

AİHM'İN GÖLGEDE KALAN YARGILAMA YETKİSİ: DANIŞMA GÖRÜŞÜ (AİHS-47 vd.- VE OVIEDO SÖZLEŞMESİ)

Araştırma Makalesi

*Hikmet Berk TURHAN**

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), ikisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında; biri ise AİHS'in kapsamı dışında düzenlenen üç tür danışma görüşü verme yetkisi bulunmaktadır. AİHM'in AİHS kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkilerinden biri, AİHS'in 16 numaralı ek protokolünde düzenlenirken; diğeri, 47 vd. maddelerinde, doğrudan Sözleşme metninde düzenlenmiştir. AİHM'in AİHS kapsamı dışındaki danışma görüşü verme yetkisi ise "Oviedo Sözleşmesi" olarak da bilinen, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"nin 29. maddesinde düzenlenmiştir. AİHS'in son ek protokolü olan 16 numaralı ek protokolün imzaya açılmasıyla birlikte AİHM'in danışma görüşü verme yetkisi, Türk öğretisinin dikkatini çekmiş ancak konuya ilişkin çalışmaların hepsi 16 numaralı ek protokol ile sınırlı kalmıştır. Uzun geçmişine rağmen AİHS 47. madde kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine yönelik incelemelerin ise oldukça sınırlı kaldığı gözlemlenmiştir. Aynı durum Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisi açısından da geçerlidir. Söz konusu yetkinin kapsam ve usulünü -kıyasen- AİHS'in 47. maddesini ve ilgili İçtüzük kurallarını uygulayarak belirleyen AİHM, karşı oyunda bu yöntemin uygulanmasına yönelik eleştirilerin yer aldığı 2021 tarihli ilk ve tek kararında, mevcut istem hakkında görüş verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir. Karar, AİHM'e AİHS dışında başka bir sözleşme ile yargılama yetkisi tanınip tanınamayacağı yönündeki tartışmaları içermesi yönüyle de dikkate değerdir. Çalışmada, oldukça dar kapsamlı nitelikteki söz konusu danışma

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
ORCID ID: 0000-0002-1356-2905 E-posta: hikmet.turhan@hbv.edu.tr

Makale Geliş Tarihi: 19.10.2023
Makale Kabul Tarihi: 06.12.2023

görüşü verme yetkileri, şimdikiye değin verilen görüşler eşliğinde amaç, kapsam ve usul yönünden bütüncül bir yaklaşımla incelenecektir.

***Anahtar Kelimeler:** Danışma Görüşü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 47. Madde, Oviedo Sözleşmesi 29. Madde.*

A NEGLECTED MATTER IN THE JURISPRUDENCE OF ECHR: ADVISORY OPINION (ARTICLE 47 OF THE ECHR AND OVIEDO CONVENTION)

ABSTRACT

The European Court of Human Rights (ECtHR) has the competence to issue three types of advisory opinions, two of them are within the scope of the European Convention on Human Rights (ECHR) and one of them is outside the scope of the Convention. One of the ECtHR's competence to give advisory opinions within the scope of the Convention is regulated in Additional Protocol No. 16 of the ECHR and the other is regulated directly in the text of the Convention, in Article 47 ff. The ECtHR's competence to give advisory opinions outside the scope of the ECHR is has been specified in Article 29 of the "Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine", also known as the "Oviedo Convention". Since the opening of Additional Protocol No. 16 for signature, the ECtHR's competence to give advisory opinions attracted the attention of Turkish public law and human rights scholars. However, the scope of all related studies have been focused on the protocol. Despite its long history, it has been observed that the examinations regarding the competence to give advisory opinions regulated under Article 47 of the ECHR remain quite limited. The same applies to the competence to give advisory opinions regulated in Article 29 of the Oviedo Convention. In its first and only decision dated back 2021, the Court determined the scope and procedure of this competence by applying Article 47 of the ECHR and the relevant provisions of Rules of Court, per analogiam. The Court decides that the request for an advisory opinion is not within its competence. In the dissenting opinion, this approach of the Court's majority has been criticized. The decision is also noteworthy in that it includes discussions on whether the ECtHR can be granted jurisdiction under another agreement other than the ECHR. In the study, these rather narrow-scope competence to give advisory opinions will be examined with a holistic approach in terms of purpose, scope and procedure, in the light of the opinions given so far.

Key Words: Advisory Opinion, European Court of Human Rights, Article 47 of the European Convention on Human Rights, Article 29 of the Oviedo Convention.

GİRİŞ

Uluslararası insan hakları yargılamasında çekişmeli yargılama sonucu verilen kararların aksine, kural olarak bağlayıcı olmayan ve yol gösterici olma-rehberlik etme amacına yönelik olduğu kabul edilen danışma görüşlerinin, esasında, uluslararası insan hakları yargılaması yapan mercilerin yargılama yetkisine dâhil olduğu ve yargılama yetkisinin iki yüzünden birini oluşturduğu söylenebilir¹.

AİHM'in de birincil işlevi, AİHS'in sırasıyla 33. ve 34. maddelerinde düzenlenen devletlerarası başvurular ve bireysel başvurularda olduğu gibi çekişmeli yargılama işlerine ilişkindir². Bununla birlikte AİHM'e danışma görüşü verme yetkisi de tanınmıştır.

AİHM'in danışma görüşü verme yetkisi, ilk olarak 1970 yılında yürürlüğe giren 2 numaralı ek protokol ile AİHM yargılaması sistemine girmiştir. Bu yetki daha sonra, 2 numaralı ek protokolün işlevini yitirmesine yol açan ve 1998 yılında yürürlüğe giren 11 numaralı ek protokol ile doğrudan AİHS metninde, 47 vd. maddelerde, düzenlenmiştir. AİHM'e verilen ikinci tür danışma görüşü verme yetkisi -AİHS dışındaki bir sözleşmeyle- 1997 yılında imzaya açılıp 1999 yılında yürürlüğe giren ve Türkiye'nin de 2004 yılında tarafı olduğu "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi³)"nin 29. maddesinde düzenlenmiştir. AİHM'in üçüncü ve son tür danışma görüşü verme yetkisi ise 2013 yılında imzaya açılan ve 01.08.2018 tarihinde yürürlüğe giren 16 numaralı ek protokol ile düzenlenmiştir.

16 numaralı ek protokolün imzaya açılmasıyla birlikte AİHM'in danışma görüşü verme yetkisi, Türk öğretisinin dikkatini çeken konulardan biri olmuştur. Hâlbuki yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı üzere danışma görüşü verme yetkisi Mahkeme'nin yabancı olduğu bir durum değildir⁴. 16 numaralı ek protokol,

¹ Saçar, Ali: İnsan Hakları Hukuku'nda Danışma Görüşlerinin Yeri, İşlevi ve Etkililiği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.1. Danışma görüşü verme yetkisinin, yargılama yetkisine girip girmediğine ve girdiği kabul edilirse hangi nitelikte bir yargılama yetkisi olduğuna ilişkin tartışmalar için bkz. Saçar: s.16 vd.

² Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §28.

³ Sözleşme, İspanya'nın Oviedo kentinde imzaya açıldığından bu isimle anılmaktadır.

⁴ Salihpaşaoğlu, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.231. Bu doğrultuda Kolçak/Gençtürk'ün, 16 numaralı ek protokol ile devlet başvurusu ve bireysel başvuru dışında AİHM'e yeni bir başvuru yolu getirildiği yönündeki ifadelerine katılmak mümkün gözükmemektedir. Bkz. Kolçak, Hakan/Gençtürk, Ünal: " Danışma Görüşü Başvurusu: İHAS'a Ek 16 Nolu Protokol Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.3, 2022, s.1632.

daha önceden mevcut olan bu yetkiyi önemli ölçüde genişletmiştir⁵. Ancak danışma görüşüne ilişkin az sayıdaki güncel çalışmanın hepsi, yalnızca 16 numaralı ek protokolü ele almaktadır. Bu çalışmalarda AİHM'in diğer danışma görüşü verme yetkilerine değinilmemiş veya çok az değinilmiştir. Diğer danışma görüşü verme yetkilerine ilişkin olarak yapılan çalışmaların, 16 numaralı ek protokolün imzaya açılmasından önceki dönemde de oldukça sınırlı olduğu gözlemlenmiştir.

Yaklaşık elli yıllık geçmişine rağmen AİHS 47. madde kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine yönelik olarak öğretilerdeki incelemelerin oldukça sınırlı kalmasının başlıca iki sebebinin olduğu söylenebilir. İlk olarak AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetkinin gerek AİHS metni gerekse AİHM içtihatları doğrultusunda temel hak ve özgürlükler/bireysel başvuru alanı ile doğrudan ilişkili olmaması, diğeri ise 2000'li yıllara kadar bu kapsamda bir danışma görüşü isteminde bulunulmamış olmasıdır.

Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisine yönelik öğretilerdeki incelemelerin oldukça sınırlı kalması bakımından ise aynı sebepleri sıralamak mümkün değildir. Zira her ne kadar, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine benzer şekilde, mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunulmama şartı yer alsın da Sözleşme'nin yorumuna ilişkin hukuki sorunlar hakkında danışma görüşü talep edilebilmektedir. Sözleşme'nin yorumuna ilişkin hukuki sorunlar ise temelde insan onuru ve onunla bağlantılı olarak yaşama hakkı, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, özel yaşamın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlükle doğrudan ilişkilidir. Kaldı ki Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki yetki açısından, ilgili madde metninde, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetkide olduğu gibi *“hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara”* ve *“Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara”* ilişkin olmama sınırlandırması da bulunmamaktadır. Ayrıca Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisi, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisi kadar uzun bir geçmişe sahip değildir. Sözleşme yukarıda da belirtildiği gibi 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş, Sözleşme kapsamında ilk ve tek danışma görüşü istemi ise 2019 yılında yapılmıştır. AİHM'in, 2021 tarihli kararıyla yetkisinde görmeyerek hakkında

⁵ Sezer, Abdullah: “İHAS'a Ek 15 ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler”, Anayasa Hukuku Dergisi, C.4, S.8, 2015, s.120; Salihpaşaoğlu: s.231. Gözlügöl/Poyraz, 16 numaralı ek protokol kapsamındaki yetkinin AİHS 47 vd. maddelerdeki yetkiye ek bir yetki olduğunu ifade etmektedir [Gözlügöl, Said Vakkas/Poyraz, Yasin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.6, S.20, 2015, s.75.].

görüş vermediği bu istem, AİHM'e AİHS dışında başka bir sözleşme ile yargılama yetkisinin tanınıp tanınmayacağı yönündeki tartışmaları içermesi yönüyle de dikkat çekmektedir.

Özünde birbirinden bağımsız olan bu iki yetkinin, aynı türdeki yargılama yetkileri olması dışında, çalışmada birlikte incelenmesinin bir sebebi daha vardır. O da AİHM'in, Oviedo Sözleşmesi kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisinin kapsamını belirlerken AİHS 47/2. maddede öngörülen sınırlandırmayı; usulünü belirlerken ise İçtüzük'ün AİHS 47 vd. maddelerine ilişkin hükümlerini uygulamasıdır.

Çalışma, Mahkeme'nin, AİHS'in 47 vd. maddeleri ve Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesi kapsamındaki danışma görüşü verme yetkilerinin şimdiye değin verilen görüşler eşliğinde amaç, kapsam ve usul yönünden bütüncül bir yaklaşımla incelenmesine ve öğretilerde konuya yönelik tespit edilen eksikliğin giderilmesine katkı sunma amacına yöneliktir.

Çalışmada öncelikle isimlendirme üzerinde durulacak; ardından söz konusu danışma görüşü verme yetkileri; amaç, kapsam ve usul yönünden şimdiye değin verilen görüşler eşliğinde iki ayrı başlık altında karşılaştırma yapılarak açıklanacaktır.

I. İsimlendirme

AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetki, Fransızca ve İngilizce resmi metinde sırasıyla “*des avis consultatif*” ve “*advisory opinion*” ifadeleriyle isimlendirilmiştir. Gerek Fransızca “*consultatif*” gerek İngilizce “*advisory*” sözcükleri, Türkçeye “tavsiye niteliğinde”, “*istişari nitelikte*”, “*istişari*”, “*danışma*” veya “*tavsiye*” olarak çevrilebilir. Gerek Fransızca “*avis*” gerekse İngilizce “*opinion*” sözcükleri ise Türkçeye “*görüş*” veya “*mütalaa*” olarak çevrilebilir. 11 numaralı ek protokolün yayımlandığı Resmi Gazete’de yer alan resmi Türkçe çeviride bu ifadeler, “*istişari mütalaa*” olarak karşılanmıştır⁶.

Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesinde de bu yetki, AİHS 47 vd. maddelerinde olduğu gibi, Fransızca ve İngilizce resmi metinde sırasıyla “*des avis consultatif*” ve “*advisory opinion*” ifadeleriyle isimlendirilmiştir. Oviedo Sözleşmesi'nin yayımlandığı Resmi Gazete’de yer alan resmi Türkçe çeviride ise bu ifadeler, “*istişari nitelikte görüş*” olarak karşılanmıştır⁷.

⁶ Resmi Gazete, T. 20.06.1997, S. 23025.

⁷ Resmi Gazete, T. 20.04.2004, S. 25439.

“*İstişari mütalaa*” veya “*istişari nitelikte görüş*” ile “*danışma görüşü*” ifadeleri, hukuk dünyasında doğurduğu sonuçlar bakımından farklılık oluşturmadığından⁸ gerek AIHS 47 vd. maddelerde gerekse Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesinde düzenlenen yetkinin yaygın kullanımında olduğu gibi “*danışma görüşü*” olarak karşılanmasında sakınca görmemekteyiz⁹. Çalışmada bu doğrultuda “*danışma görüşü*” isimlendirmesi benimsenmiştir¹⁰.

II. AIHS'in 47 vd. Maddeleri Kapsamında Danışma Görüşü Verme Yetkisi

1. Hukuki Düzenlemeler

AIHM'in danışma görüşü verme yetkisi, ilk olarak 1970 yılında yürürlüğe giren 2 numaralı ek protokol¹¹ ile düzenlenmiştir. Bu yetki daha sonra, 1998 yılında

⁸ Ulaşılan benzer bir sonuç için bkz. Saçar: s.14 vd.

⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri'ne göre de “*istişare*”, “*danışma*”; “*mütalaa*” ise “*görüş*” biçiminde karşılanmaktadır (<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim: 20.01.2023). AIHS'in bilgilendirme amacıyla hazırlanan Türkçe çevirisinde de AIHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetki, “*danışma görüşü*” ifadesiyle karşılanmıştır (https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişim: 29.01.2023). Öğretide “*istişari*” veya “*danışma*” yerine “*tavsiye*” sözcüğünü kullanan yazarlar da vardır [Arslan, Gülay: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasının Etkililiği Meselesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s.53.]. Ulaştığımız sonuç, “*tavsiye*” sözcüğü açısından da aynı şekilde geçerlidir.

¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti, 16 numaralı ek protokolü imzalamakla birlikte henüz onaylamadığından protokolün tarafı değildir. Hâliyle protokolün Resmi Gazete'de yayımlanmış resmi Türkçe çevirisi mevcut değildir. Ancak AIHS'in 16 numaralı ek protokolünde de bu yetki, AIHS'in 47 vd. maddelerinde ve Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesinde olduğu gibi, Fransızca ve İngilizce resmi metinde sırasıyla “*des avis consultatif*” ve “*advisory opinion*” ifadeleriyle isimlendirilmiştir. Buradan hareketle 16 numaralı ek protokol kapsamındaki yetkinin de “*istişari mütalaa*” veya “*istişari nitelikte görüş*” olarak karşılanabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte aynı gerekçeyle 16 numaralı ek protokol kapsamındaki yetkinin de “*danışma görüşü*” olarak isimlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Dalkılıç, 16 numaralı ek protokol kapsamındaki yetki için “*istişari görüş*” ifadesini özellikle tercih ettiğini belirtmektedir [Dalkılıç, E. Evrim: “İlk İstişari Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Yeni’ Yetkisinin Kısa İncelemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, S.2, 2019, s.157, 1. dipnot.]. Sezer ise esas olarak “*istişari mütalaa*” ifadesini tercih etmekle beraber bu ifadenin yanında parantez içinde “*danışma görüşü*” ifadesine de yer vermektedir. Buradan hareketle Sezer'in, her iki ifadenin birbiri yerine kullanılabilmesi düşüncesinde olduğunu çıkarsamaktayız [Sezer: s.122.]. Mahkeme'nin gerek 16 numaralı ek protokol gerekse AIHS 47 vd. maddeleri kapsamındaki bu yetkisini “*danışma görüşü*” olarak isimlendiren başka yazarlar olarak bkz. Salihpaşaoğlu: s.230 vd.; Gözlügül/Poyraz: s.75 vd.; Açıkgül, H. Ali: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.12, S.48, 2021, s.122 ve 137; Aybay, Rona: İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s.162.

¹¹ Resmi Gazete, T. 06.02.1968, S. 12819.

yürürlüğe giren 11 numaralı ek protokol ile doğrudan AİHS metninde, 47 vd. maddelerde, düzenlenmiştir.

“Danışma görüşleri” başlıklı 47. maddeye göre, “1. Mahkeme, Bakanlar Komitesi’nin istemi üzerine, Sözleşme ve protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler konusunda danışma görüşleri verebilir./ 2. Ancak bu görüşler, ne Sözleşme’nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara, ne de Mahkeme veya Bakanlar Komitesi’nin Sözleşme’de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara ilişkin olabilir./ 3. Bakanlar Komitesi’nin Mahkeme’den görüş isteme kararı, Komite’ye katılma hakkına sahip temsilcilerin oy çoğunluğuyla alınır.”. “Mahkeme’nin danışma görüşü verme yetkisi” başlıklı 48. maddeye göre, “Mahkeme, Bakanlar Komitesi’nden gelen görüş isteminin 47. maddede tanımlandığı biçimiyle Mahkeme’nin yetki alanına girip girmediğine karar verir.”. “Danışma görüşlerinin gerekçesi” başlıklı 49. maddeye göre ise “1. Mahkeme’nin verdiği görüş gerekçelidir./ 2. Görüş içeriği, tamamen veya kısmen, yargıçların kanaatlerini oy birliği ile yansıtmadığı takdirde, her yargıç kendi ayrı görüşünü belirtme hakkına sahiptir./ 3. Mahkeme’nin verdiği görüş Bakanlar Komitesi’ne bildirilir.”.

İçtüzük’ün¹² 82. maddesine göre bu kapsamdaki danışma görüşleri konusunda, Sözleşme’nin yukarıda yer verilen hükümlerine ek olarak, İçtüzük’ün 83 vd. maddeleri de uygulanacaktır. Mahkeme ayrıca, uygun gördüğü ölçüde, İçtüzük’ün diğer hükümlerini de uygulayabilir.

2. Amaç, Kapsam ve Usul Yönünden Değerlendirme

2.1. Yetkinin Amacı

AİHM, 2 numaralı ek protokolün hazırlık çalışmaları sürecine atıfla, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na danışma görüşü verme yetkisi tanınmasının, asıl olarak, Komisyon’un mevcut yargılama yetkisini tamamlama amacına yönelik olduğunu belirtmiştir. Diğer bir deyişle amaç, çekişmeli yargılama yetkisi dışında kalan konularda Sözleşme’nin yorumlanmasına ilişkin genel bir yetki sağlamaktır¹³. Buradan hareketle AİHS’in 47. maddesi kapsamında AİHM’e tanınan danışma görüşü verme yetkisinin, AİHM’in devletlerarası başvurular ve bireysel başvurular gibi çekişmeli yargılama işlerinin tamamlayıcısı niteliğinde olduğu söylenebilir.

¹² (https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf, Erişim: 14.04.2023). İçtüzük hükümlerine ilişkin olarak www.echr.coe.int/documents/rules_court_tur.pdf adresinde yer alan Türkçe çevirinin yanı sıra Anayurt’un Fransızca metin üzerinden yapmış olduğu Türkçe çeviriden de yararlanılmıştır [Anayurt, Ömer: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.399-400.].

¹³ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §28.

Danışma görüşü verme yetkisi de mahkemenin yargılama yetkisine dâhildir. AİHS'in "Mahkeme'nin yargı yetkisi" başlıklı 32. maddesinin 1. fıkrasında bu husus açıkça belirtilmiştir. Buna göre, "*Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar.*"¹⁴.

2.2. Yetkinin Kapsamı (Yetki Alanı)

2.2.1. Genel Olarak

Sözleşme'nin 47. maddesinin 1. fıkrasında açıkça yer verildiği üzere danışma görüşünün kapsamı, "*Sözleşme ve protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler*" olarak belirlenmiştir. Ancak bu kapsama, aynı maddenin 2. fıkrasıyla sınırlandırmalar getirilmiştir.

2.2.2. Sınırlandırmalar

Görüşlerin konusunun "hukuki" meseleler" şeklinde belirlenmesi ile -2 numaralı ek protokolün açıklayıcı raporunda da belirtildiği gibi- Mahkeme'nin "politik" meselelere ilişkin herhangi bir yetkisinin olmadığı ve salt yorumun ötesine geçen eklemeler, iyileştirmeler veya düzeltmelerle metnin özünü değiştirme eğiliminde olan meselelerin yetkinin kapsamı dışında tutulduğu vurgulanmaktadır¹⁵.

Görüşler, "*Sözleşme'nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara*" ve "*Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara*" ilişkin olamaz. Anlaşıldığı üzere kapsama, hakların içeriği ve organların karşılaşacağı sorunlar dâhil edilmemiştir¹⁶.

¹⁴ Vurgu bize aittir. Bu doğrultuda Selçuk'un danışma görüşü yetkisinin yargılamaya ilişkin olmadığı görüşüne katılmamaktayız. Bkz. Selçuk, Engin: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Danışma Görüşü Verme Yetkisi: Bilanço ve Perspektifler", Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, C.12, S.4, 2022, s.2405.

¹⁵ Danışma Görüşüne İlişkin 2 Numaralı Ek Protokol'ün Açıklayıcı Raporu, §6. (<https://rm.coe.int/16800c92be>, Erişim: 08.06.2023). Her ne kadar bu tür meselelerin zaten yapısal olarak Mahkeme'nin yetkisi kapsamında olmadığından bahisle "hukuki" şeklindeki vurgulamanın gerekli olmadığı düşünülebilirse de danışma görüşlerinin, Mahkeme'nin birincil yargılama yetkisinin dışında bir yargılama yetkisi olması ve danışma görüşlerinin uluslararası hukukta politik işleve sahip olabilmesi yönü göz önüne alındığında bu vurgulamanın yapılmasının yerinde olduğunu belirtmek gerekir.

¹⁶ Sezer: s.121.

Öğretide ilgili sınırlandırmanın danışma görüşünün etkinliğini azalttığı hatta etkisizleştirdiği ileri sürülmüşse de¹⁷ bu durumun esasen amaç başlığı altında belirtilen husustan kaynaklandığını ve bu hususla tutarlı olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim 47/2. madde ile düzenlenen kapsama yönelik bu sınırlandırma ile danışma görüşü verme yetkisinin, mahkemenin birincil işlevi olan çekişmeli yargılama işlerinin tamamlayıcısı olma niteliğinin ötesine geçerek onun yerini almasının veya ona denk bir yargılama yetkisi niteliği kazanmasının önüne geçilmek istenmiştir. Diğer bir deyişle “Sözleşme’nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlar”ın ve “Mahkeme veya Bakanlar Komitesi’nin Sözleşme’de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlar”ın, yalnızca Mahkeme’nin birincil işlevi olan çekişmeli yargılama işleri -AİHS 33. ve 34. maddeler- kapsamında kaldığı kabul edilmiştir¹⁸.

AİHM de 47. madde kapsamındaki ilk danışma görüşü istemini, istemin söz konusu sınırlandırmaya girdiği gerekçesiyle reddetmiştir. AİHM, 47. madde kapsamında istenebilecek danışma görüşlerinin, AİHM’e yargıç seçimi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’nin Sözleşme kapsamındaki görevleri ve Bakanlar Komitesi’nin kararların uygulanmasına ilişkin görevlerini yerine getirme prosedürü gibi usuli hususlarla ilgili olabileceğini belirtmektedir¹⁹.

2.3. Yetkinin Usulü

Bireysel başvurular ve devletlerarası başvurularda olduğu gibi danışma görüşü için de öncelikli olarak istem gereklidir. Mahkeme’nin isteme yönelik değerlendirmesinin üç aşamada gerçekleştiği söylenebilir. İlk aşama, yargısal süreç öncesi idari süreç; ikinci aşama, yargısal süreç ve üçüncü aşama ise yargısal süreç sonrası idari süreçtir.

2.3.1. İstem Yetkisi ve İstem İçeriği

47. madde kapsamında danışma görüşü isteme yetkisi, maddenin 1. fıkrasına göre, Avrupa Konseyi’nin karar alma organı olan Bakanlar Komitesi’ne aittir. Danışma görüşü istemi, Bakanlar Komitesi’nin bu yönde alacağı yazılı kararlar mümkündür. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre Bakanlar Komitesi’nin bu yönde alacağı karar, Komite’ye katılma hakkına sahip olan temsilcilerin oy çoğunluğuyla alınır. Diğer bir deyişle karar yeter sayısı, Bakanlar Komite’sine katılma hakkına sahip olan temsilcilerin salt çoğunluğudur.

¹⁷ Saçar: s.25.

¹⁸ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §26-27.

¹⁹ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §28; Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §37.

AİHM İçtüzüğü'nün 83. maddesinde Bakanlar Komitesi'nin danışma görüşü istemini içeren kararında bulunması gereken hususlar düzenlenmiştir. Hükümde, Bakanlar Komitesi'nin danışma görüşü istemini içeren yazılı kararında, hakkında görüş istenen sorunun tam ve açık biçimde ortaya konulması gerektiği vurgulanmıştır. Bu amaca yönelik olarak kararda, Mahkeme'nin ihtiyaç duyabileceği açıklamaları yapmak üzere Bakanlar Komitesi tarafından görevlendirilmiş olan kişi veya kişilerin adları ve adresleri yer almalı²⁰; sorunun açıklanmasına hizmet edecek her türlü belgenin karara eklenmesi gerekmektedir. Ayrıca kararda, danışma görüşü isteminin hangi tarihte kabul edildiğine de yer verilmelidir.

2.3.2. AİHM'in Değerlendirme Süreci

2.3.2.1. Yargısal Süreç Öncesi İdari Süreç

Bakanlar Komitesi'nin yapacağı danışma görüşü istemi, AİHM İçtüzüğü'nün 83/1. maddesine göre AİHM Yazı İşleri Müdürlüğü'ne gönderilir. İçtüzük'ün 84. maddesine göre, istemi alan Yazı İşleri Müdürü, istemin ve diğer belgelerin birer kopyasını Mahkeme'nin bütün üyelerine iletir. Ayrıca Sözleşmecilerle taraflara, istem hakkında Mahkeme'ye yazılı görüş sunabileceklerini de bildirir.

İçtüzük'ün 85. maddesine göre Mahkeme Başkanı, yazılı açıklamaların veya diğer belgelerin gönderilmesi için belirli bir süre²¹ tayin eder ve bu süre içerisinde Yazı İşleri Müdürlüğü'ne gönderilen yazılı açıklamalar ile diğer belgelerin birer kopyası, Yazı İşleri Müdürü tarafından Mahkeme'nin bütün üyelerine, Bakanlar Komitesi'ne ve Sözleşmecilerle tarafların her birine iletir²². Yazılı usul böylece tamamlanmış olmaktadır. İçtüzük'ün 86. maddesine göre yazılı usulün tamamlanmasından sonra Mahkeme Başkanı, yazılı açıklamalarını sunmuş olan Sözleşmecilerle taraflara, bu amaçla düzenlenecek bir oturumda açıklamalarını sözlü olarak geliştirmelerine fırsat verilip verilmeyeceğine karar verir²³.

²⁰ Mahkeme'nin ihtiyaç duyabileceği açıklamaları yapmak üzere Bakanlar Komitesi tarafından kimi kişilerin görevlendirilmesi gerekliliği, hakkında görüş istenen sorunun tam ve açık biçimde ortaya konmasına ne denli önem atfedildiğini göstermektedir.

²¹ Şimdiye değin yapılan istemlerde yaklaşık 2-3 ay arasında bir sürenin verildiği görülmektedir [Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §3; Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §3; Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §3.].

²² Sözleşmecilerle tarafların yazılı açıklamaları, son iki danışma görüşü isteminde, İçtüzük'ün ilgili maddesinde sayılmamasına rağmen Parlamenteler Meclisi'ne de iletilmiştir [Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §5; Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §4.]. Bunun sebebi, fikrimizce, hakkında görüş istenen sorunların Parlamenteler Meclisi'nin yaklaşımından kaynaklanması ve doğrudan onu ilgilendirmesidir.

²³ Şimdiye değin yapılan üç istemde de Mahkeme Başkanı, Sözleşmecilerle tarafların açıklamalarının sözlü olarak alınmasına ilişkin bir karar almamış olup Sözleşmecilerle tarafların

2.3.2.2. Yargısal Süreç

48. maddeye göre AİHM, öncelikle, kendisine gelen danışma görüşü isteminin 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girip girmediğini inceleyecektir. Bu inceleme, Mahkeme'nin, bireysel başvurularda konu bakımından yetki (*ratione materiae*) kapsamında yaptığı incelemeye benzetilebilir. Danışma görüşü isteminin kapsama girip girmediğine yönelik incelemeyi yapacak olan yargısal birim, AİHS'in 31/c.²⁴ ve İktüzük'ün 87/1. maddesine²⁵ göre, Büyük Daire'dir.

Danışma görüşü isteminin, 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girmediği sonucuna ulaşırsa nasıl bir yöntem izleneceği AİHS'de doğrudan düzenlenmemiş olup İktüzük'te düzenlenmiştir. Bu durumda Büyük Daire, istemin reddine ilişkin kararı gerekçeli olarak (İktüzük, 87/2. madde) Bakanlar Komitesi'ne ve Sözleşmeciler tarafından her birine bildirecektir (İktüzük 89. madde).

Büyük Daire'nin danışma görüşü isteminin reddine ilişkin kararı, İktüzük'ün 87/2 vd. maddelerinde, “reasoned decision” yani “gerekçeli karar” olarak ayrıca isimlendirilmiştir. İlgili maddelerde “reasoned decision **or** advisory opinion” yani “gerekçeli karar veya danışma görüşü” şeklinde ikili bir ayırım yapıldığı dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, gerekçe ile ilgili olarak, danışma görüşü isteminin reddine ilişkin “gerekçeli karar” ile istemin kabulü hâlinde verilecek olan danışma görüşünün gerekçeli olma zorunluluğunun (AİHS 49/1. madde) birbirinden farklı olduğu belirtilmelidir. Diğer bir deyişle gerek danışma görüşü isteminin reddine ilişkin karar gerek istemin kabulü hâlinde verilecek olan danışma görüşü gerekçeli olmalıdır. Ancak danışma görüşü isteminin reddi hâlinde verilecek olan karar, ayrıca “gerekçeli karar” olarak da isimlendirilmiştir.

Danışma görüşü isteminin, 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girdiğine karar verilirse danışma görüşünü verecek olan yargısal birim yine Büyük Daire'dir. İlgili yargısal birimin Büyük Daire olduğu, İktüzük'ün 88/1. maddesinde açıkça belirtilmiştir. İlgili yargısal birimin Büyük Daire olduğu sonucuna AİHS hükümlerinden de dolaylı biçimde ulaşılabilir. Zira AİHS'in 31/c. maddesi, danışma görüşü isteminin kapsama girip girmediğine yönelik incelemenin yanı sıra istemin kapsama girdiği kanaatine ulaşırsa danışma görüşü verme işini de kapsayacak biçimde anlaşılabilir.

Büyük Daire, gerek danışma görüşü isteminin 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girip girmediğini incelerken gerek “gerekçeli kararını” ya

açıklamalarının yazılı biçimde alınması ile yetinmiştir [Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §5; Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §6; Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §5.].

²⁴ “Büyük daire, (...) 47. madde uyarınca önüne gelen görüş bildirme taleplerini inceler.”

²⁵ “Danışma görüşü istemi hakkında karar vermek üzere bir Büyük Daire oluşturulur.”

da “danışma görüşünü” verirken İçtüzük’ün 24/2-f. maddesine göre aynı maddenin 2-a.²⁶ ve 2-d.²⁷ hükümleri uyarınca oluşturulacaktır.

İstemin kabulü hâlinde verilecek olan danışma görüşünü içeren karar, doğrudan “advisory opinion” yani “danışma görüşü” olarak isimlendirilmiştir. Gerek “gerekçeli karar” gerekse “danışma görüşü”, İçtüzük’ün 88/1. maddesine göre Büyük Daire’nin oy çokluğu ile verilir. Aynı hükme göre oy çokluğunun hangi sayıyla sağlandığı, diğer bir deyişle, çoğunluğu oluşturan yargıç sayısı da kararlarda belirtilir. Söz konusu çoğunluk, Bakanlar Komitesi’nin danışma görüşü isteminde bulunurken aranan çoğunlukla aynıdır.

İçtüzük’ün 88/2. maddesine göre eğer “gerekçeli karar” veya “danışma görüşü”, yargıçların oybirliği ile verilmemişse muhalif her bir yargıç ayrı görüşünü de belirtme hakkına sahiptir. “Danışma görüşü” bakımından bu husus, AİHS’in 49/2. maddesinde de düzenlenmiştir. İçtüzük’ün 88/1B. maddesine göre ise gerek “gerekçeli karar” gerek “danışma görüşü”, her ikisi de eşit derecede geçerliliğe sahip, Mahkeme’nin resmi dilleri olan, Fransızca ve İngilizce olarak verilir.

2.3.2.3. Yargısal Süreç Sonrası İdari Süreç

İçtüzük’ün 89. maddesine göre gerek “gerekçeli karar” gerek “danışma görüşü”, Bakanlar Komitesi ve Sözleşmeciler taraflara önceden haber verilmek suretiyle herkese açık bir oturumda Büyük Daire’nin Başkanı veya Başkan’ın görevlendireceği bir yargıç tarafından Fransızca veya İngilizce resmi dillerinden birinde okunur. Aynı hükme göre aksi takdirde, yani açık oturumda okuma yapılmazsa, kararlar İçtüzük’ün 90. maddesinde belirtilen şekilde tebliğ edilir. Buna göre, “*Yazı İşleri Müdürü onaylı örnekleri Bakanlar Komitesi’ne, Sözleşmeciler taraflara ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne gönderir.*”. Bildirilme hususu, “danışma görüşü” açısından AİHS 49/3. maddede de “*Mahkeme’nin verdiği görüş Bakanlar Komitesi’ne bildirilir.*” biçiminde genel olarak düzenlenmiştir.

²⁶ “Büyük Daire bünyesinde Mahkeme Başkanı ve Başkan Yardımcıları ile Bölüm Başkanları yer almaktadır. Bir Mahkeme Başkan Yardımcısı’nın veya Bölüm Başkanı’nın Büyük Dairede yer alamayacak olması halinde, ilgili Bölümün Başkan Yardımcısı bunların yerini almaktadır.”

²⁷ “Büyük Daire’ye gönderilen her davada Büyük Daire’yi oluşturacak diğer hâkimler ve yedek hâkimler, Mahkeme Başkanı tarafından Yazı İşleri Müdürü’nün huzurunda geri kalan hâkimler arasından kura çekme suretiyle seçilmektedirler. Kura çekme yöntemleri, Sözleşmeciler taraflarda mevcut olan hukuk sistemlerinin çeşitliliğini yansıtan ve coğrafi açıdan dengeli bir oluşumun sağlanmasını temin eden Mahkeme Genel Kurulu tarafından belirlenmektedir.”

Ayrıca İhtüzük'ün 90. maddesine göre, gerek “danışma görüşü” gerek “gerekçeli karar”, Büyük Daire Başkanı ve Yazı İşleri Müdürü tarafından imzalanır ve bu özgün kopya Mahkeme arşivinde saklanır.

3. Şimdiye Değın Verilmiş Danışma Görüşleri

AİHM'e, AİHS 47 vd. maddeleri kapsamında, Bakanlar Komitesi'nce üç adet danışma görüşü isteminde bulunulmuştur. Bu istemlerden ilki, 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. Diğer iki istem hakkında ise kapsama girdiği kabul edilerek “danışma görüşü” verilmiştir.

3.1. Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004

İlk istem, “Bağımsız Devletler Topluluğu İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi (BDT Sözleşmesi)” ile “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin bir arada bulunması sorununa ilişkindir. Sorun, bazı Sözleşmeciler tarafından aynı zamanda BDT Sözleşmesi'nin de tarafı olmasından kaynaklanmaktadır^{28,29}

Parlamente Meclisi'nin tavsiye kararı üzerine Bakanlar Komitesi, insan haklarının korunması noktasında zayıf bir oluşum niteliğindeki BDT Komisyonu'nun³⁰, AİHS'in 35/2-b. maddesi kapsamında “uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm mercii” kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin olarak danışma görüşü isteminde bulunmuştur³¹. AİHS'in ilgili maddesine göre “Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları aşağıda sayılı hallerde ele almaz: (...) Başvuru, Mahkemece daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa.”³².

AİHM ilk olarak, istemde yer alan sorunun AİHS 35/2-b. maddesinin yorumuyla ilgili olduğu gerekçesiyle, istemin “Sözleşme ve protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler konusu” (AİHS 47/1. madde) kapsamında kaldığını tespit etmiştir. Bu tespitin ardından Mahkeme, istemin,

²⁸ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §32.

²⁹ Bu devletlerin iç hukukunda iki sözleşme arasında bağdaşmazlık riskleri oluşabileceği, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nin, iki raporörü bu sorunu incelemek üzere görevlendirmesinden de anlaşılmaktadır [Göçer, Mahmut: “Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu ve Uluslararası Hukuk”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.56, S.3, 2001, s.54.].

³⁰ BDT'ye üye devletler tarafından BDT Sözleşmesi çerçevesinde üstlenilen insan hakları yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğini izlemek üzere kurulan insan hakları komisyonu.

³¹ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §14.

³² Vurgu bize aittir.

47/2. maddede belirtilen kapsama girip girmeyeceğine yönelik incelemesine başlamıştır. Mahkeme'ye göre istemde yer alan sorunun, “Sözleşme'nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili” olmadığı açıktır. Ancak sorunun, “Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlar”dan olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Nitekim bu tür sorunlar, AİHS'in 33. ve 34. maddeleri uyarınca yapılan başvurulara, diğer bir deyişle, çekişmeli yargılama işlerine ilişkin sorunlardır. Mahkeme, ulaştığı bu sonucun, 2 numaralı ek protokolün hazırlık çalışmaları tarafından da desteklendiğini ifade etmiştir. Geçmişte Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, bir merciin “uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm mercii” olup olmadığına yönelik incelemelerinin çekişmeli yargılama işleri kapsamında yapıldığını ve bu tutumun kendisince de desteklendiğini ifade eden AİHM, sonuç olarak, sorunun “Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlar” kapsamında kaldığı ve bu nedenle danışma görüşü verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir³³.

Mahkeme hükmünü açıklamadan önce, yazılı açıklama sunan Sözleşmeci tarafların bazı argümanlarını da değerlendirmiştir. Mahkeme'nin somut istem bakımından danışma görüşü verme yetkisine sahip olduğunu düşünen Malta ve Türkiye, buna gerekçe olarak, somut istemin Mahkeme'nin önünde hâlihazırda bekleyen belirli bir başvuruyla ilişkili olmamasını göstermiştir³⁴. Mahkeme, bu yöndeki yorumun, “(...) Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği (...)”³⁵ hükmünün lafzıyla uyuşmadığını belirtmiştir. Nitekim danışma görüşünün kapsamına yönelik sınırlandırmaların amacı, sonradan Sözleşme'nin 33. veya 34. maddeleri uyarınca yapılan başvurularda karşısına çıkabilecek sorunların çözümüne engel bir durum oluşmamasıdır ve böyle bir başvurunun yapılmamış veya yapılamayacak olmasının bu bağlamda bir önemi yoktur³⁶.

3.2. Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008

İkinci danışma görüşü, Sözleşmeci tarafların, Parlamenterler Meclisi'ne, AİHM'e seçilmek üzere sunduğu yargıç listesiyle ilgilidir³⁷. Süreç özetle şu

³³ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §24-35.

³⁴ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §23.

³⁵ Vurgu bize aittir.

³⁶ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §33.

³⁷ Arsava, AİHM'den bu hususta danışma görüşü isteminde bulunulabilmesini ilginç olarak nitelemiştir [Arsava, A. Fusun: “AİHM'nin İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.9, S.35, 2018, s.27.]. Hâlbuki

şekilde ilerlemiştir³⁸: Malta'nın Parlamenterler Meclisi'ne sunduğu liste, tamamı erkeklerden oluştuğu gerekçesiyle, Meclis tarafından reddedilmiştir. Nitekim Meclis'in muhtelif kararlarıyla Sözleşmeciler tarafından Meclis'e sunulan listelerde her cinsiyetten en az bir adayın olması şartı getirilmiştir. Malta, yargıçların niteliklerini düzenleyen Sözleşme'nin 21. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirdiğini ve Sözleşme'nin kendisinde cinsiyet dengesi hakkında hiçbir hüküm bulunmadığını belirterek itiraz etmiş ancak Meclis görüşünü değiştirmemiştir. Bunun üzerine Malta'nın talebiyle Bakanlar Komitesi şu iki sorun hakkında AİHM'den danışma görüşü isteminde bulunmuştur³⁹:

1) Sözleşme'nin 21. maddesinde belirtilen niteliklere uygun bir yargıç listesi, sırf cinsiyet dengesine ilişkin problem nedeniyle reddedilebilir mi?

2) 1366 (2004) ve 1426 (2005) sayılı kararlar, Meclis'in, Sözleşme'nin 21. maddesinde belirtilen niteliklere uygun bir yargıç listesini veya bu listedeki bir ismi yalnızca maddede belirtilen kriterler temelinde reddetme yetki ve sorumluluklarını ihlal ediyor mu?

Mahkeme öncelikle sorunların politik mi yoksa hukuki bir nitelik mi arz ettiği meselesi üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre sorunlar, Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin olup politik değil, hukuki niteliktedir. Bu yüzden 47/1. maddede yer verilen “*hukuki meseleler*” şartı sağlanmaktadır. Sorunların, 47/2. maddede belirtilen kapsam dışı alana girmediği de açıktır. Kısaca mahkeme, ilk danışma görüşü isteminde olanın aksine, sorunların danışma görüşü verme yetkisinin kapsamı içinde olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁰.

Danışma görüşü isteminin 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girdiği sonucuna ulaşan AİHM, öncelikle listede gösterilen adaylara ilişkin olarak Meclis'in ortaya koyduğu tek kriterin cinsiyet olmadığını; bundan önce adayların Fransızca ve İngilizce dillerinden en az birini çok iyi derecede bilmesine yönelik kriter koyduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre yargıçların niteliklerini düzenleyen Sözleşme'nin 21. maddesinde bu husus açıkça belirtilmese de bu kriterin ilgili maddeden zımnen kaynaklandığı ve bir anlamda onu daha ayrıntılı olarak açıkladığı meşru olarak kabul edilebilir. Benzer şekilde her ne kadar cinsiyet eşitliğinin sağlanması noktasında ortak bir anlayış mevcut ve meşru olsa da bu yönde getirilecek bir şart, 21/1. maddede öngörülen hukukçu olma şartı

AİHM, zaten bu kapsamdaki ilk istemde, istemin ilişkin olabileceği örnek konular arasında yargıç seçimini de saymıştır.

³⁸ Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §8-14.

³⁹ Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §7.

⁴⁰ Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §38-40.

bazı devletlerde hukukla iştil eden kişilerin sayısının az olması gerçeği ile birlikte düşünüldüğünde, devletleri kendi vatandaşlığında olmayan adayları listeye sokmaya zorlayacaktır. Bu da devletlerin egemenliğine aykırı olacağı gibi bu yöndeki kadim prensibi de zedeleyecektir. Eğer bu yönde bir şart getirilecekse bunlar Sözleşme çerçevesinde yapılmalıdır. Sonuç olarak AİHM, yargıç listesinin sırf cinsiyet dengesinde problem olduğu gerekçesiyle reddedilmesi yönündeki uygulamayı AİHS ile uyumlu görmemiştir⁴¹.

3.3. Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010

Üçüncü danışma görüşü de Sözleşmeciler tarafların AİHM'e seçilmek üzere sunduğu yargıç listesiyle ilgilidir. Ukrayna'nın sunduğu listede adaylardan biri kişisel sebeplerden ötürü adaylıktan çekilmiştir. Ukrayna bunun üzerine ve ek bazı sebeplerle tüm listenin çekildiğini duyurmuştur. Parlamenterler Meclisi, listenin geri çekilmesini haklı gösterecek hiçbir istisnai durum bulunmadığından Ukrayna'nın tamamen yeni bir liste değil, çekilen aday yerine yeni bir aday sunması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Ukrayna'nın talebi üzerine Bakanlar Komitesi şu sorunlar hakkında danışma görüşü isteminde bulunmuştur⁴²:

1) (a) Sözleşmeciler tarafı sunduğu yargıç listesini geri çekip bunun yerine yeni bir liste sunabilir mi? Öyleyse bunun için herhangi bir süre sınırı var mıdır?

(b) Geri çekilen listedeki adaylar, Sözleşme'nin 22. maddesi bağlamında aday gösterilmiş olarak kabul edilebilir mi?

(c) Parlamenterler Meclisi, geri çekilen listenin yerine sunulan yeni listeyi dikkate almak zorunda mıdır?

2) (a) Parlamenterler Meclisi'ne sunulan listedeki bir aday, Meclis listeyi oylamadan önce Sözleşmeciler tarafı geri çekilirse, Sözleşmeciler tarafı listeyi tamamlamak için çekilen aday yerine yeni bir aday mı sunmalıdır yoksa baştan yeni bir liste sunabilir mi?

⁴¹ Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §47-54. AİHM'in, bu görüşüyle, kendi ve kendi gibi uluslararası yargı yerlerine üye seçilirken cinsiyet dengesinin dikkate alınması gerekliliği konusunda öncü olabilme fırsatını teptiği yönündeki eleştiriler için bkz. Gyekye, Akua: "Introductory Note to Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning The Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights", International Legal Materials, C.47, S.4, 2008, s.518-520.

⁴² Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §7-18.

(b) 1432 (2005) sayılı Karar'ın ekinin 1. ve 2. paragraflarında yer alan şartlar⁴³, Sözleşme'nin 21. maddesinde aranan şartları sağlayan bir listenin Meclis tarafından dikkate alınmasına ilişkin yükümlülüğünü ihlal ediyor mu?

AİHM, istemde yer alan sorunların yetkisi kapsamında olup olmadığına yönelik incelemesinde 2-b dışındaki tüm sorunların, ikinci danışma görüşündekine benzer biçimde “hukuki” nitelikte olduğu gerekçesiyle, yetkisi kapsamında olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁴.

Mahkeme'nin yetkisi kapsamında gördüğü 1-a, 1-b ve 1-c sorunlarına ilişkin danışma görüşü özetle şu şekildedir: Sözleşmeciler taraflar egemenlik yetkilerinin bir sonucu olarak sundukları yargıç listelerini geri çekebilir. Ancak Sözleşmeciler tarafların herhangi bir kısıtlama veya şart olmaksızın sunulan listeyi geri çekmelerine izin verilmesi seçim sürecinin normal işleyişi ile uyumlu olmayacağından listenin geri çekilmesi için bir süre sınırı konulmalıdır. Buna göre Parlamenterler Meclisi'ne sunulmaları için belirlenen son tarihe kadar yargıç listeleri geri çekilebilir; bu tarihten sonra artık listelerin geri çekilmesi mümkün olmayacaktır. Bu değerlendirmeden hareketle geri çekme işlemi eğer söz konusu süre sınırına uyularak yapılmışsa geri çekilen listedeki adayların 22. madde bağlamında aday olarak gösterildiği de kabul edilemez (1-b). Benzer şekilde geri çekme işlemi eğer söz konusu süre sınırına uyularak yapılmışsa yeni listenin Parlamenterler Meclisi tarafından dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır (1-c)⁴⁵. Yine söz konusu değerlendirmeden hareketle 2-a sorununa ilişkin olarak ise şu sonuca ulaşılmıştır: Eğer yargıç listesindeki aday, süre sınırına uyularak geri çekilmişse listeyi tamamlamak üzere onun yerine yeni bir aday sunulabileceği gibi baştan yeni bir liste de sunulabilir. Aksi durumda ise yalnızca onun yerine yeni bir aday sunulabilir⁴⁶.

⁴³ “1. Parlamenterler Meclisi'ne sunulan bir yargıç listesi kural olarak değiştirilmemelidir. Meclis, ilgili hükümetin inisiyatifıyla listenin kısmen veya tamamen değiştirilmesini ancak istisnai olarak kabul eder./ 2. Yargıçlık veya İnsan Hakları Komiserliği için bir listedeki üç adaydan birinin ilk oylamadan önce çekilmesi durumunda Meclis, işlemi durdurur. Meclis, bu gibi durumlarda, yargıçlar açısından ilgili hükümetten; komiserler açısından Bakanlar Komitesi'nden aday listesinin tamamlanmasını isteyecektir.” [Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §21.].

⁴⁴ Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §31-34. Mahkeme, 2-b sorununa ilişkin danışma görüşü verdiği takdirde sorunda belirtilen ilgili hükümlerin Sözleşme ile uyumluluğunun değerlendirilmesi gibi bir sonuç doğacağından bu sorunun yetkisi kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir.

⁴⁵ Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §47-50.

⁴⁶ Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §57.

III. Oviedo Sözleşmesi Kapsamında Danışma Görüşü Verme Yetkisi

Oviedo Sözleşmesi kapsamında danışma görüşü verme yetkisine ilişkin hukuki düzenlemeler, yetkinin amacı, kapsamı ve usulü hususlarına ilişkin açıklamalara geçmeden önce, bu başlıkta, AİHS'in 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine ilişkin açıklamalarda izlenen sistematikten yer yer ayrılacağımızı belirtmeliyiz. Zira amaç, kapsam ve usul konusunda AİHS'in 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisinde olduğu gibi yeterli açıklıkta hukuki düzenleme mevcut değildir. Yetkinin amaç, kapsam ve usulünün çerçevesi AİHM'in 2021 tarihli ilk ve tek kararında çizilmiştir. AİHM, kapsam ve usul hususunda AİHS'in 47 vd. maddelerini ve ilgili İçtüzük hükümlerini kıyasen uygulamıştır. Bu nedenle Oviedo Sözleşmesi kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine yönelik detaylı açıklamalarımız, büyük oranda, konuya ilişkin referans alınabilecek tek ölçüt olan AİHM'in söz konusu kararı çerçevesinde ve kararda izlenen sistematığe göre yapılacaktır.

3 Aralık 2019 tarihli yazıyla Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi Başkanı, Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesi çerçevesinde, Biyoetik Komitesi'nin AİHM'den şu soruları içeren danışma görüşü talebini AİHM Başkanı'na iletmiştir:⁴⁷

1) Oviedo Sözleşmesi'nin "ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne saygı gösterilmesini güvence altına alma" amacı (1. madde⁴⁸) doğrultusunda, bir üye devletin asgari koruma gereklerini karşılaması için 7. maddede⁴⁹ bahsi geçen "koruyucu koşullar" hangileridir?

2) İlgili kişinin rızası olmadan ve başkalarını ciddi zararlardan korumak amacıyla (7. madde kapsamında olmayıp 26 (1).⁵⁰ madde kapsamında olan) yapılan zihinsel bozukluk tedavisi

⁴⁷ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §1.

⁴⁸ "Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır. (...)"

⁴⁹ "Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilir."

⁵⁰ "Bu Sözleşmede yeralan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır."

durumunda, soru 1’de belirtilenlerle aynı koruyucu koşullar mı geçerli olmalıdır?

AİHM, yetkinin kapsamına yönelik değerlendirmesinde, istemin yetkinin kapsamı dışında kaldığı sonucuna ulaşmış ve bu gerekçeyle istem hakkında görüş verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir. Bu karar, Mahkeme’nin kuruluşunu ve yargılama yetkisini düzenleyen ana sözleşme (AİHS) dışında başka bir sözleşme ile Mahkeme’ye yargılama yetkisi tanınıp tanınmayacağı sorununa ilişkin tartışmaları içermesi ve Mahkeme’nin bu soruna yönelik yaklaşımını ortaya koyması bakımından da ayrı bir öneme sahiptir.

1. Hukuki Düzenlemeler

AİHM’in AİHS kapsamı dışındaki danışma görüşü verme yetkisinin düzenlendiği “Oviedo Sözleşmesi”nin “Sözleşmenin yorumu ve izlenmesi” başlıklı 11. bölümü içinde yer alan “Sözleşmenin yorumu” başlıklı 29. maddesine göre,

“Avrupa İnsan Hakları Divanı,

-Taraflardan birinin, diğer Taraflara bilgi verdikten sonra iletceği,

-32. Maddeye göre Sözleşme Taraflarının Temsilcileriyle kısıtlı bir şekilde oluşturulan Komitenin, kullanılan oyların üçte iki çoğunluğuyla alacağı karara dayalı talepler üzerine,

bir mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunmaksızın, işbu Sözleşme’nin yorumuna ilişkin hukukî sorunlar hakkında istişarî nitelikte görüş bildirebilir.”⁵¹

AİHM İçtüzüğü’nde, AİHS 47 vd. maddeler ve 16 numaralı ek protokol kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkilerinden farklı olarak, Oviedo Sözleşmesi kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

2. Amaç, Kapsam ve Usul Yönünden Değerlendirme

2.1. Yetkinin Amacı

Sözleşme, biyoetik sorunlarını ve temel ilkelerini insan hakları hukuku çerçevesine oturtan ilk bağlayıcı insan hakları belgesi olma niteliğine sahip olup biyoloji ve tıbbın uygulanmasını insan haklarının konusu hâline getirmiştir⁵².

⁵¹ Resmi Gazete, T. 20.04.2004, S. 25439.

⁵² Katoğlu, Tuğrul: “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.1, 2006, s.189.

Sözleşme'nin amacı ve konusu, 1. maddede, “*tüm insanlığın haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almak*” olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda Sözleşme'nin AİHS ile birçok ortak noktasının olduğunu söylemek mümkündür. Sözleşme'nin 29. maddesine ilişkin olarak Açıklayıcı Rapor'da yer alan “*Bu Sözleşme, bireylere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde dava açma hakkını tek başına vermez. Bununla birlikte, bu Sözleşme'de yer alan hakların ihlali niteliğindeki olaylar, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklardan birinin de ihlalini teşkil ediyorsa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki yargılamalarda dikkate alınabilir.*”⁵³ şeklindeki ifade de Sözleşme ile AİHS'in birçok ortak noktasının olduğu gerçeğini pekiştirmektedir⁵⁴. Nitekim Sözleşme kapsamında AİHM'den danışma görüşü isteminde bulunulabilmesi tek başına Sözleşme ile AİHS arasındaki sıkı bağı teyit etmektedir⁵⁵. Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'nun 9. maddesinde de bu durum, “*İki Sözleşme yalnızca aynı temel yaklaşımı değil, aynı zamanda birçok etik ilkeyi ve hukuki kavramı da paylaşmaktadır. Aslında bu Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan bazı ilkeleri detaylandırmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir⁵⁶.

İşte her iki sözleşmenin paylaştığı birçok ortak hukuki kavramın tek tip yorumunu teşvik etmek ve bunların farklı yorumlanmasını önlemek amacıyla

Bu nitelikte bir metin hazırlanmasının altında yatan temel motivasyon, Sözleşme'nin başlangıç kısmında yer alan ifadelerle de atıfla Kök tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: “*Böyle bir hukuki metin hazırlanmasının gerekçelerinden birisi, belki de en önemlisi Sözleşme hükmünden de anlaşılacağı üzere tıptaki gelişmelerin özellikle tıp uygulamasına büyük olanaklar sağlayan biyolojide ve biyoloji alt alanı olan genetikte görülen gelişmelerin kötüye kullanılmasının, insan onurunu ve insan temel hak ve özgürlüklerini tehlikeye sokacak eylemlere neden olabilecek tehdit düzeyine vardığı/varabileceği endişesidir.*” [Kök, A. Nezih: “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, S.1, 2018, s.155].

⁵³ Oviedo Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, §165.

⁵⁴ Öğretide, Oviedo Sözleşmesi ile AİHS'in birbirinden farklı iki sistemi barındırdığı ve bundan dolayı temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından iki sözleşmenin bağdaştırılmasının sağlayacağı pratik yararın oldukça az olacağını savunan görüşler de vardır. Bu konuda bkz. Seatzu, Francesco/Fanni, Simona: “The Experience of The European Court of Human Rights with The European Convention on Human Rights and Biomedicine”, Utrecht Journal of International and European Law, C.31, S.81, 2015, s.7.

⁵⁵ Seatzu/Fanni: s.7.

⁵⁶ Oviedo Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, §9. <https://rm.coe.int/1680a8e4d0>, Erişim: 24.08.2023.

Sözleşme'nin 29. maddesi ile AİHM'den danışma görüşü isteme imkânı getirilmiştir⁵⁷.⁵⁸

2.2. AİHM'in Yargılama Yetkisine Sahip Olup Olmadığı Sorunu

AİHS'in "Mahkeme'nin kuruluşu" başlıklı 19. maddesi⁵⁹ ile "Mahkeme'nin yargı yetkisi" başlıklı 32. maddesinin⁶⁰ açık hükümleri karşısında AİHM'e AİHS dışında bir sözleşme ile yargılama yetkisi tanınması çetrefilli bir tartışmaya neden olmaktadır. Zira Oviedo Sözleşmesi, ne "bu" (AİHS) sözleşmedir ne de onun protokolüdür. Kaldı ki AİHS'in 32. maddesinin 2. fıkrası⁶¹ da 1. fıkra kapsamındaki yargılama yetkisine ilişkin ihtilaflara ilişkindir.

Kendisine AİHS dışında bir sözleşme ile yargılama yetkisi tanınmış olması sorununun farkında olan AİHM de Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki danışma görüşü istemine ilişkin ilk ve tek kararında ilk olarak bu sorunu ele almıştır⁶². Mahkeme, Oviedo Sözleşmesi'nin taslağının hazırlanması sürecine atıfta bulunarak Mahkeme'ye danışma görüşü verilmesi yönündeki öneriyi Mahkeme'nin ve diğer paydaşların olumlu karşıladığını, yetkinin düzenlenişi yönünden de Mahkeme'nin o dönemki 2 numaralı ek protokol (şimdiki AİHS 47 vd. maddeler) modelini önerdiğini hatırlatmıştır⁶³.

⁵⁷ Katoğlu, Sözleşme ile AİHM'e danışma görüşü verme yetkisinin tanınmasını, Sözleşme'nin taraf devletler açısından bağlayıcılığını pekiştiren bir unsur olarak değerlendirmiştir. Bkz. Katoğlu: s.165.

⁵⁸ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §14, 44.

⁵⁹ "**Bu Sözleşme ve protokolleri** gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle 'Mahkeme' olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. (...)"

⁶⁰ "1. Mahkeme'nin yargı yetkisi, **33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin** yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar. (...)"

⁶¹ "Mahkeme'nin yetkili olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda, kararı Mahkeme verir."

⁶² Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §29 vd.

⁶³ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §14, 15, 35. Mahkeme'nin yargılama yetkisine sahip olup olmadığı konusunda sözleşmeci taraflardan ve müdahil kuruluşlardan da görüş alınmıştır. Bazı ülkeler, Mahkeme'nin yargılama yetkisinin yalnızca AİHS ve protokolleri ile sınırlı ve onlara tabi olduğu, ancak AİHS'de değişiklik yapılması veya yeni protokoller yürürlüğe koymak suretiyle Mahkeme'ye yeni bir yetkinin tanınabileceği, AİHS ile ne kadar yakından bağlantılı olsa da bunun başka bir sözleşme ile yapılamayacağı yönünde görüş bildirmiştir. Ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin, bir andlaşmanın üçüncü bir devlete rızası olmadan hak ve yükümlülük yaratamayacağı yönündeki hükmü hatırlatılmıştır. Bir kısım ülke ise Mahkeme'nin yargılama yetkisine sahip olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu ülkeler Oviedo Sözleşmesi'nin Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanmış olmasına, Mahkeme'nin daha önce çeşitli kararlarında bu sözleşmeye atıfta bulunmasına, AİHS ile yakından ilgili bir sözleşme olmasına ve

Söz konusu yetkinin ana sözleşmede (AİHS) açıkça düzenlenmemiş olmasını AİHS'in bu konuda sessiz kalması şeklinde yorumlayan Mahkeme, AİHS'in 19. ve 32. maddelerinin Mahkeme'ye AİHS dışında bir sözleşme ile yargı yetkisi tanınmasına engel olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, kendisine yargı yetkisinin tanındığı sözleşmenin, Avrupa Konseyi bünyesinde akdedilmiş ve AİHS ile çok sayıda ortak hukuki kavram ve ilkeyi paylaşan bir insan hakları sözleşmesi olmasına da ayrıca önem atfetmiştir. Sonuç olarak AİHM, Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesi çerçevesinde yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vererek yetkinin kapsam ve usulünü belirleme aşamasına geçmiştir⁶⁴.

2.3. Yetkinin Kapsamı (Yetkinin Alanı)

2.3.1. Genel Olarak

Sözleşme'nin 29. maddesinin son cümlesinde açıkça yer verildiği üzere danışma görüşünün kapsamı, *“işbu Sözleşme'nin yorumuna ilişkin hukukî sorunlar”* olarak belirlenmiştir. Ancak 2021 tarihli ilk ve tek kararında AİHM, hükümde açıkça yer almayan çeşitli sınırlandırmalar uygulamıştır.

2.3.2. Sınırlandırmalar

Görüşlerin konusu, AİHS 47 vd. maddelerde düzenlenen danışma görüşü yetkisinde olduğu gibi ve aynı amaçla⁶⁵ *“hukukî sorunlar”* olarak belirlenmiştir. Hakkında görüş istenen hukuki sorunun *“bir mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunmaması”* gerekmektedir. Hükümde bu koşul dışında kapsamı sınırlandıran bir unsur yer almamaktadır. Anlaşılacağı üzere hükümde, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetkiye yönelik *“hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara”* ve *“Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara”* ilişkin olmama benzeri bir sınırlandırma mevcut değildir. Ancak Mahkeme, hükümde açıkça yer

Sözleşme'nin hazırlanması sürecinde 29. maddeye yönelik yaygın desteğe değer atfetmiştir. Ayrıca söz konusu yetkinin çekişmeli bir yargılama işlemi olmadığından AİHS hükümlerini etkilemeyeceğine de dikkat çekmiştir. Ancak bu yetki açısından AİHS 47 vd. maddelerde öngörülen sınırlamaların uygulanmaması gerektiği, aksi takdirde Sözleşme'yi hazırlayanların açık amaçlarının göz ardı edilmiş olacağı ve 29. maddenin etkinliğinin zedeleneyeceği ifade edilmiştir. Diğer ülkeler ve müdahil kuruluş ise Mahkeme'nin yargılama yetkisine sahip olduğu kanaatini taşımakla birlikte AİHS 47/2. maddede öngörülen sınırlandırmaların bu yetki açısından da uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür (Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §37-40).

⁶⁴ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §41-46.

⁶⁵ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §48.

almamasına rağmen AİHS 47/2. maddede yer alan sınırlandırmaları bu yetki açısından da uygulamıştır.

Mahkeme öncelikle her iki maddenin terminolojisindeki benzerliğe dikkat çekerek Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesi düzenlenirken AİHS 47/1. maddenin lafzından açıkça yararlanıldığını tespit etmiştir. Ardından Oviedo Sözleşmesi taslağının hazırlanması sürecinde Mahkeme'nin, bu yetkinin düzenlenişi açısından ön karar usulünün uygun olmayacağı yönündeki görüşünü ve o dönem 2 numaralı ek protokoldeki (şimdiki AİHS 47 vd. maddeler) modellemeyi önerdiğini hatırlatmış; yetkinin kapsamını da bu doğrultuda belirlemiştir. Nitekim Mahkeme'ye göre, aksi takdirde, Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki yetkinin AİHS kapsamındaki çekişmeli yargılama yetkisinin kullanılması üzerinde etkisi olabilecektir. Böyle bir etki ise, bu kapsamda yapılmış veya sonradan yapılacak bir bireysel veya devletlerarası başvurunun incelenmesine zarar verebilecek pozisyon benimsenmesi ihtimalini doğurabileceğinden, arzu edilmemektedir. Zira çekişmeli yargılama yetkisi, Mahkeme'nin en üstün işlevidir ve dikkatle korunmalıdır. Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisi, AİHS kapsamındaki yargılama yetkisiyle ve her şeyden önce çekişmeli yargılama yetkisiyle uyumlu işlemelidir⁶⁶. Özetle AİHM, AİHS 47 vd. maddelerde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine yönelik sınırlandırmaların amacı ışığında, aynı endişenin bu yetki açısından da geçerli olduğu gerekçesiyle ilgili hükmün lafzında yer alan sınırlandırmaya ek olarak AİHS 47/2. maddedeki sınırlandırmaları da uygulamaya karar vermiştir.

Yetkinin kapsamı çizildikten sonra ise mevcut talebin değerlendirilmesi aşamasına geçilmiştir. Mahkeme ilk olarak 29. maddenin açık hükmünde yer alan "*bir mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunmama*" şartının sağlandığını teyit etmiştir. Ancak mevcut isteme ilişkin verilecek görüşün Oviedo Sözleşmesi kadar AİHS'in kendisini de etkileyeceğini saptamıştır. Diğer bir deyişle istemde yer alan sorunun AİHS 47/2. maddede yer alan sınırlandırmalar kapsamında kaldığı ve bu sorulara yönelik verilecek cevabın AİHS kapsamındaki çekişmeli yargılama yetkisini engelleme potansiyeli taşıdığı sonucuna ulaşan Mahkeme, danışma görüşü verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir⁶⁷.

Ancak bu karar Mahkeme'nin oybirliğiyle alabildiği bir karar olmamıştır. Karşı oyda, Mahkeme çoğunluğunun yetkinin kapsamını belirlemeye yönelik yaklaşımı eleştirilmiştir. Karşı oyu kaleme alan yargıçlar, Mahkeme'nin yargılama yetkisine sahip olduğu hususunda çoğunluk ile aynı fikri paylaşmakla beraber Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki yargılama yetkisi ile AİHS

⁶⁶ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §47-55.

⁶⁷ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §64-71.

kapsamındaki çekişmeli yargılama yetkisi arasında çoğunluğun kurduğu tarzda bir ilişki kurmanın doğru olmadığı düşüncesindedir. Her iki yargılamanın amacı, en azından biçimsel olarak, tamamen farklıdır. Oviedo Sözleşmesi daha özerk yorumlanmalıdır; bu Sözleşme, her ne kadar AİHS ile yakından ilgili olsa da onun eki değildir ve kendine özgü mantığı olan ayrı bir sözleşmedir. Hâliyle AİHS 47/2. maddede yer alan ve AİHS'in doğasından kaynaklanan bu sınırlandırmalara tâbi olamaz. Ayrıca Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesinin lafzı da oldukça açıktır. Hükümde AİHS 47/2. maddede öngörülen nitelikte bir sınırlandırma yer almamaktadır. Hakkında danışma görüşü talep edilen sorunun *bir mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunmaması* ve *Oviedo Sözleşmesi'nin yorumuna ilişkin hukukî sorunlar hakkında* olması yeterlidir. Söz konusu yetkinin amacı doğrultusunda düşünüldüğünde de bu tarz bir yaklaşımın, beklenenin aksine sonuç doğuracağı ortadadır. Zira Mahkeme, bu yetki kapsamında, çekişmeli yargılama işlerinde ortaya çıkabilecek sorunları inceleyemeyecekse tek tip yorum da desteklenemeyecektir⁶⁸.

2.4. Yetkinin Usulü

Oviedo Sözleşmesi'nde yetkinin usulüne ilişkin özel kurallar yer almamaktadır. AIHM İçtüzüğü'nde de herhangi bir hükme rastlamak mümkün değildir. Mahkeme, bu durum karşısında yetkinin usulünü belirleyecek olanın yine kendisi olduğu sonucuna ulaşarak⁶⁹, kıyasen, İçtüzük'ün AİHS'in 47 vd. maddelerine ilişkin 82-90. madde hükümlerini uygulamıştır⁷⁰. Mahkeme'nin bu kurallar çerçevesinde analogi yöntemine başvurması, yetkinin kapsamına yönelik sınırlandırmalar belirlenirken ortaya konan gerekçelere dayanmaktadır.

AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisinde olduğu gibi bu yetki açısından da Mahkeme'nin istemi değerlendirecek olan birimi Büyük Daire'dir (İçtüzük 87/1 ve 88/1. madde).

Danışma görüşü istem yetkisi ise Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesine göre, “32. Maddeye göre Sözleşme Taraflarının Temsilcileriyle kısıtlı bir şekilde oluşturulan Komite”ye aittir. Sözleşme'nin 32/1. maddesine göre “İşbu Madde ve 29. Madde ile 'Komite'ye verilen görevler Biyoetik Yürütme Kurulu (CDBI) veya Bakanlar Komitesi tarafından tayin edilecek herhangi başka bir komite tarafından yerine getirilecektir”. Bu doğrultuda istem yetkisi Biyoetik Yürütme Kurulu'na aittir. Ancak 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren Biyoetik Yürütme Kurulu, yerini, Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi'ne (DH-BIO) bıraktığından istem yetkisi, başvurunun yapıldığı tarihte, Biyoetik Komitesi'ne (DH-BIO) aittir. Biyoetik Komitesi ise 1 Ocak 2022 tarihi itibarıyla yerini Biyotıp ve Sağlık

⁶⁸ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, Joint Dissenting Opinion.

⁶⁹ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §45.

⁷⁰ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §3.

Alanında İnsan Hakları Yürütme Komitesi'ne bırakmıştır⁷¹. Diğer bir deyişle yeni bir danışma görüşü isteminin yetkili organı Biyotıp ve Sağlık Alanında İnsan Hakları Yürütme Komitesi'dir. Sözleşme'nin 29. ve 32/2. maddesi⁷² uyarınca Komite'nin, danışma görüşü isteminde bulunurken, Sözleşme taraflarının temsilcileriyle teşekkül etmesi ve kararını kullanılan oyların üçte iki çoğunluğuyla alması gerekmektedir.

Özetle İçtüzük'ün, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine ilişkin özel usul kurallarını içeren, 82-90. maddeleri gerek yargısal süreç öncesi idari süreç gerek yargısal süreç ve gerekse de yargısal süreç sonrası idari süreç açısından *mutadis mutandis* bu yetki açısından da uygulanmıştır.

SONUÇ

AİHM'in yargılama yetkisinin birincil kısmını, bireysel ve devletlerarası başvurulardan oluşan çekişmeli yargılama işleri oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra danışma görüşü verme yetkisi de Mahkeme'nin yargılama yetkisine dâhil olup yargılama yetkisinin ikincil kısmını oluşturmaktadır. AİHM'in üç tür danışma görüşü verme yetkisinden en eskisi olan Sözleşme'nin 47 vd. maddeleri kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisi, istem yetkisine sahip olan merciinin yalnızca Bakanlar Komitesi ile sınırlandırılmasının yanı sıra kapsamının oldukça sınırlı biçimde düzenlenmiş olması nedeniyle oldukça dar kapsamlı bir yetki niteliğindedir⁷³. Nitekim Mahkeme de verdiği ilk danışma görüşünde, görüş verebileceği hususların, yargıç seçimi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin Sözleşme kapsamındaki görevleri ve Bakanlar Komitesi'nin kararların uygulanmasına ilişkin görevlerini yerine getirme prosedürü gibi usuli hususlarla ilgili olabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, ilk istemi de hakkında danışma görüşü istenen sorunun yargılama yetkisinin birincil kısmını oluşturan çekişmeli yargılama işleriyle çözülebilecek sorunlardan olması nedeniyle reddetmiştir. Diğer iki istem ise Sözleşmeciler tarafından AİHM'e seçilmek üzere

⁷¹ (<https://www.coe.int/en/web/bioethics/cdbio>, Erişim: 09.09.2023).

⁷² “29. Madde'nin özel hükümlerine zarar gelmeksizin, Avrupa Konseyine üye Devletlerden her biri ve bu Sözleşme'nin Avrupa Konseyi üyesi olmayan Taraflarının her biri Komite bu Sözleşme tarafından verilen görevleri yerine getirirken Komite'de temsil edilebilecek ve bir oy hakkına sahip olacaktır.”

⁷³ Selçuk: s.2405; Sezer: s.120; Open Society Justice Initiative, Legal Briefing: Implementing ECHR Protocol 16 on Advisory Opinions, (2016), (<https://www.justiceinitiative.org/publications/implementing-echr-protocol-16-advisory-opinions>, s.4, Erişim: 05.01.2023). 2 numaralı ek protokol bakımından yapılan aynı yöndeki değerlendirme için bkz. Beddard, Ralph: “The Second Protocol to the European Convention of Human Rights Author”, The International and Comparative Law Quarterly, C.13, S.1, 1964, s. 258.

sunulan yargıç listeleriyle ilgili olup Mahkeme, bu istemler hakkında görüş vermiştir.

AİHM'in AİHS kapsamı dışındaki danışma görüşü verme yetkisi ise "Oviedo Sözleşmesi"nin 29. maddesinde düzenlenmiştir. Oviedo Sözleşmesi ile AİHS arasında sıkı bir bağ mevcuttur ve bu sözleşme ile de AİHM'e danışma görüşü verme yetkisi tanınmasının amacı, her iki sözleşmenin paylaştığı ortak hukuki kavramların tek tip yorumunu teşvik etmek ve bunların farklı yorumlanmasını önlemektir. Bu kapsamdaki ilk ve tek isteme yönelik 2021 tarihli kararında AİHM, öncelikle yargılama yetkisine sahip olup olmadığını tartışmıştır. Tartışma, Mahkeme'ye AİHS dışında bir sözleşme ile yargılama yetkisi tanınmasından kaynaklanmaktadır. Yargılama yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşan Mahkeme, yetkinin usulünü düzenleyen özel kuralların eksikliği karşısında, kıyasen, AİHM İçtüzüğü'nün -AİHS 47 vd. maddelerine ilişkin- 82-90. maddelerini; bunun yanı sıra yetkinin kapsamını belirlerken de Oviedo Sözleşmesi'nin metninde yer almamasına rağmen AİHS 47/2. maddede düzenlenen sınırlandırmaları uygulamıştır. Mahkeme'nin gerekçesi, birincil yargılama işlevi olan çekişmeli yargılama işlevine hanel gelmemesi olmuştur. Karşı oyunda Mahkeme çoğunluğunun bu yaklaşımına yönelik eleştirilerin yer aldığı kararında AİHM, Biyoetik Komitesi'nin, Sözleşme'nin "Akıl hastalığı olan kişilerin korunması" başlıklı 7. maddesine ilişkin isteminin söz konusu sınırlandırmalara girdiği gerekçesiyle danışma görüşü verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir. Sözleşme'nin ilgili maddesinin metninde AİHS'in 47 vd. maddeleri kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisi kadar dar kapsamlı düzenlenmemiş olan bu yetki, AİHM'in içtihadı ile en az onun kadar dar bir kapsama indirgenmiştir. Mahkeme'nin bireysel ve devletlerarası başvurudan müteşekkil çekişmeli yargılama işlevine yönelik korumacı ve hassas yaklaşımı, biyoloji ve tıp alanında insan haklarının korunması meselesine yönelik çözüm fırsatları sunma potansiyeline sahip alternatif bu yetkinin etkinliğini oldukça azaltmıştır.

Danışma görüşlerinin bağlayıcı olup olmadığı Sözleşme veya İçtüzük'te düzenlenmemiştir. Yetkinin isimlendirmesi ve uluslararası insan hakları yargılamasında danışma görüşlerinin kural olarak bağlayıcı olmadığı gerçeği birlikte gözetildiğinde görüşlerin bağlayıcı olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte çeşitli kararlarında AİHM, AİHS 19. madde ile kendisine verilen Sözleşme ve buna ek protokollere taraf olunarak üstlenilen yükümlülüklerle uyulmasını denetleme görevini, hem çekişmeli yargılama usulü hem de danışma görüşü usulüyle yerine getirdiğini belirtmiştir⁷⁴. Bu çerçevede danışma

⁷⁴ Salah v. The Netherlands, 8196/02, 06/07/2006, §69; Baybaşın v. The Netherlands, 13600/02, 06/07/2006, §71; Sylla v. The Netherlands, 14683/03, 06/07/2006, §71.

görüşlerinin içtihat hukukunun bir parçası olarak görüldüğü ve dolaylı hukuki bağlayıcı etkiye sahip olduğu söylenebilir⁷⁵.

KAYNAKÇA

Açıkgül, H. Ali: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.12, S.48, 2021, s.109-150.

Anayurt, Ömer: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Arsava, A. Fusun: “AİHM’nin İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.9, S.35, 2018, s.1-40.

Arslan, Gülay: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasının Etkililiği Meselesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002.

Aybay, Rona: İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

Beddard, Ralph: “The Second Protocol to the European Convention of Human Rights Author”, The International and Comparative Law Quarterly, C.13, S.1, 1964, s.256-259.

Dalkılıç, E. Evrim: “İlk İstişari Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Yeni’ Yetkisinin Kısa İncelemesi” , Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, S.2, 2019, s.155-165.

Göçer, Mahmut: “Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu ve Uluslararası Hukuk”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.56, S.3, 2001, s.47-70.

Gözlügül, Said Vakkas/Poyraz, Yasin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.6, S.20, 2015, s.59-86.

Gyekye, Akua: “Introductory Note to Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning The Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights”, International Legal Materials, C.47, S.4, 2008, s.518-520.

Katoğlu, Tuğrul: “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.1, 2006, s.157-193.

⁷⁵ Saçar: s.184.

Kolçak, Hakan/Gençtürk, Ünal: “ Danışma Görüşü Başvurusu: İHAS’a Ek 16 Nolu Protokol Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.3, 2022, s.1627-1669.

Kök, A. Nezi: “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, S.1, 2018, s.147-162.

Open Society Justice Initiative, Legal Briefing: Implementing ECHR Protocol 16 on Advisory Opinions, (2016), <https://www.justiceinitiative.org/publications/implementing-echr-protocol-16-advisory-opinions>, Erişim: 05.01.2023.

Saçar, Ali: İnsan Hakları Hukuku’nda Danışma Görüşlerinin Yeri, İşlevi ve Etkililiği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Seatzu, Francesco/Fanni, Simona: “The Experience of The European Court of Human Rights with The European Convention on Human Rights and Biomedicine”, Utrecht Journal of International and European Law, C.31, S.81, 2015, s.5-16.

Selçuk, Engin: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Danışma Görüşü Verme Yetkisi: Bilanço ve Perspektifler”, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, C.12, S.4, 2022, s.2401-2417.

Sezer, Abdullah: “İHAS’a Ek 15 ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler”, Anayasa Hukuku Dergisi, C.4, S.8, 2015, s.107-129.

Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004.

Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008.

Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010.

Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021.

Baybaşın v. The Netherlands, 13600/02, 06/07/2006.

Salah v. The Netherlands, 8196/02, 06/07/2006.

Sylla v. The Netherlands, 14683/03, 06/07/2006.

<https://rm.coe.int/1680a8e4d0>, Erişim: 24.08.2023.

<https://rm.coe.int/16800c92be>, Erişim: 08.06.2023.

<https://www.coe.int/en/web/bioethics/cdbio>, Erişim: 09.09.2023