian territory and allows inspection of RIS documents with the Director’s consent.  
The Court notes that this section contains no explicit, detailed provision concerning the persons authorised to consult the files, the nature of the files, the procedure to be followed or the use that may be made of the information thus obtained.  
58. It also notes that although section 2 of the Law empowers the relevant authorities to permit interferences necessary to prevent and counteract threats to national security, the ground allowing such interferences is not laid down with sufficient precision.  
59. The Court must also be satisfied that there exist adequate and effective safeguards against abuse, since a system of secret surveillance designed to protect national security entails the risk of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it (see the *Klass and Others* judgment cited above, pp. 23-24, §§ 49-50).  
In order for systems of secret surveillance to be compatible with Article 8 of the Convention, they must contain safeguards established by law which apply to the supervision of the relevant services’ activities. Supervision procedures must follow the values of a democratic society as faithfully as possible, in particular the rule of law, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention. The rule of law implies, inter alia, that interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subject to effective supervision, which should normally be carried out by the judiciary, at least in the last resort, since judicial control affords the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure (see the *Klass and Others* judgment cited above, pp. 25-26, § 55).  
60. In the instant case the Court notes that the Romanian system for gathering and archiving information does not provide such safeguards, no supervision procedure being provided by Law no. 14/1992, whether while the measure ordered is in force or afterwards.  
61. That being so, the Court considers that domestic law does not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public authorities.  
62. The Court concludes that the holding and use by the RIS of information on the applicant’s private life were not “in accordance with the law”, a fact that suffices to constitute a violation of Article 8. Furthermore, in the instant case that fact prevents the Court from reviewing the legitimacy of the aim pursued by the measures ordered and determining whether they were – assuming the aim to have been legitimate – “necessary in a democratic society”.  
63. There has consequently been a violation of Article 8”. AIHM [BD], Rotaru / Romanya, Bn. 28341/95, 04.05.2000, p. 56-63.

yükümlülüğü ile usule ilişkin pozitif yükümlülükler) de yüklemektedir. Diğer yandan AIHS kapsamında korunan -mutlak haklar dışındaki- hak ve özgürlüklere, üç temel ölçüte uygun olmak şartıyla, müdahale edilebileceği kabul edilmektedir. Anılan temel ölçütler: (1) Kanunilik, (2) meşru amaç, (3) ölçülülüktür.

Müdahaleye konu hak ve özgürlükler özelinde ikinci ve üçüncü ölçütler değişkenlik gösterebilir<sup>84</sup>; ancak hak ve özgürlüklere müdahalede uyulması gereken değişmez bir ölçüt vardır: Kanunilik. Keza kanunilik incelemesi, ikinci aşama denetim olan meşru amaç<sup>85</sup> ve üçüncü aşama denetim olan ölçülülük<sup>86</sup> incelemeleriyle de yakın ilişki içindedir.

Meşru amaç denetimi, esasen müdahalenin sebep-konu-amaç ilişkisine yönelik bir denetimdir. Müdahale hangi sebeple yapılmış, hangi amaç güdülmüş, hangi araç seçilmiştir? AIHM'in denetim pratiği incelendiğinde, meşru amaç ölçütünün denetlenmediği görülmektedir. AIHM -kaba bir varsayım olarak- devletlere şöyle seslenmektedir: Sınırlamayı gerektirecek bir ihtiyaç *sebebinin* doğduğunu gördünüz, bu ihtiyacı karşılama *amacıyla* hareket ettiniz ve sınırlama *konusunu* seçerek özgürlüklere müdahale ettiniz, bu hususlarda karar verecek yetki ve yetkinliğe -mutlak takdir marjına- siz sahipsiniz. Ancak yapılan müdahalenin *keyfi değil hukuki olduğuna* (birinci ölçüt: kanunilik) ve dahası *gerekli olduğuna* (üçüncü ölçüt: ölçülülük) beni ikna etmelisiniz.

AIHM'in denetim pratiğinde, hak ve özgürlüklere *keyfi* müdahalelerde bulunan sözleşmeci devletlere, meşru amaç değil kanunilik ölçütünden hareketle ihlal kararları verildiği anlaşılmaktadır. Öyleyse AIHM, ihlal kararlarını birinci basamaktaki

84 Meşru amaç ölçütü özelinde AIHS'de hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerde, birbirinden farklı sınırlama amaçlarına işaret edilmektedir. Örneğin AIHS m. 8'de özel ve aile hayatına saygı hakkı "*ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için*" sınırlandırılabilir. AIHS m. 11'de toplantı ve dernek kurma özgürlüğü "*ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için*" sınırlandırılabilir. AIHS P1-1'de mülkiyet hakkı "*kamu yararı sebebiyle*" sınırlandırılabilir. AIHS P4-2'de serbest dolaşım özgürlüğü "*ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için*" sınırlandırılabilir.

Ölçülülük ölçütü özelinde, yaşam hakkına müdahalede *mutlak gereklilik* (*absolutely necessary*), ifade özgürlüğüne müdahalede *demokratik toplumda gereklilik* (*necessary in a democratic society*) aranmaktadır; mülkiyet hakkına müdahalede *gereklilik* (*necessary-ölçülülük*) ölçütüne AIHS'de işaret edilmemiş, bu ölçüt AIHM içtihatlarıyla denetim kapsamına dahil etmiştir.

85 İkinci basamakta, meşru amaç denetiminde şu sorunun cevabı aranır: AIHS kapsamında korunan özgürlüğe yasal bir müdahalede bulunan devlet, bu müdahaleyi meşru bir amaca ulaşmak için mi yapmıştır? Meşru amaç denetimi, esasen sebep-konu-amaç ilişkisine yönelik bir denetimdir. AIHM sebep-konu-amaç ilişkisini denetlemekte, bu ilişkiyi takdir edecek asıl öznenin egemen devletler olduğunu vurgulayarak ve ilgili devlete *mutlak bir takdir marjı* tanıyarak üçüncü basamak denetime geçmektedir.

86 Üçüncü basamakta, ölçülülük ölçütünün denetiminde, şu sorunun cevabını aranır: AIHS kapsamında korunan bir özgürlüğe yapılan *yasal müdahale* ile *ulaşılacak istenen meşru amaç* arasında *adil bir denge* var mıdır? Bu denetim *ölçülülük* denetimidir. AIHM ölçülülük denetiminde, *takdir marjı doktrini* (*the margin of appreciation doctrine*) dikkatle uygulamaktadır.



kanunilik ölçütü ve üçüncü basamaktaki ölçülülük ölçütünden hareketle vermektedir. İkinci basamakta yer alan *meşru amaç* denetimini yapmıyor görünse de, *de facto* bu incelemeyi kanunilik denetimi içinde icra ettiği anlaşılmaktadır.

Devletlerin özgürlükleri sınırlandırmada sahip olduğu sebep-konu-amaç ilişkisine yönelik hareket alanı ile ilgili olarak AİHM, *açık bir keyfîlik olmadıkça* anılan ilişkiyi takdir edecek asıl öznenin egemen devletler olduğunu vurgulamaktadır<sup>87</sup>. AİHM'in, müdahalenin meşru bir amaçla yapılmadığına, kötü niyetli ve keyfî olduğuna kanaat getirdiği kararları vardır. *Keyfîlik kanıtı tespit ettiği bu gibi hallerde AİHM'in, meşru amaç ölçütünden değil birinci basamak denetim bağlamında kanunilik ölçütünden hareketle ihlal kararı verdiğini* vurgulamak gerekir.

Somut bir örnek üzerinden konuyu izah etmekte yarar vardır. Özel hayat ve aile hayatının düzenlendiği AİHS m. 8/2'de, bu hakka müdahalede dayanılacak şu meşru amaçlara<sup>88</sup> işaret edilmiştir: ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması. Bu hakkın ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda AİHM'in, ileri sürülen amaçların "gerçek" olmadığı iddiasını denetlemediği, ilgili devletin müdahale için ileri sürdüğü amaçları değerlendirmede, devletlerin uygun bir amaçla hareket etmiş olduğunu varsayarak, başvuranın itiraz ettiği durumlarda bile, meşru amaç başlığı içinde bir inceleme yapmadığı görülmektedir. Keza mülkiyet hakkının düzenlendiği AİHS P1-1'e göre bu hakka müdahale, *kamu yararı* amacıyla yapılmalıdır. AİHM'in, mülkiyet hakkına dair kararlarında "kamu yararı/genel yarar" kavramını tanımlamadığı; taraf devletlerin kamu yararını sağlamayı amaçladığını var saydığı; devletlere, kamu yararını belirlemede *mutlak* takdir alanı tanıdığı görülmektedir. AİHM, taraf devletlerin, kamu yararını sağlama amacıyla mülkiyet hakkına müdahale ettiği ve bu amaca yönelik *elverişli* ve *gerekli* araçları seçtiği varsayımından hareketle; denetimini, ölçülülük ölçütlerinden (elverişlilik, gereklilik, orantılılık) *sadece orantılılık* alt ölçütüne hasretmektedir.

Öyleyse kanunilik ölçütü, AİHM'in esas hakkındaki denetiminin başlangıç noktası ve diğer ölçütlere yönelik denetiminin de bağlantı noktasıdır.

87 AİHS siteminde devletlerin rolünü güçlendiren reformlar yapılmış içtihatlar geliştirilmiş ve nihayet 15 No.lu Ek-Protokolle takdir yetkisi doktrini ve tamamlayıcılık ilkesi *Sözleşme metnine* dahil edilmiştir. Elli yılı aşkın süredir AİHM'in kararlarında işaret ettiği takdir marjı doktrini, içtihadı bir buluş olarak doğmuş, yerleşik değişmez içtihat niteliğine kavuşmuş, nihayet 1 Ağustos 2021'de AİHS 15 No.lu Ek-Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle normatif bir dayanak kazanmıştır. Böylece devletlerin daha fazla söz sahibi yapılarak yetkilerinin artırıldığını, AİHM'in daha tutucu kararlar vererek aktivist tutumdan kaçındığını ifade etmek gerekir. AİHS 15 No.lu Ek-Protokol, AİHS'in dibacesinin sonuna şu ibareyi eklemiştir: "*İkincilik 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 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yargı yetkisine tabi olmak üzere, Yüksek Sözleşmeciler Tarafının takdir alanına sahip olduklarını bir kez daha tekrarlayarak*"

88 AİHS m. 8/2: "*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*"

AİHM'in denetim pratiğinde kanunilik incelemesi, iki basamaklı bir değerlendirmeye icra edilmektedir:

(1) Birinci basamakta AİHM, şu sorunun cevabını arar: Özgürlüklere yapılan müdahalenin, iç hukukta yasal bir dayanağı var mıdır?

İlgili devletin, müdahalesine yasal dayanak olarak işaret ettiği yasayı, AİHM, dayanak kabul etmeyebilir. Müdahalenin, işaret edilen bu objektif yasaya değil subjektif-keyfi mülahazalara dayandığı kanaatine ulaştığında AİHM, müdahalenin “iç hukukta bir dayanağının olmaması” sebebiyle ihlal kararı vermektedir.

Bu gibi durumlarda AİHM, kararında bir ara-başlık daha açarak, başvuru konusu olaylarla ilgili ulusal ve uluslararası verilere (*Relevant International and Domestic Documents and Press Releases*) yer vermektedir. Anılan başlıkta, doğrudan başvuruya konu olayları yahut genel olarak ihlali iddia edilen özgürlüğe dair ilgili devletteki iklimi-hâkim uygulamayı aydınlatacak belge, rapor, açıklama, bildiri, haber, karar verilerine yer verilmektedir: Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserleri tarafından hazırlanan raporlar (*Report by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve/veya Avrupa Parlamentosu kararları (*Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and The European Parliament*), Uluslararası Af Örgütü tarafından hazırlanan bildirimler ve/veya basın açıklamaları (*Report and Press release by Amnesty International*), İnsan Hakları İzleme Örgütü basın açıklamaları (*News release by Human Rights Watch*), Gazetecilerin Özgürlüğü ve Güvenliği Enstitüsü tarafından hazırlanan yıllık raporlar (*Annual Report by the Institute for Reporters' Freedom and Safety*), çevrim içi haberlere dair bültenler (*News release by contact online news*) ve benzerleri. Keza Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, bir Daire veya Büyük Daire önündeki her davaya yazılı görüş sunabilmekte; bazı hallerde, AİHM nezdinde görülen başvuruya üçüncü taraf müdahil<sup>89</sup> olarak katılan kişi ve kurumların görüşlerine -ayrı bir ana başlık açılmadan- yer verilmektedir. Karar metninde ortaya konan tüm olay, yasa, uygulama, bilgi, görüş, rapor ve benzeri veriler neticesinde, ilgili devletin, müdahalesine dayanak olarak işaret ettiği yasa, AİHM tarafından dayanak kabul edilmeyerek, müdahalenin keyfi olduğuna karar verilebilir.

AİHM içtihadında, ne tür müdahalelerin keyfilik oluşturabileceğine dair *genel bir tanım formüle edilmemiş*, temel ilkeler vaka bazında geliştirilmiştir. Müdahalenin iç hukuk açısından yasal görünmesine, ulusal hukukun lafzına uyulmasına rağmen, yetkililerin *kötü niyetli olması* veya yerel makamların ilgili mevzuatı *açıkça doğru uygulamaması* hallerinde müdahale *keyfi* sayılacaktır.

Özgürlüklere yapılan müdahalenin, iç hukuktaki *yasal dayanağına* dair denetimde, özgürlükler esasen asgari ölçüde -kanun devleti düzeyinde- korunmaktadır. Kanunilik denetiminin ilk basamağını geçemeyen ve hakkında ihlal kararı verilen devlet, haklara yönelik müdahalelerinin *biçimsel meşruiyetini* dahi sağlayamamış

89 AİHS m. 36 ve AİHM Usul Tüzüğü m. 44 uyarınca.

demektir. Denetimin bu aşamasında, “*Hukuk kuralları, orman kanunlarından iyidir.*” düzeyinde, insanın insana değil yasalara uyduğu, haklara müdahalelerin keyfi değil hukuki olduğu bir Avrupa kamu düzeninin sağlanması hedeflenmektedir. Ancak bu yeterli değildir. Müdahalenin yasal dayanağı, *kaliteye (quality of the law)* de sahip olmalıdır.

(2) Kanunilik denetiminin ikinci basamağında *yasa kalitesini* denetleyen AİHM, şu bitişik soruların cevabını arar: Müdahalenin iç hukuktaki dayanağı *ulaşılabilir* midir? İnsanlar eylemlerinin sonuçlarını ve/veya müdahaleyi bu yasadan hareketle yeterince *öngörülebilir* mi?

AİHM, birinci basamak denetimde kanun devletinin biçimsel meşruiyetini araştırırken, ikinci basamak denetimde hukuk devletinin hukuki meşruiyetini araştırmaktadır. Sözleşmeciler devletlerin, hukuk devletinden beklenen yasa kalitesinin asgari gereklerini yerine getirmesi böylece bu yasaya dayanan müdahalelerin kişiler için öngörülebilir olması gerekmektedir. Öngörülebilirlik, hukuk devletinin kurucu unsurlarından hukuki güvenliği sağlayarak, kişileri belirsizlik ve kaygı atmosferinden koruyan bir ilkedir. Bu ilke, yasaların, belirli unsurları sağlayacak içerikte ve kalitede formüle edilmesini gerektirir. AİHM’in öngörülebilirliğe ilişkin otuz yılı aşkın süredir tekrarlanan ve gelişen içtihadı, önüne gelen her onayın kendi özel şartları içinde evrim geçirmektedir.

AİHM içtihadına göre yasal dayanak karmaşık ve muğlak olabilir, uygulayıcıya geniş bir takdir alanı bırakılmış olabilir, yasayı anlayabilmek için *hukuki yardıma* başvurulması gerekebilir, ancak son tahlilde olayın özel şartları içinde müdahaleyi *makul ölçüde* öngörebilmeyi sağlayacak biçimde, yasal dayanağın *yeterli kesinlikte* formüle edilmiş olması gerekmektedir.

AİHM içtihatlarında, yeterli kesinliğe dair *genel bir tanım formüle edilmemiş* ve temel ilkeler yine vaka bazında geliştirilmiştir. AİHM’e göre yasanın gerektirdiği kesinlik düzeyi (hiçbir durumda her olasılığı sağlayamaz), büyük ölçüde söz konusu yasanın içeriğine, kapsadığı alana, hitap ettiği kişilerin sayısına ve statüsüne bağlıdır.

AİHM, bazı olaylarda yasal düzenlemenin lafzının genişliğinden hareketle hak ihlaline karar verirken, bazı olaylarda yasanın uygulanabileceği koşulların değişkenliğini, her olasılığı kapsayan bir yasa formüle etmenin mümkün olmadığını, kesinliğin beraberinde aşırı katılık getirerek değişen koşullara ayak uydurabilmeyi zorlaştıracağını vurgulamaktadır.

Öngörülebilirliğe dair oldukça esnek bir içtihadi tutum sergileyen AİHM’in, bazı yönlerden kararlı ve tutarlı yaklaşımlarını aktarmak gerekir:

\* AİHM kararlarında işaret edilen *quality of the law* ölçütü, *yalnızca* yasa metninde yer alması gereken unsurları ifade eden bir kavram değildir. Kişilerinin eylemlerinin sonuçlarının ve/veya devlet müdahalesinin, mutlak kesinlikte öngörülebilmesi son derece arzu edilen bir durumdur. Ancak hem yasaların değişen koşullara ayak uydurabilmesi gereği hem de AİHM’in Avrupa için *asgari* ortak kamu

düzeni standardı oluşturan yaklaşımı, anılan ölçütün içtihadı anlamını genişletmiştir. Yasa kalitesi ölçütü kapsamında AİHM, ilgili devletteki *hukuk düzeninin kalitesini* incelemekte; yasama, yürütme, yargı organlarının *özgürlüklere müdahalelerde benimsediği yaklaşımın öngörülebilirliğini* denetlemektedir.

\* AİHM'e göre yasalarda yer alan belirsiz ifadelerin yorumlanması bir uygulama meselesidir. Yasayı tutarlı biçimde yorumlamak ve yorum şüphelerini ortadan kaldırmak, yargı organının işlevlerindedir. Yasaların öngörülebilirliğini sağlamadaki yorumlayıcı rolleri dikkate alındığında mahkemeler, keyfi müdahaleye karşı yasal korumanın güvencesidir. Yasanın muğlak ifadelerinin ve şüpheli noktalarının, tutarlı yargı kararlarıyla açığa kavuşturulduğu devletlerde, ilgili yasaya dayanan müdahaleler, öngörülebilirlik denetiminden geçecektir. Bir başka ifadeyle, yasanın birden fazla yorumunun olması, şüphe payı yahut muğlaklık, yasanın uygulanmasını tek başına öngörülemez hale getirmez; bu gibi hallerde yargısal yorum, öngörülebilirliği sağlamada belirleyici rol üstlenmektedir. Bu gibi hallerde AİHM, münhasıran yasanın lafzına odaklanmamakta, yasama yürütme yargı organlarının fonksiyonunu bütün olarak değerlendirmekte, yasanın uygulanma pratiğinin öngörülebilirliğini değerlendirmektedir.

\*Müdahalenin dayandığı yasanın lafzı ve ruhunun *yeterince açık olduğu* ve fakat ilgili yasanın yorumunun ve uygulanışının *açıkça gayri makul olduğu* hallerde AİHM, bu yasaya dayanan müdahaleyi öngörülemez bularak ihlal kararı vermektedir. AİHM'in bu gibi kararlarında keyfilik ve öngörülemezlik arasında ince bir çizgi vardır. AİHM, yasanın keyfi-kasti biçimde yanlış uygulandığı kanaatine ulaştığında, müdahalenin "yasal dayanaktan" yoksun olduğuna; yasanın açıkça gayri makul uygulandığı kanaatine ulaştığında, müdahalenin öngörülemez olduğuna işaret ederek hak ihlaline karar vermektedir. İlgili devlet, birinci ihtimalde kanun devletinin gereğini, ikinci ihtimalde hukuk devletinin gereğini yerine getirememiştir.

\*Gizli gözetim ve iletişimin dinlenmesi gibi uygulamalar, tabiatı gereği öngörülemezdir ve ayrı bir rejime tabidir. Milli güvenliği korumak üzere devlet görevlileri tarafından yapılacak kontrollerin tam olarak öngörülebilirlik sağlaması beklenemez. Bununla birlikte, özel hayata ve haberleşme hakkına yapılan gizli müdahalelere, kamu yetkililerinin hangi hallerde ve koşullarda başvurabileceği, yasalarda yeterli açıklıkta belirtilmeli; ilgili yasada (1) müdahalenin hangi şartlarda yapılabileceği, (2) izlenecek usul, (3) kaydedilecek bilgilerin türü, (4) gizli gözetim önlemlerinin uygulanacağı kişi kategorileri, (5) ne kadar eski bilgilerin ne süreyle saklanacağı gibi hususlar düzenlenmiş olmalı, (6) kamu yetkililerinin müdahaleleri, bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda en iyi garantileri sağlayan yargının etkin denetiminde olmalıdır.

Özetle AİHM denetimi neticesinde, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uyulması gereken üç temel ölçütten (kanunilik, meşru amaç, ölçülülük) ilkinin gereklerini yerine getirdiğine karar verilen sözleşmecî devletler, *kanun devleti* olmanın biçimsel meşruiyetini sağlamış ve buna ek olarak *hukuk devletinden* beklenen yasa kalitesini yerine getirmiştir.

## KAYNAKÇA

- Erdoğan, Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- Aslan, Gündüz Alp, *Türk Anayasa Hukukunda Kanunlaştırma Süreci*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Xanthaki, Helen, "Standards for Legislation in Civil and Common Law Countries: Features, Practices, Common ground", *Legislative Quality Workshop*, Cape Town South Africa, 2013.
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969.
- Mader, Luzius, "Legislative Procedure and the Quality of Legislation", *Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law*, (Ed.: U. Karpen, P. Delnoy), Nomos, Berlin, 1996.
- Mousmouti, Maria, "Operationalising Quality of Legislation Through the Effectiveness Test", *Legisprudence*, C. 6, S. 2, 2012, s. 191-205.
- Erdoğan, Mustafa, *Özgürlük Hukuk ve Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018.
- Akıncı, Müslüm, "Normatif Düzen Kalitesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S.1, 2012, s.187-213.
- Floriñ, Nico Alexander, "Quality in Legislation: A Law and Development Project", *Lawmaking for Development; Explorations into the Theory and Practice of International Legislative Projects*, (Ed.: J. Arnscheidt, B. van Rooij, J.M. Otto), Leiden University Press, 2008, s. 75-89.
- Şirin, Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, Oniki Levha, İstanbul, 2019.
- Karpen, Ulrich, "Good Governance Through Transparent Application of the Rule of Law", *European Journal of Law Reform*, C. 11, S. 2, 2009, s. 213-223.
- Karpen, Ulrich, "Comparative law: Perspectives of Legislation", *Legisprudence*, C. 2, S. 2, 2012, s. 149-189.
- Vanterpool, Vareen, "A Critical Look at Achieving Quality in Legislation", *European Journal of Law Reform*, C. 9, S. 2, s. 167-204.

## Mahkeme Kararları

AİHM kararlarına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmî İnternet Sitesi, Kararlar Bilgi Bankası'ndan ulaşılmıştır. Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>

AİHM, The Sunday Times / Birleşik Krallık, Bn. 6538/74, 26.04.1979.

AİHM, Van der Musselle / Belçika, Bn. 8919/80, 23.11.1983.

AİHM, Leander / İsveç, Bn. 9248/81, 26.03.1987.

AİHM [BD], Olsson / İsveç, Bn. 10465/83, 24.03.1988.

AİHM, Müller ve Diğerleri / İsviçre, Bn. 10737/84, 24.05.1988.

AİHM, Kruslin/Fransa, Bn. 11801/85, 24.04.1990.

AİHM [BD], Vogt / Almanya, Bn. 17851/91, 26.09.1995.

AİHM, Larissis ve Diğerleri / Yunanistan, Bn. 23372/94, 24.02.1998.

AİHM, Steel ve Diğerleri / Birleşik Krallık, Bn. 24838/94, 23.09.1998.

AİHM [BD], Rekvényi / Macaristan, Bn. 25390/94, 20.05.1999.

AİHM [BD], Hashman ve Harrup / Birleşik Krallık, Bn. 25594/94, 25.11.1999.

AİHM [BD], Rotaru / Romanya, Bn. 28341/95, 04.05.2000.

AİHM, Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri / Moldova, Bn. 45701/99, 13.12.2001.

AİHM [BD], Gratzinger ve Gratzingerova / Çek Cumhuriyeti, Bn. 39794/98, 10.07.2002.

AİHM [BD], Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye, Bn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13.02.2003.

AİHM [BD], Gorzelik ve Diğerleri / Polonya, Bn. 44158/98, 17.02.2004.

AİHM [BD], Maestri/İtalya, Bn. 39748/98, 17.02.2004.

AİHM [BD], Leyla Şahin / Türkiye, Bn. 44774/98, 10.10.2005.

AİHM, Korbely / Macaristan, Bn. 9174/02, 19.09.2008.

AİHM [BD], Mooren /Almanya, Bn. 11364/03, 09.07.2009.

AİHM, Ernewein ve Diğerleri / Almanya, Bn. 14849/08, 12.05.2009.

AİHM [BD], Scoppola / İtalya (no. 2), Bn. 10249/03, 17.09.2009.

AİHM [BD], Kononov / Letonya, Bn. 36376/04, 17.05.2010.

AİHM [BD], Maktouf ve Damjanović/ Bosna Hersek, Bn. 2312/08, 34179/08, 18.07.2013.

AİHM, Oleksandr Volkov / Ukrayna, Bn. 21722/11, 09.01.2013.

AİHM [BD], Del Rio Prada / İspanya, Bn. 42750/09, 21.10.2013.

AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, Bn. 35343/05, 20.10.2015.

AİHM, Huseynli ve Diğerleri / Azerbaycan, Bn. 67360/11 67964/11 69379/11, 11.02.2016.

AİHM [BD], Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy / Finlandiya, Bn. 931/13, 27.06.2017.

AİHM, Altay / Türkiye, Bn. 11236/09, 09.04.2019.

AİHM, Sabuncu / Türkiye, Bn. 23199/17, 10.11.2020.

AİHM, Şık / Türkiye, Bn. 36493/17, 24.11.2020.

AİHM, Pişkin / Türkiye, Bn. 33399/18, 15.12.2020.

AİHM, Ilıcak / Türkiye, Bn. 1210/17, 14.12.2021.

