

AİHM'İN İNSAN HAKLARI ALANINDA OYNADIĞI ANAYASA MAHKEMESİ ROLÜ

The Role of European Court of Human Rights as a Constitutional Court

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA¹

Geliş Tarihi: 12.12.2017

Kabul Tarihi: 18.04.2018

Özet

Uluslararası hukukun anayasallaşma sürecinde AİHK Avrupa'nın gölge anayasası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa Anayasa Mahkemesi olarak nitelendirilmektedir. AİHM içtihatı ile insan hakları alanında Avrupa Konseyi'nin 47 üyesi arasında mütecanis bir standart yaratılması nedeniyle bu tespit isabetlidir. Söz konusu insan hakları standardı bağlayıcıdır ve bireysel başvuru üzerinden de talep edilmektedir. Herşeyden önce diğer uluslararası mahkemelerle veya insan hakları kurumları ile karşılaştırma yapıldığı zaman AİHM'nin önemi daha iyi ortaya çıkmaktadır. AİHM'nin söz konusu yönlendirme fonksiyonu onun insan hakları alanında Avrupa Anayasa Mahkemesi rolünü oynamasını sağlamaktadır. AİHM'nin bir anayasa mahkemesi ile karşılaştırılması durumunda ancak iki mahkeme arasında açık sınırların olduğu ortaya çıkmaktadır. AİHM AİHK'da yer alan haklara riayet denetimi yapmaktadır ve bu çerçevede ulusal özellikleri dikkate almaktadır. AİHM'nin denetimi bunun ötesinde subsidiier (ikâme edici) bir denetimdir. AİHM uluslararası bir mahkeme olarak ulusal seviyede herhangi bir icra olanağına sahip değildir; kararlarının üye devletler tarafından icra edilmesi gerekmektedir. AİHM'nin ulusal bir anayasa mahkemesine nazaran söz konusu zafiyeti nedeniyle daha zayıf bir statüye sahip olması, onun anayasa mahkemelerinin fonksiyonlarını tamamlayan bir mahkeme olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, temel hak denetimi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, temel hak standardı

Abstract

In the process of constitutionalizing the international law, the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights (ECHR) have been defined respectively as a shadow constitution and an European constitutional court. This is right to create coherent standard among 47 members through jurisprudence regarding human rights. The human rights standard in question is binding and is also requested by an individual application. The prominence of European Court of Human Rights emerges better when compared with all other international courts or human rights institutions. The ECHR's function allows it to play the role of constitutional court in the field of human rights. If the European Court of Human Rights is compared with a constitutional court, it is clear that there are clear boundaries between them. The European Court of Human Rights supervises compliance with the rights of European Convention on Human Rights and takes account of national characteristics in this framework. The ECHR's supervision is subsidiary. The ECHR as an international court does not have any executive power at national level, so its decisions must be exercised by the member states. The ECHR has a weaker status than the national constitutional courts, for this reason the ECHR has been characterized as a court that completes the functions of the constitutional courts.

Keywords: Individual application, fundamental rights supervision, Committee of Ministers of the Council of Europe, basic rights standard

¹ Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. e-mail: mahmutarsava@hotmail.com

Giriş

Klâsik uluslararası hukuk döneminden ve kooperasyon yaklaşımının benimsendiği uluslararası hukuk döneminden sonra uluslararası hukukta yeni bir dönem olarak küreselleşme yahut uluslararası hukukun anayasallaşma döneminin başladığı görülmektedir. Bu döneme damgasını vuran özellik zamanında uluslararası hukukun yegâne aktörü olan devletlerin önemini kaybetmesi ve yeni uluslararası hukuk aktörlerinin ortaya çıkmasıdır. Uluslararası hukuk günümüzde artan bir şekilde ulusal kamu hukukunun özelliklerini kazanmaya başlamıştır. Günümüzde ortaya çıkan sığınmacı, çevre ve insan hakları ihlalleri yahut terörizm gibi küresel sorunlar uluslararası camianın tümünü ilgilendirmesi nedeniyle devletler arasında işbirliği gerekmektedir. Bu işbirliği gerekliliği uluslararası camianın temel normları bakımından bir anayasaya ihtiyacını gündeme getirmektedir². Bu şekilde Avrupa hukuk alanı 20.yüzyılın ikinci yarısında önemli bir değişikliğe uğramıştır. Özellikle Avrupa Konseyi bünyesinde karşımıza çıkan AİHK ve AİHM son 60 yılda tüm Avrupa'da büyük önem kazanmıştır. İkinci dünya savaşının acı tecrübeleri, Avrupa devletleri yurttaşlarına devletler üstü bir organ nezdinde insan hakları ihlallerine karşı başvuru olanağı verilmesine yol açmıştır. Bireylerin temel haklarının korunması konusunda o güne kadar devletlerin sınırsız egemenliği AİHK ile sınırlanmış, devletlerin sınırsız egemenliği yerine AİHK ve onun denetim organları kolektif garanti anlamında fonksiyonunu göstermeye başlamıştır. Bugün AİHK sıkça ulusal anayasalarla karşılaştırılmakta, AİHM de anayasa mahkemesi yahut anayasa mahkemesi benzeri olarak nitelendirilmektedir³

Anayasa yargısı ilk planda modern hukuk devletinin yasallık yahut kanunlara uygunluk, bütün devlet tasarruflarının hukuka bağlılığı gibi temel prensiplerinin ifadesidir. Anayasa yargısı devletin gücünün sınırlanmasına ve denetimine, özgürlük alanlarına anayasaya aykırı olarak yapılan müdahalelerde bireylerin özgürlük alanlarını korumaya hizmet eder; diğer bir ifade ile devlet

² Angelika Emmerich-Fritsche, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, 2007;

Stefan Kadelbach/Thomas Kleinlein, *Überstaatliches Verfassungsrecht*, AVR 44 (2206), 235

³ Helmut Goerlich, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg als ein Europäisches Verfassungsgericht - insbesondere in Fragen der Menschenrechte und darüber hinaus bis in die Rechtspraxis der Europäischen Union*, bkz.: Robert Esser/Björn Harich/Frank Lohse/Arndt Sinn (Hrsg.), *Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung*, 2004, 101;

Georg Ress, *Rechtsstellung, Aufgabenbereich und Legimitation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, bkz.: Michael Holoubek/Brigitte Gutknecht/Stephan Schwarzer/Andrea Martin (Hrsg.), *Dimensionen des modernen Verfassungsstates*, Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek. Springer Verlag 2002, 129; Christian Walter, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess*, ZaöRV 59 (1999), 961).

organlarının anayasaya riayetini yargısal yöntemle denetler. Anayasa yargısı bir anayasanın mevcudiyetini gerektirir. Anayasa yargısından herşeyden önce üç kriterin mevcudiyeti halinde söz edilmesi mümkündür. Bunlar spesifik bir kurum olarak bir mahkemenin, özel bir prosedürün ve mahkemenin bağlayıcı karar yetkisinin bulunmasıdır. Bu kriterlere ilave olarak genel bir dördüncü kriter olarak anayasa mahkemesinin hukuk sistemindeki yerinin ve devletin diğer organları karşısındaki yerinin belirlenmesi ve beşinci son kriter olarak da anayasa mahkemesinin kararlarının yönlendirme yetkisinin olmasından söz edilmektedir⁴.

I – AİHM'nin yargı yetkisinin hukuki dayanakları ve gelişimi

05.05.1949'da Avrupa Konseyi uluslararası bir örgüt olarak, insan haklarının, hukuk devleti ve demokratik değerlerin korunması misyonu ile kurulmuştur. Aradan geçen zaman içerisinde Avrupa Konseyinin üye sayısı 47 olmuştur. Avrupa Konseyinin iki ana organı olarak karşımıza üye devletlerin dışişleri bakanlarından oluşan Bakanlar Komitesi ve ulusal parlamento temsilcilerinden oluşan Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi çıkmaktadır. Her iki organ da Avrupa Konseyi genel sekreteri tarafından yönetilen sekretarya tarafından desteklenmektedir. Avrupa Konseyi supranasyonal yetkilere sahip değildir. Avrupa Konseyinin Bakanlar Komitesi üzerinden tavsiyeler vermesi ve Parlamenter Asamble'de üye devletlerin görüş alışverişi dışında en önemli misyonu uluslararası hukuk anlaşmaları yapmaktır. Bu anlaşmalar tüm üye devletlerin imzasına açıktır⁵.

AİHK 04.11.1950'de imzalanmış ve 03.09.1953'de yürürlüğe girmiştir. Konvansiyonun kabulü zaman içinde Avrupa Konseyine katılmanın koşulu haline gelmiştir. Bugün bu nedenle Avrupa Konseyi'nin tüm üyeleri AİHK'nu imzalamış ve onaylamıştır⁶. Konvansiyon dibacede ve 1.maddesinde ortak amaçları dile getirmektedir. Dibacede Avrupa Konseyi üyeleri arasında insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi ve Konvansiyonda somut olarak yer verilen hakların tüm üye devletlerde temini ile kapsamlı bir birliktelik sağlanması en önemli ön sıradaki amaçlar olarak vurgulanmıştır. Dibacede bunun dışında demokratik siyasi rejimin korunmasından ve hukukun üstünlüğünden söz edilmektedir.

⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 52 (1999, 9(10)

⁵ Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Rechtslage, 1999, Rn. 8 vd.

⁶ Jens Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2011, Einleitung, Rn. 1 vd.

AİHK'nun en önemli fonksiyonu Avrupa çapında insan haklarının temini bakımından asgari bir standart oluşturmaktır. Konvansiyon ilk bölümünde yer alan 2 - 18.maddelerinde çeşitli insan hakları garantileri ve bunlara ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Konvansiyonun ikinci bölümünde AİHM'nin AİHK teminatlarının yargısal denetimiyle ilgili hükümler yer almaktadır (19 – 51.maddeler). Konvansiyonun üçüncü bölümünde (52 – 59.maddeler) AİHK münferit hükümlerine ilişkin çekinceler (57.md), Konvansiyonun feshi (58.md.) gibi çeşitli konulara yer verilmektedir. AİHK yargısal denetim sistemi dışında icrai yahut yasama yetkisi öngörmemektedir. Bu yetkiler Konvansiyon tarafı devletlere saklı tutulmuştur. Konvansiyon tarafı devletler örneğin Avrupa Konseyi bünyesinde ortak olarak AİHK'na ek protokoller hazırlayabilir; Konvansiyon üyesi devletler Konvansiyonun kendi ulusal hukuk sistemlerinde uygulanması ve AİHM kararlarının AİHK'nun 46.madde, 1.fıkrası muvacehesinde gereğinin yerine getirilmesi için icrai yetkilerini kullanırlar⁷.

AİHK'nun hazırlanması aşamasında kimi teminatların AİHK'na alınmasının tartışmalı olması nedeniyle kimi haklara Konvansiyonda yer verilmemiştir. Daha sonra AİHK 16 ek protokolle genişletilmiştir. Bu protokoller arasında özellikle 1 nolu ek protokol (mülkiyet garantisi, eğitim hakkı, serbest ve gizli seçim) ve 6 ile 13 nolu ek protokol (ölüm cezasının gerek savaş, gerekse barış zamanında kaldırılması) önem taşımaktadır⁸. Bunun dışında AİHK koruma mekanizmasının kurumsal yapısı ve AİHK'da cereyan eden prosedür 9, 11 ve 12 nolu ek protokollerle önemli değişikliklere uğramıştır.

AİHK sürekli karaktere sahip bir anlaşma olarak yapılmıştır. AİHK'nun 58.madde, 1.fıkrasına göre katılımdan 5 yıl sonra, 6 ay önceden ihbar etmek kaydıyla Konvansiyondan ayrılmak mümkündür. Feshi ihbar opsiyonu teorik bir karaktere sahiptir. Şimdiye kadar bu olanağı sadece Yunanistan 1969'da ülkede cunta rejiminin tesis edilmesi nedeniyle kullanmıştır. Ülkede demokratik rejimin tesisi edilmesi ertesinde Yunanistan AİHK'na 1974'te yeniden katılmıştır. AİHK bugün için Avrupa Konseyi üyelerinin ulusal hukuk düzenleri ile temas içindedir ve kural olarak ulusal mahkemelerin kararlarına esas olmaktadır. AİHK'nun fesh edilmesi sadece ulusal hukuk düzenlerini esaslı olarak etkilemek durumunda olmayıp, aynı zamanda ilgili devletin Avrupa Konseyinden çıkarılmasına ve diğer Avrupalı devletlerin siyasi baskılarına yol açabilecektir. Bu nedenle AİHK'nun üye devletler bakımından bugün için pratikte fesh edilemeyeceği ve Konvansiyonun bu bağlamda sürekli karakterli olduğu kabul edilmektedir⁹.

⁷ Frank Hoffmeister, Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung? Die Europäische Menschenrechtskonvention im Wandel, Humboldt Forum Recht, Beitrag 5 (1999), Rn. 12 vd.

⁸ 6 nolu ek protokol 01.01.1985'te yürürlüğe girmiştir, bkzn.: CETS – Nr.114; 13 nolu protokol 01.07.2003'te yürürlüğe girmiştir, bkzn.: CETS – Nr.187

⁹ Frank Hoffmeister, ibid. , Rn.21

AİHK'nun kabulü ile beraber Konvansiyonda öngörülen hakları temin için üç basamaklı bir koruma mekanizması yürürlüğe girmiştir. Bunlar Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'dir. Bakanlar Komitesi'nin esasen mevcut olmasına ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 1954'te tesis edilerek çalışmalarına hemen başlamasına karşın mahkemenin tesisi 1959'da mümkün olabilmiştir. AİHM ilk kurulduğu dönemde sürekli bir mahkeme olarak düşünülmemiştir. Mahkeme 15 yargıçtan oluşmaktaydı [heyette ünlü uluslararası hukuk hocaları arasında Herman Mosler (Almanya), Alfred Verdross (Avustralya) ve Denise Bindschedler-Robert (İsviçre) yer almaktaydı¹⁰. O dönemde denetim mekanizması devletlerin tereddütlerini karşılayabilmek için oldukça temkinli ve karmaşık düzenlenmişti¹¹. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na bireysel başvuru ilgili Konvansiyon devletinin Komisyonun yetkisini bildiri ile kabul etmesi kaydıyla yapılabiliyordu.

Konvansiyon üyesi bir devletin yahut Komisyonun şikâyeti mahkemeye taşımaması durumunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi konuyu nihai olarak karara bağlama yetkisini kullanıyordu. Bu çerçevede Bakanlar Komitesi, hakkında şikâyet yapılan devletin katılımı, buna karşılık şikâyetçinin katılmadığı gizlilik özelliği olan bir prosedür ile kararını veriyordu. Gerek Bakanlar Komitesinin, gerekse o dönem görev yapan mahkemenin kararları bağlayıcı özelliğe sahipti. AİHK'na ek 9 nolu protokolün 06.11.1990'da kabul edilmesi (01.10.1994'te yürürlüğe girmiştir) ile beraber (bkn.: CETS-Nr.140) bireysel başvuru hakkının sadece komisyon nezdinde değil, Konvansiyon devletleri gibi mahkeme nezdinde de kullanılması kabul edilmiştir. Şikâyet sisteminin iyileştirilmesi denetim mekanizmasında yer alan mercilerin ağır bir yük altına girmesine neden olmuştur. Komisyon, Mahkeme ve Bakanlar Komitesi için muayyen bir zaman içinde başvuruları ele alma olanağı kalmamıştır. Bu tablo AİHK denetim mekanizmasının reform gerekliliğini gündeme getirmiş ve sonuç olarak 1998'de denetim sistemini basitleştiren 11 nolu protokolün kabulü sağlanmıştır. 01.11.1998'de yürürlüğe giren 11 nolu ek protokol AİHK'nın yargı sistemini tamamen ikâme etmiştir (bknz.: CETS-Nr.155). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ortadan kaldırılmıştır ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yargısal işlerle ilgisi kesilmiştir. AİHM Konvansiyon ihlalleri çerçevesinde yapılan şikâyetler hakkında karar verme yetkisine sahip yegâne organ olarak kabul edilmiştir. Bugün için geçerli olan bu denetim mekanizmasının reform gereksinimi içinde olduğu, mahkemeye yapılan başvuru sayısı ortaya koymaktadır¹².

¹⁰ krş.t.: <<http://www.eugrz-info>> (15.12.2015)

¹¹ Armin v.Bogdandy/Ingo Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, s.85 vd.

¹² 1999'da 8400 bireysel başvuru yapılmışken, 2003'te 27.200 ve 2008'de 49850 başvurunun yapıldığı görülmektedir. 2010 başında bu sayının 61.300'e, 2011'de 160.000'e çıktığı

AİHM'nin ağır bir yük altında olmasının nedenlerinden birisi Avrupa Konseyi üye sayısının artmasıdır. Soğuk savaş ertesinde 1990'da doğu Avrupa'dan 22 yeni devlet Avrupa Konseyine katılmıştır. AİHM 47 üye devlet için yargı yetkisi kullanmaktadır; bunun anlamı 800 milyon potansiyel bireysel başvuru yapılabilmesidir. AİHM nezdinde bireysel başvuru olanağı ulusal seviyede öğrenilmiştir ve rutin olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu gelişmeler nedeniyle ek reformlar tartışılmaya başlanmıştır. 27.05.2009'da AİHM'nin intern denetim mekanizmasını geçici olarak kolaylaştıran, belli şikâyetlere bakacak yargı heyetlerini küçülten 14 nolu protokol kabul edilmiştir (CETS – Nr.204). Bu protokol 13.05.2004'te kabul edilen, ancak 2010 başında bütün devletler tarafından onaylanan 2010 Haziran'ında yürürlüğe giren 14 nolu protokol tarafından ikâme edilmiştir (CETS –Nr.194). Bu protokol örneğin tek yargıçlı daireler yahut başvurulara esas olacak yeni kriterler gibi çeşitli intern kolaylıklar öngörmektedir. Bu değişikliklerin derdest dava yığılmalarını eriteceği varsayılmaktadır. Bütün Avrupa Konseyi üyesi devletlerden gelen bu başvurular AİHM'nin Avrupa çapında kazandığı önemi göstermektedir. 14 nolu protokolün onaylanmasından sonra da reform tartışmaları devam etmektedir. 2010 Şubat'ta AİHM'nin geleceği ile ilgili olarak İsviçre'de bir konferans yapılmıştır. Konferans yeni reform önerilerini içeren bir deklarasyonla kapanmıştır¹³. Bu konferansı takiben 2012'de Brighton'da bir reform konferansı yapılmıştır¹⁴. 2013'de kabul edilen 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle usul hukukuna ilişkin değişiklikler kabul edilmiştir. Bugüne kadar yeterli sayıda devlet tarafından onaylanmadıkları için söz konusu protokoller henüz yürürlükte değildir¹⁵.

II – Anayasa Mahkemesi Boyutu ile AİHM Denetim Mekanizması

1 -Kurumsal Yapı

a -Denetim Mekanizması Amacı

Anayasal yargının amacı dayanak teşkil eden anayasanın teminat altına alınması, devletin gücünün ve egemenlik tasarrufunun yargısal denetim prosedürü üzerinden sınırlanması, kontrol altına alınması ve bu şekilde bireylerin özgürlük alanlarına devletin ölçü dışı müdahalesinin önlenmesidir. AİHM'nin anayasal yargı yetkisinin ilk kriteri olarak AİHM'nin dayanağı olan AİHK'nun anayasa karakterinin ortaya konulması gerekmektedir. AİHK özel önemi nedeni ile literatürde sıkça Avrupa'nın temel haklara ilişkin anayasası

görülmektedir. Eski ve yeni başvurularla birlikte bugün için AİHM'de üstesinden gelinmesi zor sayıda başvurunun derdest olduğu görülmektedir (<<http://www.echr.coe.int>> (01.02.2016)

¹³ <<http://www.news.admin.ch>> 25.04.2016

¹⁴ <<http://www.humanrights.ch>>, 25.4.2016

¹⁵ <<http://www.coe.int>>25.04.2016

olarak anayasa benzeri anlaşma olarak nitelendirilmektedir¹⁶. AİHK temel hak garantileri, garanti edilen hakların ihlâli durumlarında yargı yetki kullanacak mahkemesi ve Avrupa çapında kimlik veren ve bütünleşme sağlayan işlevi ile ulusal anayasaların özelliklerine sahiptir¹⁷.

Konvansiyon yürürlüğe girdiği tarihten itibaren devletleri aşan şekilde bölgesel bir temel hak sistemi oluşturmuş ve Avrupa'nın insan hakları temel dayanağı olma özelliği kazanmıştır. AİHK sık bir şekilde üye devletlerin henüz benzer kapsamda temel hak kataloglarının olmadığı zamanlarda anayasalarını tamamlayan fonksiyon üstlenmiştir. Bu fonksiyon nedeniyle AİHK'na diğer nitelendirmeler yanısıra gölge anayasa nitelendirmesi de yapılmıştır¹⁸. Özellikle Konvansiyonun 5.maddesi (özgürlük ve güvenlik hakkı) ve 6.maddesi (adil yargılanma hakkı) bağlamında ortak Avrupa anayasa prensibinden söz edilmektedir¹⁹. Şüphesiz AİHK'nun sınırlı düzenleme yaklaşımı diğer bir ifade ile temel hak garantileri dışında diğer maddi hukuk alanlarına düzenleme getirmemesi bu karşılaştırmaya açık bir sınırlama getirmektedir. AİHK kapsamlı bir anayasa olmayıp, Avrupa'nın kısmi anayasasıdır yahut anayasal unsurlar içeren uluslararası hukuk anlaşmasıdır²⁰. AİHK, AİHM'nin insan hakları alanında anayasa mahkemesi olarak fonksiyon görebileceği anayasa benzeri bir dayanak oluşturulmuştur²¹.

Konvansiyonun 19.maddesi açık olarak AİHM'nin Konvansiyon tarafı devletlerin Konvansiyondan ve protokollerden doğan yükümlülüklerine riyeti denetleme amaçlı olarak kurulduğunu öngörmektedir. Konvansiyon devletlerinin bu yükümlülükleri AİHK'da yer alan temel hakların teminine matuftur (AİHK'da yer alan insan hakları Konvansiyon tarafı devletlerin anayasalarında yer alan temel haklarla büyük ölçüde örtüşmektedir). AİHM temel hakların teminini iki yoldan sağlamaktadır. AİHK koruma mekanizmasının ana amacı devletlerin bireylerin özgürlük alanlarına ölçü dışı müdahalesinin önlenmesidir. AİHM somut madur tarafından yapılan bireysel başvurular sonucu devletlerin bireylerin özgürlük alanlarına ölçü dışı müdahalesini verdiği kararlarla önleme olanağına sahiptir. AİHM diğer taraftan genel çıkarlar için, kamu düzeni için karar alma olanağına sahiptir. AİHK koruma mekanizmasının diğer bir amacı da "ordre public" anlamında Avrupa çapında geçerli bir insan hakları standardı geliştirmektir. Bu amacı AİHM içtihatında birçok kez vurgulamıştır. 2010 tarihli Rantsev - Kıbrıs/Rusya

¹⁶ Robert Uerpman, Völkerrechtliche Nebenverfassungen, bkzn.: Armin v. Bogdandy Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 339

¹⁷ Frank Hoffmeister, ibid, Rn.12

¹⁸ R.Uerpman, ibid., s.339 vd.

¹⁹ Peter Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 18 (1991) 12-13), 261

²⁰ Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001

²¹ Christoph Grabenwarter, Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft, EuGRZ 31 (2004), 563

davasında AİHM bireysel başvuru sonucu verdiği karar bağlamında verdiği kararın önemini Konvansiyon hükümlerini açıklama, uygulama, geliştirme ve devletlerin üstlendikleri yükümlüklerin yerine getirilmesine katkı sağlamak olarak ifade etmiştir²². AİHM'nin bu ikinci görevi için anayasal fonksiyon yahut anayasal yargı görevi nitelendirmesi yapılmaktadır²³.

Bu iki görevin ulusal anayasalara ve ulusal anayasa yargısına ait olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Anayasa ve bu anayasaya istinat eden anayasa yargısı bir taraftan devletin gücünü temel hak koruması ve bireysel başvuru olanağı ile sınırlamakta, diğer taraftan da kimlik kazandırma ve bütünleştirme işlevi görmektedir. Bu işlev çerçevesinde bir değerler düzeninin yerleşmesi ile toplumun kimlik kazanma ihtiyacı karşılanmakta ve bu ihtiyaç içtihatla geliştirilmektedir. Bu nedenle gerek somut maduriyet durumunda bireysel hak koruması görevi, gerekse insan hakları standardının içtihatla yerleşmesi anayasa mahkemesinin fonksiyonları olarak görülmektedir. Her iki fonksiyonun somut bir durumda bir arada ortaya çıkması mümkündür. AİHM'nin artan yükü zaman içinde başvuru kriterlerini ağırlaştırmıştır. Bu durum özellikle 14 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkmıştır. AİHM'nin 35.madde, 3.fıkra, b-bendine göre AİHM bireysel başvuruyu şikâyetçi bakımından önemli bir zarar oluşmadığını kabul ettiği takdirde reddedebilir.

AİHM'ne bu düzenleme şikâyetleri takdirine göre reddetme bakımından önemli bir takdir alanı bırakılmıştır. Önemli zarar mahkemenin yorumu ile ortaya konulacaktır. AİHM bu hükmün uygulanmasında oldukça çekimser davranmıştır AİHM birçok davada hükümetlerin zararın önemsiz olduğu itirazını kabul etmemiştir²⁴. AİHM'nin şimdiye dek çok nadir olarak dava meblağlarının düşük olduğu durumlarda başvuruyu kabul etmemiştir²⁵. Bireysel başvuru mekanizmasının bu şekilde AİHM tarafından sınırlandırılması AİHM'nin "per se" (otomatik olarak) anayasa mahkemesi fonksiyonunu ortadan kaldırmamaktadır. Ulusal anayasa mahkemelerinin de (örneğin ABD Supreme Court bakımdan) anayasa şikâyeti çerçevesinde hattâ daha geniş takdir hakkı söz konusudur²⁶.

²² Rantsev - Kıbrıs/Rusya, Beschwerde Nr.25965/04, karar 7.1.2010 §197f., EGMR Reports 2010

²³ Luzius Wildhaber, Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, EuGRZ 21-23 (2002), s.569 vd.

²⁴ örneğin, Vartic/Romanya Nr.II, Nr.14150/08, karar 17.12.2013, §37vd.; Eon/Fransa, Nr.26618/10, karar 14.03.2013, §34

²⁵ örneğin Korolev/Rusya (22.5 Ruble); Bock/Almanya (7.99 Euro) yahut Onescu/Romanya (90 Euro); Korolev/Rusya, Nr.25551/05, karar 01.07.2010; Bock/Almanya, Nr.22051/07, karar 19.01.2010; Ionesu/Romanya, Nr.36659/04, karar 01.06.2010

²⁶ Helmut Simon, 7.Kapitel, §34, Verfassungsgerichtsbarkeit, bkz.: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn.11

AİHK garantilerinin ve AİHM içtihatının amacı Avrupa çapında temel haklarla ilgi bir asgari standart oluşturmaktır. Bu asgari standardı esas alarak Konvansiyon devletleri temel hak düzenlerini özgürce şekillendirebilir. Konvansiyon devletleri AİHK'nun minimal taleplerinin ötesine geçilebilir. AİHK'nun minimal standardı sadece Konvansiyon devletlerinin yurttaşlarına farklı hukuk düzenlerine rağmen bir temel hak seviyesi garanti etmektedir. AİHM'nin amacının bu nedenle Konvansiyon devletlerinin yasama organlarının ve anayasa mahkemelerinin yerine geçmek ve Konvansiyon devletlerine kendi bakış açısını empoze etmek amacının olduğunu söylemek mümkün değildir. AİHM subsidiarite prensibine istinaden ulusal mercilerin Avrupa çapında kabul gören insan hakları garantilerini yerine getirmemeleri halinde ikincil olarak denetim yetkisi kullanmaktadır. Bu durum AİHM'ni ulusal anayasa mahkemelerinden ayırmaktadır. Subsidiarite prensibi Strazburg koruma sisteminin temel dayanaklarından biri olarak kabul edilmekte ve AİHM'nin içtihatında sıklıkla vurgulanmaktadır²⁷. Subsidiarite prensibinin bir taraftan AİHM'nin – ulusal hukuki yolların tüketilmesinden sonra – tamamlayıcı olarak anayasa mahkemesi fonksiyonunu, diğer taraftan AİHM'nin kararları ile Avrupa çapında subsidier olsa da mütecanis temel hak garantisi temin etmesi AİHM'nin anayasa mahkemesi karakterini teyit etmektedir. Ulusal anayasa mahkemelerinin de kural olarak diğer bütün hukuk yollarının tüketilmesi ertesinde subsidier olarak karar verdiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Şüphesiz minimal standart ve subsidiarite prensibi, AİHM'nin kararlarının artan bir şekilde birçok alanda geliştirici rol oynadığı gerçeğini değiştirmemektedir. AİHK bu şekilde Konvansiyon devletlerine nazaran daha yüksek bir insan hakları standardının oluşmasını sağlamaktadır. AİHM'ne ilerici kararları nedeni ile subsidiarite prensibinin prensibini aşarak iç işlere karıştığı ve mahkemenin kendi ifadesi ile kesin olarak reddettiği, dördüncü kuvvet oluşturduğu eleştirisi yapılmaktadır. Ulusal yüksek mahkemelerin bu nedenle mahkeme kararlarının AİHM kararları ile uyumluluğunu kontrol etmesi, kararların AİHM standardının gerisinde kaldığı durumlarda kararları bu standarda uyumlu kılması gerekmektedir. Bu işlevi ile AİHM'nin Avrupa seviyesinde anayasa mahkemesi rolü oynadığı açıktır.

b – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kurumsal Yapısı

Anayasa mahkemelerinin kurumsal yapısının devletten devlete birbiriyle uyumlu olmadığı görülmektedir. Bu çerçevede üç farklı model görülmektedir²⁸. Modellerden birincisinde anayasa mahkemesi özel bir

²⁷ 15 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesi ile subsidiarite prensibi ve ulusal takdir alanı AİHK dibacesine entegre olmuştur; bkz.: CETS No. 213, subsidiarite prensibi Konvansiyonun çeşitli maddelerinde, örneğin 13.madde ve 35.maddede dile gelmiştir

²⁸ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 52 (1999), s.13

mahkeme olarak kurulmayıp, yargı sisteminde yüksek mahkeme olarak yetki kullanan bir mahkeme olarak karşımıza çıkmaktadır (ABD'de Supreme Court). İkinci modelde anayasa mahkemesi olarak kendine özgü bir mahkeme kurulmaktadır. Bu mahkeme diğer ulusal mahkemelerden ne fonksiyon, ne de yetkileri bakımından üstündür. Diğer mahkemelerle birlikte, onların yanısıra yargı yetkisi kullanmaktadır²⁹. Karşımıza çıkan son modelde devletin kurumsal yapısında bağımsız bir anayasa mahkemesi bulunmaktadır. Bu mahkeme diğer ulusal mahkemelere nazaran sadece bağımsız değildir, aynı zamanda fonksiyonu ve yetkileri itibariyle üstündür³⁰.

AİHM anayasa yargısının ortaya konulan bu modellerinden sadece üçüncü kategoride yer alan bağımsız ve üstün yetkili modele uymaktadır. AİHM diğer ulusal yahut uluslararası mahkemelerden bağımsız olarak, sürekli bir mahkeme olarak, merkezi Strazburg'da, AİHK'nun 19.maddesi muvacehesinde Konvansiyonda öngörülen hakları temin görevini yerine getirmek üzere kurulmuştur. AİHK'nun 19-51 maddeleri ve usul yönetmeliği AİHM'nin hukuki dayanağını oluşturmaktadır³¹. AİHM AİHK'nun 20.maddesine göre 47 yargıçtan (her bir Konvansiyon devletinden bir yargıç) oluşmaktadır. AİHM'nin yargı yetkisi tüm üyeler için zorunludur. Anayasa Konseyi üyesi devletler hiçbir koşulda AİHM'nin yargı yetkisinden kaçınmaz. Bireysel başvuru için diğer koşullar yanısıra, AİHK'nun 35.madde, 1.fıkrasına göre iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Konvansiyon ve ek protokoller muvacehesinde AİHM bugün Avrupa çapında temel hak ihlallerinin denetimini nihai merci olarak denetleme yetkisi ile donatılmıştır³².

2 - Yargılama Usulü

a - AİHK'nun 34.maddesine istinaden yapılan bireysel başvuru

Ulusal organların tasarruflarına karşı bireylerin ve birey gruplarının şikâyet olanağı AİHM'nin anayasa yargı yetkisinden söz etmenin dayanağını oluşturmaktadır. Bu tür bir şikâyet olanağı kamu tasarruflarının ilk planda anayasaya uygunluğunun denetimini gündeme getirmektedir. Bu çerçevede özellikle temel hak ihlalleri bağlamında anayasa şikâyeti yapılmaktadır. Anayasa şikâyeti bireylere kamu tasarruflarının özgürlük alanlarına müdahalelerine karşı yargısal denetim olanağı sağlamaktadır. Ulusal anayasa mahkemeleri ile karşılaştırma çerçevesinde AİHM'nin sadece temel hak ihlallerine ilişkin

²⁹ Avusturya model için bkz.: Ernst C Helbling, Die geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, JBl 73 (1951), s.197

³⁰ Federal Almanya örneği için bkz.: C.Starck/A.Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: Berichte, 2007, 39

³¹ AİHM'nin 01.01.2016 tarihli usul yönetmeliği için bkz.: <<http://www.echr.coe.int>>

³² Markus Lanter, Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art.35, Ziff. 1 EMRK): die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der bundesrechtspflege, Diss., Zurich 2008

şikâyetleri kabul ettiğinin, buna karşılık kurumsal yapıdaki yetki çatışmalarıyla ilgili talepleri kabul etmediğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu tablo AİHK'dan doğmaktadır. AİHK'nun denetim mekanizmasında en önemli araç AİHK'na göre bireysel şikâyettir. Bu hükme istinaden Konvansiyon veya ek protokollerde yer alan hakları ihlâl olan her gerçek kişi, sivil toplum kuruluşu yahut kişi grupları AİHM nezdinde başvuru yapabilir. Konvansiyon tarafı devletler bu hakkın etkin olarak kullanılmasını engellemekle mükelleftir. Bireysel başvuru yapabilmek için AİHK'da yer alan kriterlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Özellikle iç hukuk yollarının tüketilmesi ve bu başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 6 ay içinde yapılması gerekmektedir.

AİHM nezdinde yapılan bireysel başvurular Avrupa seviyesinde bireysel hakların teminatının ifadesi olarak kabul edilmektedir. AİHM nezdinde yapılan şikâyet başvuruları ulusal seviyede anayasa şikâyeti müessesesinin olmaması veya boşluklar içermesi halinde anayasa şikâyetlerini ikâme eden bir işlev görmektedir. Bu işlev soğuk savaş ertesinde orta ve doğu Avrupa ülkelerinde önem kazanmıştır. Bu devletlerde 1990 öncesi Anayasa yargısına ve anayasa şikâyetine benzer müesseseler mevcut değildir. Sadece Polonya 1980'li yılların ortasında bir anayasa mahkemesi oluşturmuş, ancak anayasa şikâyeti müessesesini kabul etmemiştir³³. 1990'lı yıllarda çoğu orta ve doğu Avrupa devleti bağımsız, batı Avrupa anayasa yargısına benzeyen ve anayasa şikâyeti olanağı veren anayasa yargısı kabul etmiştir³⁴.

AİHK'nın 34.maddesinde yer alan formülasyona istinaden AİHM'e yapılan bireysel başvuru aynı zamanda anayasa şikâyetini tamamlayan bir işleve sahiptir. AİHK'nun 34.maddesine göre bireysel başvuru için temel hakları herhangi bir şekilde ihlâl eden kamu tasarruflarına doğrudan muhatap olunması ve başvuru yapanın bu tasarruflardan mağdur olması gerekmektedir. Hangi kamu tasarrufunun, hangi koşullar altında iptal edilme olasılığının bulunduğu Konvansiyon düzenlemesinin dışındadır. AİHM nezdinde yapılan bireysel başvurular bu nedenle anayasa şikâyetini sınırlı kapsamda tanıyan Konvansiyon devletleri bakımından anayasa yargısını tamamlayıcı işleve sahiptir (Rusya Federasyonunda anayasayı ihlâl eden mahkeme kararlarına karşı iptal davası açma olanağı yoktur). AİHM'ne AİHK'nu ihlâl eden mahkeme kararlarına karşı da bireysel başvuru yapılması mümkündür³⁵. AİHK'nun

³³ Lech Janicki, Fragen des polnischen Verfassungsgerichtes, Recht in Ost, 77

³⁴ Karl-Georg Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung. Ein Überblick über die Rechtslage in und außerhalb Europas, EuGRZ 18 (1991), 301 vd.

³⁵ Regine Gerards, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemein-europäischen Grundrechtsordnung, bkz.: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Beiträge zum nationalen und internationalen öffentlichen Recht, Band 4, 2007, s.287,295

34.maddesinin ucu açık formülasyonu hatta AİHM seviyesinde, ulusal seviyede bu olanak yoksa ulusal kanunların somut ve soyut norm denetimi olanağını vermektedir. Bu tablo AİHM nezdinde gerçekleşen bireysel başvurunun ulusal anayasa şikâyetinin tipik özelliklerine sahip olduğunu ve bunun ötesinde münferit durumlarda ulusal anayasa şikâyeti müessesesinin boşluklarını doldurduğunu göstermektedir.

AİHK'nun 34.maddede düzenlenen bireysel başvuru yanısıra AİHK'nun 33.maddesi devletlerin başvurusunu düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre sadece bireyler değil, Konvansiyon devletleri de AİHK'nun diğer Konvansiyon devletleri tarafından ihlâl edilmesi halinde Konvansiyonun ihlâli iddiasını yapabilir. Bu çerçevede ulusal enstrüman olarak kullanılan organ yahut yetki uyuşmazlığı söz konusu olmayıp, bireysel başvuruda olduğu gibi bu kez Konvansiyon devletlerinin birbirini Konvansiyonda öngörülen hakların ihlâli nedeniyle şikâyeti söz konusudur. Bireysel başvuruya nazaran devlet başvurusunun oldukça nadir bir uygulama olduğu görülmektedir³⁶.

b - Şikâyet prosedürünün cereyan edişi

Yapılan bireysel başvuru AİHM'nin usul yönetmeliğinin 52.madde, 1.fikrasına göre 5 Seksiyondan birine havale edilir. Hukuki sorun bu seksiyonlar içinde tek yargıçlı, 3 yargıçlı, 7 yargıçlı daireler ve 17 yargıçlı büyük dairede ele alınır. AİHM nezdinde yapılan yargılama AİHK'nun 40.maddesine göre istisnai durumlar dışında açıktır (usul yönetmeliğinin 22.maddesine göre oturumun gizli yapılmasına karar verilebilir). Usul yönetmeliğinin 23.maddesine göre usul yönetmeliği farklı bir düzenleme öngörmediği takdirde karar mevcut yargıçların mutlak çoğunluğu ile alınır. Usul yönetmeliğinin 74.maddesine göre yargıçların karara uygun bulma, kişisel görüş yahut red gerekçesini ekleme hakkı vardır. Tek yargıçlı daireler münhasıran başvuruların caiz olup olmadığı konusu ile iştigal eder. Üç yargıçlı daireler ilk planda başvuruların caiz olup olmadığı ile iştigal ederken, bunun ötesinde başvuruların AİHK'nın yorumuna ve uygulanmasına ilişkin AİHM'nin yerleşik içtihatı muvacehesinde hukuki dayanağı olup olmadığını da inceleme olanağına sahiptir (AİHK28.md). Gerek başvurunun caizliği, gerekse maddi hukuka ilişkin karar kesindir.

Bir başvuru usul bakımından caiz olarak kabul edildiği takdirde esastan tam bir inceleme yapılması için başvuru tek yargıçlı veya 3 yahut 7 yargıçlı dairelere havale edilir. Dairelerin kararlarına karşı ilgili taraflar AİHK'nun 43.maddesine

³⁶ Jens Meyer-Ladewig Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3.Aufl. Mannheim 2011, Einleitung, Rn.1 vd.; yakın dönemde Gürcistan – Rusya Federasyonu I, Nr. 13255/07, karar tarihi 3.7.2014, EGMR Reports 2014; Gürcistan – Rusya Federasyonu II, Nr.38263/08; Ukrayna – Rusya Federasyonu I, Nr. 20958/14 ve Ukrayna – Rusya Federasyonu II, Nr. 43800/14

göre büyük daireye başvuru yapılabilir. Büyük daire Strazburg denetim mekanizmasında nihai mercidir. Kararları AİHK'nun 44.madde, 1.fıkrasına göre nihaidir³⁷. AİHM genel kurul olarak sadece AİHK'nun 35.maddesinde öngörülen organizasyonla ilgili görevleri yerine getirmek üzere toplanır (örneğin başkan ve başkan yardımcılarını seçmek, daireleri oluşturmak, daire başkanlarını seçmek için, usul yönetmeliğini karara bağlamak için). Genel kurulun 40'1 aşkın bir yargıç heyeti oluşturması nedeniyle karar yetkisi bulunmamaktadır.

AİHK'nun 46.maddesine göre AİHM kararları, ilgili Konvansiyon devletleri bakımından bağlayıcıdır ve iç hukukta icra edilmesi gerekir. Kararların iç hukukta icrası AİHK'nun 46.madde, 2.fıkrasına göre Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenir. AİHM'nin nihai karar yetkisi fonksiyonel olarak ulusal yargıya nazaran hiyerarşik üstünlük gösteren bir özellik olarak dile getirilmekte ve literatürde AİHM'nun Avrupa Anayasa mahkemesi olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır.

c - AİHM'nin denetim konusu

aa – Somut ve soyut norm kontrolü

Anayasa mahkemeleri değişik türden kamu tasarruflarını denetleme yetkisine sahiptir. Bu denetlemeler esas itibarıyla soyut karakterlidir. Bu denetim devletten devlete farklı olarak şekillendirilmiştir. Soyut norm kontrolünün somut bir uygulamadan bağımsız olarak anayasa uygunluk denetimi şeklinde yapılarak önleyici yahut sonradan, sınırlı yahut kapsamlı yapılması mümkündür. Fransa'da örneğin Anayasa Konseyinin yaptığı denetim (kısmen önleyici) soyut norm kontrolü olarak kategorize edilmektedir [Fransız anayasası md.62, fıkra 2 (1958 anayasası); Fransız anayasası son olarak 23.07.2008'de değişikliğe uğramıştır]. Diğer birçok devlette ise bu denetim somut norm kontrolü olarak görülmektedir. Denetim sadece soyut genel düzenlemelere istinaden yapılan bireysel somut idari tasarruflar bakımından yapılmaktadır. Anayasa mahkemesi bu tür başvuruların yanısıra örneğin, kurumsal yapıdaki organlar arasındaki yetki uyumsuzluğuna veya federal yapılı devletlerde Eyalet-Birlik uyumsuzluklarına bakmaktadır.

AİHM, bireysel – somut tasarruflar bağlamında ortaya çıkan AİHK ihlalleri iddialarını da denetlemektedir. AİHM münferit durumları ve somut durumun spesifik koşullarını AİHK'na uygunluk bakımından denetler; normal şartlarda soyut – genel ulusal tasarrufları ne soyut ne de somut norm denetiminden geçirir³⁸. Bu durum AİHM'nin konvansiyon devletlerinin iç işlerine, özellikle

³⁷ Christoph Grabenwarter/ Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention 2016, §6 vd.

³⁸ bknz.: Minelli – İsviçre davası, Nr.866/79, karar tarihi 25.03.1983, Serie A62, 14 vd.

yasama organının tasarruflarına karışmama yaklaşımının sonucudur. AİHK'nun 34.maddesi ve bununla bağlantılı mağduriyet durumu, AİHM'nin prensip olarak ulusal kanunları AİHK'na uygunluk denetiminden geçiremeyeceğini göstermektedir. AİHM'na başvuran bireylerin AİHM içtihatına göre AİHK muvacehesinde doğrudan zarar görmesi gerekmektedir. Doğrudan zarar görme, actio popularis durumlarında, diğer bir ifade ile belirsiz sayıdaki kişiler adına ulusal bir kanuna karşı açılan davaları kapsamamaktadır³⁹.

AİHM kanunların doğrudan yahut dolaylı olarak AİHK'na uygunluk denetiminin yapıldığı birçok kararında bireysel – somut norm kontrolü yapmak durumunda kalmıştır. Bireysel – somut idari kararların ve soyut – genel ulusal kanunların AİHM tarafından denetimi arasında açık bir ayırım yapılması esasen birçok durumda mümkün değildir. Birçok davada AİHM ulusal kanunların ister istemez kimi yanlarını eleştirmek durumunda kalmaktadır⁴⁰. Ulusal kanunların norm denetimi bağlamında eski bir örnek olarak 1979 tarihli Marckx – Belçika davası verilmektedir. Bu davada Belçika'nın miras hukukuyla ilgili düzenlemesinin AİHK'nun 8.maddesine (özel ve aile yaşamına saygı hakkı) uygunluğu denetlenmiştir. Belçika hükümeti davada evlilik dışı çocuklara ilişkin Belçika miras hukukunun AİHK'na uygunluğunun AİHM tarafından denetlenemeyeceğini, böyle bir denetimin AİHK'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Belçika'da miras hukuku davalarında verilen kararların hukuka aykırılığı ve bu kararların iptali gibi bir sonuca yol açacağı, böyle sonucu engellemek için hukuki durumun AİHM kararı ile değil, bir Belçika kanunu değişikliği ile düzeltilebileceğini ileri sürmüştür. AİHM buna karşılık, Konvansiyon ihlâlinin ulusal kanunlara istinat ettiği durumlarda, AİHM kararlarının somut durum ötesinde etki göstermek durumunda olduğunu kabul etmiştir. AİHK'nun 25.maddesine göre Konvansiyon haklarının ulusal bir kanunla, bireysel – somut bir tasarruf olmaksızın ihlâl edilmesi durumunda, şikâyetçinin doğrudan bu kanundan etkilenmesi ve söz konusu kanunun doğrudan Konvansiyon ihlâline neden olması halinde bireysel başvuru talebinin yapılması mümkündür. Hukuka olan güven prensibi ve tüm koşullar muvacehesinde verilen karar Belçika'nın karar tarihinden önceki hukuki uyumsuzluklar bakımından AİHM'nin kararı ile bağlı olmadığını kabul etmiştir.

Marckx – Belçika davası anayasa yargısı bakımından iki noktada dikkat çekicidir. AİHM mahkemesi ilk kez olarak açık bir şekilde Konvansiyon haklarının sadece bireysel – somut idari tasarruflar üzerinden değil, ulusal

³⁹ bknz.: Quardiri – İsviçre davası, Nr.65840/09, karar tarihi 28.06.2011. Davada soyut norm kontrolü bağlamında, İsviçre anayasasında öngörülen minare yasağının AİHK'na uygunluğu denetlenmiştir

⁴⁰ bknz.: Marckx – Belçika davası, karar tarihi 13.06.1979, Serie A31; Papamichalopoulos – Yunanistan davası, karar tarihi 24.06.1993, Serie A260-B, 4 vd.

kanunlar üzerinden de doğrudan ihlâl edilebileceğini, bu nedenle AİHM'nin denetim yetkisinin genel – soyut ulusal kanunları da kapsayabileceğini ortaya koymuştur. Şikâyetçi tarafından AİHK'nu ihlâl eden ulusal kanunun gelecekte doğrudan kendisine uygulanabileceğini iddia ettiği takdirde, AİHM şikâyetçinin söz konusu ulusal kanunla etkilenmek durumunda olup olmadığını, bu etkilenmenin bireysel – somut idari tasarrufa istinaden mi yoksa ulusal kanuna istinaden mi gerçekleştiğini denetleme yetkisine sahiptir. Bu durumlarda da prensip olarak hipotez olarak ilgili kanunun şikâyetçiye somut uygulanması durumu denetim konusu yapılmaktadır. Ancak bu durum AİHM'nin fiilen ulusal kanunu AİHK muvacehesinde denetime tabi tutma sonucunu değiştirmemektedir⁴¹. Diğer taraftan Strazburg mahkemesi Marckx – Belçika davasında verdiği kararda fonksiyonunu ulusal anayasa mahkemeleri ile karşılaştırmıştır. AİHM kararında, kararlarının ulusal hukuk düzenleri üzerinde somut durum ötesinde etkiler doğurduğunu, bu özelliğin de ulusal anayasa mahkemesi kararlarının özelliği olduğuna işaret etmiştir.

Ulusal temel hak korumasının AİHM'ne kaydırılması anayasa mahkemesi olmayan ülkelerde de zımnen dolaylı olarak bir anayasa yargısının gelişmesine yol açmıştır⁴². Bunun ötesinde AİHM kararları yüksek mahkemelere kendi anayasalarına göre mümkün olmayan bir yol açarak ulusal kanunları AİHK muvacehesinde denetleme olanağı vermektedir. Bu şekilde ulusal anayasaların öngördüğü kanunların anayasaya uygunluk denetimi, kanunların AİHK'na uygunluk denetimi ile ikâme edilmiş olmakta ve AİHM Konvansiyon ülkelerinde tamamlayıcı bir anayasa mahkemesi karakteri kazanmaktadır.

bb – Devletlerin çekincelerinin denetimi

Bireysel – somut idari tasarrufların denetimi ve somut ve soyut norm denetimi dışında AİHM nezdinde başka bir denetim konusu bulunmamaktadır. AİHM devlet organları arasında yetki uyuşmazlıklarını veya federal yapıli devletlerde Eyalet – Birlik yetkilerinin çatışması konusunu karara bağlayamaz. AİHM idari tasarrufların ve genel – soyut düzenlemelerin denetimi dışında, AİHM'nin anayasa mahkemesi benzeri bir fonksiyonu kullanmasını mümkün kılan üye devletlerin Konvansiyona ve ek protokollere yaptıkları çekinceleri denetleme olanağı vardır. AİHK'nun 57.maddesine göre her Konvansiyon devletinin imza yahut onay esnasında ulusal bir düzenlemenin Konvansiyon hükmü ile çatışması halinde çekince yapma hakkı bulunmaktadır. Çekincenin açık, tam olması ve Konvansiyonun hangi hükmüne ilişkin olduğunu belirtmesi

⁴¹ Mellacher ve diğerleri – Avusturya davası, dava tarihi 19.12.1989, Serie A169, 9, §41

⁴² Regine Gerards, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, bknz.: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Beiträge zum nationalen und internationalen öffentlichen Recht, Band 4, 2007, s.290

gerekmektedir. Böyle bir çekincenin yapılması Konvansiyonun ilgili hükmünün çekince yapan Konvansiyon devletinin hukuk düzeninde uygulanmaması ve bu devlete karşı çekince konusu hükümlerle ilgili olarak başvuru yapılamaması sonucu doğurmaktadır. AIHM sürekli içtihatında çekincenin koşullarını ve bu şekilde geçerliliğini denetleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamaktadır. AIHM'nin uygulaması çekince koşullarının katı yorumlandığını ve çekincenin istisnai bir durum olarak kabul edildiğini göstermektedir⁴³. Bu çerçevedeki en bilinen örnek Belilos – İsviçre davasıdır. Davada İsviçre'nin AIHK'nun onayı esnasında yaptığı çekincenin denetimi yapılmıştır. AIHM İsviçre'nin yaptığı çekinceyi caiz olarak kabul etmemiştir. AIHM kararında geçersiz olarak kabul edilen çekincenin uygulanamayacağını ve AIHK'nun ilgili hükmünün Konvansiyon devletini bağlayacağını dile getirmiştir⁴⁴; Loizidou – Türkiye davasında AIHM Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs bağlamında yaptığı genel coğrafi sınırlılık çekincesini kabul etmemiş ve Konvansiyon devletlerinin ülkelerinin bir kısmını Konvansiyonun uygulanma alanı dışında bırakamayacaklarını, zira aksi halde AIHK'nun Avrupa çapında anayasa enstrümanı işlevinin daraltılması gibi bir sonucun doğacağını vurgulamıştır⁴⁵. AIHM'nin Konvansiyon devletlerinin çekincelerini denetlemesi ve duruma göre geçersiz ilân etmesi, AIHM'nin insan hakları sorunlarında subsidier olarak anayasa mahkemesi niteliğinin ifadesidir. AIHM Loizidou – Türkiye davasında açıkça AIHK'nu anayasa enstrümanı olarak nitelemiştir. Konvansiyon devletlerinin çekincelerine ilişkin uygulama ile AIHM bir kez daha anayasa koruyucu rolü üstlenmiş ve AIHK'nun Avrupa çapında anayasa benzeri işlevini teminat altına almış ve Konvansiyonun uygulanmasını çekince yolu ile sınırlama yapılmasını istisnai bir durum olarak ilan etmiştir.

3 – Karar

a – AIHM'nin denetim ölçüsü

aa- Genel denetim ölçüsü ve devletlerin takdir alanı

Ulusal anayasa mahkemelerinin temel hak denetimine ulusal anayasalar esas alınırken, AIHM'nin denetimine AIHK esas olmaktadır. AIHK büyük bir bölümü itibarı ile ulusal anayasalarla aynı yahut benzer bireysel hakları temin etmektedir⁴⁶. AIHM'nin görev alanı Konvansiyonda yer alan insan hakları ve temel özgürlüklerle sınırlı iken, ulusal anayasa mahkemelerinin yetkileri

⁴³ Frank Hoffmeister, Rn. 12 vd.

⁴⁴ Belilos – İsviçre davası, Nr.10328/83, karar tarihi 29.04.1988, Serie A132, 11 vd.

⁴⁵ Loizidou – Türkiye davası, karar tarihi 23.03.1995, Serie A310, 13 §75

⁴⁶ Rudolf Bernhardt, Verfassungen und Verfassungsgerichtsbarkeit Internationaler Organisationen, bkz.: Jochen Abraham Frowein/Klaus Scharioth/Ingo Winkelmann/Rudiger Wolfrum (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden/Negotiating for Peace - Liber Amicorum Tono Eitel, 2003, 281,285

oldukça çeşitlidir.

Temel hak ihlallerinin denetimi çerçevesinde Strazburg mahkemesi ve ulusal anayasa mahkemeleri arasında ancak kimi paralellikler bulunmaktadır. AİHK'da yer alan insan haklarına ve temel özgürlüklere Konvansiyon devletlerinin müdahalesini caiz kılan kriterler ile ulusal anayasalarda temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin öngörülen, örneğin kanuni dayanak, kamu çıkarı ve ölçülülük kriterleri arasında benzerlikler bulunmaktadır. AİHK'da yer alan klasik özgürlük haklarının sınırlandırılma koşulu, sınırlandırmanın ulusal bir kanuna istinat etmesi, Konvansiyonda sayılan meşru amaçlara matuf olması ve sınırlamanın demokratik bir toplum için gerekli olmasıdır⁴⁷. Böyle bir gereklilik için AİHM'ne göre toplumsal acil bir ihtiyaç olması gerekmektedir. AİHM'nin sürekli içtihatına göre bu kriter herşeyden önce ölçülülük denetimi içermektedir⁴⁸. Özellikle ölçülülük denetimi temel hak alanında anayasa yargısının temel işlevini hatırlatmaktadır. AİHM şüphesiz ölçülülük denetiminde spesifik anayasal ilişkileri dikkate almaktadır. AİHM kararlarında açık olarak ulusal mercileri ikâme etme gibi amacının olmadığını vurgulamaktadır. Ulusal merciler ilk planda Konvansiyon haklarının temininde sorumluluğu taşımaktadır. Ulusal merciler ulusal koşulları daha yakından bilmektedir ve bu nedenle onların muayyen bir takdir alanı bulunmaktadır⁴⁹. AİHM bu takdir hakkının kullanılmasını denetleme yetkisine sahiptir. Ulusal mahkemeler hangi nedenle temel hak sınırlaması yaptığını detaylı olarak gerekçelendirmek zorundadır⁵⁰.

AİHM hernekadar denetim ölçüsü ve kriterleri itibarıyla anayasa yargısı işlevi görse de, AİHM'nin bir anayasa mahkemesi yetkisi ile karşılaştırıldığında anayasa yargısı işlevinin daha sınırlı olduğu görülmektedir. AİHK'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin 47 AİHK tarafı devletin anayasalarında yer alan temel haklara nazaran sınırlı olması nedeniyle AİHM'nin denetimi de AİHK'da yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. AİHM bakımından önemli olan Avrupa çerçevesinde geçerli ortak asgari normların ortaya konulmasıdır. Federal devletlerde karşımıza çıkan anayasa mahkemelerinin de eyalet

⁴⁷ AİHK sınırlama koşulları olarak genel bir hüküm öngörmemektedir. Sınırlama kriterlerini ilgili hükümde öngörmektedir; krş. AİHK md.8, 2.fıkra

⁴⁸ bkz.: Berrehab – Hollanda davası, karar tarihi 21.06.1988, Serie A.138, 5 §28 vd.; Markt Intern Verlag ve diğerleri – Federal Almanya Cumhuriyeti, karar tarihi 20.11.1989, Serie A165, 4 §34

⁴⁹ Christian Callies, Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität. Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art.10 EMRK, EuGRZ 23 (1196), 295

⁵⁰ S.H ve diğerleri – Avusturya davası, Nr.57813/00; karar tarihi 03.11.2011 (Büyük Daire), EGMR Reports 2011 – V- 295, §197; Bédat – İsviçre, Nr.56925/08, karar tarihi 29.03.2016 (Büyük Daire), §67

kanunlarının ve kararlarının denetiminde eyaletlere takdir alanı bırakmak ve bölgesel özelliklere saygı gerekliliği içinde belli ölçüde bir geri durma tutumu aldıkları görülmektedir. AİHM'nin asgari standart oluşturma ve subsidiarite prensibi bağlamında "margin of appreciation" yaklaşımının ulusal anayasa mahkemeleri ile paralellik taşısa da daha ileri gittiği aşikârdır.

bb- AİHK'nun muhtar ve dinamik yorumu

Ulusal anayasa mahkemeleri anayasa normlarını kural olarak muhtar yorumlar. Anayasa mahkemesinin bu yetkisi herşeyden önce anayasanın diğer genel, soyut düzenlemelere nazaran önceliğinden ve mahkemenin bağlayıcı karar verme yetkisinden ileri gelmektedir. Yorum çalışmalarında genel olarak kabul gören yorum yöntemleri (ulusal hukukun uluslararası anlaşmalara uygun yorumu), kendi içtihatı ve diğer devletlerin anayasa mahkemelerinin içtihatlarıyla yapılan karşılaştırma yardımcı araç olarak kullanılmaktadır⁵¹.

AİHM de Konvansiyonda düzenlenen insan hak ve özgürlüklerini muhtar olarak yorumlamaktadır. AİHM kavramların tanımında ve münferit hakların içeriğinin belirlenmesinde zorunlu olarak ulusal hukuku yahut ulusal yorum yöntemlerini esas almamaktadır. Bu araçların AİHM için somut durumun karara bağlanmasında bir hareket noktası oluşturmaktan başka anlamı yoktur. AİHM, AİHK'nun muhtar yorumunda bir taraftan Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31.maddesinde yer alan uluslararası hukukun genel yorum yöntemlerine (örneği, bir düzenlemenin alışılmış anlamı, düzenlemenin amacı gibi), diğer taraftan uluslararası hukukun genel hükümlerine istinat etmekte ve Viyana Anlaşmalar Hukuku muvacehesinde kendi yorum pratiğini geliştirmektedir.

AİHM özellikle AİHK'nun anlam ve amacına istinat eden teleolojik yorum yöntemini esas almaktadır. AİHM sürekli içtihadında AİHK hükümlerinin Konvansiyon metninin bütünü içinde ve Konvansiyon amaçları ışığında yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu çerçevede AİHM önceki kararlarına gönderme yapmaktadır⁵². AİHM birçok kez AİHK'nun statik bir Konvansiyon olmayıp, günün gelişmelerine göre yeniden yorumlanmasına, bu şekilde dinamik, geliştirici bir yaklaşımla metnin yorumlanması gereğine dikkat çekmiştir. Dinamik, geliştirici yorum tekniği AİHK'nun Avrupa camiasının siyasi, kültürel, sosyal değişimine uyum sağlamasını mümkün kılmaktadır. Bu gelişme AİHM'nin kararlarında daima Konvansiyon devletlerindeki değişen hukuki durumla karşılaştırma yapılarak analiz edilmektedir. AİHM, AİHK'nu

⁵¹ Helmut Simon, 7.Kapitel, §34, Verfassungsgerichtsbarkeit, bkz.: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn. 5

⁵² Cossey – İngiltere davası, karar 27.9.1999, Serie A184, 7, §35

bu çerçevede yaşayan bir enstrüman olarak nitelendirmiştir⁵³. Bu dinamik içtihatı AİHK'nun lâfzı sınır getirmektedir. Konvansiyon hükümlerinin revizyonu AİHM içtihatı ile değil, yürürlüğe girmesi için üye devletlerin tümü tarafından onaylanması gereken ek protokollerle mümkündür. AİHK'nun dinamik gelişimi ile sadece teorik değil, aynı zamanda etkin bir temel hak koruması sağlanmaktadır. Bu durum AİHM içtihatında karşımıza çıkan etkin hukuki himaye prensibini gündeme getirmektedir⁵⁴.

AİHM'nin yorum pratiği içerik olarak ulusal anayasa mahkemelerinin yorum pratiğinden büyük ölçüde farklı değildir. AİHK'nun AİHM tarafından muhtar yorumu prensibi AİHM'nin nihai karar yetkisi kullanması nedeni ile ulusal anayasa mahkemelerinin yorum yetkisine benzemektedir. Hükmün lâfzı, amacı ışığında yorumu gibi uluslararası hukukun geleneksel yorum yöntemlerine atf yapılması, değişen aktüel koşulların dikkate alınması ve kendi yerleşik içtihatının karşılaştırmalı hukuk üzerinden yeni hukuki yaklaşımları ve ulusal anayasa mahkemelerinin kabul gören içtihatları ışığında değerlendirilmesi ulusal anayasa mahkemelerinin yorum yöntemlerini çağrıştırmaktadır. Anayasa mahkemeleri gibi AİHM de hukuki uygulamadan ayrılma gerekliliği olduğu takdirde kendi önceki kararları ile bağlı değildir. AİHM'nin yasama organı olmaması ve Konvansiyon hükümlerinin değişikliği için ek bir protokol yapılması ve bunun için Konvansiyon devletlerinin uzlaşması gerekliliği, ulusal seviyede anayasa revizyonu için öngörülen zorlu prosedürü hatırlatmaktadır.

b – AİHM kararlarının hukuki karakteri

aa - Bağlayıcılık ve tespit karakteri

AİHM prensip olarak şekillendirici değil, tespit edici nitelikte karar vermektedir. Bir AİHM kararı ulusal bir tasarrufu doğrudan ortadan kaldıramadığı gibi, ulusal hukuk düzenlerini doğrudan şekillendiren bir etkiye de sahip değildir. Bu durum AİHM'nin uluslararası karakterini ortaya koymaktadır. Strazburg mahkemesi prensip olarak devletlere emir ve talimat veremez. Kararın iç hukukta ne şekilde icra edileceği Konvansiyon devletlerine bırakılmıştır⁵⁵. Konvansiyon tarafı devletler ulusal hukuk düzenlerinin verdiği olanaklar çerçevesinde kararın icrası için önlem alacaktır. Konvansiyon devletleri Konvansiyon ihlallerini ortadan kaldırmakla ve Konvansiyona uygun durumu tesis etmekle mükelleftir (restitutio in integrum).

⁵³ Tyrer – İngiltere davası, karar tarihi 25.04.1978, Serie A26, s.13 vd.

⁵⁴ Artico – İtalya davası, karar tarihi 13.05.1980, Serie A37, 5 vd.

⁵⁵ F.Vermeulen – Belçika davası, karar tarihi 20.02.1996, EGMR Nr. 19075/91, Rn. 33; Cruz Varas ve diğerleri – İsveç davası, karar tarihi 20.03.1911, Serie A201, 22, §90 vd.

AİHM kararları şekillendirici bir etkiye sahip olmasa da değişik vesilelerle kararlarının ne şekilde icra edileceği konusunda tavsiyeler vermektedir⁵⁶. AİHM, AİHK'nun 41.maddesi muvacehesinde yapmış olduğu tespit yanısıra ilgili Konvansiyon devletinin ulusal hukuku Konvansiyon ihlâlinin sonuçlarını tamamen ortadan kaldıramadığı takdirde tazminata hükmedebilmektedir. Bu şekilde AİHM'nin baktığı davalar eda davası özelliği kazanmaktadır. AİHM'nin şekillendirici kararlar verememesi onu ulusal anayasa mahkemelerinden ayırt etmektedir. AİHM'nin kararları Konvansiyonun 46.madde, 1.fıkrasına göre ulusal anayasa mahkeme kararları gibi bağlayıcıdır. Ulusal anayasa mahkemeleri ancak sadece ihlâl durumunu tespit etmekle sınırlı bir yetki kullanmaz, aynı zamanda bu tespitle bağlantılı yaptırım veya alınacak önlemleri karara bağlar. Esas itibariyle AİHM'ne de başlangıçta anayasa mahkemelerine paralel geniş yetkiler verilmesi, bu meyanda ulusal kanunları iptal etme yetkisi verilmek istenmiştir. Hükümetler bu yaklaşımı reddetmiştir.

Bu çerçevede kimi yeni yeniliklerin ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin Strazburg mahkemesi usul yönetmeliğinin 39.maddesine istinaden tarafların çıkarlarını korumak için veya prosedürün kurallara uygun gerçekleşmesi için önleyici önlemler tavsiye edebilir. Uzun bir süre önleyici önlemlere ilişkin tavsiyeler bağlayıcı kabul edilmemiştir. Mamatkulov ve Askarov – Türkiye davasında AİHM uluslararası hukukun genel hukuk prensiplerine ve diğer uluslararası mahkemelerin uygulaması ışığında tavsiye edilen önleyici önlemlere riayet edilmemesinin AİHK hükümlerinin ihlâlüne yol açacağını hükme bağlamıştır. Bu tür önlemler artık tavsiye karakterinde değil, ulusal anayasa mahkemelerinin vereceği tarzda talimat olarak kabul edilmektedir⁵⁷. AİHM yeni davaların bazılarında, kararın muhatabı devletin kararı ne şekilde icra edeceğine ilişkin talimat vermiştir. Bu özellikle bireylerin Konvansiyona aykırı olarak tutukluluk durumlarında söz konusu olmaktadır. AİHM ilgili kişilerin serbest bırakılmasına ilişkin yeni bir uygulama yerleştirmiştir⁵⁸.

AİHM kararları ulusal anayasa mahkemesi kararlarına görünüş itibariyle benzemekle beraber, istisnai durumlar dışında prensip olarak şimdiye dek taşıdığı tespit edici özelliği nedeniyle onlardan ayrılmaktadır. AİHM kararlarının icrasında kararların bağlayıcı karakterine karşılık Konvansiyon devletlerinin işbirliği gerekliliği söz konusudur. Bu durum Strazburg mahkemesi ve anayasa mahkemesi arasındaki spesifik fark olarak değil, uluslararası hukukun özelliği olarak kabul edilmektedir. Ulusal hukuk düzenleri ile karşılaştırma yapıldığı

⁵⁶ Centro uropa 7 ve di Stefano – İtalya davası, Nr.38433/09, karar tarihi 07.06.2012 (büyük daire), EGMR Reports 2012

⁵⁷ Mamatkulov ve Askarov – Türkiye davası, Nr.46827/99 ve 46951/99, karar tarihi 04.02.2005 (büyük daire), EGMR Reports 2005-I, 225, §§99 vd.)

⁵⁸ İlaşcu ve diğerleri – Moldova ve Rusya Federasyonu davası, Nr.48787/99, karar tarihi 08.07.2004, EGMR Reports 2004-VII, 1

takdirde uluslararası hukukta hukuk ihdas edenlerle bu kurallara tabi olanların aynı olduğu ve uluslararası hukukun iradeye istinat ettiği görülmektedir. Uluslararası hukukun süjesi olan devletler sahip oldukları hak ve yükümlülükleri kendileri belirler. Uluslararası hukukta BM Güvenlik Konseyi istisnası dışında hukuku icra eden merkezi bir organ bulunmamaktadır. Bu durum uluslararası hukukun icrası bakımından problem oluşturmaktadır. Hukukun icrası uluslararası hukukta dezentral cereyan etmektedir; diğer bir ifade ile devletler uluslararası hukuk normlarını ihtiyari olarak bağlayıcı ilan ederler ve uyuşmazlık durumunda bu kurallara kendileri riayet ederler. Bu durum uluslararası insan haklarının korunması alanında da geçerlidir. Ulusal anayasa mahkemeleri temel hak ihlallerini tespit edip, yaptırım ve önlemler öngörürken, uluslararası seviyede benzer bir icra mekanizması bulunmamaktadır. Bunun dışında AİHM fonksiyonu ve hiyerarşik yapısı, yetkileri, bağlayıcı kararları ile ulusal anayasa mahkemelerine oldukça benzemektedir. AİHM'nin ulusal kanunları iptal edememesi anayasa mahkemesi fonksiyonlarını yerine getirmesine engel teşkil etmemektedir.

bb - Pilot davalar

2004 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi pilot dava olanağı veren bir rezolüsyon ve tavsiye kararı ihdas etmiştir⁵⁹. Bakanlar Komitesinin bu kararı alması herşeyden önce AİHM'de artan bir şekilde sistemik problemlere istinat eden Konvansiyon ihlalleri nedeniyle, özellikle Avrupa Konseyi'nin yeni üyelerine karşı aynı tür davaların açılmasıydı. AİHM ulusal kanuna ilişkin soyut veya somut norm denetimi sonucu Konvansiyon ihlâlini tespit etmiş olsa da, ulusal hukuk düzeninde birçok örnekte herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum tekrar aynı tür başvuruların AİHM'ne yapılmasına yol açmıştır. Bu problemi ortadan kaldırmak için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi benzer başvuruların yapılmasına neden olan sistemik problemleri tanımlama kararı almıştır. AİHM'nin bu şekilde yapısal problemlerin ortadan kaldırılmasına matuf hazır çözümler muvacehesinde tespitler ve öneriler yapması sağlanmıştır⁶⁰. Broniowski – Polonya davasına ilişkin karar AİHM tarihinde ilk pilot karar olarak kabul edilmektedir⁶¹. Söz konusu davada Büyük Daire 1 nolu protokol muvacehesinde ilgili Polonya kanununun ve bu paraleldeki hukuki uygulamanın sistemik bir problem oluşturduğu ve bu ihlâlden gelecekte çok sayıda bireyin etkilenmek durumunda olduğu tespitini yapmıştır. Büyük Daire bu nedenle gelecekte bireylerin restitution (eski hale iade) taleplerini telafi

⁵⁹ <<http://wcd.coe.int>>

⁶⁰ Christoph Grabenwarter, The European Human Rights Model - With a Special View to the Pilot Judgement Procedure of the Strasbourg Court, ARIEL 2014, s.53 vd.

⁶¹ Broniowski – Polonya), Nr.31443/96, karar tarihi 28.09.2005 (büyük daire), EGMR Reports 2005-XI, 1 §§35 vd.)

etmek üzere kapsamlı, genel önlemlerin alınması gerekliliğine dikkat çekerek, bu konudaki kimi görüşlerini karara eklemiştir. AİHM'nin kararının sonucu olarak Polonya 08.07.2005'de taşınmazlara ilişkin restitution taleplerini karşılayan günümüzde geçerli olan kanunu ihdas etmiştir. Broniowski – Polonya davasında verilen karar bir dizi pilot dava için emsal teşkil etmiştir. Bu karar emsal karar olarak benzer davalarda hızlı ve etkin çözüm sağlamıştır⁶².

Strazburg mahkemesi tarafından uygulanan pilot karar prosedürünün amacı münferit şikâyetçilerin aynı konuya ilişkin bireysel başvurular arasında uyum sağlamak ve AİHM'nin aynı tür benzer şikâyetlerle bloke olmasını engellemektir. Tek bir kararla derdest yahut beklenen çok sayıdaki aynı tür davalar için çözüm bulunmuş olmaktadır. Pilot kararın operatif bölümünde sorumlu devletin aynı davaların açılmasına neden olan yapısal problemleri düzeltmesi için alması gereken genel önlemler öngörülmektedir. AİHM önündeki benzer davaların incelenmesi kural olarak pilot kararın ulusal seviyede icrası aşamasında askıya alınmaktadır. Pilot karar icra aşamasında başarısız olursa, askıya alınan davalar yeniden görülür⁶³. Yeni pilot davalar arasında 15.01.2009 tarihli Burdov (2) – Rusya Federasyonu davası (no. 33509/04, §129) bulunmaktadır. Bu davayı 2010'da Nagovitsyn ve Nalgiyev – Rusya⁶⁴ davası ve Fakhretdinov ve diğerleri – Rusya davası⁶⁵ takip etmiştir. Diğer devletlere ilişkin olarak da AİHM son yıllarda artan şekilde pilot karar prosedürü uygulamaktadır⁶⁶. AİHM Rumpf – Almanya davasında (Nr.46344, karar tarihi 02.09.2010, §75) 2010'da dikkat çekici bir karar vermiştir. Davaya neden olan problemin tanımlanmasından sonra AİHM benzer davaların alışılmış bir şekilde gelecekte askıya almayacağını, davaları göreceğini karara bağlamıştır. AİHM açık bir şekilde Federal Almanya'ya benzer davaları esas alarak sistemik problemlerin düzeltilmesine ilişkin yükümlülüğünü hatırlatmıştır (Almanya bu yükümlülüğünü yasama tasarrufu ile yerine getirmiştir). Zikredilmesi gereken diğer davalar arasında AİHK'nun 8.madde ve 13.maddede yer alan hakların ihlâli iddiası ile açılan Glykantzi – Yunanistan⁶⁷, Alisic ve diğerleri – Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve eski Yugoslavya Cumhuriyeti, Makedonya⁶⁸ ve 2013 tarihli Jovanovic – Sırbistan⁶⁹ davaları bulunmaktadır.

⁶² bu davayı takip eden pilot karar için bkz.: Hutten/Czapska – Polonya davası, Nr. 35014/97, karar tarihi 19.06.2006 (büyük daire), EGMR Reports 2006-VII, 57

⁶³ Nikolayevich Ivanov – Ukrayna davası, Nr.40450/04, karar tarihi 15.10.2009

⁶⁴ Nr.27451/09 ve 60650/09, karar tarihi 23.09.2010

⁶⁵ Nr.26716/09, 67576/09 ve 7698/10, karar tarihi 23.09.2010

⁶⁶ örneğin Ivanov – Ukrayna (Nr.40450/04, karar tarihi 15.10.2009); Sulagic – Bosna Hersek (Nr.27912/02, karar tarihi 03.11.2009); ve Atanasiu ve diğerleri – Romanya (Nr.30767/05 ve 33800/06, karar tarihi 12.10.2010

⁶⁷ Nr.40150/09, karar tarihi 30.10.2012

⁶⁸ Nr.60642/08, karar tarihi 06.11.2012 (büyük daire) EGMR Reports 2014

⁶⁹ Nr.20794/08, karar tarihi 26.03.2013), EGMR Reports 2013-II, 147

Pilot karar prosedürü hernekadar Konvansiyonda bir dayanağı olmadan uygulamada ortaya çıkmış ve henüz tam olarak olgunlaşmamış ise de AİHM hukuk uygulamasında kabul gören bir prosedürdür. Pilot karar prosedürü aradan geçen zaman içerisinde AİHM usul düzenlemesinin 61.maddesinde düzenlenmiştir. Bu önemli prosedürün şüphesiz AİHM tarafından bağımsız olarak değiştirilebilecek nitelik taşıyan usul yönetmeliğine nazaran hiyerarşik olarak daha yüksek bir hukuki dayanağa ihtiyacı vardır⁷⁰. Bugüne kadar pilot karar prosedürünün ağırlıklı olarak – Konvansiyon devletlerinde sistemik problemlerin yaşandığı mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin 1 Nolu protokolün 1.madde ve AİHK'nun 6.madde, 1.fıkrası (dava sürelerinin uzunluğu) bağlamında ortaya çıktığı görülmektedir. Bununla beraber AİHM farklı alanlarda da pilot karar verdiği görülmektedir. Örneğin hapisane koşulları ile ilgili olarak Torreggiani ve diğerler – İtalya davası⁷¹ ve bu davayı takiben açılan Stella ve diğerleri – İtalya davası⁷² bulunmaktadır. AİHM davada İtalyan hükümetinin hapisanelerdeki kötü durumu ortadan kaldırılmasına ilişkin bir aksiyon planını karara bağlamıştır.

Pilot karar prosedürüne ilişkin bugüne dek ortaya çıkan tecrübeler karar muhatabı Konvansiyon devletinin sistemik problemleri ortadan kaldırma niyetinin olmaması yahut bunu başaramaması durumunda bu prosedürün etkin olma şansının bulunmadığını göstermektedir. Soyut norm kontrolü gibi sadece bireysel somut durumun değil, bunun ötesinde davaya neden olan ilgili ulusal düzenlemenin ele alındığı pilot karar prosedürü de AİHM'nin anayasa mahkemesi işlevini ortaya koymaktadır. Pilot kararlar bağlamında AİHM'nin geleneksel olarak bireysel-somut davalara göre şekillenen içtihatı genel olarak gelişmiş ve AİHM somut norm kontrolü yetkisi kullanma ötesinde ulusal yasama tasarruflarının yapısal ve sistemik yapısını da denetleme yetkisi elde etmiştir. AİHM'nin bireysel hakları koruma rolü bu şekilde Avrupa çapında insan hakları bakımından bir “ordre public” yerleştirme işlevi ile tamamlanmıştır. Pilot karar prosedüründe AİHM'nin kural olarak her bir münferit davayı incelememesi bireysel başvuru hakkını sınırlamaktadır. AİHM'nin ancak aynı paralelde sistemik problemlere kamu çıkarına uygun genel çözümler bulması aynı konuya ilişkin yeni davaların açılmasını önlemektedir. AİHM anayasa mahkemesi işlevini pilot karar prosedürü ile somut norm kontrolüne nazaran daha çarpıcı bir şekilde yerine getirmektedir.

⁷⁰ Helen Keller/Daniela Kühne/Andreas Fischer, Statut-Entwurf für den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Ein Beitrag zur Reform des Konventionssystems, EuGRZ 38 (2011), 341,358

⁷¹ Nr.43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 33315/10 ve 37818/10, karar tarihi 08.01.2013

⁷² Nr.49169/09, 54908/09; 55156/09; 61443/09; 61446/09; 61457/09; 7206/10; 15313/10; 37047/10; 56614/10; 15313/10; 37047/10; 56614/10; 15313/10; 37047/10; 56614/10; 58616/10, karar tarihi 16.09.2014

cc - AİHM kararlarının quasi erga omnes etkisi

AİHM kararları AİHK'nun 46.madde, 1.fıkrasına göre erga omnes değil (tüm Konvansiyon devletleri için değil, münhasıran (inter partes) hukuki uyumsuzluktan etkilenenler için geçerlidir. AİHM kararları şüphesiz kural olarak hukuki uyumsuzlukta taraf olmayan Konvansiyon devletleri bakımından da dolaylı yönlendirme etkisine sahiptir. Bu nedenle AİHM kararlarının quasi erga omnes etkisinden söz edilmektedir⁷³. AİHK tarafı devletlerin mahkemeleri bununla beraber AİHM kararlarını aynı ölçüde enkorpore etmemektedir. Reform tartışmaları esnasında bu nedenle AİHM kararlarına resmi olarak erga-omnes etki tanıma önerisi de yapılmıştır. Bu öneri başarı vademediği için kabul görmemiştir. AİHM kararlarının ergas-omnes etkisi üzerinde yapılan tartışmalar, AİHM kararlarının münferit dava ötesinde ulusal seviyede anayasa mahkemelerinin kararları gibi daha aşağıda bulunan mahkemeler üzerinde yönlendirici ve ulusal mahkeme kararlarını AİHM kararları ile uyumlu kılan bir etkiye sahip olduğunu ortaya çıkartmıştır.

dd - Kararların gerekçelendirilmesi ve yargısı

AİHM kararları üç bölüme ayrılmaktadır: Şimdiye dek cereyan eden prosedürün açıklanması; uyumsuzluğun açıklanması; Konvansiyon hükümleri ışığında davanın ele alınması. AİHK'nun 45.madde, 1.fıkrasına göre AİHM'nin verdiği hükümlerin, başvuruların kabul edilip edilmemesine ilişkin olarak alınan kararlar gibi gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Başvuruların kabul edilip edilmemesine ilişkin kararların geleneksel uygulamada kısa gerekçelendirildiği görülmektedir. AİHM'nin usul yönetmeliğinin 56.madde, 1.fıkrasına göre başvurunun kabul veya reddine ilişkin kararda, kararın ne şekilde (oy çokluğu ile veya oybirliği) alındığı belirtilir. Karardan sapan görüşlere bu çerçevede yer verilmemektedir.

AİHM hükümlerinin gerekçelendirilmesi Konvansiyon sisteminin, bir taraftan bireysel temel hak himayesi ve diğer taraftan Avrupa çapında insan hakları standardının yerleşmesi amaçları ışığında gereklidir. İkinci amacın takibine bu nedenle gerekçe bölümünde üslup itibarıyla ulusal anayasa mahkemelerini hatırlatan genel ifadelerle yer verilmektedir⁷⁴. Bu şekilde örneğin somut hukuki probleme ilişkin hüküm detaylı bir şekilde ortaya konulur ve konuya ilişkin temel prensipler sıralanır. Strazburg mahkemesinin kararları hükmün her bölümünde müdahil tarafların gerekçelerine yer veren bir tartışma modeline istinat etmektedir. Dairelerin ve Büyük Dairenin tüm hüküm ve kararları kamu oyu tarafından erişilmesini teminen AİHM internet

⁷³ Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 2016

⁷⁴ Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 2016, §14, Rn.4

sitesine konulmaktadır⁷⁵. Bunun dışında hüküm ve kararların kimileri Avrupa Konseyi resmi dili olan İngilizce ve Fransızca olarak AİHM resmi gazetesinde yayınlanır⁷⁶.

IV –AİHM’nin Rolü ve İşlevi

1 - Avrupa Konseyinin diğer organlarıyla ilişkiler

a - AİHM’nin kurumsal muhtariyeti

Ulusal anayasalar kural olarak devletin yönetim sistemini ana hatları itibarıyla düzenlerler. Bu düzenlemeler esas itibarıyla devletin gücünü sınırlamak ve bireylerin özgürlüklerini ve haklarını temin için devlet yetkilerini birbirinden ayrı ve hukuken bağımsız organlar arasında dağıtan yetki ayrılığı prensibine istinat etmektedir. Ulusal yargının bir parçası olarak ve yetki ayrılığı prensibi muvacehesinde ulusal anayasa mahkemeleri muhtar mercilerdir. Yasama ve yürütme Anayasa Mahkemesinin kararlarını hukuken etkileme olanağına sahip değildir. Avrupa Konseyi örneğinde bir özellik olarak yürütme ve yasama organına Avrupa Konseyi tüzüğünde (md.10) yer verilirken, yargı organı olan AİHM’ne AİHK’da yer almasına karşın bu çerçevede yer verilmemiştir. AİHM bu nedenlerle Avrupa Konseyi ile değişik şekillerde bağlantı içinde olsa da hakim görüşe göre Avrupa Konseyinin organı olarak kabul edilmemektedir⁷⁷.

Avrupa Konseyinin iki ana organı, Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi ve AİHM ile oluşturduğu sistem içerik olarak ulusal yetki ayrılığı sistemine benzemektedir. Ulusal anayasa mahkemeleri gibi AİHM de yetkilerini hukuken diğer organlardan bağımsız olarak kullanmaktadır. Bakanlar Komitesi üye devletlerin dışişleri bakanlarından oluşmaktadır. Ulusal yetki ayrılığı sistemine benzer bir şekilde Bakanlar Komitesi Avrupa Konseyi bünyesinde icra organını temsil etmektedir. Bakanlar Komitesinin ana görevleri Avrupa çapındaki problemler için ortak çözümler bulunması ve Konvansiyon devletlerinin Konvansiyondan doğan mükellefiyetlere riayetinin denetimini yapmaktır. AİHM’nin yargı yetkisi üzerinde Bakanlar Komitesinin bir etkisi bulunmamaktadır. AİHK ihlallerinde Bakanlar Komitesinin sahip olduğu karar yetkisi 1998’de 11 nolu protokolle ortadan kaldırılmıştır.

Bakanlar Komitesinin AİHM ile bağlantısı AHK’nun 46.madde, 2.fıkrası muvacehesinde AİHM kararlarının karar muhatabı devlet tarafından icrası bağlamında ortaya çıkmaktadır. Verilen kararlar bağlantılı olarak Bakanlar

⁷⁵ <http://hudoc.echr.coe.int>

⁷⁶ AİHM usul yönetmeliği 76 78.maddeler

⁷⁷ Georg Ress, *Rechtstellung, Aufgabenbereich und Legitimation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, bkzn.: Michael Holoubek/Brigitte Gutknecht/Stephan Schwarzer/ Andrea Martin (Hrsg.), *Dimensionen des modernen Verfassungsstaaten*, 2001, 137 vd.

Komitesi kararın muhatabı devletten kararın gereğini yerine getirmek üzere aldığı önlemler hakkında bilgi talep eder. Alınan önlemler yeterli bulunduğu takdirde Bakanlar Komitesi bir rezolüsyonla Konvansiyon devletinin yükümlülüklerini yerine getirdiğini ilan eder. Alınan önlemlerin Bakanlar Komitesi tarafından yeterli bulunmadığı durumlarda Bakanlar Komitesi bir ara rezolüsyonla durumu tespit eder ve nihai çözüm sağlanana kadar konuyu erteleme kararı alır. Bakanlar Komitesinin bu çerçevede talimat yetkisi yoktur. Bakanlar Komitesi sadece öneriler ve tavsiyeler yapabilir.

Kararın icrasının siyasi denetimi ulusal anayasa yargı sisteminde yer almamaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kullandığı yetki zamansal olarak AİHM'nin kullandığı yetkiyi takip etmesi nedeniyle AİHM kararları üzerinde bir etkiye sahip değildir⁷⁸. AİHM denetim prosesi çerçevesinde müdahil olmak durumunda değildir. Uygulamada bazı gri alanlar ve zor sınırlamalar bulunmaktadır. AİHM AİHK'nun 35.madde, 2.fıkra, b-bendine göre daha önce kendisi tarafından incelenen şikâyet ile büyük ölçüde örtüşen bireysel başvuruları kabul etmemektedir. Şüphesiz hukuken önemli yeni hukuki durumların ortaya çıkması (kararın verildiği tarihte bilinmeyen yahut verilen kararın icrası esnasında yeni bir AİHK ihlâlinin ortaya çıkması) AİHM'nin daha önce verdiği kararın konusu olan şikâyeti yeni koşullar altında bir kez daha incelemesini engellememektedir. Bu gibi durumlarda AİHM'nin Bakanlar Komitesinin icra denetimi yaptığı esnada söz konusu şikâyetle yeniden iştiğal etmesi gibi zamansal bir problem ortaya çıkabilir. Bakanlar Komitesinin kararların icra denetimini yapma yetkisi ve AİHM'nin yeni verileri inceleme yetkisi arasında bir sınırlama yapmak her zaman için kolay değildir⁷⁹.

Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi 47 Konvansiyon üyesi devletin ulusal Parlamento temsilcilerinden ve bir sekreteryadan oluşmaktadır. Parlamenter Asamble Avrupa çapında konuların tartışmalarla ve raporlarla ele alındığı bir platformdur. Parlamenter Asamble tarafından düzenlenen metinler Bakanlar Komitesi ve üye devletler için aktüel sorunların üstesinden gelinmesinde oryantasyon aracı teşkil etmektedir. AİHM Parlamenter Asamble ile ilk sırada yargıç seçimi nedeni ile bağlantı içindedir. AİHK'nun 22.maddesine göre her Konvansiyon üyesi devlet için Parlamenter Asamble tarafından mutlak çoğunlukla AİHM için bir yargıç seçilir. Bu seçim için her Konvansiyon tarafı devlet üç isimden oluşan bir öneri yapar. AİHK'nun 21.maddesinde yer alan kriterlerin ötesinde Parlamenter Asamble diğer başka kriterleri, örneğin AİHM'nin etkin ve bağımsız çalışmasını temin edecek dil bilgisini dikkate alarak

⁷⁸ Lucius Caflisch, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und dessen Überwachungs-mechanismen: Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft, ZSR 122 (2003), s.125

⁷⁹ Verein/Tierfabriken – İsviçre davası bunun bir örneğini oluşturmaktadır. Bknz.: Nr.32772/02, karar tarihi 30.06.2009 (Büyük Daire), EGMR Reports 2009-IV, 1, §83

seçimini yapar. Bu bağlamda Parlamento Asamble ve Konvansiyon devletleri AİHM yargı heyetinin oluşmasında rol oynamaktadır. Anayasa mahkemesi üyelerinin kurumsal yapıda yer alan ulusal parlamentolar tarafından seçilmesi gibi bir yöntemin AİHM için de söz konusu olması AİHM'nin çalışmasında önemli bir etkiye sahip değildir. Uluslararası mahkemelerin yargıçlarının Parlamento tarafından seçilmesi alışılmış bir durum değildir. Bu yöntem AİHM yargıçlarına demokratik meşruiyet sağlamaktadır.

Parlamento Asamblesinin yargıç seçme yetkisi onun Avrupa Konseyi bünyesinde sahip olduğu rolün önemini göstermektedir. Parlamento Asamble devletlerin sunduğu aday listesini yeterli bulmayarak reddedebilir. Listesi iade edilen Konvansiyon devleti yeni liste sunar. Parlamento Asamble listenin yenilenmemesi durumunda seçim yapmaktan imtina edebilir. Bu durum uygulamada sıkça ortaya çıkmakta ve Parlamento Asamble ile ilgili devlet arasında hangi koşullar altında Parlamento Asamblesinin listeyi reddedebileceği konusunda tartışmaya neden olmaktadır. İlginç bir şekilde bu tür bir uyuşmazlıkta AİHM'den danışma görüşü talep edilebilmektedir. Bunun anlamı AİHM'nin potansiyel yargıç adaylarına ilişkin uyuşmazlıkta karar vermesidir. Bu durum 2008'de Malta'nın aday listesinin, listede kadın aday olmaması nedeniyle reddedilmesi örneğinde yaşanmıştır. Malta bunun üzerine Bakanlar Komitesine AİHM'den danışma görüşü alınması talebi yapmıştır. AİHM görüşünde, kadın aday içermeyen bir listenin, ilgili Konvansiyon devletinin uygun bir kadın aday bulmak için makul ve gerekli önlemler almaması durumunda reddedilebileceğini bildirmiştir⁸⁰. AİHM yargıçlarının seçiminde Avrupa Konseyi Parlamento Asamblesinin yetkili olması ve AİHM kararlarının icrasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin denetim yetkisi olması, bu organların AİHM kararları üzerinde etki yapmasını mümkün kılmamaktadır. AİHM kararlarında bağımsızdır. AİHM'nin bu statüsünü güçlendirmek için AİHK 23.maddesinde AİHM yargıçlarının bir defaya mahsus olmak üzere 9 yıl için seçilmesini kabul etmiştir.

b – AİHM'nin bütçesi

AİHK'nun 50.maddesine göre AİHM'nin masrafları Avrupa Konseyi tarafından karşılanmaktadır. AİHM buna göre Avrupa Konseyi bütçesine entegre bir bütçeye sahiptir. Avrupa Konseyi'nin 47 üyesi, nüfusu ve brüt sosyal üretimi esas alınarak Avrupa Konseyi bütçesine katkı yapmaktadır. Masraf kavramı, personel ve yargıç maaşlarını, AİHM'nin fiziksel gereksinimlerini kapsayan geniş bir kavramdır. 2000'den itibaren AİHM bütçesi enflasyon yahut ücretlerin yakınlaştırılması faktörlerini dikkate almayan "zero growth" prensibine istinaden hazırlanmaktadır. Bütçe Bakanlar Komitesi tarafından

⁸⁰ 12.02.2008 tarihli danışma görüşü için bkz.: NJW 2009

uygun bulunmaktadır⁸¹. AİHM'nin bütçesi rakamsal olarak belli ve ayrı belirlense de (çalışanların ücretleri, yayın faaliyetleri, tercüme yahut resmi işler için yapılan harcamalarda serbesti esası geçerlidir), bütçenin Avrupa Konseyinin genel bütçesine entegre olması nedeni ile AİHM'nin mali olarak muhtar olduğu söylenemez. Reform tartışmalarında Avrupa Konseyinden bağımsız bütçe talebi yer almaktadır. Bu talep AİHM'nin sürekli artan bütçesinin Avrupa Konseyinin genel bütçesini tüketmesi gerçeğine istinat ettirilmektedir.

2 – AİHM'nin yargısal statüsü

01.11.1998 tarihli 11 nolu ek protokolün yürürlüğe girmesi ile beraber Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin karar sürecindeki rolü ortadan kaldırılmıştır. AİHM bugün için AİHK denetim mekanizmasında yegâne yargı merciidir. Strazburg mahkemesi ulusal mahkemelerle düzenlenmiş bir işbirliği ilişkisi içinde değildir. AİHK ulusal mahkemelerle ilişki bakımından bir düzenleme içermemektedir. AİHK'nun 35.madde, 1.fıkrası bu ilişki bakımından önem taşıyacak mahiyette, bireysel başvuru koşulu olarak diğer koşullar yanısıra ulusal iç hukuk yollarının tüketilmesini öngörmektedir. Bu düzenleme ile gerek Konvansiyon devletlerinin egemenliği, gerekse AİHM'nin subsidier statüsü temin edilmiştir. Bu düzenleme Strazburg mahkemesi ve ulusal mahkemeleri eklemlen önemli bir düzenlemedir⁸².

Ulusal iç hukuk yollarının tüketilmesi ertesinde AİHM temel hak ihlallerini denetleme konusunda nihai bir yargı organıdır. AİHM tarafından ulusal mahkemelere ilişkin denetim, somut durumda ulusal iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğinin tespiti bakımından, diğer bir ifade ile kendisinin nihai merci olarak yetkili olup olmadığına tespiti bakımından yapılmaktadır. Ulusal mahkemenin ve bununla bağlantılı iç hukuk yollarının ne şekilde şekillendirilmesi gerektiği konusunda ne AİHK, ne de AİHM statüsü bir düzenleme öngörmektedir. Konvansiyonun 13.maddesi sadece etkin bir ulusal başvurudan, 6.maddesi, 1.fıkrası adil yargılamadan, 35.madde, 1.fıkrası şikâyetçinin iç hukuk yollarını nihai merciye kadar taşımasından söz etmektedir. Şikâyetçi iç hukuk yollarını tüketmesinden itibaren 6 ay içinde Strazburg mahkemesi nezdinde başvuru yapabilir. Etkin hukuki yoldan ne anlaşıldığı somut ulusal hukuk çerçevesinde belirlenecektir. Ne literatürde, ne de Strazburg mahkemesi içtihadında bu soruya ilişkin kesin bir cevap bulunmaktadır. Prensipte somut durumda AİHK ihlallerine karşı kullanılacak ve

⁸¹ 2015 yılı için AİHM'e 69.076.300 Avro tahsisi edilmiştir, bkz.: (<http://www.echr.coe.int>)

⁸² Markus Lanter, Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges, (Art.35, Ziff.1 EMRK), Die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der Bundesrechtspflege, Diss. Zürich 2008, 243

yaptırım öngören bir hukuki yolun olması gerekmektedir. AİHM çok sayıda kararında etkin hukuki yol bakımından tereddüt doğabileceğini teyit etmiştir. Bu güvensizlik nedeniyle ulusal mahkemeler ve Strazburg mahkemesi arasında yetki taksimine açıklık getirecek daha sıkı bir işbirliği talep edilmektedir. AİHM sadece iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurulacak bir nihai mahkeme rolü değil, AİHK'nun standartlarını Avrupa çapında quasi-anayasa olarak geçerli kılma rolü oynamaktadır. Strazburg mahkemesi kararlarının ulusal mahkemeler tarafından artan bir şekilde dikkate alınması AİHM'nin bu çerçevedeki başarısının kanıtıdır⁸³.

V – AİHM'nin gösterdiği gelişme

1 - AİHM'nin algılanması

AİHM'nin kurumsal yapısının, prosedürünün ve kararlarının analizi ulusal anayasa mahkemeleri ile paralellikler olduğunu göstermektedir. Strazburg mahkemesinin anayasa mahkemesi olarak taşıdığı anlamı birkaç unsur ışığında analiz yetersiz kalabilir. AİHM bugün ulusal anayasa mahkemeleri ile eşdeğer, kimi konularda onları aşan evrensel bir önem kazanmıştır. AİHM'nin yargılama yetkisi bugün birçok alan uzmanı tarafından Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde öngörülen mekanizmalarla karşılaştırıldığında uluslararası insan hakları standartlarının denetiminde en etkin koruma mekanizması olarak kabul edilmektedir. AİHM 40 aşkın devlet ve onların yurttaşları bakımından zorunlu yargı öngören yegâne örnektir.

AİHM'nin yetkileri 1959'dan itibaren sürekli artmıştır. AİHM bugün muhtar bir nihai yargı organı olarak Konvansiyon üyesi devletlerin ülkelerinde temel hakları ihlâl olan bireylerin bireysel başvurularını karara bağlamaktadır. Bunun ötesinde AİHM AİHK'nun öngördüğü münferit insan hakları ve temel özgürlükler bakımından geliştirdiği içtihatlarla, Avrupa çapında geçerli insan hakları standardı getirmiştir. AİHM AİHK'nun 53.maddesine istinaden insan haklarının korunmasında minimal bir standart getirmiştir. Avrupa Konseyi üyesi 47 devlette ulusal mahkemelerin temel haklara ilişkin kararlarının bu standardın altında kalması caiz değildir. AİHM'nin münferit AİHK-teminatları bakımından fiilen geliştirdiği ilerici içtihat sonucu ortaya çıkan minimal hukuki himaye birçok Konvansiyon devleti bakımından bugün için azami standart teşkil etmektedir. Bu standarda Konvansiyon üyesi devletlerin münferit davalar ve ulusal yasama tasarrufları bağlamında uyum göstermesi gerekmektedir. Bu durum münhasıran olmasa da özellikle genç Orta ve Doğu Avrupa demokrasileri ve onların anayasa mahkemeleri bakımından geçerlidir.

⁸³ Markus Lanter, *ibid.*, s.24 vd.

AİHM'nin insan hakları bakımından sahip olduğu bu olağanüstü anlam nedeniyle literatürde Avrupa Anayasa Mahkemesi veya quasi (benzer) Avrupa Anayasa Mahkemesi olarak nitelendirilmektedir⁸⁴. AİHM'nin kararları Avrupa'nın yönlendirici kararları olarak nitelendirilmektedir. AİHM kendisinin anayasa mahkemesi olarak nitelendirilmesine mesafeli yaklaşmaktadır. AİHM bazen görevlerini doğrudan yahut dolaylı olarak anayasal yargı faaliyeti olarak nitelendirmiş veya ulusal anayasa mahkemeleri ile karşılaştırmıştır⁸⁵.

Kimi Konvansiyon üyesi devletlerde söz konusu devleti muhatap olan lehte yahut aleyhte kararlara basında yer verilirken, kimi Konvansiyon devletlerinde aleyhte verilen AİHM kararlarına basında yer verilmediği görülmektedir. AİHM'nin artan önemi ile birlikte AİHM'nin ulusal hukuk düzenindeki rolü tartışmaları artmış durumdadır. Bu çerçevede bir taraftan Strazburg mahkemesinin önemi vurgulanırken, diğer taraftan da mahkemenin iç işlere karıştığı eleştirisi yapılmaktadır. Örneğin güçlü demokrasisi olan, ancak anayasal yargı sistemi zayıf şekillendirilmiş olan İsviçre'de artan bir şekilde AİHM'nin yargı işlevinin sınırları medyada tartışılmaktadır⁸⁶. Kimi Konvansiyon ülkelerinde medyada ağır eleştiriler yapılmaktadır. Örneğin Rusya'da AİHM için tarafsız olmadığı ve devlet egemenliğini yok ettiği eleştirileri yapılmaktadır⁸⁷. 2015 tarihinde Rusya'da Parlamento (Duma) tarafından ihdas edilen kanun Rus anayasasını AİHK nazaran öncelikli ilan etmiş ve bu şekilde AİHM kararlarının Konvansiyonun 46.maddesi muvacehesinde bağlayıcılığını ortadan kaldırmıştır⁸⁸.

2 – AİHM'nin Avrupa Hukuku Alanındaki Rolü

a – AİHM'nin yön verici etkisi ve karar muhataplarının karara uyma iradesi

AİHK'nun 1.maddesinden üye devletler bakımından AİHK'nu ve bununla bağlantılı olarak AİHM'nin kararlarını ulusal seviyede uygulama mükellefiyeti istihraç edilirken, bu mükellefiyetin ulusal hukuk düzenine nasıl entegre

⁸⁴ Georg Ress, Rechtsstellung, Aufgabenbereich und Legitimation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, bkz.: Michael Holoubek/Brigitte Gutknecht/ Stephan Schwarzer/Andrea Martin (Hrsg.), Dimensionen des modernen Verfassungsstates, Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek. Springer Verlag 2002, 129

⁸⁵ bkz.: Marckx – Belçika, 1979 tarihli dava, Serie A31, 10vd.; Fey – Avusturya, 1993 tarihli dava, Serie A255 – A, 1 §1 vd.; Loizidou – Türkiye, 1995 tarihli dava Serie A310, 13, §75; Bankovic ve diğerleri – Belçika, 2001 tarihli dava, Nr.52207/99, EGMR Reports 2001-XII, 333, §80

⁸⁶ krş.: Schweizerisches Bundesblatt 2015, 1968

⁸⁷ Angelika Nußberger, The Reception Process in Russia and Ukraine, bkz.: Helen Keller/ Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008, 603

⁸⁸ AS/Jur/Inf (2016) 05, 20.01.2016 Unofficial Translation Committee on Legal Affairs and Human Rights Federal Law of the Russian Federation no.7 – FK2 of 14.12.2015

edileceği ve Konvansiyonun ulusal seviyede sahip olacağı hiyerarşi konusunda Konvansiyonda herhangi bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Konvansiyon devletlerinin monist veya düalist sistemi benimsemelerine göre AİHK'nun ulusal hukuk düzeninde ya doğrudan uygulama bulması, ya da önce ulusal hukuka transforme edilmesi gerekmektedir. Konvansiyonun ulusal seviyede sahip olduğu hiyerarşi konusunda Avrupa Konseyi üyesi devletler farklı çözümler bulmuşlardır. Avusturya'da örneğin AİHK ve AİHM kararları anayasa hiyerarşisine sahiptir ve normlar hiyerarşisinde tepede yer almaktadır. İsviçre'de keza anayasa hiyerarşisine yakın bir hiyerarşi söz konusudur. Fransa, İspanya, Hollanda gibi kimi devletlerde Konvansiyon kanunların üstünde yer alırken, Türkiye, Federal Almanya ve İtalya'da sadece kanun hiyerarşisine sahiptir⁸⁹. Toplam olarak çok az sayıda Konvansiyon devletinde AİHK'nun anayasa yahut anayasa benzeri bir hiyerarşiye sahip olduğu görülmektedir. Konvansiyonun bu çerçevede sadece kanun hiyerarşisine sahip olduğu devletlerde Konvansiyon yanlısı yorum üzerinden AİHK'na kanunların üstünde bir hiyerarşi verildiğinin de gözardı edilmemesi gerekmektedir⁹⁰.

Strazburg mahkemesi kararları ulusal yasama tasarrufları üzerinde prensip olarak yönlendirici bir etkiye sahiptir. Konvansiyon devletleri Strazburg mahkemesi tarafından aleyhlerine verilen karar ertesinde AİHK'nun 46.madde, 1.fıkrası muvacehesinde kararın gereğini yerine getirme mükellefiyetlerini bireysel başvuru yapanla sınırlı olarak yerine getirmemektedir. Kural olarak bunun ötesinde ilgili Konvansiyon ihlâlinin tekrar edilmemesi için kanuni revizyon yapılmaktadır. Federal Almanya'da örneğin Strazburg kararları çok sayıda ceza usul kanunu değişikliklerine yol açmıştır⁹¹. İsviçre'de AİHM kararları ceza kanununun, askeri ceza kanununun ve Federal Radyo ve Televizyon kanununun değişmesine esas olmuştur. Avusturya'da ceza usul hukuku, idari yargı kanunu AİHM kararları ile uyumlu hale getirilmiştir. Diğer Konvansiyon devletlerinde de durum farklı değildir⁹². AİHK'nun bağlayıcı standardı ulusal seviyede sadece AİHK'nun ihlâlinin AİHM tarafından tespit edilmesi ertesinde etki göstermemektedir. Bu etki daha önceden ulusal anayasa mahkemesi kararlarında da kendini göstermektedir. Ulusal anayasa mahkemeleri kararlarını Strazburg mahkemesi kararları ile ulusal temel hak

⁸⁹ Albert Bleckmann, *Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention*, EuGRZ 7-8 (1994), 149

⁹⁰ Frank Hoffmeister, *Völkerrechtlicher Vertrag oder europäischer Grundrechtsverfassung? Die Europäischen Menschenrechts-konvention im Wandel*, Humboldt Forum Recht Beitrag 5 (1999), Rn.12 vd.

⁹¹ Elisabeth Lambert Abdelgawad/Anne Weber, *The Reception Process in France and Germany*, bknz.: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), *A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, 2008, 107

⁹² Fransa bu çerçevede çekimsiz bir tutum sergilemektedir; bknz. Elisabeth Lambert Abdelgawad/A.Weber, s.126vd.

korumalarına karşı Strazburg'dan bir uyarı gelmeden uyumlaştırmakta ve bu şekilde AİHM'ne yapılacak şikâyetlere karşı ön almaktadır.

Konvansiyon üyesi devletlerin mahkemeleri farklı ölçülerde AİHM kararlarına rutin olarak saygı gösterirken, Rusya'da, Ukrayna'da, Türkiye'de çekimser tutum görülmektedir⁹³.

Strazburg mahkeme kararlarına karşı Alman Anayasa mahkemesinin kararsız bir tutum aldığı görülmektedir⁹⁴. AİHK'nun ve AİHM kararlarının ulusal hukuktaki işlevi bağlamında Alman Anayasa Mahkemesi Görgülü davasında verdiği 14.10.2004 tarihli kararında ilk kez açık bir şekilde AİHK'nun ve AİHM kararlarının önemini vurgulamıştır (BVerfGE 111, 307). Anayasa mahkemesi söz konusu kararında GG'in (Alman Anayasası) 20.maddesinde öngörülen hukuka ve kanunlara bağlılığın sistematik yorum tekniği muvacehesinde AİHK ve AİHM kararları bakımından da geçerli olduğunu, bununla beraber AİHM kararlarının anayasal yargı denetimi çerçevesinde doğrudan denetim ölçüsü olamayacağını vurgulamıştır. Ulusal merciler takdirlerini AİHM kararına riayet edilmemesi yönünde kullandıkları takdirde bunun detaylı şekilde gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

Bu karar ertesinde ulusal anayasa mahkemeleri ve Strazburg mahkemesi arasında sıkı bir işbirliği ilişkisi ortaya çıkmıştır. Sadece ulusal mahkemeler değil, ulusal parlamentolar da çalışmalarında AİHM tarafından geliştirilen insan hakları standardını esas almaktadır. Parlamento komisyonları düzenli şekilde ulusal kanun tasarılarının Konvansiyona uygunluğunu araştırmaktadır. Fransa, Yunanistan, İrlanda ve İtalya gibi kimi Konvansiyon tarafı devletlerde hatta bağımsız, ulusal yasama çalışmalarının AİHK'nuna uygunluğu konusunda danışmanlık yapan insan hakları komiteleri mevcuttur⁹⁵. Bu koordinasyon mekanizması ile baştan itibaren Konvansiyona aykırı kanunların ihdası önlenmektedir. AİHM kararlarının bu şekilde çeşitli ulusal mercileri etkileyen yönlendirici bir işlevi bulunmaktadır. AİHK için bir gölge anayasadan söz edildiği nispette AİHM için de bir gölge anayasa mahkemesinden söz edilmesi mümkündür. Avrupa Konseyi üyelerinin hukuk sistemleri muhtar hukuk sistemleri olmayıp, sürekli olarak Strazburg mahkemesi kararlarının gereklerine uydurulmak zorundadır. AİHM'nin kararlarının yönlendirme fonksiyonu ulusal anayasa mahkemelerine benzemektedir.

⁹³ Helen Keller/Alec Stone Sweet, *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, bkz.: H.Keller/A.Stone Sweet (Hrsg.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, 2008, 688

⁹⁴ Anne-Christian.Zoellner, *Das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, 2009

⁹⁵ Helen Keller, Alec Stone Sweet, *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, bkz.: H. Keller/A.Stone Sweet (Hrsg.), *A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, 2008, 686 vd.

b - AİHM'nin entegrasyon işlevi

Ulusal seviyede anayasa mahkemelerinin kural olarak işlevi toplumsal entegrasyonu temin için temel haklara ilişkin muayyen bir değerler düzeni oluşturmaktır. Bu entegrasyon yahut kimlik kazandıran fonksiyon Strazburg mahkemesi için de geçerlidir. İkinci dünya savaşı ve soğuk savaş ertesinde Avrupa devletlerinin hukuk devleti ve demokratik yapılarında önemli farklar söz konusu iken, AİHM'nin uzun yıllara dayanan tecrübesi ile oluşan insan haklarını koruma standardı 47 Avrupa Konseyi devletin hukuk sistemlerinin birbirine yakınlaşmasını temin etmiştir. 90'lı yıllardan itibaren zorunlu olarak tüm Avrupa Konseyi üyelerinin AİHM'nin yargı yetkisine tabi olma kuralı, başta Doğu ve Orta Avrupa devletleri olmak üzere Avrupa Konseyi üyelerinin hukuk devleti ve demokratik standartlar üzerinden Avrupa değerler sistemine entegre olmasını sağlamıştır. Avrupa Konseyi üyeleri devlet yapılarının inşasında AİHM kararlarını dikkate almak zorundadır. İnsan haklarını koruma mekanizması üzerinden Strazburg mahkemesi kararlarının Avrupa çapında Konvansiyon devletlerinin yakınlaşmasına yol açtığı görülmektedir. AİHM bu işlevi ile quasi-anayasa mahkemesi işlevi yerine getirmektedir.

AİHM'nin entegre edici rolünün de sınırları bulunmaktadır. Ulusal hukuk düzenlerinde AİHM kararlarına saygı artmış olsa da, bir takım boşlukların ve eksikliklerin olduğu görülmektedir. Özellikle aşağı hiyerarşide bulunan mahkemeler AİHM kararları ile şimdiye dek sınırlı iştigal etmiştir. Bu durum büyük ölçüde AİHM kararlarına kolay erişilmemesinden ileri gelmektedir. Bunun dışında Konvansiyon devletlerinde sivil toplum temsilcilerinin AİHK'nun etkinliği için yaptıkları çalışmalar Avrupa Konseyinin beklentilerine uygun değildir. Uygulamadaki durumun aksine AİHK ve AİHM'nin denetim mekanizması üniversitelerin kamu hukuku alanında çalışma yapan bölümlerinde 1998'den itibaren önem kazanmaya başlamıştır. Konvansiyon hukuku ulusal kamu hukuku veya uluslararası hukuk alanında tedris edilmektedir. İnsan hakları birçok Konvansiyon tarafı devlette, örneğin Almanya, Fransa ve İngiltere'de uzmanlık alanı olarak kabul edilmektedir.

3 – AİHM'nin demokratik meşruiyeti

Ulusal anayasa mahkemelerinin demokratik organlarla ilişkisi ve bu ilişkiden istihraç edilen demokratik meşruiyet AİHM bakımından gerek doktrinde gerekse kamuoyunda tartışma konusu oluşturmaktadır. AİHM'nin demokratik dayanağı tartışmalı olsa da, prensip olarak önemli ölçüde kabul edilmektedir. AİHM'nin bugünkü dayanağını oluşturan 1998 tarihli tüm üye devletler tarafından onaylanan 11 nolu protokol AİHM'ne demokratik meşruiyeti sağlamaktadır. AİHM yargıçlarının Avrupa Konseyi üye devletlerinin parlamento temsilcilerinden oluşan Parlamenter Asamblesi tarafından seçilmesi de AİHM'nin demokratik meşruiyetine katkı yapmaktadır.

Yargıçların görev süresinin bir kez olarak 9 yıla sınırlanması da (AİHK 23.md, 1.fık), yargıçların bir daha seçilmek için Konvansiyon üyesi devletlerin baskılarına boyun eğmelerini önlemiş ve bu şekilde bağımsızlıklarını garanti etmiştir. Bununla beraber yargıç seçimiyle bağlantılı olarak Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesinin uluslararası bir parlamento olduğu, bu platformda ulusal demokrasi ölçüsünün tutturulmadığı eleştiri olarak dile getirilmektedir. Uluslar üstü bir mahkemenin yargıçlarının seçiminde öngörülen söz konusu yöntemin makul olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ulusal parlamento temsilcilerinden oluşan Avrupa Parlamenter Asamblesinin yargıçları Konvansiyon üyesi devlet hükümetlerinin muhtemelen ulusal parlamentoların katılımı ile belirlediği 3 kişilik aday listesinden seçtiğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir.

AİHM'ne ilerici kararları nedeniyle de eleştiri yapılmaktadır. AİHM'nin Konvansiyonda kendisi için tanınan standardın ötesinde Konvansiyon devletlerinin iç işlerine müdahale ettiği, bu nedenle kararlarının demokratik meşruiyeti olmadığı ileri sürülmektedir. AİHM'nin AİHK'nu yaşayan bir enstrüman olarak mütalâa etmesi AİHM'ne AİHK'nu dinamik yorumlama olanağı vermektedir. Bu durum kimi durumlarda ilgili Konvansiyon devletleriyle farklı hukuki yaklaşımların temsil edilmesine yol açmaktadır. AİHM'nin ultra-vires kararından söz etmek için mahkemenin caiz olan hukuku geliştirme çerçevesini açık ve ağır şekilde aşması gerekmektedir. AİHM'nin yetki aşımı AİHM kararlarının dinamik karakteri nedeniyle ihtimal dışı değildir. Ancak bu durumun istisnai durumlarda düşünülmesi mümkündür. Konvansiyonun yaşayan bir enstrüman olduğuna yapılan vurgu ve AİHK'nun dinamik gelişimi Strazburg mahkemesinin caiz olan yorum sınırlarını zorlaması anlamını taşımamaktadır. Olası istisnai durumlar nedeniyle AİHM'nin demokratik meşruiyetinden kuşku duyulması sağduyuyla bağdaşmamaktadır.

VI – AİHM'nin ulusal anayasa mahkemeleri ile karşılaştırılmasına getirilen sınırlama

AİHM'nin orijini itibariyle uluslararası bir mahkeme olarak ortaya çıkmış olmasına rağmen anayasa mahkemeleri ile paralel özellikler taşıdığı görülmektedir. Bu paralelliğin ancak sınırları bulunmaktadır. AİHM'nin üstün ve nihai karakterine karşın AİHM'ne subsidiarite prensibi esas alınmıştır. AİHM'nin denetimi bu prensibe göre sadece ikincil bir güvenlik önlemi olarak ulusal mahkemelerin yeterli insan hakları koruması sağlamaması durumunda gündeme gelmektedir. AİHM bu çerçevede sadece insan hakları korumasında asgari bir standart yerleştirme amacı gütmektedir. Konvansiyon devletlerinin bu standardı aşma yetkisi bulunmaktadır. Aynı paralelde Konvansiyon devletlerine bırakılan takdir alanında (margin of appreciation) Konvansiyon devletleri münferit durumlarda kendi yorumlarını yapma, AİHM kararlarından

sapma olanağına sahiptir. AİHM için geçerli kabul edilen üç prensibin, özellikle subsidiarite prensibinin zayıflatılmış form içinde anayasa mahkemeleri için de söz konusu olduğu görülmektedir. Bu nedenle AİHM'nin karakteristiğini oluşturan bu hususların bütünüyle anayasa yargısının tersi olduğu değil, sadece önemli ölçüde ulusal anayasa mahkemelerine nazaran daha kapsamlı olduğu kabul edilebilir. Bu sonuç AİHM'nin sağlamak durumunda olduğu minimum standart ve "margin of appreciation" (takdir marjı) doktrini için de geçerlidir.

Strazburg mahkemesinin yetkileri prensip olarak ulusal anayasa mahkemelerine nazaran nisbi olarak daha geridedir. Ulusal anayasa mahkemeleri temel hak ihlallerini, yetki ve organ uyumsuzluklarını karara bağlayabilirken, AİHM'nin yetkisi AİHK'da öngörülen insan hakları ihlalleri ile sınırlıdır. AİHM kural olarak bireysel-somut tasarrufların Konvansiyona uygunluğunu ve istisnai durumlarda genel-soyut devlet tasarruflarının Konvansiyona uygunluğunu denetler. Ulusal seviyede genelde mevcut olan kapsamlı somut veya soyut norm kontrolü yetkisi AİHM bakımından kabul edilmemiştir. AİHM kararları AİHK'nun 46.madde, 1.fıkrasına göre bağlayıcıdır. Bu kararlar saptayıcı niteliktedir; şekillendirici karaktere sahip değildir. Bu nedenle de ulusal seviyede doğrudan etki gösteremezler. Kararların icrası AİHK'nun 46.madde, 2.fıkrasına göre Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenir. Kararları zorlama yöntemi ile icra mekanizması bulunmamaktadır. AİHM kararlarının icrası Konvansiyon devletlerinin desteğini gerektirmektedir.

AİHM kararlarının yönlendirme ve entegrasyon etkisi bulunmakla beraber bu etkinin sınırlarının da gözardı edilmemesi gerekmektedir. Ulusal anayasa mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesinin ağır yaptırımları olması nedeniyle gereği yerine getirilirken, AİHM kararları bakımından zorlama önlemleri bulunmamaktadır. Bu durum ulusal temel hak koruması ile bağdaşmayan bir şekilde AİHM kararlarının ulusal seviyede dikkate alınmamasına yol açabilmektedir. AİHM bireysel hak himayesi ve genel bir insan hakları standardını ordre public olarak yerleştirmeye ilişkin iki ana görevini dengeleme çabası içindedir. Her iki amaç da anayasa mahkemesinin işlevleri arasındadır. Her iki görevin şüphesiz birbirleriyle çatışması mümkündür. AİHM önceleri öncelikle somut durumlara ilişkin yargı yetkisini vurgularken ve genel geçerliliğe sahip içtihat oluşturmaktan imtina ederken son zamanlarda artan ilerici kararlarıyla ve geleceğe ilişkin reform beklentisiyle tersine bir tutum aldığı görülmektedir. AİHM nezdinde 14 Ek Protokol muvacehesinde yeni başvuru kriterleri ve sayısal olarak artan pilot kararlar bu gelişmeye işaret etmektedir. AİHM'nin artan ordre public fonksiyonu bazı durumlarda bireysel hak korumasının zayıflamasına yol açmaktadır.

Anayasa mahkemesi perspektifinden AİHM'nin sürekli artan iş yükü problem oluşturmaktadır. Son yıllarda ortaya çıkan tabloya göre AİHM nezdinde derdest davaların %60'ı 47 Avrupa Konseyi üyesinin 5 – 6'sı aleyhine açılmaktadır (Rusya, Türkiye, Ukrayna, Romanya, Polonya, İtalya). Aleyhine başvuru yapılan %60' oluşturan söz konusu devletlere bakıldığı zaman bu başvuruların ulusal yasamanın sistematik, yapısal eksiklikleri nedeniyle yapıldığı görülmektedir. AİHM'nin geleceğe yönelik fonksiyonu çerçevesinde, AİHM'nin tek bir temel hak standardı mı, yoksa haklarında sık başvuru yapılan devletler için farklı bir standart mı uygulayacağı tartışması yapılmaktadır. Gelecekte yapılacak reform çalışmalarının gerçekten AİHM'nin yükünü azaltmaya yönelik olması isteniyorsa, bu ayrımın başvuru koşulları ve prosedürü bakımından da tartışılması gerekmektedir⁹⁶.

İkinci dünya savaşının sona ermesinden itibaren dünya çapında bir anayasallaşma prosesi gözlenmektedir. Bu proses Sovyetler Birliğinin çözülmesi ile beraber güçlenmiştir. Geleneksel olarak egemen devletlere bağlı olarak karşımıza çıkan anayasa” veya “anayasal yargı” kavramları ulusal seviyeden, uluslararası ve bölgesel seviyeye kaymıştır. Bu gelişme Avrupa seviyesinde daha açık görülmüş ve Avrupa hukuk alanını son 60 yılda önemli ölçüde etkilemiş ve şekillendirmiştir. AİHK ve AİHM bu gelişmelerin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. AİHK'nu ve AİHM münferit kriterler ışığında incelendiğinde, her ikisinin de anayasanın ve anayasa mahkemesinin fonksiyonu ile paralellikler gösterdiği görülmektedir. İnsan Hakları Konvansiyonu Avrupa anayasa geleneğinde yerleşik iki önemli amaca sahiptir. Bunlar tüm Avrupa yurttaşlarının bireysel temel hak korumasını sağlamak ve Avrupa çapında insan hakları değerler düzenini yerleştirmektir. AİHM yüksek nihai merci olarak ortaya çıkan kurumsal yapısıyla, norm kontrolüne ilişkin yetkileriyle veya muhtar ve dinamik denetim yetki ve ölçüleriyle anayasa mahkemesinin önemli fonksiyonlarını yerine getirmektedir.

Strazburg mahkemesinin anayasal yargı bakımından taşıdığı önem onun kapsamlı yetkilerinden değil, Avrupa hukuk düzenleri bakımından taşıdığı kapsamlı anlamdan ileri gelmektedir. AİHM 60 yıllık bir gelişme sonucu ulusal anayasa mahkemelerinin fonksiyonuna benzer şekilde, hatta onları aşarak Avrupa devletlerini genel yönlendirme, entegrasyon işlevi yanısıra Avrupa'nın temel hak korumasını önemli ölçüde etkilemiş ve geliştirmiştir. AİHM bugün Avrupa Konseyi üyesi devletler üzerinde “gölge anayasa mahkemesi” olarak temel hak konularında Avrupa kamu vicdanını temsilen Avrupa insan hakları düzenlemelerini etkin bir şekilde uyumlaştırmaktadır. AİHM'nin anayasa mahkemeleriyle karşılaştırılması iki mahkeme arasında tartışmasız

⁹⁶ Helen Keller/Andreas Fischer/Daniela Kühne, Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals, EJIL 21 (2011), No. 4K, 1025 vd.

kimi farkların olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Özellikle minimum standart, devletlerin takdir alanı ve soyut norm kontrol çerçevesinde yetkilerin kapsamı Strazburg mahkemesi ve ulusal anayasa mahkemesi arasındaki farkı ortaya koymaktadır.

AİHK ve AİHM Avrupa hukuk sistemlerinin gelişmesinde taşıdıkları büyük öneme karşın bugün hala ilk planda bir düzeltme mekanizması olarak üye devletlerin fonksiyonlarını gerçekleştirememeleri halinde subsidier, tamamlayıcı anayasal yargı olarak devreye girmektedir. AİHM bu nedenle “quasi-anayasa mahkemesi” yahut tamamlayıcı anayasa yargı fonksiyonu gören mahkeme olarak nitelendirilmektedir. Anayasal yargı nitelikli düzeltme mekanizmasının geleceği aktüel uluslararası hukuk tartışmalarının en önemli konusudur. AİHM’nin popülaritesi toplumsal ve siyasi yapıları birbirinden farklı 47 Avrupa Konseyi üyesi devletten gelen başvurularla artmış durumdadır. Yapılan bu başvuruları nitelik ve nicelik itibarıyla cevaplandırmak AİHM’ne büyük yük getirmektedir. AB’nin AİHK’na katılımı ABAD’nin danışma görüşü muvacehesinde şu an için uzun bir süre için ertelenmiştir⁹⁷. Avrupa’da temel hakların korunmasına ilişkin koordinasyon AİHM’ni meşgul etmeye devam edecektir. Temel hakların korunmasında sistemik eksikleri olan devletlerin direnişleri ve kimi devletlerin karşı tutumları, Avrupa’da temel hakların yapısını sarsma potansiyeline sahiptir. Bu çerçevede ikinci dünya savaşı ertesinden itibaren temel hak korunmasına istinat eden Avrupa için güçlü bir insan hakları mahkemesinin vazgeçilmez olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Kısaltmalar:

| | |
|-------|---|
| ARIEL | Austrian Review of International and European Law |
| AVR | Archiv des Völkerrechts |
| CETS | Council of Europe Treaty Series |
| EGMR | Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte |
| EJIL | European Journal of International Law |
| EuGRZ | Europäische Grundrechte-Zeitschrift |
| HFR | Humboldt Forum Recht |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| JBI | Juristische Blätter |
| ZaöRV | Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht |

⁹⁷ 18.12.2014 tarihli, 2/2013 sayılı danışma görüşü için bkz.: <<http://curia.europa.eu>>; Christian Tomuschat, Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 42(2015), 133 vd.

Bibliyografya

- Albert Bleckmann Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 7-8 (1994)
- Angelika Emmerich–Fritsche Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007
- Angelika Nußberger The Reception Process in Russia and Ukraine, bkz.: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008
- Anne-Christian.Zoellner Das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, 2009
- Anne Peters Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001
- Christian.Starck/ Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: AlbrechtWeber Berichte, 2007
- Christian Tomuschat Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 42(2015)
- Christian Walter Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, ZaöRV 59 (1999)
- Christopf Grabenwarter Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft, EuGRZ 31 (2004)
- Christopf Grabenwarter The European Human Rights Model - With a Special View to the Pilot Judgement Procedure of the Strasbourg Court, ARIEL 2014)
- Christopf Grabenwarter/Europäische Menschenrechtskonvention, 2016
Katharina Pabel
- Elisabeth Lambert Abdelgawad/The Reception Process in France and Germany, bkz.: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008
- Anne Webers
- Ernst Benda/Werner Maihofer/ Handbuch des Verfassungsrechts der Hans-Jochen Vogel Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn.11
- Ernst C Helbling Die geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, JBI 73 (1951)

- Ernst-Wolfgang Böckenförde Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 52 (1999)
- Frank Hoffmeister Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung? - Die Europäische Menschenrechtskonvention im Wandel, Humboldt Forum Recht, Beitrag 5 (1999)
- Georg Ress Rechtsstellung, Aufgabenbereich und Legitimation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, bknz.: Michael Holoubek/Brigitte Gutknecht/Stephan Schwarzer/Andrea Martin (Hrsg.), Dimensionen des modernen Verfassungsstates, Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek. Springer Verlag 2002
- Helen Keller/
Andreas Fischer/
Daniela Kühne Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals, EJIL 21 (2011)
- Helen Keller/
Andreas Fischer/
Daniela Kühne Statut-Entwurf für den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Ein Beitrag zur Reform des Konventionssystems, EuGRZ 38 (2011)
- Helen Keller
Alec Stone Sweet Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems, bknz.: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008
- Helmut Goerlich, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg als ein Europäisches Verfassungsgericht, Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, Strafrecht - Zivilrecht - Öffentliches Recht, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004
- Helmut Simon 7.Kapitel, §34, Verfassungsgerichtsbarkeit, bknz.: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995
- Jens Meyer-Ladewig Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2011, Einleitung,
- Jochen Abraham Frowein/Verhandeln für den Frieden/Negotiating for Peace - Klaus Scharioth/
Ingo Winkelmann/
Rudiger Wolfrum Liber Amicorum Tono Eitel, 2003

- Karl-Georg Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung. Ein Überblick über die Rechtslage in und außerhalb Europas, EuGRZ 18 (1991)
- Katharina Pabel
Christian Calliess Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität. Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art.10 EMRK, EuGRZ 23 (1196)
- Lech Janicki Fragen des polnischen Verfassungsgerichtes, Recht in Ost, 77
- Lucius Caflisch Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und dessen Überwachungsmechanismen: Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft, ZSR 122 (2003)
- Luzius Wildhaber Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, EuGRZ 21-23 (2002)
- Mark E. Villiger Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Rechtslage, 1999
- Markus Lanter Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art.35, Ziff. 1 EMRK): die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der bundesrechtspflege, Diss., Zurich 2008
- Peter Häberle Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 18 (1991)
- Regine Gerards Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, bkzn.: Burkhard Schöbener (Hrsg.)
- Robert Esser/
Björn Harich/
Frank Lohse/Arndt Sinn Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, Strafrecht - Zivilrecht - Öffentliches Recht, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004
- Robert Uerpman Völkerrechtliche Nebenverfassungen, bkzn.: Armin v. Bogdandy Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 339
- Stefan Kadelbach/
Thomas Kleinlein Überstaatliches Verfassungsrecht, AVR 44