

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Geleceği - İkincilik, Süreç Temelli Denetim ve Hukuk Devleti

Robert Spano*

Özet

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşamının halihazırdaki dönemi dönüştürücü bir dönemdir. Bu yüzden, Strazburg Mahkemesi'nde yargıç olan yazar, geçmişe dönüp bakarak bugünü değerlendirmekte ve geleceği öngörmektedir. Bu makalede, Mahkeme'nin 'esasları yerleştirme aşaması'nı (*substantive embedding phase*) oluşturan son 40 yılı tartışılacaktır. Bu evre, tarihi bir süreç sonucu günümüzde yeni bir aşama olan, 'usulleri yerleştirme aşamasına' (*procedural embedding phase*) dönüşmüştür. Bu yeni aşama makalede ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. En son bahsedilen aşama sürecinde, Mahkeme, 'süreç temelli denetim' (*process-based review*) isimli yöntem ile, ulusal otoritelerin sözleşme taahütlerini yerine getirmesini daha da sağlayabilecek projeler üzerine yönelmeye başlamıştır. Genel amaç, Sözleşme haklarının, Avrupa denetimindeki sözleşmeciler devletler tarafından daha yüksek ve istikrarlı bir şekilde korunmasının sağlanmasıdır. Ancak, süreç temelli denetim yöntemi içerisinde, ulusal karar mercileri, insan haklarının etkili bir şekilde korunması görevini yerine getirebilecek kapasitede olmalıdır. Bu demektir ki ulusal hukuk kurallarının kaynakları bozulmamış olmalıdır. Hukukun üstünlüğüne uymayan devletlere süreç temelli denetim kapsamında saygı duyulması bu ikincilik çağında beklenemez.

ANAHTAR KELİMELELER: insan hakları, hukuk devleti, ikincilik, süreç temelli denetim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İzlanda adına seçilen Yargıç ve Bölüm Başkanı. Bu makale yazar tarafından yapılan üç konuşmaya dayalıdır. Bu konuşmalardan ilki 6 Ekim 2017 tarihinde Birleşik Krallıkta Middlesex Hukuk Fakültesinde; ikincisi 27 Kasım 2017 tarihinde Danimarka Kokkedal'da Üst Düzey Uzmanlar Konferansında '2019 and Beyond-Taking Stock and Moving Forward from Interlaken Process'; ve üçüncüsü 1 Aralık 2017 tarihinde Danimarka'daki Kopenhagen Üniversitesi'nin iCourts Enstitüsünde gerçekleştirilmiştir. Buradaki analizler benim kendi şahsi fikirlerimin bir yansımasıdır. Mahkemedeki hukuki asistanlarım, Sabina Gara, Jasmine Sommarland ve Flavia Ferretti'ye araştırma ve yazım sürecindeki yardımları için gönülden teşekkür ederim.

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNİN DÖNÜŞTÜRÜCÜ DÖNEMİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin halihazırdaki dönemi dönüştürücü bir dönemdir. Sistem, 2010 yılında yürürlüğe giren 14. Protokol ile sırasıyla 2010, 2011, 2012 ve 2015 yıllarında Interlaken, İzmir, Brighton ve Brüksel şehirlerinde gerçekleştirilen hükümetlerarası konferanslarla sonuçlanan uzun bir reform sürecinin ortasındadır. 27 Mart 2015 tarihli Brüksel Deklarasyonu, Sözleşme hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Strazburg Mahkemesi" veya "Mahkeme") tarafından uygulanmasına, yorumlanmasına ve Sözleşmenin ulusal düzeyde uygulanmasında atılacak adımlara yönelik bir Eylem Planı oluşturmuştur. Bakanlar Komitesi, 19 Şubat 2010 tarihli Interlaken Deklarasyonunda belirlenen takvime bağlı kalarak, 2019 yılı bitmeden önce, Eylem Planı'nın uygulamasının Sözleşme sisteminin etkililiğini ne ölçüde geliştirdiğini değerlendirecektir.¹ Bu yüzden zamanda geriye bakmak, mevcut durumu değerlendirmek ve geleceği düşünmek isabetlidir. Yakın arkadaşım, emekli Strazburg Mahkemesi'nin Birleşik Krallık Hakimi Paul Mahoney'in 'bir yargıcın geliştirmeye çalışması gereken en önemli düşünce yapısı, kendi bilgisizliğine olan derin saygıdır'² şeklinde söylediği gibi, ben de bu riskli işe giriştim.

Başlangıç noktamı oluşturan bu çarpıcı hatırlatmayla birlikte, Strazburg Mahkemesi'nin tarihsel güzergahının, kurulduğu 1959'dan itibaren, Mahkeme tarafından karakterize edilebildiğini iddia ederek konuya başlamak istiyorum. Mahkeme, Avrupa Konseyine üye devletlerin³ ulusal otoritelerinin, özellikle insan haklarının hukuki diline hakim olmayan ulusal hakimlerin bulunduğu yerlerde oluşan insan hakları boşluklarına yönelik kararlar vermeye başlayarak bu karakterizasyon sürecini başlatmıştır. Başlangıçta, üye devletlerin ulusal sistemleri, Sözleşme haklarının uygulanabilirliğini ya tanımamışlardı veya tanımışlar ise de ulusal aktörler ve paydaşlar, bu hakların gerçek potansiyelini ve demokratik toplumlardaki doğal sınırlarının farkında değillerdi.

Bu temelde, bu makalede birbiri ile ilişkili iki iddia ortaya koyacağım. İlk olarak, bu tarihsel dönüşümün sonuçlarını tartışacağım. Strazburg Mahkemesi, bugüne kadar geçen tarihinin yarısından fazlasında, Sözleşme ilkelerinin ulusal sistemlere yerleştirilmesiyle uğraşmıştır. Geçtiğimiz 40 yıl veya kuruluşundan bu zamana Mahkeme'nin 'esasları yerleştirme aşaması' bu makalenin 2. Kısmında tartışılacak olan bir görüştür. İkinci olarak ve daha önemlisi, bu aşama günümüzde genel olarak Mahkemenin projelerinin yönünü, uzun süren, esasları yerleştirme çalışmalarından, zaten oluşturulmuş olan prensiplerin uygulanmasını ve böylelikle paydaşların⁴ ulusal düzeyde Sözleşme ile bağlılığını arttırmaya yönelik projelere çevirerek yeni bir tarihsel aşamaya dönüşmüştür. Genel amaç, Sözleşmenin sağladığı korumaların, üye devletler içerisinde daha yüksek ve istikrarlı bir düzeyde gerçekleşmesidir. Bu yüzden, Strazburg Mahkemesi'nin şu andaki tarihsel evresi, ileride 4. bölümde açıklanacak, 'usulleri yerleştirme aşaması' olarak adlandırılabilir. Diğer bir deyişle, bu makalede iki boyutlu tarihsel değişimin hem tanımlayıcı olarak doğru hem de normative olarak haklı olduğunu iddia edeceğim; şöyle ki, ilk olarak, deneyime dayalı bir olgusal mesele olarak Sözleşmenin tarihsel sürecine ilişkin yorumlarım yer almıştır, ikinci ve daha önemlisi bu süreç, ilkenin normatif yönünden,

¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Geleceği üzerine Üst Düzey Konferans, 19 Şubat 2010, (Interlaken deklarasyonu), bakınız Interlaken Eylem Planı'nın uygulanmasına yönelik kısmın 6. numarası.

² Mahoney, 'Judicial Power Plus Judicial Duty Equals Judicial Legitimacy, and Other Concluding Remarks' (2016) 36 Human Rights Law Journal, s. 300-302.

³ Avrupa Konseyi üye devletleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamalıdır: Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi Kararı 1031 (1994), 14 Nisan 1994.

⁴ Paydaşlar terimi, bireylerde, tüzel kişilerden; yargı, yürütme veya yasama organı olan ulusal karar merciiilerinden oluşan potansiyel hak sahiplerini, sivil toplum ve hükümet dışı organizasyonları kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır.

Sözleşme sisteminin geleceği, istikrarlı meşruluğu ve devam eden etkililiği açısından takdir edilecek bir süreçtir.

2. ESASLARI YERLEŞTİRME AŞAMASI

Sözleşme sisteminin temelinden başlayarak, Sözleşme tarihinin detaylı bir akademik analize konu olduğunu belirtmek yerinde olacaktır.⁵ Bates'in de bahsettiği üzere, Mahkeme'nin çalışmaları ilk yıllarda görece az bilinen bir durumda, yani tam potansiyeline ulaşmak için uyanmayı bekleyen bir "uyuyan güzel"⁶ gibi geçmiştir. Bu uyanma, daha sonraları 1970'lerde düşünce yapılarındaki⁷ değişiklik sonucunda, ve Mahkeme'nin benim deyimimle 'esasları yerleştirme aşaması'na girmesiyle meydana gelmiştir.

Bu makalede kullanacağım, "hukuki normların iç hukuka yerleştirilmesi" kavramı, 2008 yılında Profesör Laurence Helfer⁸ tarafından yazılan bir makalenin dilinden esinlenilerek oluşturulmuştur. Her ne kadar Helfer 'yerleşiklik' *'embeddedness'* kavramını bu makaledeki kullanışı ile aynı anlama gelecek şekilde kullanmamış olsa da ben ondan esinlenerek kullanmaktayım. Bu makalede bu kavram, devletleri uluslararası bir anlaşma kapsamında bağlayan bir uluslararası mahkemenin, söz konusu uluslararası normları iç hukuk sistemlerine aşılacak şekildeki öncelikli amaç için bu normlara maddi içerik kazandırdığı bir süreci tanımlamak için kullanılmaktadır.

Bu bağlamda, kanaatimce, Sözleşme ilkelerinin esaslarının Strazburg Mahkemesi tarafından yerleştirilmesi işlevsel bir süreçtir. Bu sürecin amacı Sözleşme'nin kapsayıcı kurumsal yapısının gerçekleştirilmesi için gerekli temelleri devamlı olarak yaratmak ve böylelikle Strazburg Mahkemesi'nin denetimine tabi olan, insan hakları ve özgürlüklerinin birincil garantörleri olan taraf devletlerin madde 1'den kaynaklanan yükümlülüklerini tamamen yerine getirebilmelerini sağlamaktır. Bu yüzden bu esasların yerleşikliği kavramı, Sözleşme ilkelerinin doğru ve tam içselleştirilmesi şeklindeki sürecin sonucunun bir tanımı olmaktan ziyade son 40 yıl ve daha fazla sürede tarihsel olarak gelişmiş bu sürecin kendisinin işlevini ve amacını açıklamak üzere kullanılmış bir terimdir.

Bundan anlaşılacağı üzere Mahkemenin 'yerleştirme' süreci her devleti aynı şekilde etkilememiştir. Diğer bir deyişle, Mahkemenin, Sözleşme ilkelerini taraf devletlerin hukuk sistemlerine aşılacak için yaptığı 'yerleştirme' çalışmasının ne derece başarılı olduğu devletlere göre değişmektedir. Bu ayrıca ileride dördüncü bölümde daha detaylı açıklanacaktır. Bazı devletler bu süreçte Mahkemenin günlük çalışmalarını yapmasında zorluk yaratan diğer devletlerden daha ileridedir. Bununla birlikte, bu gerçek, 1970'lerin ortasından itibaren Mahkeme'nin, daha önce belirttiğimiz sürecin amacı ve işlevi bakımından, içtihatlarını kapsamlı ve derin bir şekilde geliştirdiği ve böylelikle Sözleşme'yi üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerine stratejik olarak yerleştirmeye (*'strategically embedding'*⁹) başladığı yönündeki iddiama gölge düşürmemektedir. En önemlisi,

⁵ Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights* (2010). Ayrıca daha yeni tarihli olarak bkz., Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention* (2017). Ayrıca önemli bir diğer eser, Madsen, *La genèse de l'Europe des droits de l'Homme* (2010).

⁶ Bates, *ibid* s. 378.

⁷ Bates, "Activism and Self-Restraint: The Margin of Appreciation's Strasbourg Career ... Its "Coming of Age"?" (2018) 36 *Human Rights Law Journal*, s. 261-263.

⁸ Helfer, 'Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights' (2008) 19 *European Journal of International Law* 125 at 130.

⁹ *Ibid*, s. 130.

Mahkeme, ‘insan hakları korumasının entegrasyoncu ve enternasyonalist bir çerçevesi’ fikrine açık olan ulusal siyasi ortamlarla birlikte bu güzergahı takip etmiştir,¹⁰

‘Esasları yerleştirme aşaması’nın tarihsel gelişimi dört önemli unsurdan oluşmaktadır. İlk olarak, 1970 ve 1980lerde, eski Mahkeme ve sonrasında Komisyon, yaşayan belge doktrinini kullanarak, Sözleşme haklarının özerkliği ilkesini, etkililik ilkesini ve en önemlisi ikincillik ilkesini ve bu ilkenin işlevsel bir aracı olan takdir marjını oluşturarak Sözleşmenin kapsayıcı yapısal, yorumlayıcı ve kurumsal ilkelerinin büyük bir kısmını formüle etmeye başlamıştır.

İkinci olarak, yaklaşık son 40 yıl süresince, Mahkeme’ye neredeyse bütün Sözleşmesel hakların yorumu için genel ilkeler formüle etmesi amacıyla başvurulmuştur. Günümüzde, Sözleşme hakkında bir çok önemli yorumlar, kılavuz ve el kitapları hakimler ve uygulayıcılar tarafından mümkün olan her açıdan incelenmek üzere ulaşılabilir durumdadır. Sözleşme ayrıca, özenli ve detaylı bir şekilde akademisyenler tarafından olası bütün açılardan analiz edilmektedir. Bu yüzden Mahkeme önüne gelen bir davanın, bizi gerçekten sözleşme hukukunun sorunlarına itmesi oldukça nadirdir. Açıkça söylemek gerekirse, yargıç olarak baktığımız davaların yaklaşık yüzde 90 ile 95’inde içtihat, en azından olaya uygulanacak olan genel prensipler, çoktan oluşturulmuştur. Yine de olaya özgü maddi vakalar elbette yargıçlar arasında bir tartışma konusu olacaktır.

Üçüncü olarak, özellikle Avrupa Konseyi’nin 1989 yılında Berlin duvarı yıkıldıktan sonra, doğuya doğru genişlemesinin bir sonucu olarak, günümüzde 60 bine yakın görülmekte olan dava vardır.¹¹ Bu nedenle Mahkemenin reform sürecçleri, kapsayıcı temalarıyla, sözleşmenin ulusal düzeyde yerleşikliğini arttırmıştır. Sözleşmenin doğrudan yerleşikliği¹² söz konusu olmadığından, Sözleşme üye devletlerin yargısal hiyerarşilerinde resmi bir yer kaplamadığından, devletler, Sözleşme’yi ulusal hukuklarına doğrudan katmaları yönünde güçlü bir şekilde teşvik edilmiştir ve bu proje milenyumun ilk yıllarında tamamlanmıştır.¹³ Pilot karar usulü¹⁴, ulusal hukukta ve uygulamada varlığı tespit edilen sistemik sorunların olduğu durumlarda Sözleşme ilkelerinin yerleşik olma özelliğini arttırmayı hedefleyen bir reform tedbiridir.

Dördüncü ve belki de içtihadi seviyede en önemlisi, son 10 yıl içerisinde, Mahkemenin önemli ölçüde değişen içtihadı, kendisini göstermeye başlamıştır. Mahkeme, Sözleşme ilkelerinin yerleşikliğini daha da arttırmak için, ilk olarak başvuruçuların iç hukuk yollarını daha titiz bir şekilde tüketmelerini isteyerek, tekrar formüle etmeye başlamıştır. Bu gelişme ile bağlantılı olarak Mahkeme, kararlarında Sözleşme’nin 13. maddesinden kaynaklanan etkili iç hukuk yollarına olan ihtiyacı daha fazla vurgulamıştır. İkinci olarak, genel ilkelerin belirtildiği kısımların Sözleşmenin sahada uygulanmasında ulusal makamlara yol gösterecek şekilde objektif yorumsal kriterler sağlayabilmesi adına, önemli içtihatlar, özellikle de Büyük Daire kararları oluşturulmuştur. Bu unsurlar daha sonra aşağıdaki 4. bölümde incelenecektir.

¹⁰ Açık olmak gerekirse, burada iddiam sürecin Strazburg yargıçları tarafından tamamen organize edilmiş metodolojik bir proje olarak bilinçli bir şekilde çıktığı yönünde değildir. Bundan ziyade, benim iddiam bu gelişmenin sebeplerinden bağımsız bir şekilde oluştuğu ve oluşmaya devam ettiği yönündedir. Ulusal mahkemeler ve Strazburg Mahkemesi gibi uluslararası mahkemelerin, yargı yetkilerini stratejik bir şekilde kullanarak repütasyonlarını arttırmaya çalıştığı iddia eden ilginç bir teorik bakış açısı için bkz: Dothan, *Reputation and Judicial Tactics: A Theory of National and International Courts* (2015).

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ‘*Pending Applications Allocated to Judicial Formation*’, 30 Kasım 2017, www.echr.coe.int adresinden ulaşabilirsiniz [son erişim tarihi: 4 Ocak 2018].

¹² Helfer, para. 8, s. 135.

¹³ Ibid. s. 136.

¹⁴ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzük 61. madde ve Bakanlar Komitesi Kararı DH(2004)3, 12 Mayıs 2004.

Özetlemek gerekirse, Sözleşme girişimi, insan haklarına dair yeni ve başlangıçta belki de politik açıdan pek önemsenmeyen bir uluslararası icra sistemi olarak başlamıştır. Başlangıçta tasarı aşamasında yer alan üye devletler Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirme konusunda herhangi bir sorun yaşamayacaklarını düşünmüştür. Çünkü, politik tercihleri ve ulusal karar verme mekanizmalarını sınırlayan ve icra edilebilir hukuk normları şeklindeki ‘uluslararası insan hakları siyasai ideali’nin kendisi çok düşünülmemiştir ve hatta bazı çevrelerde akla gelmeyen bir şey olarak görülmüştür.¹⁵

Sonuç olarak, Sözleşme’nin temel değerlerine hayat vermek için, Mahkeme’nin hem esas yönünden hem de metodolojik açıdan daha özenli ve ayrıntılı, aynı zamanda üye devletlerin her zaman Sözleşmenin 1. maddesinde düzenlendiği üzere Sözleşmesel hakların birincil koruyucusu ve güvencesi olduğunu dikkate alarak bir insan hakları sistemi oluşturması gerekmiştir. Bu yüzden, Sözleşmenin gerçek potansiyelinin gerçekleşebilmesi için esasen Sözleşmenin ulusal hukuki sistemlere yerleştirilmesi girişimi, kanaatimce Mahkeme için kaçınılmaz olan tarihsel bir süreçtir. Hiç kuşku yok ki Mahkeme esaslarını yerleştirdiği süreçte, güncel siyasi ve sosyal hayatın birçok alanında vaka bazında adaleti sağlayarak ve aynı zamanda birçok anlamlı yapısal ve kurumsal reformda¹⁶ bulunarak azımsanmayacak derecede büyük bir başarı sağlamıştır. Eğer 1970ler, 1980ler ve 1990lardaki siyasi atmosfer doğal olarak günümüze kıyasla uluslararası müdahalelere kendiliğinden karşı olmuş olsaydı, bu tarihsel süreç elbette farklı bir yol izleyebilirdi. Sıradaki bölümde günümüzdeki atmosferi yansıtarak, sözleşme sisteminin karşılaştığı zorluklar, Mahkeme’nin bu zorluklar ile günümüzde nasıl baş ettiği ve gelecekte nasıl baş etmesi gerektiği üzerinde duracağım.

3. SÖZLEŞME SİSTEMİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLERİN NİTELİĞİ

Sözleşme sisteminin şu anda karşı karşıya olduğu bazıları tarafından iddia edilen sorunlar farklı şekillerde ifade edilebilecek olmasına rağmen, Mahkemenin çalışmalarına yöneltilen eleştirilerin bileşenlerini tanımlamaya çalışmak, sistemin durumu hakkında yapılacak makul bir tartışma için önemlidir.¹⁷ Bundan sonra, eleştirinin niteliğini ve kapsamını bazı önemli yazarlar tarafından belirtilen hususları da dahil ederek karakterize etmeye çalışacağım.¹⁸ Bu ifadelerin bir tartışmayı hak ettiğini kabul etsem de, kişisel olarak bunlara katılmamaktayım.¹⁹

¹⁵ Bates, para. 5, s. 173-91.

¹⁶ Memleketim olan İzlanda’da 1990larda Mahkemenin kararları doğrultusunda yargı sistemi tamamen yenilenmiştir. Bu yenilenmeye yol açan kararlarda, başvuru cezai durumlarda polise yetki verilmesini ve soruşturma ile yargı yetkilerinin tek kişide -Reykjavik’in dışında bulunan belediyelerdeki yerel hakimler-toplandığı tarihi ve kurumsal yapının, Sözleşme’nin 6. maddesinde düzenlenen tarafsız ve bağımsız mahkemeler tarafından yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İzlanda hükümeti bu konuyu başvuru ile dostane bir şekilde çözüme kavuşturduktan sonra (bakınız Kristinsson v Iceland, Başvuru No: 12170/86, Kayıttan düşme, 1 Mart 1990) İzlanda yüksek mahkemesi 1990’da sembol niteliğinde bir karar vererek, bu sistemin Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen, Sözleşmenin 6. maddesi ışığında yorum yoluyla varılan kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettiğini belirtmiştir: bkz. Yüksek Mahkeme kararı, Hrd. 9 Ocak 1990, Dosya No:120/1989.

¹⁷ Bkz. Donald ve Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights* (2016) s.113–34.

¹⁸ Bkz, örneğin, Gearty, *Can Human Rights Survive? Hamlyn Lectures 2005* (2006); Zysset, ‘*Searching for the Legitimacy of the European Court of Human Rights: The Neglected Role of Democratic Society*’ (2016) 5 *Global Constitutionalism* 16; ve Oomen, ‘*A Serious Case of Strasbourg-Bashing? An Evaluation of the Debates on the Legitimacy of the European Court of Human Rights in the Netherlands*’ (2016) 20 *International Journal of Human Rights* 407.

¹⁹ Amos tarafından ileri sürülen ‘AİHM’nin değerinin sorusunun ... meşruiyeti meselesinden ayırt edilmelidir.’ argümanının kabul edilmesi gerektiğine prensip olarak katılıyorum.: bkz. Amos, ‘*The Value of the European Court of Human Rights to the United Kingdom*’ (2017) 28 *European Journal of International Law* 763 s. 767. Professor Amos (s. 768) bu değerleri üç geniş kategoriye ayırır: ‘İlk olarak, AİHM’nin birey üzerinde etkisi olduğu bireysel düzeyde belirlenen bir değer vardır. İkincisi, AİHM’nin asgari standartların bir belirleyicisi olarak faaliyet gösterdiği veya belirli küresel sorunlara çözüm bulmaya çalıştığı küresel düzeyde değer vardır.

A. Siyaset-Üstü Yasal Normlar Olarak Sözleşme Hakları

Bu arka plan bağlamında, Mahkemeye yönelik eleştirilerin genel olarak iki unsurdan oluştuğu söylenebilir. Birinci bileşen olan esasları yerleştirme aşamasının Sözleşme sisteminin temelindeki insan hakları yapısının oluşturulması için gerekli olmasına rağmen, bazılarının iddia ettiği gibi, tepeden inme bir yargısal proje olduğunu varsaymaktadır. Bazı akademisyenler, Avrupa genelinde demokratik toplumların günlük yaşamını etkileyen yasal normları formüle etmenin ve bu normlara hayat vermenin öncülüğünün uluslararası bir mahkemeye verilmesinin “yasalcılık krizine”²⁰ yol açabileceğini iddia etmektedir. Dolayısıyla, Sözleşmesel haklar, ulusal demokratik siyasi yaşamın üzerindeki uluslararası hukukçular ve yargıçlar tarafından yaratılmışlardır. Sözleşmesel haklar, siyasi yapıdan izole edilerek, ait oldukları²¹ siyasetten bağımsız veya siyaset üstü yasal normlardan²² oluşmaktadır. Profesör Gearty'nin dediği gibi²³, insan hakları “bir şekilde siyasetten kopuk” görülecek bir şey olarak ortaya çıkmıştır.²⁴

B. Egemenlik ve Kuvvetler Ayrılığı

Mahkemede ele alınan ikinci eleştiri unsuru birincisi ile ilgilidir; ancak daha ziyade Mahkemenin kapsamlı metodolojik ilkelerinden bazılarının Üye Devletlerdeki ilgili paydaşlar tarafından algılanma şekline yöneliktir. Burada, Mahkeme'nin yaşayan belge doktrinini açıkça ve acımasızca eleştiren veya belirli bir hak üzerinde ulusal yetkililer tarafından yapılmış bir kısıtlamanın gerekli olup olmadığına ilişkin Mahkemenin karar vermesi karşısında hayal kırıklığı yaşayan bazı politikacıların (ve hatta hukukçuların) örneklerine atıfta bulunmaktayım.²⁵ Özellikle burada söz konusu olan haklar; 8. maddede düzenlenen aile ve mahremiyet hakları, yabancı kişilerin ve göçmenlerin işkence ve kötü muameleye uğramasını yasaklayan 3. maddeden kaynaklanan hakları ve cezai suçlama ile karşılaşan kişilerin 6. madde kapsamındaki adil yargılanma hakkıdır.

Kısaca, öncelikle bu eleştirilerin, bir dereceye kadar Üye Devletlerin başlangıçtaki beklentilerine bağlı bir doktrine dayandığı sonucuna varılabilir.²⁶ İddia; Mahkeme'nin yorumlarının, Sözleşmeye taraf olan devletlerin umdukları ve karar kıldıkları original anlamlar ile rasyonel bağlarını kaybetmiş olduğu yönündedir ; ki bu da *egemenlik*²⁷ ve *güçler ayrılığı* sorunu olarak algılanmaktadır.

Üçüncüsü, ulusal düzeyde AIHM'nin ulusal hukuk, politika veya uygulama veya ulusal kurumların işleyişi ile ilgisi olan bir değer vardır.’

²⁰ Professor Conor Gearty tarafından verilen 2005 tarihli Can Human Rights Survive?’ başlıklı Hamlyn dersinde belirtildiği üzere. ‘bkz. supra n. 18 s. 60–98.

²¹ Farklı bir görüş için, uluslararası norm üreten otoriteler ve demokrasinin meşruiyetinin birbirinden ayrılmasını iddia eden, bkz. Sadurski, ‘*Supranational Public Reason: On Legitimacy of Supranational Norm-producing Authorities*’ (2015) 4 *Global Constitutionalism* 396.

²² Ibid. S. 72–3.

²³ Gearty, Supra n. 18 s. 73.

²⁴ Bu argüman ayrıca siyaset bilminde, özellikle Profesör Richard Bellamy tarafından yazılan eserlerde; bir yandan anayasal demokrasi ve uluslararası insan hakları hukuku arasındaki derin bağlantı konusunda hevesli olan yasal kozmopolitlerin görüşlerinin aksine, ve diğer yandan da hak temelli yargısal denetimin zayıf bir biçimini savunan siyasi anayasalcılar arasında zıt bir ifade bulmuştur: bkz. Bellamy, ‘*The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights*’ (2014) 25 *European Journal of International Law* 1019.

²⁵ Bkz. Helgesen, ‘*What are the Limits of the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights?*’ (2012) 7 *Human Rights Law Journal* 275.

²⁶ Bknz, Spano, ‘*The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?*’ *The Torkel Opsahl Memorial Lecture 2014*, Norwegian Center for Human Rights, 28 Kasım 2014, www.jus.uio.no sitesinden erişilebilir [son erişim tarihi: 8 Mart 2018].

²⁷ Bkz., örneğin, Amos, Yukarıda n 19 s. 76, Mayıs 2015'te yapılan genel seçimlerden sonra İngiltere'nin Muhafazakâr Partisi'nin, “ulusal egemenliği koruma” özelliğine sahip hem de Strazburg sistemine eşit veya daha

İkinci olarak, bu unsur, Strazburg Mahkemesi Sözleşme tarafından korunan haklara hayat vermede önemli bir role sahip iken, sınırlamanın gerekliliğine ilişkin yerel değerlendirmeler üzerinde sıkı bir inceleme uygulamaktan kaçınması gerektiği fikrinde kendini göstermektedir. Bireysel hak ve özgürlükler ile kamu yarar ve menfaatleri arasındaki dengenin ve orantılılık ilkesinin söz konusu olduğu, değerlendirmenin hukuki yönünün tam anlamıyla ortadan kalktığı, salt politik faktörlerin devreye girdiği durumlarda, Strazburg Mahkemesi'nin ulusal karar mercilerinden daha fazla bilgi sahibi olmadığı iddia edilmektedir.²⁸

4. USULLERİ YERLEŞTİRME AŞAMASI

A. Kavramsal Açıklamalar

Mahkemeye yönelik eleştirilerin temelini oluşturan bu iki unsuru kısaca açıkladıktan sonra, Mahkemenin “esasları yerleştirme aşamasından” günümüzdeki ‘usulleri yerleştirme aşamasına’ doğru tarihsel değişiminin hem ampirik olarak doğru hem de normatif olarak makul olduğunu, ve geleceğe bakıldığında bu değişimin Sözleşme sisteminin Avrupa genelindeki insan haklarının sürekli ve etkili korunması açısından faydalı olabileceği iddia etmek isabetli olacaktır. .

Ampirik argümana geçmeden önce, bu bağlamda 'usulleri yerleştirme aşaması' ile ne kastedildiğini daha ayrıntılı olarak açıklamak gerekir. İkinci bölümde ayrıntılı olarak belirttiğim gibi, Mahkeme'nin tarihsel gidişatının ilk bölümü olan 1959'daki başlangıcından itibaren, 2010-2012 yılları arasındaki Interlaken, İzmir ve Brighton'da gerçekleşen hükümetler arası konferanslara kadar süren bu sürecin Strazburg Mahkemesi'nin işlevsel ve amaca yönelik anlamda esasları yerleştiren aşamasını oluşturduğunu daha önce belirtmiştik. Mahkemenin Sözleşme ilkelerini ulusal düzeye yerleştirme girişimlerine ve böylelikle ulusal karar süreçlerini sıkı bir şekilde denetlemek ve kendi kararını ulusal makamlarınkinin yerine kormak zorunda kalmasına rağmen, güncel döneme bakıldığında, usuleleri yerleştirme aşamasında, Mahkeme, ulusal karar alma süreçlerini denetlerken daha çerçeve odaklı bir rol üstlenmektedir. Bu denetim süreç temellidir. Yani Mahkeme, artan bir şekilde, Sözleşme ilkelerinin ulusal hukuk düzenine yeterince yerleştirilip yerleştirilmediğini, ve eğer öyleyse, ulusal makamların Sözleşmenin birinci maddesinin gerektirdiği gibi Sözleşmesel hakların birincil garantörleri olarak görevlerini yerine getirebilmeleri adına, belirli maddi unsurların kendisinin ulusal makamlara takdir bırakmasına imkan verip vermediğini incelemektedir.

Açıkçası, bu bağlamda süreç temelli denetim, bazen Sözleşmesel haklarının “usulileştirilmesi” olarak adlandırılan farklı bir içtihadî gelişmeden ayırt edilmelidir.²⁹ Süreç temelli denetim, hukuki

yüksek seviyede insan hakları koruması sağlayan İngiliz Haklar Yasasını İnsan Hakları yasasının yerine koyarak; “Birleşik Krallık ve AİHM arasındaki ilişkiyi değiştirmek” üzere yaptığı planları tartışmaktadır.

²⁸ Ayrıca, Mahkemenin 2017 yılı sonunda, beklemede olan yaklaşık 60.000 davaya dayanan yığılmanın, en azından dolaylı olarak, etkililik merceğinden bakıldığında meşruiyet meselelerini etkilediği iddia edilebilir (bkz. Yukarıda 11). Elbette Mahkemenin kendi başarısının kurbanı olduğu sıkça ifade edilen iddiasında da özetlediği gibi, bu yığılmanın (bazıları sistemin genel değerlendirmesi için oldukça olumludur.) kronik kalıcılığının birçok farklı nedeni vardır.

²⁹ Bu gelişme, Mahkemede esas olarak Sözleşme haklarına yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde usule ilişkin hakların güvence altına alınmasının önemini vurgulayarak ortaya çıkmaktadır.: Bkz., genel olarak, Brems, *'Procedural Protection: An Examination of the Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights'*, Brems and Gerards (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights (2013)* 137. Strazburg Mahkemesi içtihatlarında bu yaklaşımın iyi bir örneği olan: Büyük Daire kararı, Kara'csony ve Diğerleri/ Macaristan, Başvuru numaraları: 42461/13 ve 44357/13, Esas ve Adil Tazminat, 17 Mayıs 2016, özellikle

esas meselelerinden ayrılırken, geleneksel anlamda usuli meselelerle sınırlı değildir. Başka bir deyişle, bu denetim, hiçbir şekilde Strazburg Mahkemesi'nin temel görevi olan esasa ilişkin sonuçları ulusal düzeyde analiz etme rolünü yerine getirmeye devam etmesini sınırlamaz. Bununla birlikte, süreç temelli denetimin önemi; Mahkemenin birincil metodolojik odağını, yerel tedbirlere dair kendi bağımsız 'Sözleşmeye uygunluk' değerlendirmesinden, konunun ulusal karar mercileri tarafından devletlerin kendi yargı yetkilerindeki halklara Sözleşmesel haklarını sağlama yükümlülüklerine ve halihazırda yerleşik ilkelere uygun bir şekilde analiz edilip edilmediğinin incelenmesine doğru kaydırmasında yatmaktadır. Başka bir deyişle, süreç temelli denetim, Mahkemenin ikincillik ilkesini uygulama mekanizmasıdır.

Aşağıdaki Bölüm 4 (C) 'de, usulleri yerleştirme aşaması sürecinde, süreç temelli denetim mekanizmasını faaliyete geçiren üç ana kurumsal unsuru daha detaylı incelemekteyim.

B. Ampirik İddia

2014 yılında bu dergide yayınlanan bir makalede, Strazburg Mahkemesi'nin 'ikincillik çağı'na³⁰ girip girmeyeceğini sorguladım. Bu ifade ilginç bir şekilde birçok kapsamlı akademik tartışmayı ateşlemiştir.³¹ Kuşkusuz biraz yüzeysel bir iddia olmasına rağmen, olumlu bir cevap yönünde bazı argümanlar sundum. Dört yıl sonra, bir adım daha ileri gideceğim. Şöyle ki ulusal makamların Sözleşmesel hakların güvencesini sağlamaktaki yükümlülüklerini ciddi bir şekilde yerine getirdikleri Mahkeme önüne gelen davanın içeriğinden anlaşılıyorsa, içtihatlarda Mahkemenin bu durumda ikincillik ilkesini daha sağlam bir şekilde uyguladığını gösteren işaretlerin olduğunu öne süreceğim.

Ampirik argümanı bir içtihat bolluğunun kapsamlı bir şekilde incelenmesini gerektirecek şekilde eksiksiz yapmak, bu makalenin kapsamını aşmaktadır. Öte yandan, akademisyenler tarafından,

paragraf 148–162, Mahkeme, esas olarak, başvuranların, milletvekillerinin, savunma imkânı olmaksızın, Meclis'teki davranışları için kendilerine para cezası verdiklerine dayanarak, AIHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

³⁰ Spano, 'Universality or Diversity of Human Rights: Strasbourg in the Age of Subsidiarity?' (2014) 14 Human Rights Law Review at 487. Ayrıca bknz Spano, supra n. 26.

³¹ Bkz., diğerleri arasında, Hunter-Henin, 'Living Together in an Age of Religious Diversity: Lessons from Baby Loup and SAS' (2015) 4 Oxford Journal of Law and Religion 94; Mowbray, 'Subsidiarity and the European Convention on Human Rights' (2015) 15 Human Rights Law Review 313; Fokas, 'Comparative Susceptibility and Differential Effects on the Two European Courts: A Study of Grasstops Mobilizations around Religion' (2016) 5 Oxford Journal of Law and Religion 541; Steinbach, 'Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols under the European Convention of Human Rights' (2015) 4 Cambridge Journal of International and Comparative Law 29; Saul, 'The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments' (2015) 15 Human Rights Law Review 745; Kanetake, 'Subsidiarity in the Practice of International Courts' in Kanetake and Nollkaemper (eds), *The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference* (2016); Smet, 'When Human Rights Clash in "the Age of Subsidiarity"' in Agha, *Human Rights Between Law and Politics: The Margin of Appreciation in Post-National Contexts* (2017) 55; Donald and Leach, supra n 17 at 113; Ulfstein, 'The European Court of Human Rights and National Courts: A Constitutional Relationship?' in Arnardo'ttir and Buyse (eds), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations Between the ECHR, EU, and National Legal Orders* (2016); Saul, 'Structuring Evaluations of Parliamentary Processes by the European Court of Human Rights' (2016) 20 *The International Journal of Human Rights* 1077; Madsen, 'The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash' (2016) 79 *Law and Contemporary Problems* 141; Berry, 'Religious Freedom and the European Court of Human Rights' Two Margins of Appreciation' (2017) 12 *Religion and Human Rights* 198; Hervieu, 'Une Cour europe'enne des droits de l'homme ma'îtresse de son destin' [May 2014] *La Revue des Droits de l'homme*, şu linkten erişilebilir: journals.openedition.org/revdh/658 [son erişim: 22/04/2018]; O'Meara, 'Reforming the ECtHR: The Impacts of Protocols 15 and 16 to the ECHR' in Ziegler, Wicks and Hodson (eds), *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?* (2015); and Besson, 'Subsidiarity in International Human Rights Law: What is Subsidiary about Human Rights?' (2016) 61 *The American Journal of Jurisprudence* 69.

Mahkemenin son içtihatlarında ikincillik ilkesi ve takdir yetkisinin kullanımının arttığını belirten ilginç çalışmalar yapılmıştır. Kopenhag Üniversitesi iCourts Araştırma Enstitüsü Direktörü Profesör Mikael Rask Madsen, Brighton Deklarasyonu'ndan sonra, davaların veri tabanlarını kullanarak, özellikle takdir yetkisi ve ikincillik ilkesinin kullanımına odaklanan içtihadın ilk sistematik incelemesini sunmuştur. Araştırma, istatistiksel analizler ile birlikte okunduğunda, nihai sonuç Strazburg Mahkemesi'nin “Brighton Deklarasyonu'ndan sonra gerçekten ikincillik ilkesini daha fazla kullandığını” göstermektedir. Ayrıca, Profesör bunun, tüm Sözleşme hükümlerini ortadan kaldıran genel bir olgu olmamasına rağmen, yine de, “her olayda bu doktrinin kullanımının ya yüksek seviyede devam ettiğini ya da Brighton Deklarasyonu'ndan sonra daha da arttığını” belirtmektedir.³²

Strazburg Mahkemesi gibi uluslararası bir mahkemenin karmaşık içtihatları hiçbir zaman tam olarak lineer bir yörüngeye sahip olamaz. Buna rağmen, bu açıklayıcı savın haklı olduğu sonucuna varmak için bazı ampirik temeller var gibi görünmektedir. Kuşkusuz, yakın tarihli içtihatlarda bu tezi zayıflatacak istisnalar olabilirken, daha ilginç ve zor olan soru normatif olandır: bu gelişme haklı ve takdir edilecek bir gelişme midir? Şimdi bu sorular inceliyeceğim.

C. Normatif İddia

(i) İkincillik İlkesi ve İnsan Haklarının Evrenselliği

Strazburg Mahkemesi'nin sıkı bir ikincillik ilkesi uygulaması, yani iç hukukta verilen kararları daha süreç odaklı bir denetime tabi tutması gerektiğini öne süren normatif tartışmalar, bir yandan geleneksel tartışmalar olup bu tartışmalar Mahkeme'nin, en basit ama sık kullanılan kavramlarla, aktivist mi yoksa ihtiyatlı mı olması gerektiği üzerinedir.³³ Bu tartışmalar, diğer bir yandan ise tartışmanın esas konusunu oluşturan normların kaynağına, yani insan haklarının doğasına ve kapsamına uzanmaktadır. Süreç temelli denetimin üç temel unsuru açıklanmadan önce, bireylerin, insan hakları kavramına ilişkin bakış açısının, kendilerini aktivizm-ölçülülük spektrumu üzerinde nerede konumlandıklarına dair önemli belirtiler taşıdığına değinilecektir.

Mahkeme içtihadında ikincillığe doğru gerçekleşen eğilim nedeniyle, insan haklarının hukuki ya da ahlaki olmasına bağlı olmaksızın bölünmez ve tek bir normlar bütünü olduğunu ifade eden insan haklarının evrenselliği ilkesinin Mahkeme tarafından göz ardı edildiği, sıklıkla öne sürülmektedir. İnsan haklarının felsefi temellerine³⁴ ilişkin bu kapsamlı tartışmaya derin bir biçimde girecek alana sahip olunmaması nedeniyle, en azından, bu kavramsal eleştirinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında güçlü bir argüman olmadığı belirtilmelidir. Bunun nedeni oldukça basittir: Sözleşme, hiçbir bölünmez, tek veya bütüncül bir insan hakkını koruma altına almamaktadır. Aksine, öncelikle, Sözleşme'de sıralanmış olan ve mutlak bir biçimde birbirleriyle ilgili olmayan veya insan haklarına ilişkin aynı ahlaki ya da politik anlayışlarla meşrulaştırılamayan hakları korumaktadır. Daha da önemlisi, ikinci maddede düzenlenen yaşam hakkı gibi Sözleşme'de yer alan bazı haklar, çekirdek haklardandır, ve üçüncü maddede bulunan kötü muamele yasağı, dördüncü maddede yer alan kölelik ve zorla çalıştırma yasağı ile yedinci maddede bulunan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gibi bazı

³² Madsen, 'Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?' [2017] *Journal of International Dispute Settlement* 1.

³³ Özellikle bkz, Raimondi, 'L'activisme et la retenue judiciaire au sein de la CourEDH: Deux faces de la me`me pie`ce', colloque en l'honneur de Paul Mahoney `a l'occasion de son 70e anniversaire, organise` le 9 septembre 2016 `a Strasbourg au Palais des droits de l'homme (2016) 22 *Human Rights Law Journal* 249. Ayrıca bkz. Bates, yukarıda 7; and Mahoney, 'Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism' (1998) 19 *Human Rights Law Journal* 1.

³⁴ Bakınız Maliks and Karlsson Schaffer (eds), *Moral and Political Conceptions of Human Rights. Implications for Theory and Practice* (2017).

çekirdek haklar ise madde metninde kesin ifadelerle düzenlenmiştir. Diğer hakların kapsamı ve bu haklardan yararlanılma durumu, sekizinci maddede düzenlenen özel hayata saygı hakkı gibi, bu haklar da temel haklar olmasına rağmen, daha tartışmaya açıktır. Zira bu hakların sınırlandırılabilir olduğu hususu, Sözleşme’de ya açıkça ya da zımni olarak ifade edilmektedir.³⁵

Yukarıda açıklandığı üzere, çekirdek ve mutlak haklar ile sınırlandırılabilir nitelikteki haklar arasındaki fark, Mahkeme’nin gelecekte izleyebileceği yolların belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Çekirdek ve mutlak Sözleşme hakları, insanın birey olarak özünden ve insan onurundan doğmaktadır.³⁶ Bu nedenle bu haklar, dengeleme faaliyetine ya da demokratik politikalar ile politik seçimlerin incelenmesine kapı aralayan orantılılık değerlendirmesine müsait değildir. Örnek olarak yaşam hakkı ile işkence yasağının verilebileceği bu haklar, köklerini, insan haklarına ilişkin ahlaki bir kavrayıştan almaktadır: bunlar, ahlaki zorunluluktur. Bu nedenle Strazburg Mahkemesi’nin başlangıçtan beri görevinin, mutlak veya çekirdek hakların korunmasının ortaklaşa güvence altına alınmasını sağlamak olduğu kanaatindeyim. Sözleşme sistemi içerisinde ikincillik ilkesinin artan rolü ile süreç temelli denetim hususuna dair görüşlerim, tüm bu nedenler dolayısıyla, sınırlandırılabilir haklarla sınırlıdır. Ancak bu hususta önemli şerhlerim bulunmaktadır ve ilerleyen bölümlerde bunlara daha detaylı olarak değinilecektir.

Çekirdek ve mutlak haklar ile sınırlandırılabilir haklar arasındaki ayrımın bir diğer önemi ise, Sözleşme’nin 8. ve 11. maddeleri arasında yer alan haklar yönünden tanınan sınırlandırmaların, “demokratik toplumda gerekli olması” koşuluna dayanmasıdır. Böylece, Sözleşme, doğrudan ve metinsel olarak sınırlandırılabilir hakların, somut olaydaki mevcudiyeti tespit edilirken, siyasal ve bir politikaya dayanan unsurların da değerlendirmeye katılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle sınırlandırılabilir hakların hukuksal ve felsefi temelinde, bu hakların tamamen bir başına olan bireylerin kendilerini ilgilendiren hak ve sorumluluklarının ifadesi olmaması düşüncesi yatmakta ve bunun sonucunda da politik bir yanları olduğu ileri sürülebilir. Daha da önemlisi, bu hakların, bireylerin demokratik ve toplumsal bir sosyal oluşum içerisindeki konumları ile sorumluluklarına ilişkin olduğu ileri sürülebilir.³⁷ Bu sebeple, söz konusu haklar, mutlak haklarda olduğu gibi insan onuruna ilişkin ahlaki kuramlar üzerinden temellenmemekte; ancak, köklerini daha geniş kapsamda insan haklarına ilişkin politik kavrayışlardan almaktadırlar.³⁸

³⁵ İnsan haklarının hem asli hem de sınırlandırılabilir olup olamayacağına ilişkin bkz. Ashworth, ‘*Security, Terrorism and the Value of Human Rights*’ in Goold and Lazarus (eds), *Security and Human Rights* (2007) s. 201, özellikle 204–6.

³⁶ Spano, ‘*Deprivation of Liberty and Human Dignity in the Case-Law of the European Court of Human Rights*’ (2016) 4 *Bergen Journal of Criminal Law and Justice* 150. Ayrıca Valentini tarafından kaleme alınan son makale için bkz. Valentini, ‘*Dignity and Human Rights: A Reconceptualisation*’ (2017) 37 *Oxford Journal of Legal Studies* 862, Yazar burada, özde var olan onur kavramı ile statüden kaynaklanan onur kavramlarını birbirinden ayırmakta ve insan haklarını daha çok ikinci kavramla ilişkilendirmektedir. Valentini, insan haklarının, bireylerin özünde var olan onurlarından çok, bağımsız otoritelerin statülerinden kaynaklanan onura dayalı ilkeler ortaya koyduğunu öne sürmektedir.

³⁷ Burayı, yeni bir alan olan insan hakları sosyolojisinden etkilenecek kaleme aldım. İnsan hakları sosyolojisi, başından beri, insanlık ile ilgili evrensel ve kurucu bakışa dayalı insan hakları anlayışının, insan haklarının sosyal önkoşullar olmadan veya toplumun yetki alanı dışında var olabileceği yönünde bazı varsayımsal yorumlara yol açabileceğini öne sürmektedir: bu sosyolojik anlamda temel haklar, yalnızca bireyi değil, aynı zamanda modern toplumlarda var olan sosyal düzeni korumayı da sürdürmeye yönelik geleneksel araçlar olarak düşünülebilmektedir: bkz. Madsen and Verschraegen (Editörler), *Making Human Rights Intelligible: Towards a Sociology of Human Rights* (2013) s. 7.

³⁸ Bkz. Tasioulas, ‘*Human Dignity and the Foundations of Human Rights*’ in McCrudden (Editör), *Understanding Human Dignity* (2013) s. 291, özellikle s. 292–3. Bu, Sözleşme’nin 8-11. maddelerinden kaynaklanan bazı hakların, örneğin 8. madde kapsamında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinden doğan haklar, kendilerini bir ölçüde onura dayalı bir biçimde dışa vurmadıkları anlamına gelmemektedir: bkz. Costa, ‘*Human*

Mutlak ve çekirdek hakların yorumlanması ve uygulanmasında ikincillik ilkesine daha sınırlı olarak başvurulması hususunda, daha önce değinildiği gibi, her şeye rağmen bazı ayrımlara gitmek gerekir. Kamu görevlilerinin ikinci maddeye aykırı olarak bir bireyi öldürmeleri veya suçlanan bir kişiye ya da tutukluya işkence veya kötü muamelede bulunarak üçüncü maddeyi ihlal ettikleri belirtilerek taraf Devletin mutlak ya da çekirdek haklardan birini kendi negatif yükümlülüklerine aykırı davranarak ihlal ettiği iddiasını taşıyan başvurularda, Mahkeme'nin, ulusal makamların söz konusu eylemin Sözleşme kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirmelerini kabul etmesi, ilkesel olarak, mümkün değildir. Sözleşme amacına yönelik söz konusu eylemin nihai hukuki niteliği, ikincilik ilkesinin geleneksel alanının dışında kalmaktadır; zira ancak süreç temelli denetimle bu nitelik ortaya çıkabilecektir. Bu durumda, söz konusu soruyu cevaplandıran, ulusal karar makamlarının görüşlerine bağlı kalmaksızın, Mahkeme'nin kendisi olmaktadır.³⁹

Taraf Devletlerden birinin bir kişinin ölümüne dair gerçekleri yeterince aydınlatmaması örneğinde olduğu gibi, çekirdek ya da mutlak bir hükümde yer alan usuli bir yükümlülüğü⁴⁰ yerine getirmedeğinin öne sürüldüğü başvurularda ise ; ölümün Devlete atfedilebilir olmasından⁴¹ veya bireyler arasındaki bir ilişkiden kaynaklanması veyahut tıbbi bir ihmale dayanması⁴² hallerinden bağımsız olarak Mahkeme, Devletin usule ilişkin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi hususunda çeşitli yollara başvurabileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla, Devlet, somut olayın koşullarına göre ceza yargılaması, hukuk yargılaması veya disiplin soruşturması gibi esasa ve usule yönelik pek çok mekanizma arasından birini seçerek gerçekleri aydınlatmaya yetkilidir. Devletlere, Sözleşme'nin çekirdek ve mutlak düzenlemelerine ilişkin usuli yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için ulusal düzeyde prosedürlerini ve uygulamalarını nasıl düzenleyeceklerine dair belirli bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu bakımdan Strazburg Mahkemesi ile Taraf Devletler arasındaki yetki dağılımına ilişkin geleneksel bir norm olan ikincillik ilkesi, bu hükümlerin usule ilişkin boyutu yönünden devreye girmektedir. Ayrıca, böyle başvurularda, dördüncü derece mahkemesi olma kuramı bir ölçüde, ikincillik ilkesiyle birleşebilmektedir.⁴³ Yerel makamlar, sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri ile koruma altına alınan haklarla ilgili olguları, söz konusu olayların soruşturulması hususundaki usuli yükümlülüklerini yerine getirme amacı doğrultusunda, tespit etmek için yeterli çabayı gösterdikleri

Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in McCrudden (Editör), *Understanding Human Dignity* (2013) 393. Burada tartışılan konu, bu hakların, Sözleşme'nin 2., 3. ve 4. maddelerinde yer alan çekirdek veya mutlak haklarda olduğu gibi Sözleşme kapsamında ahlaki birer zorunluluk teşkil etmemesidir. Çekirdek veya mutlak haklar, 8-11. maddeler arasında yer alan sınırlama şartlarının izin verdiği şekilde gereklilik analizi yapılarak sınırlandırılmamaktadır.

³⁹ Bkz. Callewaert, *Is There a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?* (1998) 19 *Human Rights Law Journal* 6 at 7, Burada aynı düşünce, biraz daha farklı bir biçimde ifade edilmiştir.

⁴⁰ Bkz, genel itibarıyla, Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights* (2012); and Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (2004).

⁴¹ Askeriyede gerçekleşen ölümlerde devletin Sözleşme'nin ikinci maddesi gereğince usuli yükümlülüğüne ilişkin bkz. Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Türkiye Kararı (Büyük Daire), Başvuru No 24014/05, Esas Yönden, 14 Nisan 2015.

⁴² Tıbbi ihmal iddiaları karşısında Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında devletin usuli yükümlülüğü için bkz. güncel ve önemli bir belirleyici karar olan Lopes de Sousa Fernandes v Portekiz Kararı (Büyük Daire), Başvuru No 56080/13, Esas ve Adil Giderim Bölümleri, 19 Aralık 2017.

⁴³ Sığınma başvurularının değerlendirilmesinde Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında usuli yükümlülüğe ilişkin, bkz. F.G. v. İsveç (Büyük Daire), Başvuru No. 43611/11, Esas ve Adil Giderim Bölümleri, 23 Mart 2016 ve F.G. Başvurusundaki genel ilkelerin ele alındığı A. v. İsveç Kararı, Başvuru No. 60342/16, Esas Yönünden, 19 Aralık 2017.

hallerde bu durum gerçekleşmektedir.⁴⁴ Böyle hallerde Mahkeme, ulusal karar merciinin bulgularını kabul etmeyi uygun bulabilmektedir.⁴⁵

(ii) *İkincillik Çağı ve Ulusal Hukuk Düzeninin Sözleşmesel Haklar ile Uyumu*

Yukarıda ifade edildiği üzere, Strazburg sisteminin esaslarını yerleştiren ve Sözleşme’yi ulusal hukuk sistemlerine bağımsız olarak uyarlama girişiminde bulunduğu dönem, son yıllarda yerini Sözleşme hukukunun usuli boyutlarının temel alındığı “ikincillik çağı”na bırakmaktadır. Bunun süreç odaklı denetim bağlamındaki sonuçlarını ve Mahkemenin gelecekte izleyeceği yörüngeyi daha iyi açıklamak için, yukarıda belirlenen ve Mahkeme sistemine yönelik eleştirilerin temelini oluşturan iki unsuru hatırlatmak önem arz etmektedir.

İlgili eleştirilerin özü incelendiğinde, bunun, Sözleşme sistemiyle ulusal hukuk düzeni arasındaki uyumu yeterince oluşturmadığı ya da Sözleşme sisteminin yeterince yetkilendirilmediği⁴⁶ şeklinde dile getirildiği görülmektedir. Hak sahipleri olan gerçek ve tüzel kişiler, adalet için en nihayetinde Strazburg Mahkemesi’ne gelmektedir ve bunun sonucunda da Mahkeme’nin önünde yaklaşık 60.000 başvuru incelenmeyi beklemektedir.⁴⁷ Pek çok ulusal hakim ve uygulayıcı Sözleşme’yi yerli olmayan ya da kendi anayasal, politik veya sosyal dokularına uymayan bir uluslararası normlar birliği olarak görmektedir. Bu nedenle Sözleşmede yer alan hakları geliştirmeleri ayrıca kendilerinden istendiğinde, tereddüt yaşamaktadırlar. Bazı politikacılar, uluslararası yargıçların Avrupa topluluğu üzerinde kendi isteklerini empoze ettiğini düşünmekte ve demokratik yetkilerinin tehdit edildiğini hissetmektedirler. Bunun gibi, siyasal kurumların bazı üyeleri, sosyal ve ekonomik politikaların önemli unsurlarının ulusal demokratik ya da yasal süreçlerin dışında belirlendiğini düşünmektedir.

İnsan haklarının kolektif bir biçimde uygulanması için var olan bir uluslararası sistemin eleştirilerin hedefi olmasının doğal olduğu ve bu yüzden Mahkeme ile Sözleşme sisteminin bu konuda endişelenmemesi ya da tepki göstermemesi gerektiği fikri, birileri tarafından öne atılabilmektedir. Bunun doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatini taşımaktayım. Politik ya da tarihsel olarak ulusal hukuk düzenindeki anayasal çerçeve içine yerleştirilmemiş her bir uluslararası hukuk sistemi, sisteme önemli oranda güvensizlik besleyen ve sistemin meşru olmadığını savunan görüşlerin hakim olması sonucu sistemin çalışmaları, dönem dönem ulusal alanda etkililiğini yitirme tehlikesiyle yüzleşmektedir. Sözleşme sistemi, doğası ve güncel durumu gereği, odak değişikliğine giderek aşağıdan yukarıya doğru giden bir yöntem izleyen, ulusal hak sahipleri ile ulusal karar mercilerini insan haklarını koruma konusunda öncü olmaları için güçlendirerek, ulusal alanda insan haklarının korunmasının artan etkililiğini güvence altına alan bir gidişatı gerektirmektedir. Yine de Sözleşme’nin 19. ve 32. maddeleri gereği, Strazburg Mahkemesi’nin denetimi en nihayetinde devam etmektedir.

Bazı nihai düşüncelerimi belirtmeden önce, süreç odaklı denetimin üç ana unsurunu, Mahkeme tarafından son zamanlarda benimsenen usulleri yerleştiren aşama bağlamında açıklayacak

⁴⁴ Callewaert, yukarıda 39 at 6.

⁴⁵ Bkz, F.G. v. Sweden, yukarıda 43, para. 118 (‘Ayrıca, iç hukukta gerekli işlemlerin gerçekleştirildiği durumlarda, Mahkeme’nin görevi, olaylara dair kendi değerlendirmesini, ulusal mahkemelerin değerlendirmelerinin yerine koymak değildir. Genel bir kural olarak, kendi önündeki delilleri değerlendirmek, ulusal mahkemelerin görevidir... Genel bir ilke olarak, ulusal makamlar, yalnızca olguları değerlendirme hususunda değil, bilhassa tanıkların güvenilirliğini değerlendirmede de Mahkeme’ye göre daha iyi konumdadır. Zira, ulusal mahkemeler, tanıkları bizzat görebilmekte, duyabilmekte, tutum ve davranışlarını değerlendirebilmektedir’).

⁴⁶ Karlsson Schaffer, *The Point of the Practice of Human Rights: International Concern or Domestic Empowerment*, Maliks and Karlsson (Eds), supra 34, 33

⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, supra n 11.

ve Strazburg Mahkemesi tarafından, Sözleşme'nin 1. maddesi ile uyumlu olarak, Sözleşme haklarıyla ulusal hukuk düzeni arasındaki uyumu arttıracak bir yaklaşım geliştirilmeye çalışıldığı yönündeki görüşlerimi detaylandıracağım.⁴⁸

iii) Usulleri Terleştiren Aşamanın Temel Unsurları

İç hukuk yollarının tüketilmesi. Mahkeme, son yıllardaki kararlarında, özellikle Büyük Dairenin *Vučković ve Diğerleri/Sırbistan*⁴⁹ kararında yerleşik ilkelerini teyit ederken, başvuru yollarının iç hukuk yollarını usulüne uygun şekilde tüketmeleri hususunda daha önceki içtihadlarında belirlenenden daha özenli davranmaları gerektiğini belirtmiş, daha önce de belirtildiği üzere, Sözleşmenin 35. maddesi uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesine dair içtihadını bu yönde geliştirmiştir. Başvurucular Sözleşme konusunu, sadece esasen ulusal hukukta ileri sürmediklerini, aynı zamanda bu başvuruyu yaparken, gerçek anlamda ulusal hakime, olayı sözleşme açısından değerlendirme fırsatını verdiklerini ispatlamak zorundadır.⁵⁰

İç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin bu zorlama standardının amacı açıktır-Sözleşme ihtilaflarının çözülmesi için öncelikli saha Strazburg değil, ulusal mahkemelerdir. Burada ancak potansiyel hak sahibi Sözleşmeye dayalı kaderini tayin edebilir ve ancak ulusal hakim, uygulanacak olan ilkeleri, daha önce belirttiğimiz materyallerden yararlanarak, davaların yaklaşık yüzde 90 ila 95'ine uyarlayabilir. Bununla birlikte, Mahkemenin burada katı ve esnek olmayan bir standart uygulamayacağını, fakat herhalde ihlal iddiasının mahiyetini, başvuru durumunu ve ulusal düzeyde olgusal arka planı dikkate alacağını açıkça belirtmek gerekir.

Ulusal düzeyde Sözleşme temelli değerlendirme için ölçütlere dayalı rehber – Van Hannover ikame edilemezlik ilkesi. Usulleri yerleştirme aşamasının ikinci unsuru, daha önce de belirtildiği gibi, önemli içtihatlarda, özellikle ulusal karar mercilerine temel seviyede Sözleşmenin uygulanmasına rehberlik edebilen kararların genel ilkeler kısımlarında tarafsız açıklayıcı kriterleri sağlaması yönünden formüle edilen Büyük Daire kararlarında bizzat kendini gösterir. Bu hususta birçok örnek verilebilmektedir, örneğin 6. madde uyarınca ceza davalarında yargılamanın adilliyetinin değerlendirilebilmesinde kullanılacak ölçütleri sağlayan *İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık*⁵¹, 8. madde uyarınca hedef odaklı gözetime ilişkin yerel sistemlerin değerlendirilmesinde kullanılacak ölçütleri sağlayan *Roman Zakharov/Rusya*⁵², hakaret davalarında 8. ve 10. maddeler arasındaki dengenin kurulması hususunda *Von Hannover/Almanya (No 2)*⁵³ ve suçlu bulunan yabancı uyrukluların sınır dışı edilmesi hususunda *Üner/Hollanda*⁵⁴ ve *Maslov/Avusturya*⁵⁵ kararları.⁵⁶

⁴⁸ İkincilik ilkesine dayalı yaklaşımın temel kavramsal unsurlarının analiz edilebileceği farklı yöntemler bulunmaktadır. Yakın zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kayıt Departmanında çalışmış olan Avukat Paul Harvey, bu konu hakkında daha 'pozitif bir yaklaşım' öne süren bir makale yayımlamıştır. Paul Harvey, Sözleşme hukuk düzeni içerisinde, ikincilik ilkesine uygulamada tamamen başvurulabilmesi için, Strazburg yargıcının 'yalnızca ne zaman müdahale etmemesi gerektiğini değil, aynı zamanda ne zaman müdahale etmesi gerektiğini de bilmesi ve bu müdahalenin haklılığını gerekçelendirebilmesi de bir o kadar önemlidir' bkz. Harvey, 'The Principle of Subsidiarity: A More Positive Approach' (2016) 36 Human Rights Law Journal 335 at 335-6.

⁴⁹ Başvuru No :17153/11 ve diğerleri, Karar(ilk itiraz), 25 Mart 2013

⁵⁰ Bkz. örneğin Birleşik Krallık bağlamında, Peacock-Birleşik Krallık, Başvuru No: 52335/12, Kabul Edilebilirlik, 5 Ocak 2016; ve Roberts-Birleşik Krallık, Başvuru No: 59703/13, Kabul Edilebilirlik, 5 Ocak 2016. Ayrıca bakınız, örneğin Unseen ehf.- İzlanda, Başvuru No: 553630/15, Kabul Edilebilirlik, 20 Mart 2018.

⁵¹ Başvuru No: 50541/08 ve diğerleri, Esas ve Adil Tazminat, 13 Eylül 2016, ayrıca bakınız Simeonovi-Bulgaristan, Başvuru no: 21980/04, Esas ve Adil Tazminat, 12 Mayıs 2017.

⁵² Başvuru No: 47143/06, Esas ve Adil Tazminat, 4 Aralık 2015.

⁵³ Başvuru No: 40660/08 ve 60641/08, Esas ve Adil Tazminat, 7 Şubat 2012.

⁵⁴ Başvuru No: 46410/99, Esas, 18 Ekim 2006.

⁵⁵ Başvuru No: 1638/03, Esas ve Adil Tazminat, 23 Haziran 2008.

*Ndidi*⁵⁷ davası bu alanda ilginçtir. Kararda Mahkeme, 8. madde uyarınca, suç işlemiş yabancı uyruklu vatandaşların aile hayatı hakkında ilgilendirilmiştir ve kanaatimce ilk defa ve sadece bu davada Von Hannover kararında 10. madde bağlamında belirtilen ikame edilemezlik ilkesini uygulayarak, Mahkemenin tespitinin menfaatlerin dengelenmesi hususundaki yerel mahkemenin tespiti yerine geçebilmesi için, kuvvetli sebeplere ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir. Ayrıca işyerinde çalışanların e-mail kullanımının izlenmesi olayıyla ilgili *Barbelescu/Romanya*⁵⁸ kararında Büyük Daire, ulusal karar mercilerine, madde 8 kapsamında bazı tedbirlerin orantılılığını değerlendirirken uygulayabilecekleri, en az altı ölçütü detaylıca sağlamıştır.⁵⁹

Mahkemenin süreç odaklı denetim mekanizmasındaki bu ikinci ve önemli unsurun amacı, ulusal hakimleri, incelenmesi bazen karmaşık olabilen, Sözleşme hükümlerinde sınırlama unsurları olarak düzenlenen kanunilik, meşru amaç ve gereklilik⁶⁰ unsurlarını değerlendirirken, Mahkeme tarafından ortaya konan ilkeleri etkili bir şekilde uygulamaya teşvik etmektir. Bu uygulama yerel düzeyde iyiniyetli bir şekilde yapılırsa, Strazburg hakimleri, ilkenin amacı doğrultusunda, ulusal karar mercileri tarafından ulusal ve demokratik yasal düzenin gerekliliklerine doğrudan uyumun daha da sağlandığı ve duyulan hassasiyetin gösterildiği kabul edilen, olası makul sonuçları haklı görebilir.⁶¹

Ulusal mahkemelerin Strazburg Mahkemesi tarafından süreç odaklı teşvik edilmesinin her iki taraf yönünden de geçerli olduğunu vurgulamak önemlidir. Son içtihatlarında Mahkeme, örneğin 8, 10 ve 11. maddeler uyarınca açılan davalarda, Sözleşme ihlallerini tespit ederken, öncelikle ulusal mahkemelerin, Mahkemenin içtihatlarındaki yerleşik ilkeler ışığında söz konusu Sözleşme sorununu değerlendiremediğine dayanarak bu metodolojiyi daha derinlemesine geliştirmiştir. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu davalarda ilk defa, tarihsel olarak norm kadul edilen sınırlama unsurları açısından gereklilik analizi yapmayı gerekli görmemiştir. Sözleşme haklarına yapılan bir müdahalenin, ulusal düzeyde gereği gibi veya Mahkeme içtihatlarında gösterilen ilkelere uygun olarak, değerlendirilmediği durumlarda, Mahkeme, hükümetin müdahalenin gerekliliğini ispat edemediğini ileri sürerek, ihlal kararı verebilir.⁶²

Kanaatimce bu Mahkemenin içtihadında süreç temelli bir yaklaşıma yönelik bir değişikliktir. Bu süreç temelli yaklaşım; Sözleşme ilkelerinin tam olarak uygulandığı taraf devletlerde ödüllendirici,

⁵⁶ Suç işleyen yabancı uyrukluların sınır dışı edilmesi ile ilgili davalardaki Üner ve Muslov kriterlerinin süreye dayalı başvurularına ilişkin son örnekler, İkinci Bölüm'ün kabul edilemezlik kararlarıdır; Hamasevic/Danimarka, Başvuru No: 25748/15, Kabul Edilebilirlik, 16 Mayıs 2017 ve Alam/Danimarka, Başvuru No:33809/15, Kabul Edilebilirlik, 6 Haziran 2017.

⁵⁷ Başvuru No: 41215/14, Esas ve Adil Tazminat, 17 Eylül 2017, özellikle paragraf 76.

⁵⁸ Başvuru No:61496/08, Esas ve Adil Tazminat, 5 Eylül 2017.

⁵⁹ İbid 121.

⁶⁰ Sözleşmenin sınırlama sebepleri uyarınca, gereklilik testinin unsurları olan orantılılık ve dengeleme konusunda, bkz. özellikle Christoffersen, Adil Denge: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Orantılılık, Yerindelik ve Birincilik (2009).

⁶¹ Geleceğe bakıldığında, Mahkemenin bir Hükümetin başvurduğu meşru amaca çok resmi ve rasyonel bir ilişki tipi analizini uygulama konusundaki geleneksel yaklaşımının, dolayısıyla orantılılık testiyle ilgili gereklilik değerlendirmesine dair tüm ayak işini terk etmesinin bazı yeniden düzenlemeler gerektirip gerektirmediğini düşünmek ilginçtir. Diğer bir deyişle, Mahkemenin, hatta bazı akademisyenlerin istediği gibi, başvuru meşru amacın delile dayalı olarak daha katı bir şekilde değerlendirmesine doğru bir metodolojik bir değişimle meşgul olmasının gerekip gerekmediği için bkz., özellikle Sadurski, 'Is There Public Reason in Strasbourg?' (2015) Legal Studies Research Paper No. 15/46, papers.ssrn.com adresi üzerinden ulaşılabilir, [son erişim tarihi:4 Ocak 2018].

⁶² Bakanız, örneğin Annen/Almanya, Başvuru No: 3690/10, Esas ve Adil Tazminat, 26 Kasım 2015; Terentyev/Rusya, Başvuru No: 25147/09, Esas ve Adil Tazminat, 26 Ocak 2017; Moskalev/Rusya, Başvuru No: 44045/05, Esas ve Adil Tazminat, 7 Kasım 2017; ve Öğrü ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 60087/10, Esas ve Adil Tazminat, 19 Aralık 2017.

uygulamanın eksik olduğu taraf devletlerde ise Sözleşmesel hakları daha ilkel, öğretici ve etkili şekilde icra edici niteliktedir. Son olarak tekrarlanmalıdır ki, her ne kadar yerel mahkemelerin belli bir davadaki muhakemesi, ilk bakışta yerleşik ilkelere uyulmasına dair bir girişimin tezahürü gibi görünse de, Strazburg Mahkemesi'nin denetimi her zaman asgari düzeyde, sonuçların makul parametreler içinde olup olmadığına dair esaslı bir değerlendirmeyi içerecektir.⁶³ Mahkeme sonuç olarak, ulusal düzeyde tarafından uygulanan gerekçeye bakılmaksızın, ulusalda ulaşılan sonucun mantıksızlıkla dolu olup olmadığına ilişkin son sözünü her durumda korumaktadır.

Yasamaya saygı temelli niteliksel demokrasiyi geliştiren bir yaklaşım. Mahkemenin süreç odaklı denetim yaklaşımının üçüncü unsuru, ulusal yargı veya yürütme makamları ile hazırladıkları yasalarla ilgili Strazburg Mahkemesi önünde başvurular yapılan ulusal parlamentolar arasında ikincilik ilkesi temelinde herhangi bir ayrıma gitmeyi reddetmesidir. Bu ikinci durumun örneklerini, *Uluslararası Hayvan Hakları Savunucuları/Birleşik Krallık*⁶⁴, *Parrillo/İtalya*⁶⁵, *Lamber ve Diğerleri/Fransa*⁶⁶ ve *S.A.S./Fransa*⁶⁷ kararları ve son zamanlarda Belçika'ya karşı gerçekleştirilen başvurularda karşılaşılan, peçe yasaklarıyla ilgili *Dakir/Belçika* ve *Belcacemi ve Oussar/Belçika*⁶⁸ kararları oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle Mahkeme, ulusal parlamentonun, Sözleşme haklarını aleyhte etkileyen birincil mevzuatı yürürlüğe koyarken, çatışan çıkarlar arasındaki dengeyi kurmada açıkça ve iyi niyetle hareket edip etmediğini yakından inceleyecektir.⁶⁹ Bunu daha öncesinde niteliksel demokrasiyi geliştiren yaklaşım olarak adlandırmıştım.⁷⁰

Bu unsur insan hakları, demokratik yönetim ve meşru otorite arasındaki ilişkide ortaya çıkmaktadır, dolayısıyla bu noktada, bu yaklaşıma dair normatif argümanları araştırarak bu unsuru daha da açmak gereklidir.⁷¹ Bu bağlamda iki önemli noktaya değineceğim; birincisi doktrine, ikincisi uygulamaya ilişkindir.

İlk olarak, insan haklarının etkili bir şekilde uygulanması, genel olarak toplumda olduğu gibi hükümetin her kesiminde de bir insan hakları kültürünün varlığını gerektirir. Burada insan hakları sosyolojisi alanındaki kaynaklardan yararlanarak, insan haklarının toplumsal açıdan anlama sahip olabilmeleri için, toplumsal yönden kurumsallaşmaları gerektiğini ve de hem bireylerin zihinlerinde hem de yargı, yasama, eğitim ve sağlık hizmeti sistemleri ile aile gibi toplumsal kurumların günlük işleyişinde yerleşik hale gelmesi gerektiğini iddia ediyorum.⁷² Özetle, ulusal parlamentoların Sözleşme sistemi içinde insan haklarının korunmasını sağlamadaki rolü, son yıllarda hem Avrupa Konseyi bünyesindeki politika düzeyinde ve hem de daha da önemlisi Strazburg Mahkemesi önünde insan hakları başvurularının karara bağlanması esnasında giderek artarak odak noktası haline gelmektedir. Bu, Sözleşme hukukunda potansiyel olarak dönüştürücü bir gelişmedir.

Bu bağlamda, Mahkemenin Sözleşmeyi yorumlarken, içtihatlarına nüfuz eden birkaç temel doktrinsel başlık ve ilkelere sahip olduğunu kavramak önemlidir. Birincisi hukukun üstünlüğü

⁶³ Burada bakınız, örneğin Egill Einarsson/İzlanda, Başvuru No: 24703/15, Esas ve Adil Tazminat, 7 Kasım 2017.

⁶⁴ Başvuru No: 48876/08, Esas ve Adil Tazminat, 22 Nisan 2013.

⁶⁵ Başvuru No: 46470/11, Esas ve Adil Tazminat, 27 Ağustos 2015.

⁶⁶ Başvuru No: 46043/14, Esas ve Adil Tazminat, 5 Haziran 2015.

⁶⁷ Başvuru No: 43835/11, 1 Temmuz 2014.

⁶⁸ *Dakir/Belçika*, Başvuru No: 4619/12, 11 Temmuz 2017; *Belcacemi ve Oussar/Belçika*, Başvuru No: 37798/13, Esas ve Adil Tazminat, 11 Temmuz 2017.

⁶⁹ Donald ve Leach, bu konuda etkileyici bir kitaptır, supra 17.

⁷⁰ Spano, supra 30, 497-9'da.

⁷¹ Donald ve Leach, supra 17, 113-54'te

⁷² Bakınız Madsen and Verschraegen, supra n 37 8'de.

ilkesidir⁷³; diğeri insan ilişkilerinin düzenlenmesinde bireysel insan haklarının etkili bir şekilde tanınmasına olanak sağlayan ve insan ilişkilerini düzenlemede tercih edilen politik bir sistem olan anayasal demokrasidir. ‘Siyasi eşitlik’ ilkesi üzerine tesis edilmiş seçime dayalı temsille oluşan yasama yapısı içindeki çoğunluğa dayalı yapım süreci, bu yüzden Sözleşmenin dokusunda yer almaktadır.⁷⁴ Bu sebeple Sözleşmenin, Taraf Devletlerin sınırlamalara izin veren Sözleşme haklarını kısıtladığı durumlarda, bu kısıtlamanın ‘demokratik bir toplumda gerekli’ olduğunu göstermeleri şartının aranması tesadüf değildir.⁷⁵ Bu bağlamda, Sözleşme doğrudan, birincil koruma sistemi olan Taraf Devletlerin kendileri ile bir emniyet subabı gibi ikincil niteliği haiz Strazburg’daki uluslararası yargılama sistemi arasında bir ortak sorumluluk ve tanımlanmış roller sistemi oluşturmuştur. Taraf Devletler için, Sözleşme haklarının sınırlandırılmasının, sadece herhangi bir demokratik toplumda değil, özellikle kendi demokratik toplumlarında gerekli olup olmadığına karar vermek önceliklidir.

Demokratik toplumlar, bireysel haklar ve kamusal yararlar arasındaki gerginliğin sıklıkla yükseldiği ekonomik ve toplumsal politika ile kamu düzenine ilişkin zor sorunlarla karşılaştıklarında, açık biçimde tanımlanmış cevaplar nadiren mevcuttur. İnsan haklarının ulusal düzeyde korunmasının kısıtlanması, bir bütünlük içerisinde yasal, ahlaki ve politik unsurların bir karışımının dengelenmesini içermektedir. Bu sebeple kaçınılmaz olarak, karar alma sürecindeki kurumsal meşruiyete ilişkin tartışmalar ortaya çıkar. Sözleşme, demokrasiyi tercih edilen politik karar alma sistemi olarak açık ve kesin bir biçimde kabul etmektedir. Bu nedenle, Avrupa denetimine konu hakların ulusal ölçekte korunmasında ulusal parlamentoların etkili ve insan hakları odaklı rolünün Mahkeme içtihatlarında öneminin vurgulanması gerektiği izahından varestedir. Muhatap Hükümet tarafından bir Sözleşme hakkının sınırlandırılmasının demokratik toplumda gerçekten gerekli olduğunun gösterilip gösterilmediği değerlendirilirken, yasama müzakerelerinin kapsamına, usul ve niteliğine atıfta bulunulması, Donald ve Leach tarafından tespit edildiği üzere, Mahkemenin içtihatlarında yakın zamanda gerçekleşen gelişmelerin doktrinsel temelidir.⁷⁶

İkinci olarak değinmek istediğim nokta, Mahkemenin gelecekteki içtihat gelişime etki edecek olan parlamentoya dayalı ve ikincilik temelli yaklaşımının uygulamadaki güçlükleri ve mücadelesi ile ilgilidir. Bu gelişme içtihat sürecinde henüz erken olmasına rağmen özünde Mahkeme’nin tarihinde yeni bir olgu değildir. Bazı Mahkeme yargıçları, akademisyenlerin görüşlerini yansıtacak ayırık görüşler belirtmiştir ve Mahkeme bu yaklaşımı uygularken belirli risklerin farkında olmalıdır.⁷⁷

Burada, diğer uluslararası mahkemeler gibi, Strazburg Mahkemesi’nin de Avrupa Konseyi Üye Devletleri’nin hukuk geleneklerinde bulunan ortak doktrinel hususları dikkate almasının yararlı olacağı düşünülebilir.⁷⁸ Örneğin, takdir yetkisi genellikle ulusal ve uluslararası yargı alanları arasındaki ilişkiye uygulanabilir fonksiyonel bir saygı metodu olarak bilinse de, özünde ulusal mahkemelerin hükümetin diğer organlarına, özellikle de yasama organına karşı sağladığı anayasal saygıya ilişkin klasik kurumsal normların karışımı veya çeşitliliğidir. Ulusal anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemelerin inceleme söz konusu olduğunda, çıkarılan kanunların insan haklarına etkisinin

⁷³ Bakınız, örneğin mükemmel bir genel değerlendirme olan, Lautenbach, Hukukun Üstünlüğü Kavramı ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (2013).

⁷⁴ Burada (1) Nolu Protokol’un 3. maddesi uyarınca açılan İskoç Referandum davasına bakınız, Moohan ve Gillon/Birleşik Krallık, Başvuru No: 22962/15 ve 23345/15, Kabul Edilebilirlik, 13 Haziran 2017; ve aynı madde uyarınca açılan Türk Anayasası Referandumu davası, Cumhuriyet Halk Partisi/Türkiye, Başvuru No: 48818/17, Kabul Edilebilirlik, 21 Kasım 2017.

⁷⁵ Sözleşmenin 8-11. maddelerinin sınırlama sebeplerine göre.

⁷⁶ Donald ve Leach, supra 17, 134-40’da.

⁷⁷ Ibid. at 140-4.

⁷⁸ O’Boyle and Lafferty, ‘General Principles and Constitutions as Sources of Human Rights Law’ in Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (2013).

ulusal parlamento tarafından değerlendirilmesine ilişkin denetim yetkileri konusunda Mahkeme'nin gelecekte kendisini daha da geliştirebileceği olasılığını dışlamak için ilkesel bir neden yoktur.

Bununla birlikte, mevcut yetkinin daha fazla derinleştirilmesi, Mahkeme'nin, yasama süreçlerinin nasıl görünmesi gerektiğinin belirlenmesinde ikincil bir rolden çok birincil bir rol üstlenmesi riskini doğuracağı kesinlikle doğrudur.⁷⁹ Sonuç olarak Mahkeme bu alana çok dikkatli bir şekilde yaklaşmalı ve geliştirilmiş açıklamalardan kaçınmalıdır.

Bunu söyledikten sonra, kanımca mahkemenin sözleşme haklarına müdahale eden yasama çalışmalarını, belirli bir durumda, değerlendirmeye davet edildiğinde izlediği nitelikli demokrasiyi geliştirici yaklaşımının bir kısmını oluşturan temel objektif göstergelerini açıklayabiliriz.

Birincisi, yasama süreçlerinin ve yasaların kalitesinin herhangi bir değerlendirmesinin başlangıç noktası, Mahkeme önüne gelen bir davada yer alan Sözleşme'den doğan hakların niteliğinin ve içeriğinin belirlenmesidir. Hak, önerilen politikanın kapsamı ve içeriği konusunda makul nitelikli farklı görüşlerin mevcut olabileceği demokratik tartışmalara uygun olarak değiştirilmeye uygun olmalıdır. Söz konusu hak doğası gereği itiraz edilebilir⁸⁰ de olmalıdır ve dolayısıyla Sözleşme kapsamında, özellikle 8 ila 11 ve 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca sınırlama hükümlerine tabi olması veya en azından 6. maddenin ve 1 No'lu Protokol'ün 2. ve 3. maddelerinin izin verdiği ölçüde zımnî kısıtlamalara açık olması gerekir. Dolayısıyla, 2, 3, 4 ve 7. maddelerle korunan çekirdek ve mutlak haklara yapılacak olumsuz bir müdahale, parlamento mevzuatında sağlam bir temeli olsa bile Sözleşme kapsamında haklı görülmecektir.⁸¹

İkinci olarak, yasama süreçleri, söz konusu Sözleşme hakkının, örneğin *Parrillo/İtalya*⁸² davasında Büyük Daire kararına konu olan biyoetik alanı gibi, toplumsal ve ahlaki demokratik söylem içinde yer alan karmaşık ve yeni konuların değerlendirilmesini içerdiği durumlarda, veya Mahkeme'nin *Lambert ve Diğerleri / Fransa*⁸³ davasında Büyük Daire kararına konu olan yaşam hakkı sorunları, intihar ve ötenazi gibi bireysel hakların açıkça kamu yararı ile çatıştığı alanlarda, özellikle önemli olacaktır.

Üçüncüsü; Mahkeme, Sözleşme haklarına müdahale eden, yasaların temelini oluşturan, yasama politikası seçiminin Devlet'in tarihi ve yasal geleneklerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını değerlendirebilir. Bu bağlamda parlamento tarafından kabul edilen politikanın, söz konusu devlette esasen sözleşmenin temel değerleriyle uyumlu olan belirli bir sosyal ve ahlaki yaşam anlayışını uygulayan uzun bir geleneğin, bir parçası olarak Kabul edilip edilmediğinin ya da daha basitçe bu politikanın, bazı kişi grupları veya bazı sözleşme haklarına düşmanlık besleyen geçici bir çoğunlukçu iradeyle oluşup oluşmadığının belirlenmesi önemli olacaktır.

Dördüncüsü, Mahkeme'nin Büyük Daire'sinde görüşülen *Uluslararası Hayvan Hakları Savunucuları/Birleşik Krallık*⁸⁴ ve *S.A.S/Fransa*⁸⁵ davalarında görüldüğü üzere, söz konusu yasama kararı alınırken ne ölçüde, söz konusu bireysel hakların ve kamusal menfaatlerin iyi niyetle açık ve net bir şekilde analiz edildiği; bu sürecin ne ölçüde kapsayıcı bir istişare sürecine ve ele alınan tartışmalara

⁷⁹ Donald and Leach, supra n 17 at 141.

⁸⁰ Bknz yukarıdaki 4(C) bölümü.

⁸¹ Bknz, madde 2,3 ve 4'den kaynaklanan usuli yükümlülükler ile ikincillik ilkesinin arasındaki bağlantı, yukarıda bölüm 4(c)'de de açıklanmıştır.

⁸² Bknz supra n 65.

⁸³ Bknz supra n 66.

⁸⁴ See supra n 64.

⁸⁵ See supra n 67.

dayandığı hususu, yasama sürecinin kalitesi konusunda pratik açıdan Mahkeme'ye fikir verecektir. Geleneksel yasama materyalleri, örneğin hazırlık çalışmaları, komite raporları, parlamento oturumlarındaki tartışmalar ve yasama sürecinden önce hazırlanan bilirkişi raporları, Mahkeme'ye değerlendirmesiyle ilgili bilgi sağlayabilmektedir.⁸⁶

Süreç odaklı denetim, hukukun üstünlüğü ve çifte standartlar. Bitirmeden önce, belirtilmelidir ki süreç odaklı denetim kesinlikle Avrupa çapında insan hakları korumalarının standartlarını düşürmeyi öngörmemekte, tam tersi, etkili bir 'usulleri yerleştiren aşama'nın en büyük amacı sözleşmenin korunmasının genel seviyesini ulusal düzeyde arttırmak böylelikle sözleşme haklarının ulusal düzeyde iyi niyetli bir şekilde uygulandığı durumlarda ikincillik ilkesinin daha da fazla kullanılmasıdır. İkincillik ilkesi, bir Devlet'in yetkisi dahilindeki herkesin, Sözleşme tarafından hak ve özgürlüklerini güvence altına almak amacıyla Mahkeme ve Taraf Devletler arasında bir yetki dağılımı normunu içermektedir. Daha da önemlisi, Sözleşme haklarını güvence altına alma konusunda her gün sorumluluğa sahip olan Strazburg Mahkemesi değil, Taraf Devletler'dir. Daha önce de belirtildiği üzere, Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca, Mahkeme'nin denetimine tabi olan insan haklarının temel güvencesi ulusal makamlardır.⁸⁷ Avrupa Konseyi Üye Devletleri, Mahkeme içtihadlarında belirtilen genel ilkeleri uygulayarak Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirdiğinde, Mahkeme ikincillik ilkesi kapsamında, ulusal makamların belirli bir davadaki tespitlerini kabul edebilir. Bu makalede açıkladığım üzere, bu nedenle amaç, ulusal makamları Sözleşme haklarını güvence altına alma yönündeki yükümlülüklerini yerine getirmeye teşvik etmektir ve böylece Avrupa hukuk düzeninde insan haklarının koruma düzeyinin yükseltilmesidir.

Mahkeme'nin yetki ve görev kapsamının Sözleşme'nin 19. ve 32. maddelerinde yer aldığını da hatırlatırım. Sözleşme kapsamının ve içeriğinin nihai belirleyicisi Mahkeme'dir. Taraf devletlerin, eylemleri, özellikle de ulusal mahkemeler tarafından sunulan gerekçeler, ikincillik ilkesi kapsamında ulusal mahkemelerin kararlarının kabul edilebilirliği hususunda yol göstericidir. Sonuç olarak, ilkenin, takdir marjı doktrininin kavramsal çerçevesi kapsamında, ulusal karar alma sürecinin daha süreç temelli gözden geçirilmesine yönelik işlevselleştirilmesi, Mahkeme'nin Sözleşme ilkelerinin uygulanması aşamasında ulusal düzeyde esasa ilişkin bulguları gözden geçirme yetkisini hiçbir şekilde sınırlamamaktadır. Kısaca ve açık şekilde belirtmek gerekirse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ikincillik ilkesinin sağlam ve tutarlı bir şekilde uygulanmasının, Mahkeme'nin yetkilerinin azaltılmasıyla bir ilgisi yoktur.

Ayrıca, bu süreç odaklı mekanizma içerisinde, ulusal yargı makamları yapısal olarak bu görevi yerine getirme kabiliyetine sahiplerse, Mahkeme verilen kararlara riayet edebilir. Bu, iç hukuk düzenin temellerinin sağlam olması gerektiği anlamına gelir. Sözleşme sistemine⁸⁸ tümüyle nüfuz etmiş temel bir ilke olan hukukun üstünlüğüne saygı göstermeyen ve yargı sistemlerinin tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlamayan, siyasi muhalifleri baskılayan veya savunmasız gruplara veya azınlıklara karşı önyargı ve düşmanlıklar takınan devletlere, süreç temelli denetim kapsamında saygı duyulması beklenemez.⁸⁹ Ayrıca, bir ulusun yaşamını tehdit eden , acil durumla karşı karşıya kaldığı durumlarda,

⁸⁶ Bknz Saul, 'The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments' (2015) 15 Human Rights Law Review 745

⁸⁷ Bknz, özellikle F.G v. İsveç Büyük daire kararı, supra n 43, par 117 ('Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca sözleşme ile güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi ve uygulanmasında öncelikli olarak ulusal otoriteler sorumludur. Mahkeme mekanizmasını bu bağlamda ikincil niteliktedir. Bu ikincillik özelliği Sözleşme'nin 13 ve 35(1) maddelerinde açıkça belirtilmiştir')

⁸⁸ Bknz, özellikle, Lautenbach, supra n 73.

⁸⁹ Bu konuda Bayev ve diğerleri/ Rusya başvurusu çok iyi bir örnektir. Başvuru No: 67667/09 et al, Esas ve Adil Tazminat, 20 Haziran 2017, Mahkeme Rusya'nın 'çocuklara yönelik geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin

bu ilkelerin eşit olarak uygulanacağını doğrudan Sözleşme'nin 15. maddenin lafzından anlaşıldığını da belirtmek istiyorum. Olağanüstü hal, taraf devletlere hukukun üstünlüğü ve insan haklarının korunmasına dayanan demokratik bir toplumun temellerini aşındırmaya yönelik açık bir davetiye değildir. Sadece durumun gerektirdiği ölçüde alınan tedbirler, sözleşme kapsamında haklı bir mazeret görülebilir ve nihayetinde Mahkeme tarafından bu mazeretin yeterince ispatlanıp ispatlanmadığına dair Avrupa düzeyinde karar verilmesi gerekir.

Mahkemenin ikincillik ve süreç temelli denetim ilkesinin uygulanması, hiçbir şekilde Taraf Devletlere, menfaatlerin yerel düzeyde dengelenmesi durumunda bile Sözleşme haklarını kısıtlayıcı tedbirler ve araçların seçimi konusunda açık bir çek sunmaz. Tarih göstermektedir ki, çoğunlukçu düşünce⁹⁰, temel insan haklarını tehdit eden fikirler ve değerlere dayalı olarak yasama faaliyetlerini ve yasaların oluşumunu etkileyerek demokratik toplumlar için bir risk oluşturabilmektedir. İzole ve savunmasız gruplar nihayetinde mahkemelere başvururlar ve bu mahkemeler, ister ulusal ister uluslararası olsun, geniş anlamda kabul görmesine rağmen bu tedbirlerin uygulanmasının belirli bir fikir, düşünce veya dine karşı hoşgörüsüzlük veya düşmanlık tarafından tetiklenip tetiklenmediğini tespit etmekle yükümlüdürler.⁹¹

Son olarak, süreç temelli denetim kaçınılmaz olarak Avrupa'da insan hakları korumasında çifte standartlarda yol açıp açılmayacağını sorgulatabilir. Bu elbette 'çifte standartlar' ile ne kastedildiğine bağlıdır. Bu terime ilişkin anlayışım, olumsuz bir yanıt vermeme yol açıyor. Sözleşmenin genel ilkeleri tüm üye devletlerde eşit olarak geçerlidir ve devletlerin ulusal düzeydeki tedbirlerinin süreç temelli denetimi, ilkesel olarak, her devlet için aynıdır. Bununla birlikte, Sözleşme hukukunun uyarlanma durumu söz konusu olduğunda, devletlerin aynı şekilde ilerlemediği veya ilerleyemediği hayatın olağan bir gerçeğidir. Bu, bazı ulusal siyasi, tarihi ve sosyal gelişmelerin talihsiz ve kaçınılmaz bir sonucudur ve açıkça Strazburg sistemine atfedilemez.

5. SONUÇ

Bu makalede, tartıştığım üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iki boyutlu tarihsel süreci ortaya çıkmaktadır; bir yandan esasları yerleştiren aşaması ve diğer yandan, usulleri yerleştiren aşaması. Her ikisi de tanım olarak doğru ve normatif olarak doğrulanmıştır. Bu tarihsel sürecin ampirik bir gerçeklik olduğunu, daha da önemlisi hem kuramsal hem de maddi temelde normatif olarak haklı bir gelişme olduğunu gösteren açık işaretler vardır. Benim görüşüme göre, bu süreç, Avrupa'da bulunan insanlar için sistemin genel olarak meşruiyetini ve etkililiğini uzun vadede sürdürecektir ve destekleyecek ve umarım aynı zamanda Strazburg Mahkemesi'ne yapılan başvuru sayısının da giderek azalmasına neden olacaktır. Böylece, Sözleşme ile sağlanan korumaların gelişimi; ulusal düzeyde, en azından yükümlülüklerini ciddiye alan, ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından belirlenen genel ilkeleri iyi niyetle uygulayan üye devletlerde kaçınılmaz olacaktır.

propagandasını' yasaklamasının başvurusunun Sözleşme'nin 10. maddesinden kaynaklanan ifade özgürlüğünün ve ayrımcı bir şekilde olduğu için madde 14 ile birlikte ihlal oluşturduğuna karar vermiştir

⁹⁰ Bknz. Hamidovic/Bosna Hersek, Başvuru No: 57792/15, Esas ve Adil Tazminat, 5 Aralık 2017, par. 41 (Çoğunluk, tolerans ve açık fikirlilik demokratik toplumun olmazsa olmazlarıdır. Bazen bireylerin menfaatleri bu gruplara bağlıdır. Demokrasi sadece çoğunlukta görüşün öncelikli olacağı bir sistem değildir. Otoriteler aradaki gerilimi sona erdirmek için çoğunluğu ortadan kaldırmamalıdır aksine karşıt gruplar arası toleransı sağlamalıdır)

⁹¹ Bu paragraf, Belçika'nın peçe davasına hakim Karakaş ile birlikte sunduğum mutabık görüşümdeki 6. Paragrafa dayanmaktadır.