



## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukukun Üstünlüğü İlkesi

**Dr. Erkan Duymaz**

**Not:** Kamu Hukukçuları Platformu'nun Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile birlikte 21-23 Nisan 2018 tarihlerinde Şile, İstanbul'da gerçekleştireceği HUKUK ve ADALET konulu 7. toplantısında sunulmak üzere hazırlanan bu bildiri nihai metin değildir. Yazar tarafından gözden geçirilmiş nihai metin, toplantı sonrasında Kamu Hukukçuları Platformu web sitesinde ve toplantı kitabında yayımlanacaktır.  
KHP Girişim ve İcra Kurulu

### Giriş

#### I. Hukukun Üstünlüğünün Göz Alıcı Yükselişi

- A. Hukukun üstünlüğü ve hukuk sistemine güven
- B. Hukukun üstünlüğü ve Sözleşme'nin yorumu

#### II. Hukukun Üstünlüğünün Göreceliği

- A. "Bütünsel hakkaniyet" yaklaşımı ve hukukun üstünlüğünün gerileyişi
- B. Mahkemenin iş yükü karşısında hukukun üstünlüğü

#### III. Demokratik Toplum ve Hukukun Üstünlüğü

- A. Demokratik toplumun tamamlayıcısı olarak hukukun üstünlüğü
- B. Politik alanın sınırlayıcısı olarak hukukun üstünlüğü

**Sonuç yerine:** Hukukun üstünlüğü ve Mahkemenin meşruluğu

### Giriş

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarının kullanımı günümüzde sıradanlaşmış durumdadır. Köken olarak hukukçular tarafından üretilen ve yine uzun yıllar yalnızca hukukçuların kullanımında olan bu kavramlar 1980'li yıllardan itibaren hukuk dünyasının sınırları

dışına çıkararak politik bir söylemin unsuru haline gelmiştir.<sup>1</sup> Öyle ki bugün siyasi yelpazenin hangi kanadında bulursa bulunsun her siyasi oluşum hukukun üstünlüğünü savunmakta, talep etmekte ve hukukun üstünlüğüne aykırı olduğunu düşündüğü eylem ve işlemlerden yakınmaktadır. Doğu blokunun çöküşünden sonra ortaya çıkan yeni siyasi rejimlerin hukukun üstünlüğüne ve/veya hukuk devletine bağlılıklarını bildirmesi ve bu bağlılığı çoğu kez anayasalarına işlemeleri, aslen batılı olan ve tarihsel olarak liberalizm ile özdeşleşen bu kavramların başka coğrafyalara geçişini de sağlamıştır. Hukukun üstünlüğüne saygının günümüzde oldukça ender rastlanan bir konsensüs oluşturduğunu savunmak hiç de abartılı olmayacaktır.<sup>2</sup>

Hukukun üstünlüğü düşüncesinin kökenleri rahatlıkla antik Yunan'a kadar götürülebilir.<sup>3</sup> Bununla birlikte bu fikrin hukukçular tarafından sistemli bir ilke veya teori haline getirilip kendisine birtakım hukuki sonuçlar bağlanması çok daha yakın bir geçmişte mümkün olmuştur. 19. yüzyılın sonlarında İngiliz anayasa hukuku literatüründe şekillenen *rule of law*; aynı yüzyılın başlarında Alman hukukçuları tarafından bir devlet teorisi olarak sunulan *Rechtsstaat*; bunun etkisiyle 20. yüzyıl başlarında Fransız anayasa hukukuna giren *État de droit* kavramları göz ardı edilemeyecek farklı anlamlar içerirse de kamu gücünün hukuka tabi olması, hukuk çerçevesinde hareket etmesi ortak paydası etrafında şekillenerek pozitif hukukta kullanılan kavramlar olmuşlardır. Bu üç farklı kavramın ortak noktaları ve farkları üzerine çok şey söylemek mümkündür.<sup>4</sup> Ne var ki bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla zorlayacak bu uğraş yerine her terimin kendisini diğerlerinden ayıran temel özelliği üzerinde kısaca durmakla yetinilecektir.

İlk kez İngiliz anayasa hukukçusu Dicey tarafından sistemleştirilen *rule of law* kavramı, kamu gücünün belirli kurallara tabi kılınmak suretiyle sınırlandırılmasını ifade etmekte ve bu amaca ulaşmak için daha çok usule ilişkin, şekli güvenceleri ön plana çıkarmaktadır.<sup>5</sup> Bu güvenceleri etkili bir şekilde koruyup kollayacak olan yargıçlardır. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanacağı birincil yer mahkemelerdir. Bununla birlikte, hukukun üstünlüğü ilkesi, parlamentonun yasa yaparken açıklık ve öngörülebilirlik gibi bazı kurallara bağlı kalmasını da gerekli kılmaktadır. Ancak bu ilkenin parlamentonun üstünlüğü ilkesi gereği yasa koyucu üzerinde üstün bir güç oluşturması söz konusu değildir.<sup>6</sup>

Alman *Rechtsstaat* terimi ise bir devlet biçimini, hukukla kurulan ve hukuka tabi olan bir devlet şeklini ifade etmektedir. Robert von Mohl'un başlıca teorisyeni sayıldığı *Rechtsstaat* kavramı, yürütmeye sınırsız veya keyfi yetkiler tanıyan mutlakiyetçi devletin ya da polis devletinin karşısında yer alan, bireysel hak ve özgürlükleri kamu gücünün keyfi müdahalelerine karşı güvence altına alan bir devlet yapılanmasına işaret etmektedir.<sup>7</sup> İngiliz hukukun üstünlüğü

<sup>1</sup> Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 4e éd., Paris, 2003, s. 9.

<sup>2</sup> Michel MIAILLE, "L'État de droit: technologie et/ou idéal?", *NAQD* 1992(2), No. 3, s. 16.

<sup>3</sup> Berke ÖZENC, *Hukuk Devleti. Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim, İstanbul, 2014, s. 22.

<sup>4</sup> Bu konuda bkz. Martin LOUGHLIN, *Kamu Hukukunun Temelleri*, (çev. Dilşad Çiğdem SEVER – Kuvılcım TURANLI), Dipnot yayınları, Ankara, 2017, s. 267 vd.; Micheld ROSENFELD, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, Vol. 74, 2001, s. 1318 vd.; Elena FERIOLI, "Rule of Law and Constitutional Democracy", *The Turkish Yearbook of International Relations*, Vol. 46 (2015), s. 96 vd.

<sup>5</sup> Bkz., Martin KRYGIER, "Rule of Law", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Ed. Michel Rosenfeld and András Sajó), Oxford University Press, 2012, s. 221.

<sup>6</sup> Venedik Komisyonu, CDL-AD(2011)003rev (*Report on the rule of law/Rapport sur la prééminence du droit*), s. 3.

<sup>7</sup> Bkz. Karl DOEHRING, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, (çev. Ahmet MUMCU), İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 119; Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, (trad. Lilyane DEROCHE), Presses Universitaires de France, 1993, s. 268.

kavramından farklı olarak “Rechtsstaat” mahkemelerde değil yazılı anayasalarda ortaya çıkmış bir ilke olarak yasa koyucuyu da hukuka tabi olma yükümlülüğü altına sokmaktadır.

Nihayet Fransız *État de droit* kavramı, yasaların üstünlüğü ilkesine dayanan ve idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi ile özdeşleşen “yasa devleti” (*État legal*) anlayışının yerine geçerek anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin yasamaya karşı da korunduğu bir devlet modeline işaret etmektedir. Gerçekten de hukuk devleti ilkesi, 20. yüzyılın başlarında pozitivist hukukçu Carré de Malberg tarafından yasaların anayasa uygunluğu denetimi ile özdeşleştirilmiştir.<sup>8</sup> Aynı şekilde, Léon Duguit de hukuk devleti kavramını açıklarken yasa koyucunun katı anayasalar tarafından güvence altına alınan bireysel haklara saygı göstermek zorunda olduğunu ifade etmiştir. Ancak bu zorunluluk Duguit’ye göre anayasaların veya haklar bildirelerinin bağlayıcılığınan ziyade doğal haklar öğretisinden kaynağını almaktadır.<sup>9</sup>

Hukukun üstünlüğünün 20. yüzyılda hem baskın bir politik söylem hem de hukuki bir ilke olarak yükselişe geçmesi ve birçok yeni anayasada yer alması karşısında uluslararası hukuk kayıtsız kalmamıştır. Gerçekten de ikinci dünya savaşı sonrası insan haklarının uluslararası alanda korunması alanında ortaya çıkan birçok belge ve kurumun temel bir değer veya ilke olarak hukukun üstünlüğüne veya hukuk devletine yollama yaptığını görmekteyiz.

Avrupa Konseyi (AK) Statüsü, Başlangıç kısmında, hukukun üstünlüğünü, bireysel ve politik özgürlüklerle birlikte, gerçek demokrasilerin dayandığı unsurlardan biri olarak tanımlamış ve bu unsurların kaynağı olarak da halkların ortak mirasını oluşturan manevi ve ahlaki değerlere gönderme yapmıştır. Statü, ayrıca, AK üyesi her devletin hukukun üstünlüğü ilkesini kabul etmiş sayılacağını; bunun insan haklarının korunması ilkesi ile birlikte Konsey’e üyeliğin bir koşulu olduğunu; bu ilkeye saygı gösterilmediği takdirde devletin üyeliğinin askıya alınabileceğini veya üyelikten çıkarılabileceğini belirtmiştir.<sup>10</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS; Sözleşme) de benzer şekilde hukukun üstünlüğü ilkesine Başlangıç kısmında yer vermektedir. Buna göre, Sözleşme’yi imzalayarak “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde yer alan bazı hakların ortak bir güvenceye bağlanması yolunda” bir araya gelen devletler “siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak bir mirası paylaşan” ve “aynı inancı taşıyan” Avrupa devletleridir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ise hukukun üstünlüğü yerine “hukuk rejimi” deyimine yollama yapmıştır.<sup>11</sup> Buna karşın, Avrupa Birliği (AB) metinlerine baktığımızda “hukuk devleti” kavramının tercih edildiğini görmekteyiz. Örneğin AB Temel Haklar Şartı, AB’nin “demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri üzerine kurulu olduğunu” Başlangıç kısmında vurgulamıştır.<sup>12</sup> Bu vurgu Avrupa Birliği Sözleşmesi’nde daha da belirgindir. Nitekim üye devletler Başlangıç kısmında özgürlük, demokrasi, insan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkelerine bağlılıklarını bildirmiş ve Birliğin kurucu temel değerleri arasında hukuk devleti ilkesine

<sup>8</sup> Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 13e éd., Dalloz, Paris, 2010, s. 25.

<sup>9</sup> Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 3e éd., Fontemoing, Paris, 1918, s. 31.

<sup>10</sup> Madde 3, 4, 5 ve 8. İngilizce metinde *rule of law*, Fransızca metinde *prééminence du droit*.

<sup>11</sup> Bildirge’nin Başlangıç kısmı “İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olmasına” ifadesini içermektedir. Metnin orijinal İngilizce versiyonunda ise *rule of law* terimi kullanılmıştır. Türkçe’ye çeviride Fransızca metinde yer alan “régime de droit” ifadesi esas alınmıştır.

<sup>12</sup> İngilizce metinde *rule of law*, Fransızca metinde *État de droit*.

de yer vermişleridir.<sup>13</sup> Avrupa Konseyi ile aynı doğrultuda, AB de bu ilkelere bağlılığı üyelik için gerekli bir koşul olarak kabul etmiş; bu ilkelerin ihlalini ise yaptırıma tabi tutmuştur.<sup>14</sup>

Bu aşamada terminolojiye dair bir ön tartışma kaçınılmaz görünmektedir. Büyük ölçüde aynı değerler üzerine kurulu iki örgütün hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti şeklinde iki farklı kavrama atıf yapması, haklı olarak, bu iki kavramın ulusal üstü düzeyde nasıl farklılaştığı sorusunu beraberinde getirmektedir. Bu çalışmanın kapsamı dışında kalan AB hukukunu bir kenara koyduğumuzda dahi sorun çözülmemektedir zira AK bünyesinde üretilen belgelerde ve AİHM içtihadında da her iki kavramın kullanıldığı görülmektedir. Daha doğrusu İngilizce metinlerde *rule of law* ifadesi sabit kalırken Fransızca metinlerde bazen hukukun üstünlüğü bazen hukuk devleti ifadesi geçmektedir. Bu metinler incelendiğinde AK organlarının söz konusu iki kavram arasındaki teorik farkları göz ardı etmemekle birlikte bu kavramları birbirinin yerine kullandığı anlaşılmaktadır.<sup>15</sup> Bununla birlikte asıl zorluk AİHM kararları söz konusu olduğunda açığa çıkmaktadır. Bunun nedenlerinden biri Mahkemenin birçok kararının iki dilde yayımlanması ve iki versiyon arasında farklılıklar bulunabilmesidir. Hukukun üstünlüğü teriminin kullanımının hukuk devletine göre çok daha yaygın olduğu bir gerçektir. Ancak hukuk devleti terimi de azımsanmayacak sayıda kararda geçmektedir. Ne var ki Mahkemenin bazı kararlarında iki kavramı da aynı anlamda kullandığı gözlemlenmektedir.<sup>16</sup> Buna ek olarak, karar çevirilerinde hukuk devleti – hukukun üstünlüğü ayrımı konusunda ne derece titiz davranıldığı ve karar yazım aşamalarında değişik formasyonların ve raportör hukukçuların uzun yıllardır doktrinde devan eden kavramsal tartışmalara ne kadar aşına olduğu bilinmemektedir.<sup>17</sup> Mahkeme de bugüne kadar ne söz konusu kavramların ayrı ayrı hangi anlamlarda kullanıldığı ne de aralarındaki ilişki bakımından net bir şey söylemiştir.

Bütün bir belirsizliğe rağmen, erkler ayrılığı, hukuk sisteminin meşruiyeti, demokratik geçiş süreçleri gibi devlet organizasyonuna ve siyasal rejimlere ilişkin konularda hukuk devleti

<sup>13</sup> AB Sözleşmesi md. 2'ye göre Birliğin kurucu değerleri şunlardır: “*insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukuk devleti ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı*”.

<sup>14</sup> AB Sözleşmesi md. 7 ve md. 49.

<sup>15</sup> AK'nin anayasal konulardaki danışma organı olarak faaliyet gösteren Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), kaleme aldığı Hukukun Üstünlüğü Raporu'nda *rule of law*, *Rechtsstaat* ve *État de droit* kavramları arasındaki farklılıklara değinmiş ve bu kavramların ortak içerimlerini hukukun üstünlüğü terimi altında incelemiştir. CDL-AD(2011)003rev (*Report on the rule of law/Rapport sur la prééminence du droit*). Bu raporda sıralanan hukukun üstünlüğü ilkesinin kriterlerini tamamlamak amacıyla beş yıl sonra aynı konuyu tekrar ele alan Komisyon bu kez Hukuk Devletinin Kriterleri Listesi adında bir başka rapor hazırlamış ve önceki raporunda hukukun üstünlüğünün gerekleri olarak tanımladığı kriterleri hukuk devletinin kriterleri şeklinde sıralamıştır. CDL-AD(2016)007 (*Rule of Law Checklist/Liste des critères de l'État de droit*). AK Bakanlar Komitesi ise 2008 yılında kabul ettiği Avrupa Konseyi ve Hukukun Üstünlüğü adlı bir çalışmada hukukun üstünlüğünün yanında hukuk devleti kavramını da herhangi bir ayırım yapmadan kullanmıştır. CM(2008)170 (*The Council of Europe and the Rule of Law – An overview/Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit – Un aperçu*).

<sup>16</sup> Örneğin, AİHM, Büyük Daire, *Streletz, Kessler and Krenz/Almanya*, 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22.03.2001, par. 82. Mahkeme bu kararında hukuk devleti ve demokrasinin Sözleşme'nin köşe taşı oluşturduğu ve Sözleşme'nin Başlangıç kısmında bunun ifade edildiğini belirtmiştir. Ancak Başlangıç kısmı hukuk devletine değil açıkça hukukun üstünlüğüne atıf yapmaktadır.

<sup>17</sup> Örneğin, *Refah Partisi ve diğerleri* kararında Anayasa md. 68/4'de yer alan “*siyasi partilerin tüzük ve programları ve eylemleri (...) hukuk devleti ilkelerine (...) aykırı olamaz*” düzenlemesi AİHM kararında “hukukun üstünlüğü” ilkesine aykırı olamaz şeklinde çevrilmiştir. AİHM, Büyük Daire, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 41340/98, 13.02.2003, par. 45. AİHM, bir başka kararında, Kesinleşmiş yargı kararlarının icra edilmemesinin “*hukukun üstünlüğü ve hukuki ilişkilerin güvenliği üzerine kurulu hukuk devletine*” aykırı olacağını belirtmiş; ancak kararın İngilizce versiyonunda, bu durumun “*hukukun üstünlüğü ve hukuki güvenlik ilkelerine*” aykırı olacağı ifadesi yer almış; hukuk devleti referansı kaybolmuştur. AİHM, *Pini ve diğerleri/Romanya*, 78028/01; 78030/01, 22.06.2004, par. 187.

kavramının; usule ilişkin güvenceler ve yasallık ilkesi gibi doğrudan hak ve özgürlükleri ilgilendiren konularda hukukun üstünlüğü kavramının tercih edildiği yönünde bir genelleme yapmak mümkündür.<sup>18</sup> Buna karşın, aksi yönde de örneklerin bulunduğu ve Mahkeme içtihadının bu bakımdan tam anlamıyla tutarlı olmadığı kaydedilmelidir. Ayrıca hukukun üstünlüğü ilkesinin salt teknik bir kullanımının olduğunu savunmak güçtür. Zira ileride değinileceği üzere bu ilke aynı zamanda Sözleşme sisteminin temel unsurlarından biri ve Sözleşme bütününe yorumunda dikkate alınan bir ilke olarak içtihatla yer bulmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarının değişik hukuk sistemlerinde sahip olduğu farklı anlamların ulusal üstü düzeyde eritildiğini ve her iki kavramla da aynı düşüncenin ifade edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, hukukun üstünlüğü ilkesini konu alan bu çalışmada Mahkemenin hukuk devleti ilkesine atfı yaptığı kararlar da ayırım yapılmaksızın inceleme kapsamına alınacaktır.

Terminolojiye ilişkin bu tartışmadan sonra akla gelen bir diğer önemli sorun hukukun üstünlüğü ilkesinin hangi unsurları içerdiğidir. Bu sorunla Venedik Komisyonu yakından ilgilenmiş ve 2011 yılında kabul ettiği bir raporla hukukun üstünlüğü ilkesinin unsurlarını liste halinde sıralamıştır. Komisyonun ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerini ve Mahkeme içtihadını dikkate alarak belirlediği ve hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri için ortak asgari unsurlar olarak kabul ettiği liste şu şekildedir: Yasallık; hukuki güvenlik; keyfilik yasağı; bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye erişim ve idari işlemlerin yargısal denetimi; insan haklarına saygı; yasa önünde eşitlik.<sup>19</sup> Bu liste 2016 yılında gözden geçirilmiş ve her unsurun içerdiği spesifik gereklilikler oldukça detaylı bir şekilde açıklanmıştır.<sup>20</sup> Büyük ölçüde Mahkeme içtihadıyla örtüşen bu liste yalnızca şekli birtakım güvenceler içermemekte, aynı zamanda maddi bir hukukun üstünlüğü anlayışını da yansıtmaktadır.

Hukukun üstünlüğü ilkesi Mahkemenin yüzlerce kararında anılmaktadır.<sup>21</sup> Kuşkusuz bu kararların tamamında hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir rol üstlendiği iddia edilemez. Öte yandan birçok kararda bu ilkeye yalnızca başvuru ve/veya savunmacı devletler atfı yapılmaktadır. Bu nedenle, bu çalışmada, söz konusu ilkenin Mahkeme içtihadındaki bütün uygulamalarının ortaya konmasını sağlayacak tüketici bir karar incelemesi yapma yöntemi benimsenmemiştir. Bunun yerine, hukukun üstünlüğünün AİHM içtihadı içerisinde yüklendiği temel misyonları açığa çıkaracağı ve içtihatteki ilerlemeleri ve geriye gidişleri en iyi şekilde yansıtaçağı düşünülen kararlar üzerinde durulmuştur.

Bu çalışmada, öncelikle, hukukun üstünlüğü ilkesinin Mahkeme içtihadındaki yükselişi gösterilmeye çalışılacaktır (I). Hukuk sistemini meşrulaştırıcı misyonu ve Sözleşme'nin bütününe yorumuna yön veren fonksiyonu göz önüne alındığında hukukun üstünlüğü adeta

---

<sup>18</sup> Davit MELKONYAN "Concept of the Rule of Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights", Materials of conference devoted to 80 th of the Faculty of Law of the Yerevan State University, YSU Press, 2014, s. 341.

<sup>19</sup> CDL-AD(2011)003rev (*Report on the rule of law/Rapport sur la prééminence du droit*).

<sup>20</sup> CDL-AD(2016)007 (*Rule of Law Checklist/Liste des critères de l'État de droit*).

<sup>21</sup> 1997 yılında yayımlanan bir çalışmada Mahkeme'nin hukukun üstünlüğü ilkesine doğrudan gönderme yaptığı karar sayısı 31 Aralık 1996 tarihi itibarıyla 30 olarak belirtilmiştir. Patrick WACHSMANN, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *In Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob, Bruylant, 1997, s. 243.* Bugün ise bu sayıyı yüzlerle hatta binlerle ifade etmek mümkündür. Mahkemenin resmi içtihat tarama motorundan elde edilen sonuçlara göre hukuk devleti terimi 289, hukukun üstünlüğü terimi 1061, her iki kavramı karşılayan "rule of law" terimi ise 2637 kararda geçmiştir. Bununla birlikte, bazı kararlarda hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü terimleri yalnızca bireysel oy yazılarında ve başvuru ve/veya savunmacı devletlerin beyanlarında geçmektedir.

Sözleşme kapsamında bağımsız olarak korunan bir değer, bir kurucu ilke şeklinde sunulmaktadır. Ne var ki Mahkemenin yakın dönemde uyguladığı içtihat politikası bu ilkedен taviz verilebilecek durumların pek de az olmadığını ortaya koymaktadır (II). Bunu göstermek için adil yargılanma hakkına ilişkin güncel gelişmeler değerlendirilecek ve bilhassa Mahkemenin artan iş yükü karşısında hukukun üstünlüğünün göreceli hale geldiği savunulacaktır. Son olarak, Sözleşme'nin bir diğer temel dayanağı olan demokratik toplum kavramının, sürekli birlikte anıldığı hukukun üstünlüğü ilkesi ile ne tür bir ilişki içerisinde olduğu tartışılacaktır (III).

## I. Hukukun Üstünlüğünün Göz Alıcı Yükselişi

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin Strazburg Mahkemesi içtihadının gelişimindeki rolünün her geçen gün daha da belirginleştiği yadsınamaz bir gerçektir. Mahkeme, bu ilkelere, her şeyden önce hukuk sistemini meşrulaştırıcı bir misyon yüklemektedir. Başka bir deyişle, başta mahkemeler olmak üzere devlet organları hukukun üstünlüğünün gereklerini yerine getirdikleri ölçüde toplumun güvenini kazanacaklardır. İkinci olarak, hukukun üstünlüğü bir yorum aracı olarak Mahkeme tarafından kullanılmaktadır. İlk durumdan farklı olarak hukukun üstünlüğü referansı bu durumda Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yorumunda ve uygulanmasında somut bir etki yaratmaktadır.

### A. Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Sistemine Güven

Bireyin tabi olduğu hukuk ve adalet sistemine güven duyması hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesi ile yakından ilişkilidir. Söz konusu güven duygusu şüphesiz yalnızca subjektif bir düşünce veya kanaat olarak anlaşılmalıdır. Bireyin, yasaların herkese eşit olarak uygulanacağı, yürürlükteki yasalara kamu makamları dahil herkesin uyacağı, bir uyuşmazlık ortaya çıktığı vakit bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin hukuksal bir çözüm üreteceği ve bu şekilde ortaya çıkan hükmün uygulanacağı yönündeki meşru beklentisi devletin kurumsal yapılanması ve işleyişi ile ilgili bir meseledir. AİHM bu güvenin tesis edilmesini hukuk devletinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuk devleti ilkesinin bu bağlamda kullanılması başvuruların incelenmesi üzerinde gözle görülür bir etki yaratmamaktadır. Hukuk devleti referansı belirli bir hakkın kapsamını belirlemekten ziyade Mahkemenin idealize ettiği hukuk sisteminin ne şekilde yapılanması ve işlemesi gerektiğini göstermektedir. Bu sistem, ilk olarak, erkler ayrılığının, yargı bağımsızlığının ve yargının iyi işleyişinin sağlandığı ve maddi hukukun güvenli ve tutarlı olduğu bir sistemdir. Bu sistemde ayrıca, devlet organları, suçluları korumamakta, suçları etkili bir şekilde soruşturmakta ve sorumluları yargılamaktadır. Kısacası bu sistemde kişiler güven içinde yaşamakta ve dolayısıyla sisteme güven duymaktadır. İşte bu güven duygusu Mahkemeye göre hukuk devletinin temel bir unsuru olarak hukuk sisteminin meşruiyetini sağlayacaktır.

Hukuk sistemine olan güvenin sağlanması öncelikle bağımsız bir yargı ile mümkündür. Hukuk devleti ilkesi, yargı bağımsızlığına ve bu bağımsızlığı mümkün kılan erkler ayrılığına ilişkin başvurularda Mahkeme tarafından sabit bir referans olarak kullanılmaktadır. Mahkeme her ne kadar devletin politik organları ile yargı organları arasındaki ilişkiler konusunda genel bir teori veya genel ilkeler ortaya koymasa da yargının işleyişinin her türlü dış müdahaleye karşı korunması gerektiğini ve erkler ayrılığının Sözleşme bakımından önemini birçok kez vurgulamıştır.<sup>22</sup> Söz konusu dış müdahale yürütmeden gelebileceği gibi yaşamadan da kaynaklanabilir. Örneğin, bir yargılamanın sonucunu doğrudan belirleyecek nitelikte bir yorum

<sup>22</sup> AİHM, Büyük Daire, *Stafford/Birleşik Krallık*, 28.05.2002, 46295/99, par. 78.

faaliyetinin mahkemeler tarafından değil de politik bir organ tarafından yapılmış olması adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.<sup>23</sup> Benzer şekilde, genel yarara ilişkin zorlayıcı bir sebep bulunmaksızın yasama organının geriye yürüyecek bir kanun çıkarmak suretiyle devam eden bir özel hukuk yargılamasının sonucunu etkilemesi hukukun üstünlüğü ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı olacaktır.<sup>24</sup>

Hukuk sistemine olan güvenin daha belirgin bir biçimde ortaya çıktığı ve hukukun üstünlüğü ile ilişkilendirildiği davalar ise doğrudan yargı sisteminin işleyişini konu alan davalardır.<sup>25</sup> Bu davalarda yargı sisteminin öznelerine beslenen güvenin yanı sıra pozitif hukukun tutarlılığı ile güvenilirliğine olan inancın söz konusu olanlar da bulunmaktadır. Gerçekten de AİHM birçok kararında adaletin garantörü olan mahkemelerin üstlendiği misyonun bir hukuk devletinde son derece önemli olduğunu ve mahkemelerin her türlü faaliyetinin toplumun güvenine ihtiyaç duyduğunu vurgulamıştır.<sup>26</sup> AİHM öte yandan avukatları,<sup>27</sup> savcılarını,<sup>28</sup> yargıç ve noterleri<sup>29</sup> ve icra görevlilerini<sup>30</sup> de hukuk devletinin esas unsurları olarak tanımlamış ve bu meslek gruplarının yargının iyi işleyişine katkı sunma yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yargı sisteminin iyi işleyişinden sorumlu bütün öznelerle karşı halkın güveninin sağlanması, devletin yargısal fonksiyonunun meşruiyeti bakımından gereklidir.

Hukukun tutarlılığı ve güvenilirliği konusunda ise Avrupa Mahkemesi, pozitif hukuktaki bazı belirsizliklerin toplumun yargı sistemine olan güvenini azaltacağını vurgulamıştır. Bu vurgunun yapıldığı davalar bilhassa içtihat tutarsızlığının yol açtığı hak ihlalleri iddiası üzerine görülen davalardır. Örneğin Mahkemeye göre, ulusal mahkemelerin uygulamaları arasında bir uyum sağlayacak bir mekanizma olmaksızın önemli sosyal meselelere ilişkin bir alanda devam eden derin uyuşmazlıklar sürekli bir belirsizlik yaratacak ve bu durum hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan yargı sistemine güveni sekteye uğratacaktır.<sup>31</sup> Benzer şekilde, kesin hüküm halini almış yargı kararlarının bağlayıcılığının sağlanmaması “*halkın yargı sistemine ve dolayısıyla hukuk devletine olan güvenini azaltacak bir hukuki güvensizlik ortamı*” yaratacaktır.<sup>32</sup>

Toplumun güveninin hukuk devleti ile ilişkilendirildiği bir diğer durum devletin etkili soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Mahkemeye göre, kamu makamlarının öldürücü bir güç kullandığı veya işkence ve kötü muamele iddialarının gündeme geldiği durumlarda hızlı bir soruşturmanın yürütülmesi halkın güveninin ve hukuk devletine olan

<sup>23</sup> AİHM, *Beaumont/Fransa*, 15287/89, 24.11.1994, par. 38. Bu davada, bir uluslararası sözleşmenin yorumuyla ilgili bir sorun, yargılamanın sonucunu doğrudan belirleyecek nitelikte olmasına rağmen, Danıştay tarafından dış işleri bakanlığına havale edilmiştir.

<sup>24</sup> Örn., AİHM, *Raffineries grecques Stran and Stratis Andreadis/Yunanistan*, 13427/87, 09.12.1994, par. 49; AİHM, *Zielinski and Pradal & Gonzales*, 24846/94; 3416596; 34166/96, 28.10.1999, par. 57; AİHM, *Guadagno ve diğerleri/İtalya*, 61820/08, 01.07.2014, par. 28.

<sup>25</sup> Céline HUSSON-ROCHONGAR, “La redéfinition permanente de l’Etat de droit par la Cour européenne des droits de l’homme”, *Civitas Europa* 2016/2 (N° 37), s. 193.

<sup>26</sup> Örn., AİHM, *De Haes et Gijssels/Belçika*, 19983/92, 24.02.1997, par. 37; AİHM, *Schöpfer/İsviçre*, 25405/94, 20.05.1998, par. 29; AİHM, *Rodriguez Ravelo/İspanya*, 48074/10, 12.01.2016, par. 40.

<sup>27</sup> AİHM, *Schöpfer/İsviçre*, 25405/94, 20.05.1998, par. 29. Mahkeme, avukatların yargı sistemi içerisinde oynadıkları kilit role değinmiş ve yargının iyi işleyişine ve dolayısıyla yargıya olan güvenin sağlanmasına katkı sunmalarının avukatlardan beklendiğini dile getirmiştir.

<sup>28</sup> AİHM, *Novosseletski/Ukrayna*, 47148/99, 22.02.2005, par. 111.

<sup>29</sup> AİHM, *Döring/Almanya*, 37595/97, 09.11.1999 (kabul edilemezlik). Mahkeme bu kararında avukatlar, noterler ve yargıçlar için hukuk devletinin garantörü ifadesini kullanmıştır.

<sup>30</sup> AİHM, *Pini and Bertani and Manera and Atripaldi/Romanya*, 78028/01; 78028/01, 22.06.2004, par. 183.

<sup>31</sup> AİHM, *Paduraru/Romanya*, 63252/00, 01.12.2005, par. 98.

<sup>32</sup> AİHM, *Stere ve diğerleri/Romanya*, 25632/02, 23.02.2006, par. 53.

bağlılığının korunması bakımından son derece önemlidir.<sup>33</sup> Hızlı ve etkili bir soruşturma öte yandan yasa dışı eylemlerin devlet tarafından tolere edildiği veya bunların işlenmesine devlet organlarının ortak olduğu görünümünün ortaya çıkmasını da engelleyecektir. Görüldüğü gibi burada söz konusu olan yalnızca yargı ve adalet sistemine değil doğrudan devlet aygıtına karşı beslenen güvendir.

Mahkeme bu güveni daha da genişleterek “*vatandaşların devlete ve yasalara karşı meşru güveninin korunması gerekliliğini*” hukuk devletinin ayrılmaz bir unsuru şeklinde ifade etmiştir.<sup>34</sup> Bunun bir sonucu olarak, kamu makamları, yasalara aykırı uygulamaları düzeltmekle ve aksaklılara neden olan düzenlemeleri hukuk sisteminden çıkarmakla yükümlüdürler.<sup>35</sup>

Özetle, Mahkeme, bu içtihadı ile özelde yargı sisteminin, genelde ise hukuk sisteminin iyi işleyişine ve devlete olan güvenle hukukun üstünlüğü arasında doğrudan bir bağ kurmaktadır. Aslında bu bağın kurulması pratikte önemli bir sonuç doğurmamaktadır. Nitekim mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin gözetilmemesinin adil yargılanma hakkının, etkili soruşturma yürütülmemesinin ise yaşam hakkının veya işkence yasağının ihlaline yol açacağı hukuk devleti kavramına başvurulmadan da ulaşılabilecek sonuçlardır. Mahkemenin, hukuk sistemine güvenin sağlanması gerektiği yönündeki ısrarlı söylemi, kanımızca, devletlerin bu alanlardaki yükümlülüklerinin pozitif hukukun ötesinde başka tezlerle güçlendirilmesi amacı taşımaktadır. Yukarıda verilen örneklerde bu amaca hizmet eden tez meşruluktur. Etkili soruşturma yükümlülüğünü ele aldığımızda, bu yükümlülüğe, usule ilişkin bir pozitif yükümlülüğün ötesinde devlet faaliyetini meşrulaştırıcı bir anlam atfedilmesi bu alandaki devlet yükümlülüklerinin daha katı yorumlanmasına imkân tanıyabilecektir. Hiç kuşku yok ki, her halükârda devletin soruşturma yükümlülüğü bir özen yükümlülüğünün ötesine geçmeyecektir. Ancak bu yükümlülüğün meşruiyet kavramı ile ilişkilendirilmesi kamu makamlarından beklenen özeni yüksek tutacaktır. Zira devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi yalnızca Sözleşme’nin bir maddesini ihlal etmekle kalmayacak, aynı zamanda halkın devlete olan güvenini de sarsacaktır. Devlet yükümlülüklerinin güçlenmesi ise doğal olarak AİHM’nin daha sıkı bir denetim gerçekleştirmesine zemin hazırlayacaktır. Mahkemelerin bağımsızlığı meselesine de aynı mantıkla yaklaşmak mümkündür. Bağımsızlığını yitirmiş bir mahkeme sadece bundan şikayetçi olan başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmakla kalmamakta, bu kişinin ve toplumun yargı sistemine olan inancını da zayıflatmaktadır. Dolayısıyla, mahkemelerin bağımsızlığının yahut daha genel olarak yargı sisteminin iyi işleyişinin güvence altına alınması, adil yargılanma hakkından kaynaklanan şekli bir yükümlülüğün ötesinde yargı sisteminin meşruiyetinin sağlanması için gerekli bir ödevdir.

Sonuç olarak, hukukun üstünlüğünden kaynağını alan bu meşruluk tezi, AİHM’nin belirli bir davada sonuca ulaşmak için savunduğu tezlere eklenen ve bunları güçlendiren bir unsur olarak kabul edilmelidir. Bu sayede devlet yükümlülükleri daha katı yorumlanabilmekte ve Mahkemenin uyguladığı denetim daha sıkı olabilmektedir. Öte yandan, hukukun üstünlüğüne yüklenen bu meşrulaştırıcı fonksiyon, bu ilkeye Mahkeme içtihadında salt şekli birtakım sonuçlar bağlanmadığına, aksine büyük ölçüde maddi bir işlev atfedildiğine tanıklık etmektedir.

<sup>33</sup> Örn., AİHM, *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, 24746/94, 04.05.2001, par. 108; AİHM, *Yaşaroğlu/Türkiye*, 45900/99, 20.06.2006, par. 58; AİHM, *Hüseyin Esen/Türkiye*, 49048/99, 08.08.2006, par. 54; AİHM, *Okkalı/Türkiye*, 52067/99, 17.10.2006, par. 65; AİHM, *Büyük Daire, Šilih/Slovenya*, 71463/01, 09.04.2009, par. 195. Mahkeme bu son kararında tıbbi ihmaller sonucu meydana gelen ölüm olaylarında gündeme gelen soruşturma yükümlülüğü için de aynı ilkenin geçerli olacağını söylemiştir.

<sup>34</sup> AİHM, *Büyük Daire, Broniowski/Polonya*, 31443/96, 22.06.2004, par. 184.

<sup>35</sup> *Ibid.*



## B. Hukukun Üstünlüğü ve Sözleşme'nin Yorumu

Hukukun üstünlüğü ilkesinin AİHM içtihadında üstlendiği bir diğer bir temel fonksiyon Sözleşme'nin yorumuna ilişkindir. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme'nin bütün maddelerine içkin olduğunu<sup>36</sup> ve Sözleşme'yi hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında yorumladığını<sup>37</sup> defalarca dile getirmiştir. Aynı şekilde Mahkeme, adil yargılanma hakkının da Sözleşme'nin Başlangıç kısmında ilan edilen ve sözleşmeciler devletlerin ortak mirasının bir bileşeni olan hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>38</sup>

Hukukun üstünlüğü ilkesine yapılan bu vurgunun içi boş bir söylem olmadığı Mahkeme'nin önüne gelen henüz ilk başvuru olan *Lawless/İrlanda* başvurusunda ortaya çıkmıştır. Bu vakada, başvuru Sözleşme'nin 5., 6. ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüştü; savunmacı hükümet ise başvuru sahibinin bir terör örgütü üyesi olduğunu ve Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetlerde bulunduğunu gerekçe göstererek Sözleşme'nin 17. maddesi gereği başvuru sahibinin Sözleşme'de tanınan hakları öne süremeyeceğini savunmuştur. Başvuruyu ilk aşamada inceleyen (eski) Komisyon bu tezi kabul etmemek için hukukun üstünlüğü ilkesine başvurmuştur. Komisyona göre başvuru terör eylemlerine katılmış olsa dahi Sözleşme'nin korumasından mahrum bırakılmamalıdır.<sup>39</sup> Aksi bir yorumda bulunmak Komisyona göre savunmacı hükümetin terör eylemlerine iştirak etmiş kişilerin yargısız infaz edilmesine, bu kişilere işkence yapılmasına ve süresiz özgürlüğünden mahrum bırakılmasına başka bir deyişle Sözleşme'deki bütün güvencelerden mahrum bırakılmasına imkân tanıyacaktır. Bu tür bir yorum ise hukukun üstünlüğü ilkesine açıkça aykırı olacaktır.<sup>40</sup> AİHM, Komisyonun bu yorumunu benimsemiş ancak kararında açıkça hukukun üstünlüğü ilkesine yollama yapmamıştır.<sup>41</sup>

Mahkemenin hukukun üstünlüğü ilkesini doğrudan kullanarak Sözleşme'de tanınan güvenceleri geniş yorumlamasına verilebilecek belki de en güzel örnek *Golder* davasıdır.<sup>42</sup> Bu başvuruda Mahkeme tarafından yanıtlanması gereken soru mahkemeye erişim hakkının Sözleşme'nin 6. maddesiyle korunan adil yargılanma hakkı kapsamına girip girmediğidir. Söz konusu maddede mahkemeye erişim hakkının açıkça düzenlenmemesi gerekçe gösteren hükümet dar bir yorum yapılması gerektiğini savunurken, Komisyon aksi yönde görüş bildirmiş ve Sözleşme'nin Başlangıç kısmının insan haklarının korunmasına ve hukukun üstünlüğüne atıf yaptığı bölümün bu kısmın en anlamlı veya belirleyici parçası olduğunu dile getirmiştir. Komisyonun bu yaklaşımını kayıtsız benimseyen Mahkeme söz konusu ifadenin Sözleşme'nin yorumu bakımından önemsiz basit bir hatırlatma olarak değerlendirilemeyeceğini açıklıkla ifade etmiştir.<sup>43</sup> Mahkeme bir adım daha ileri giderek taraf devletlerin Sözleşme'yi imzalayarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile tanınan birtakım hakların kolektif güvencesini sağlama yükümlülüğü altına girmelerinin dayanağını bu devletlerin hukukun üstünlüğüne olan samimi bağlılığıyla açıklamıştır. İnsan haklarının korunmasını hukukun üstünlüğüne bağlılığın bir sonucu

<sup>36</sup> Örn., AİHM, *Amuur/Fransa*, 19776/92, 25.06.1996, par. 50; AİHM, Büyük Daire, *Karácsony ve diğerleri/Macaristan*, 42461/13, 44357/13, 17.05.2016, par. 156.

<sup>37</sup> Örn., AİHM, *Sovtransavto Holding/Ukrayna*, 48553/99, 25.07.2002, par. 82.

<sup>38</sup> Örn., AİHM, Büyük Daire, *Brumărescu/Romanya*, 28342/95, 28.10.1999, par. 61.

<sup>39</sup> Komisyon bu noktada başvuru tarafından öne sürülen 5., 6. ve 7. maddedeki hakların Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amacı ile kullanılmadığını; bu hak ve güvencelerin din ve vicdan, ifade, toplantı ve örgütlenme özgürlüklerinden nitelikleri gereği farklı olduğunun altını çizmiştir. AİHM, *Lawless/İrlanda*, 332/57, 19.12.1959 tarihli Rapor, par. 141.

<sup>40</sup> Bkz. Patrick WACHSMANN, *op. cit.*, s. 247.

<sup>41</sup> AİHM, *Lawless/İrlanda (No. 3)*, 332/57, 01.07.1961, par. 6-7.

<sup>42</sup> AİHM, *Golder/Birleşik Krallık*, 4451/70, 21.02.1975.

<sup>43</sup> Par. 34.

olarak gören Mahkeme bir adım sonrasında, hukuk yargılamasında mahkemeye erişim imkânı olmaksızın hukukun üstünlüğünün tasavvur edilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>44</sup> Hukukun üstünlüğü böylece Sözleşme'nin teleolojik yorumuna yön veren temel bir ilke kabul olarak edilmiştir.

Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin kapsamının geniş yorumlanmasında hukukun üstünlüğü ilkesinin oynadığı belirleyici role ilişkin daha birçok örnek gösterilebilir.<sup>45</sup> Bu örneklerin hepsine değinmek kanımızca elzem görünmemektedir. Ancak hukukun üstünlüğünün bu fonksiyonunun kararın merkezine oturduğu Büyük Daire'nin 2016 yılında verdiği *Baka/Macaristan* kararına değinmemek bir eksiklik olacaktır.<sup>46</sup> Bu davanın konusu Macaristan Yüksek mahkemesi Başkanı başvuru Baka'nın görev süresi henüz dolmadan bir anayasa değişikliği ile başkanlık görevinden alınmasıdır. Anayasal bir düzenlemeyle gerçekleştirilen bu işleme karşı yargı yolunun kapalı olmasından yakınan başvuru mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini öne sürmektedir. Bilindiği üzere, Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamı dışında kalabilmesi için iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir: Ulusal hukukun söz konusu kamu görevlileri sınıfı için yargı yolunu açıkça kapatması ve bunun devletin menfaatine ilişkin objektif gerekçelere dayanması.<sup>47</sup> Somut vakada asıl tartışma birinci koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği konusundadır zira başvurunun görevden alınması işlemi ile bu işlemin yargı yolu dışında bırakılması eş zamanlı olarak gerçekleşmiştir. Mahkeme bu noktada orijinal bir yorum yaparak görevden alınma işlemine karşı yargı yolunun kapalı olup olmadığı incelemesinde dikkate alınması gereken anın anayasa değişikliğinin yapıldığı an değil de bu değişikliğin öncesi olduğuna kanaat getirmiştir.<sup>48</sup> Başka bir ifadeyle, normal koşullarda yargı yolu açık olan bir işlemi kişinin görevine son veren bir başka düzenlemeyle eş zamanlı olarak yargı denetimi dışında bırakmak yukarıda anılan birinci koşulun sağlandığı şeklinde yorumlanamayacaktır. Mahkemenin bu yorumu benimserken başvurduğu ilke hukuk devleti ilkesi olmuştur. Nitekim Mahkemeye göre başvuru mahkemeye erişim hakkından mahrum bırakan düzenlemenin hukuk devleti ilkesine uygun olduğu şüphelidir.<sup>49</sup> Oysa mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldıran bir ulusal düzenlemenin İHAS madde 6/1 bakımından sonuç doğurması için bu düzenlemenin Başlangıç kısmında açıkça zikredilen hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması gerekir.<sup>50</sup> Aksi bir yorum taraf devletlere yargı denetimi dışında kalan bir *ad hoc* işleme devlet görevlilerine ilişkin bireysel işlemleri yargı denetimi dışında bırakma olanağı tanıyacağından suiistimallere kapı aralayacaktır.<sup>51</sup>

Bu üç kararın ortak noktası, devletlerin temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken ihlal edemeyecekleri sınırların hukukun üstünlüğü aracılığıyla çizilmesidir. Bu sınır Sözleşme'nin etkili bir biçimde uygulanmasının engellenmesidir. Devletlerin, Sözleşme ile tanınan güvenceleri etkisiz kılacak bir yorum veya yasal/anayasal bir düzenleme yapmaları durumunda Sözleşme'nin bütününe yorumuna ışık tutan hukukun üstünlüğü ilkesi devreye girmektedir. Bu sınır *Lawless* kararında temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının amacı dışında yorumlanması, *Golder* kararında adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemenin dar, lafzi yorumunun benimsenmesi, *Baka* kararında ise mahkemeye erişim hakkının kişiye özel ve yargı denetimi

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Bkz. Patrick WACHSMANN, *op. cit.*, s. 247 vd.

<sup>46</sup> AİHM, Büyük Daire, *Baka/Macaristan*, 20261/12, 23.06.2016.

<sup>47</sup> AİHM, Büyük Daire, *Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya*, 63235/00, 19.04.2007, par. 62.

<sup>48</sup> Par. 116.

<sup>49</sup> Par. 121. Venedik Komisyonu da söz konusu düzenlemenin bir tek kişiyi hedef alması nedeniyle hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Bkz. par. 59.

<sup>50</sup> Par. 117.

<sup>51</sup> Par. 116.

dışında bir işlemle engellenmesidir. Her üç durumda da ilgili güvencelerin içi boşaltılmakta ve Sözleşme'nin amacıyla uyuşmayan sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Hukukun üstünlüğü bu bakımdan Sözleşme'nin amaçsal yorumuna katkı sunan yol gösterici bir ilke olarak ön plana çıkmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün Mahkemenin yorumsal faaliyetindeki bir başka önemli fonksiyonu yasallık ve hukuki güvenlik ilkelerine saygının ve de adil yargılanma hakkının unsurlarının etkili bir şekilde korunmasının sağlanmasında ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, hukukun üstünlüğü ilkesi söz konusu güvencelerin varlık nedeni olarak belirlemekte fakat yeni bir hak veya güvence yaratmaktan ziyade söz konusu güvencelerin içeriğini doldurarak mevcut içtihadı sağlamlaştırmaya katkı sunmaktadır. Ortak noktası kamu gücünün keyfi kullanımına karşı bireyi koruma olan bu içtihat hukukun üstünlüğüne en yaygın ve sistematik yollamanın yapıldığı içtihatıdır.

Mahkemenin benimsediği yasallık ilkesi hem şekli hem de maddi anlamda anlaşılmalıdır. Nitekim Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklere kamu gücü tarafından getirilen sınırlamaların sadece iç hukukta yasal bir dayanağının olması yeterli değildir; bu yasal dayanağın aynı zamanda erişilebilirlik ve öngörülebilirlik ölçütlerini de karşılaması gerekmektedir.<sup>52</sup> Mahkemenin kendi ifadelerine göre, yürütmeye bırakılan takdir yetkisinin sınırsız olması durumunda, bu yetkiyi düzenleyen yasa hukukun üstünlüğüne aykırı olacaktır. Dolayısıyla bireye keyfiliğe karşı etkili bir koruma sağlanması için söz konusu takdir yetkisinin kapsamı ve kullanım koşulları yasalar tarafından yeterli netlikte belirlenmelidir.<sup>53</sup>

Bireyi kamu gücünün keyfi kullanımına karşı koruma vurgusu sırasıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile cezaların yasallığı ilkesini düzenleyen Sözleşme'nin 5. ve 7. maddelerine ilişkin kararlarda da hukukun üstünlüğü ilkesi ile bir arada yapılmaktadır. 5. madde kapsamında, hukukun üstünlüğü yalnızca kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan işlemin usul ve içerik bakımından yasalara uygun olmasını değil<sup>54</sup> aynı zamanda özgürlükten yoksun bırakma nedenlerinin dar yorumlanmasını da gerektirmektedir.<sup>55</sup> Mahkeme öte yandan 7. maddenin sağladığı güvencenin hukukun üstünlüğünün esas unsurlarından biri olduğunu kaydederek, bu maddenin keyfi kovuşturmalara, mahkumiyetlere ve cezalara karşı etkili bir koruma sağlayacak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>56</sup>

Bunların dışında hukukun üstünlüğü ilkesi çok sayıda usul güvencesiyle özdeşleşmiş durumdadır. Her şeyden önce bu ilkenin bir gereği olarak hak ve özgürlüklere yürütmeden gelen her türlü müdahalenin bağımsız bir yargısal denetime tabi tutulması gerekmektedir. Başka denetim mekanizmaları öngörülse dahi en azından son kerte bağımsızlık, tarafsızlık ve usul güvenceleri bakımından en etkili korumayı sağlayacak olan yargısal denetim hukukun üstünlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak Mahkeme içtihadında ifade edilmiştir.<sup>57</sup> Öte yandan,

<sup>52</sup> Örn, AİHM, *Amuur/Fransa*, 19776/92, 25.06.1996, par. 50.

<sup>53</sup> AİHM, *Malone/Birleşik Krallık*, 8691/79, 02.08.1984, par. 68; AİHM, *Ben Faiza/Fransa*, 31446/12, 08.02.2018, par. 60.

<sup>54</sup> AİHM, *Winterwerp/Hollanda*, 6301/73, 24.10.1979, par. 39. Mahkeme bu kararında "hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik bir toplumda keyfi bir tutuklamanın asla 'usulüne uygun' sayılamayacağını" belirtmiştir. Mahkeme bir başka kararında ise "bir kişinin somut bir yasal düzenlemeye veya bir yargı kararına dayanmaksızın belirsiz ve öngörülemez bir süreliğine" tutuklu kalmasına olanak tanıyacak bir uygulamanın "başlı başına Sözleşme'de örtülü bir şekilde yer alan ve hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesine aykırı" olduğunu belirtmiştir. AİHM, *Baranowski/Polonya*, 28358/95, 28.03.2000, par. 56.

<sup>55</sup> AİHM, *Engels ve diğerleri/Hollanda*, 5100/71 (...), 08.06.1976, par. 69.

<sup>56</sup> AİHM, *S.W./Birleşik Krallık*, 20166/92, 22.11.1995, par. 34.

<sup>57</sup> AİHM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, 06.09.1978, par. 55; AİHM, *Sissanis/Romanya*, 23468/02, 25.01.2007, par. 71.

Mahkeme Sözleşme’de merkezi bir öneme sahip olan adil yargılanma hakkının hukukun üstünlüğü ilkesinin bir yansıması olduğunu belirtmiştir.<sup>58</sup> Buradan hareketle mahkemeye erişim hakkının yanı sıra bu maddeyle tanınan birçok güvence doğrudan hukukun üstünlüğü ilkesiyle desteklenmiştir. Suçsuzluk karinesi;<sup>59</sup> savunma hakları;<sup>60</sup> makul sürede yargılanma hakkı;<sup>61</sup> kesinleşmiş yargı kararlarının icrasını isteme hakkı<sup>62</sup> ve bu kararların kesinliğinin sağlanması;<sup>63</sup> mahkemelerin yasayla kurulmuş olması koşulu<sup>64</sup> gibi hak ve güvenceler hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmiştir.

Hukukun üstünlüğü ilkesinin bu denli yaygın bir şekilde kullanılması ve bu ilkeye atfedilen önemin Mahkemece güçlü ve istikrarlı bir biçimde dile getirilmesi adeta hukukun üstünlüğünün bağımsız bir ilke olarak Sözleşme tarafından korunduğu izlenimini doğurmaktadır. Nitekim bu ilkenin açıkça ihlal edildiği kimi durumlarda Mahkeme ihlal edildiği öne sürülen hak veya güvenceden ziyade hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesine vurgu yapmaktadır. Örneğin, serbest bırakılması yönünde bir mahkeme kararına rağmen serbest bırakılmayan bir kişinin başvurusunda Mahkeme bu tutukluluğun tamamen “*keyfi ve hukuk devletinin kurucu ilkelerine aykırı*” olduğunu vurgulamıştır.<sup>65</sup> İşkence sonucu elde edilen delillerin geçerliliği konusunda da Mahkeme hukuk devletine dayalı hiçbir hukuk sisteminin işkence sonucu elde edilen delillerin kullanılmasına müsaade etmeyeceğini belirttiikten sonra but tür delillerin bizzat hukuk devletinin korunması için reddedilmesi gerektiğini kaydetmiştir.<sup>66</sup> Yargı kararlarının uygulanmasının yasa koyucunun müdahalesiyle engellendiği ve idari organların inisiyatifine bırakıldığı bir davada da Mahkeme, bu durumun “*hukukun üstünlüğe ilkesine aykırı*” olduğunu ayrıca vurgulamıştır.<sup>67</sup> Nihayet, suç işlediği şüphesiyle tutulan kişilerin yasalara aykırı ve gizli bir şekilde sınır dışı edilmesi veya yabancı gizli servis elemanları tarafından teslim alınıp sorgulanması durumunda da hukuk devleti ilkesi vurgusu ön plana çıkmaktadır. Mahkemeye göre bu tür uygulamalar hukuk devleti ilkesiyle tam bir tezat oluşturacak veya Sözleşme tarafından korunan değerlere ve hukuk devletine tamamen aykırı olacaktır.<sup>68</sup>

Sonuç olarak, değinilen içtihadın ışığında, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin Sözleşme sisteminde merkezi bir öneme sahip olduğunu ve her surette saygı duyulması hatta korunması gereken ilkeler olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır. İchtihadın geldiği noktada bu ilkeler yalnızca bir yorum aracı veya güvenceleri güçlendiren teknik birer kavram değil, bunların ötesinde Sözleşme tarafından korunan bağımsız bir değer, Sözleşme’ye taraf devletlerin sahip olmaya çalıştıkları bir ideal hukuk düzeni olarak görülmektedir.

<sup>58</sup> AİHM, *Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1)*, 6538/74, 26.04.1979, par. 55.

<sup>59</sup> AİHM, *Salabiaku/Fransa*, 10519/83, 07.10.1988, par. 28,

<sup>60</sup> AİHM, *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue/Belçika*, 64772/01, 09.11.2006, par. 75.

<sup>61</sup> AİHM, Büyük Daire, *Sürmeli/Almanya*, 75529/01, 08.06.2006, par. 104.

<sup>62</sup> AİHM, *Hornsby/Yunanistan*, 19.03.1997, par. 40; AİHM, Büyük Daire, *Immobiliare Saffi/İtalya*, 28.07.1999, par. 63; AİHM, *Matheus/Fransa*, 62740/00, 31.03.2005, par. 70.

<sup>63</sup> AİHM, Büyük Daire, *Brumarescu/Romanya*, 28342/95, 28.10.1999, par. 61.

<sup>64</sup> AİHM, *Jorgic/Almanya*, 74613/01, 12.07.2007, par. 64. Mahkemeye göre “yasayla kurulmuş mahkeme” ifadesi Sözleşme’nin öngördüğü koruma sisteminin ayrılmaz bir unsuru olan hukuk devleti ilkesini yansıtmaktadır. AİHM, ayrıca, yasa koyucunun iradesine uygun bir biçimde kurulmamış olan bir organın demokratik bir toplumda davaları karara bağlamak için gerekli meşruiyetten yoksun olacağı için altını çizmiştir. AİHM, *Lavents/Letonya*, 58442/00, 28.11.2002, par. 114.

<sup>65</sup> AİHM, Büyük Daire, *Assanidzé/Gürcistan*, 71503/01, 08.04.2004, par. 199.

<sup>66</sup> AİHM, *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık*, 8139/09, 17.01.2012, par. 264.

<sup>67</sup> AİHM, Büyük Daire, *Immobiliare Saffi/İtalya*, 22774/93, 28.07.1999, par. 74.

<sup>68</sup> Örn., AİHM, *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık*, 8139/09, 17.01.2012, par. 200; AİHM, *Nasr et Ghali/İtalya*, 44883/09, 23.02.2016, par. 244.

## II. Hukukun Üstünlüğünün Göreceliği

Bir önceki başlıkta çizilen tablo hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme sisteminin bütününe etkisi altına alan mutlak bir ilke olduğu izlenimini vermektedir. Ne var ki bu tablonun dışında kalan ve hukukun üstünlüğünün güç kaybettiği alanların olduğu da belirtilmelidir. Bu alanların ilki ceza yargılamalarında adil yargılanma hakkının bel kemiğini oluşturan sanık haklarıdır. İkincisi ise Mahkeme'nin, ikincilik ilkesine gönderme yaparak ulusal hukuk sistemlerine havale ettiği, yapısal sorunlardan kaynaklanan büyük çaplı insan hakları ihlalleridir.

### A. "Bütünsel Hakkaniyet" Yaklaşımı ve Hukukun Üstünlüğünün Gerileyişi

"Bütünsel hakkaniyet" veya "global hakkaniyet"<sup>69</sup> kavramı AİHM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin başvuruları incelerken başvurduğu temel kavramlardan veya ölçütlerden biridir. Buna göre bir yargılamanın adil olup olmadığına karar vermek için yargılama süreci bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak yargılama sürecinin farklı aşamalarında ortaya çıkabilecek usul ihlalleri veya iç hukuka aykırı uygulamalar yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkarmadıkça görmezden gelinebilecektir. Bu haliyle dahi hukukun üstünlüğü ilkesine uygunluğu tartışmalı olan bu yaklaşım son yıllarda savunma haklarının sınırlandırılmasına neden olacak bir evrim içerisindedir. Bu konuda üç örnek üzerinde durulabilir.

Bunlardan birincisi yasa dışı yöntemlerle elde edilen delillerin ceza davasında sanık aleyhine kullanılmasıdır. Mahkeme bu konuya ilişkin ilk kararından itibaren delillerin kabulü meselesinin bir iç hukuk sorunu olduğunu, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin bu konuda bir hüküm içermediğini söylemektedir.<sup>70</sup> Yasa dışı telefon dinlemelerinin ceza yargılamasında kanıt olarak kullanıldığı bu davada Mahkeme, yasa dışı yollarla elde edilmiş bir delilin ulusal mahkemeler tarafından kullanılmasının kendisi tarafından soyut bir biçimde reddedilemeyeceğini; kendi görevinin somut vakadaki yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının tespitinden ibaret olduğunu belirtmiştir.<sup>71</sup> Mahkeme ileri tarihli kararlarında ise söz konusu usul ihlallerinin Sözleşme bakımından bir hak ihlali doğurup doğurmadığını, doğuruyorsa ihlal edilen hakkın niteliğini dikkate alarak adil yargılanma hakkına ilişkin iddiaları karara bağlamıştır. Bu kapsamda, özel yaşamın korunması gibi koşullu bir hakkın ihlali otomatik olarak yargılanmayı adil olmaktan çıkarmazken,<sup>72</sup> işkence ve kötü muamele yasağı gibi mutlak bir hakkın ihlali doğrudan adil yargılanma hakkının da ihlaline neden olabilmekteydi.<sup>73</sup> İkinci durumda, Mahkemeye göre, sanığın ifadesinin delil olarak kullanılmasının sanığın mahkûm olması üzerinde belirleyici bir etkisi olup olmadığından bağımsız bir şekilde yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkmaktaydı. Söz konusu olan ifadenin kendisi değil de bu ifade sayesinde elde edilen maddi deliller olduğunda Mahkeme işkenceyle elde edilen ifadelerle dayalı maddi delillerin hiçbir surette kullanılmayacağını söylemiş ancak işkence dışındaki insanlık dışı veya

<sup>69</sup> *Global fairness/équité globale.*

<sup>70</sup> AİHM, *Schenk/İsviçre*, 10862/84, 12.07.1988, par. 46.

<sup>71</sup> Sonuç olarak, Mahkeme, başvuruçunun iç hukuktaki yargılamada savunma haklarını eksiksiz bir şekilde kullanabildiğini ve yasa dışı dinlemelerin mahkemelerin dikkate aldığı tek delil olmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

<sup>72</sup> AİHM, *Khan/Birleşik Krallık*, 35394/97, 12.05.2000, par. 36-40. Bu davada sanığın mahkumiyetine dayanak yapılan tek delil gizli dinlemeler sonucu elde edilen kayıtlar olmasına rağmen Mahkeme yargılamanın genelini adil olduğu gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir. Söz konusu gizli dinlemeler iç hukuk bakımından yasal olmakla birlikte Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yasal dayanaklı mahrum olduğu gerekçesiyle ihlal olarak değerlendirilmiştir. Aynı yönde bkz. AİHM, *P.G. and J.H./Birleşik Krallık*, 44787/98, 25.09.2001, par. 76-81; AİHM, *Büyük Daire, Bykov/Rusya*, 4378/02, 10.03.2009, par. 94-98.

<sup>73</sup> Örn., AİHM, *Örs ve diğ.leri/Türkiye*, 46213, 20.06.2006, par. 60; AİHM, *Haroutyunian/Ermenistan*, 36549/03, 28.06.2007, par. 63; AİHM, *Göçmen/Türkiye*, 72000/01, 17.10.2006, par. 73-74.

zalimane bir muameleyle elde edilen maddi deliller için bir yorumda bulunmamıştı.<sup>74</sup> Bu soruyla *Gäfgen/Almanya* başvurusunda karşılaşılan Mahkeme işkence ile insanlık dışı muamele arasında bir ayırım yaparak, insanlık dışı bir muameleyle elde edilen ifadeye dayanılarak toplanan maddi delillerin otomatik olarak yargılama sürecini adil olmaktan çıkarmayacağını savunmuştur. Mahkeme, bu tür delillerin sanığın mahkûm olması üzerinde bir etki doğurmuş olmasını ölçüt olarak almış, somut vakada ise böyle bir etkinin oluşmadığına kanaat getirmiştir.<sup>75</sup> Başka bir ifadeyle, işkence yoluyla elde edilen deliller gündeme geldiğinde global hakkaniyet yaklaşımı uygulanmazken, bizzat Mahkeme tarafından insanlık dışı olarak nitelenen bir yöntemle elde edilen deliller tek başına yargılamanın genel hakkaniyetini sakatlamamıştır.<sup>76</sup>

Benzer bir esnemenin yaşandığı bir diğer alan, kovuşturma öncesi dönemde şüphelinin avukat yardımından yararlanma hakkına ilişkin başvurulardır. Mahkeme bu konudaki genel prensipleri ortaya koyduğu *Salduz* kararında, adil yargılanma hakkının yeterince somut ve etkili bir şekilde korunması için avukat yardımından yararlanma hakkının, prensip olarak, ilk polis sorgusundan itibaren tanınması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>77</sup> Bununla birlikte somut vakanın kendine has koşulları ışığında avukat yardımından yararlanma hakkının kısıtlanmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler var olabilir. Ancak istisnai nitelikteki bu durumda dahi getirilebilecek sınırlama şüphelinin 6. maddede korunan haklarına zarar vermemelidir. Mahkeme buna örnek olarak avukat yardımından yararlanma imkânı olmayan bir şüphelinin polis ifadesi sırasında sarfettiği kendisini suçlayıcı ifadelerin mahkumiyetine dayanak olarak kullanılmasını göstermiştir. Mahkemeye göre, böyle bir durumda, “prensip olarak”, savunma hakkına telafisi mümkün olmayan bir müdahalede bulunulduğu kabul edilmelidir.<sup>78</sup> Büyük Daire tarafından oy birliği ile ortaya konan bu ilkeler birçok kararda uygulanmıştır.<sup>79</sup> Sorgu sırasında avukata erişim imkanının haklı bir gerekçe olmaksızın kısıtlandığı durumlarda, Mahkeme, bu usul ihlalinin davanın sonucu üzerindeki etkisinden bağımsız olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>80</sup> Hatta şüphelinin sorgu sırasında susma hakkını kullandığı durumlarda dahi avukat yardımından yararlanma imkânı bulunmadığı gerekçesiyle yargılamanın bütününe sakatlandığı yönünde kararlar çıkmıştır.<sup>81</sup>

Ne var ki bu içtihat da yakın zamanda Mahkeme tarafından gözden geçirilmiş ve kayda değer bir değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik Londra’da 2005 yılında gerçekleştirilen terör saldırısı girişiminin şüphelilerinin sorgulanmasını ve yargılanmasını konu alan *İbrahim ve diğerleri* kararı ile gündeme gelmiştir.<sup>82</sup> Bu vakada başvuruculardan üçünün polis sorgusu sırasında avukata erişim hakkı mevzuata uygun olarak engellenmiş, bu sorgu sırasında verdikleri ifadeler aleyhlerine delil olarak kullanılmıştır. Kısacası Mahkemenin *Salduz* kararında adil yargılanma hakkının telafisi mümkün olmayacak şekilde zarar görmesine örnek olarak gösterdiği durum gerçekleşmiştir. Ne var ki AİHM, *Salduz* kararındakinden farklı bir yaklaşım sergilemiş ve bu durumda dahi yargılamanın bütününe adil olup olmadığına bakılması gerektiğini söylemiştir. Mahkeme bu yorumu yaparken *Salduz* kararında “prensip olarak” ifadesini

<sup>74</sup> AİHM, Büyük Daire, *Jalloh/Almanya*, 54810/00, 11.07.2006, par. 105-108.

<sup>75</sup> AİHM, Büyük Daire, *Gäfgen/Almanya*, 22978/05, 01.06.2010, par. 162-164.

<sup>76</sup> AİHM bu kararında, başvurucuya uygulanan sorgulama yönteminin insanlık dışı bir muamele oluşturduğuna kanaat getirerek Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

<sup>77</sup> AİHM, Büyük Daire, *Salduz/Türkiye*, 36391/02, 27.11.2008, par. 55.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Jérémie VAN MEERBEECK, “Le droit à l’assistance d’un avocat à l’aune de la jurisprudence *Salduz*: le pouvoir judiciaire entre Charybde et Scylla”, *Journal des Tribunaux*, No. 6398, 05.06.2010, s. 382.

<sup>80</sup> AİHM, *Pishchalnikov/Rusya*, 7025/04, 24.09.2009, par. 81.

<sup>81</sup> AİHM, *Dayanan/Türkiye*, 7377/03, 13.10.2009, par. 33.

<sup>82</sup> AİHM, Büyük Daire, *İbrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 50541/08; (...), 13.09.2016.

kullandığını dolayısıyla avukata erişim hakkı olmadan alınan ifadelerin şüphelinin mahkumiyetine esas alınmasının otomatik olarak yargılamayı sakatlamayacağını belirtmiştir.<sup>83</sup>

Aynı durum, bu konuda gösterilebilecek üçüncü örnek olan tanıkları sorgulama hakkı bakımından da geçerlidir. Savunma hakkının önemli bir unsuru olan bu güvence silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmelidir. Bu konudaki temel ilkelerin ortaya konduğu karar Büyük Dairenin *Al-Khawaja and Tahery* kararıdır.<sup>84</sup> Mahkeme bu kararında bilhassa başvuruçunun mahkumiyetine dayanak teşkil eden tanıklığı yapan kişinin başvuruçunun tarafından sorgulanamamasının adil yargılanma hakkı bakımından etkilerini sistemleştirmeye çalışmıştır. Mahkeme öncelikle bütünsel hakkaniyet yaklaşımı gereği böyle bir olasılığın otomatik olarak 6. maddenin ihlalini doğurmayacağını belirtmiş, ardından, yapacağı incelemede kullanacağı kriterleri sıralamıştır: Tanığın duruşmada sorgulanamamasını haklı kılan ciddi bir gerekçenin var olup olmadığı; yapılan tanıklığın sanığın mahkumiyetinin “tek ya da belirleyici” dayanağı olması durumunda bu tanıklığın kabul edilmesinin sanık açısından yarattığı dezavantajın başka usul güvenceleriyle giderilip giderilmediği.<sup>85</sup> Bu karardan dört yıl sonra aynı hukuki sorunla karşılaşan Büyük Daire bu kriterlere bir açıklama getirme ihtiyacı duymuştur.<sup>86</sup> Mahkemeye göre tanığın sorgulanamamasını haklı kılan ciddi bir gerekçenin olmaması durumunda dahi diğer ölçütler değerlendirilecek; sorgulanamayan tanığın ifadeleri sanığın mahkumiyeti bakımından tek veya belirleyici unsur olsa dahi savunma haklarının genel olarak ne derece etkilendiği araştırılacaktır. Kısacası hiçbir ciddi gerekçe olmaksızın duruşmada sorgulanamayan bir tanığın ifadeleri sanığın mahkumiyetine tek dayanak olsa dahi yargılanma bir bütün olarak incelenecek ve bu eksikliği telafi eden unsurların yargılamada bulunması durumunda adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmedilecektir.

Böylece, Mahkemenin de açıkça altını çizdiği gibi, adil yargılanma hakkının sanığa sağladığı güvenceler (madde 6/3) kendi başlarına birer amaç değil yargılamanın bütününe adil olmasını amaçlayan “asgari güvenceler” olarak değerlendirilmektedir.<sup>87</sup> Ancak, kanımızca, bu güvencelerin asgari nitelikte olduğu söylendikten sonra bunların bağımsız bir güvence şeklinde anlaşılabilmesi gerektiğinin savunulması bir çelişki barındırmaktadır. Nitekim Sözleşme’nin 6. maddesi söz konusu güvenceleri “bir suç ile itham edilen herkesin” sahip olduğu haklar şeklinde ilan etmiştir. Öte yandan bu hakların hepsinin ortak amacı gerçeklerin açığa çıkarılması, şüphelilerin veya sanıkların baskı veya kötü muamele altında ifade vermeye ve kendilerini suçlamaya zorlanmamaları, silahların eşitliğinin sağlanması, kısacası yargı sisteminin adil ve doğru işleyişinin güven altına alınmasıdır.<sup>88</sup> Şüphesiz bu yaklaşımın arkasında, yargılanan kişinin haklarının yanında, tanıkların, mağdurların ve bunların yakınlarının menfaatleri ve daha genel olarak suçların etkin bir şekilde bastırılmasındaki kamu yararının gözetilmesi kaygısı

---

<sup>83</sup> Par 260. Mahkeme, öte yandan, avukata erişim hakkının kısıtlanmasını gerektirecek zorlayıcı bir neden olmaksızın bu hakkın engellenmesinin de otomatik olarak 6. maddenin ihlaline yol açmayacağını, her durumda global hakkaniyet yaklaşımıyla çözüme ulaşılacağını eklemiştir. Belirtmek gerekir ki *Salduz* kararı sonrası Mahkemenin her iki yönde de kararları vardır. Kimi kararlarda zorlayıcı sebeplerin yokluğu otomatik olarak adil yargılanma hakkının ihlalini doğururken kimi kararlarda yargılama sürecinin bütünü göz önüne alınarak sonuca ulaşılmıştır. Yakın tarihli bir Büyük Daire kararı ikinci yaklaşımı benimsemiş ve zorlayıcı bir sebebin bulunmamasının tek başına yargılama sürecini sakatlamayacağını belirtmiştir. AİHM, Büyük Daire, *Simeonovi/Bulgaristan*, 21980/04, 12.05.2017.

<sup>84</sup> AİHM, Büyük Daire, *Al-Khawaja and Tahery/Birleşik Krallık*, 26766/05 ve 22228/06, 15.12.2011.

<sup>85</sup> Par. 128.

<sup>86</sup> AİHM, Büyük Daire, *Schatschaschwili/Almanya*, 9154/10, 15.12.2015, par. 110 vd.

<sup>87</sup> AİHM, Büyük Daire, *İbrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 50541/08; (...), 13.09.2016, par. 251.

<sup>88</sup> *Ibid.*, par. 255

yatmaktadır.<sup>89</sup> Daha kısa bir ifadeyle, yargılamanın hakkaniyetinin yalnızca şüpheli ve sanık açısından değil toplumun bütünü açısından sağlanması düşüncesi bu yaklaşımı desteklemektedir. Bununla birlikte, asgari olarak nitelendirilen bu hakların korunmasındaki kamu yararı suçların etkin bir şekilde bastırılmasındaki kamu yararından kanımızca daha az önemli değildir.

Bütünsel hakkaniyet yaklaşımına yöneltilebilecek bu genel eleştirilere ek olarak, bu yaklaşımın yukarıda verilen örnek kararlarla biraz daha esnetilmesinin hukukun üstünlüğü ilkesinin de esnemesi sonucunu doğuracağını belirtmek gerekir. Gerçekten de iç hukuk kurallarının açıkça ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılmasına Mahkemenin bazı koşullarda yeşil ışık yakması hukukun üstünlüğü ilkesini önemli ölçüde zayıflatmaktadır.<sup>90</sup> Dahası, insanlık dışı muamele yasağı gibi mutlak surette korunan bir kuralın ihlal edilmesi suretiyle elde edilen maddi delillerin sanığın aleyhine kullanılmasının yargılamanın bütününe hakkaniyetini bozmadığı yönündeki tespit son derece tartışmalı görünmektedir.<sup>91</sup> Diğer yandan, zorlayıcı bir sebep bulunmaksızın avukat yardımından yararlanma hakkının veya tanıkları sorgulama hakkının engellenmesinin otomatik olarak adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmayacağı savunulması kamu makamlarının bu konulardaki keyfi tutumlarının bir karşılığı olmayabileceği anlamına gelmektedir. Oysa hukukun üstünlüğü ilkesinin varlık nedeninin kamu gücünün keyfi kullanımına karşı kişileri korumak olduğu bizzat Mahkeme tarafından da kabul edilmektedir. Nihayet, Mahkemenin adil yargılanmanın standartlarını bu şekilde düşürmesi hukukun üstünlüğü ilkesinin ulusal hukuk sistemlerinde de zayıflamasına neden olacaktır. *Salduz* kararının gereklerini yerine getirmek amacıyla usul kanunlarında değişiklik yaparak sanık haklarını güçlendiren devletler, *İbrahim ve diğerleri* kararıyla gerçekleştirilen adı konmamış içtihat değişikliği sonrası avukat yardımından yararlanma hakkına yeni sınırlamalar getirebileceklerdir. Bu ise hukukun üstünlüğü ilkesi bakımından bir geriye gidiş niteliğinde olacaktır.<sup>92</sup>

Mevcut içtihadın gözden geçirilmesi, tekrar yorumlanması veya açıklığa kavuşturulması şeklinde sunulan bu içtihat politikasının gerekçeleri hakkında Büyük Daire herhangi bir ipucu vermemektedir. *İbrahim ve diğerleri* kararında büyük çapta bir terör saldırısının önlenmesi, *Gäfgen* kararında ise küçük bir kız çocuğunun hayatının kurtarılması söz konusu olduğu için, ilk bakışta, Mahkemenin, sanık hakları ve toplumun güvenliği arasında yeni bir denge arayışı içerisinde olduğu söylenebilir.<sup>93</sup> Ancak, bu kabul edilse dahi, içtihadındaki mevcut eğilimin keyfiliğe kapı aralayabilme ihtimali göz ardı edilemeyecektir. Bu noktada mümkün olan bir diğer açıklama, AİHM'nin Sözleşme'ye taraf 47 devletin yargılama faaliyetindeki bütün usul ihlallerini mahkûm etmek istememesidir. Mahkemeye yapılan başvuruların önemli bir bölümünün adil

<sup>89</sup> AİHM, Büyük Daire, *Gäfgen/Almanya*, 22978/05, 01.06.2010, par. 175.

<sup>90</sup> Bkz. Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power, kısmi karşı oy yazısı (*Gäfgen/Almanya*), par. 3. Aynı yönde bkz. Yargıç Loucaides, kısmi karşı oy yazısı (*Khan/Birleşik Krallık*); Yargıç Tulkens, kısmi karşı oy yazısı (*P.G. and J.H./Birleşik Krallık*).

<sup>91</sup> Mahkemenin, başvuruçunun maruz kaldığı insanlık dışı sorgulama sırasında verdiği ifadenin mahkumiyeti üzerinde bir etki yaratmadığı; duruşma esnasında yaptığı itirafların mahkumiyetine esas teşkil ettiği yönündeki saptaması da, kanımızca, yargılamanın bütününe hakkaniyete uygun olduğu sonucunu doğurmayacaktır.

<sup>92</sup> Bkz. Yargıçlar Sajo ve Laffranque, kısmi karşı oy yazısı, par. 2-3. AİHM, Büyük Daire, *İbrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 50541/08; (...), 13.09.2016.

<sup>93</sup> Mahkeme, *İbrahim ve diğerleri* kararında, terörizm ve diğer ağır suçlarla etkili bir şekilde mücadele edilmesinin kişi yaşamının ve fiziksel bütünlüğünün korunması bakımından Sözleşme kapsamında bir görev olduğunu belirtmiş ve Sözleşme'nin 6. maddesinin bu görevi yerine getirecek güvenlik güçlerine aşırı bir zorluk çıkarmayacak şekilde uygulanması gerektiğini savunmuştur. Par. 252.



yargılanma hakkına ilişkin olduğu düşünülduğünde, söz konusu eğilimin Mahkemenin iş yükünü doğrudan etkileyeceği açıktır.

## **B. Mahkemenin İş Yükü Karşısında Hukukun Üstünlüğü**

Hukukun üstünlüğü ilkesinin mutlak surette korunması gereken bir değer değil de başka zorunluluklarla uzlaştırılması gereken göreceli bir ilke olduğu yönündeki tezi destekleyen bir diğer evrim Mahkemenin aşırı iş yükü oluşturacak dava gruplarını ulusal hukuk sistemlerine iade veya Bakanlar Komitesine havale ederek üstlenmiş olduğu hukukun üstünlüğünü koruma misyonunu zayıflatmasıdır. Bu tespiti doğrulamak için iki örnek üzerinde durulabilir.

Bunlardan ilki kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmasına ilişkindir. Daha önce de ifade edildiği gibi yargı kararlarının uygulanması zorunluluğu Mahkeme içtihadında adil yargılanma hakkının önemli bir bileşeni olarak kabul görmüş ve doğrudan hukukun üstünlüğüne bağlılığın bir sonucu şeklinde yorumlanmıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, Ukrayna'da uzun yıllar devam eden kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmaması veya geç uygulanması sorununu ele almış ve pilot dava prosedürünü uygulayarak yapısal hale gelen bu sorunun ulusal makamlar tarafından çözülmesini istemiştir.<sup>94</sup> Adil yargılanma hakkının yanında, mülkiyet hakkının ve etkili başvuru hakkının da ihlal edildiği bu davada, Ukrayna'dan bir yıl içerisinde mağdurların tazmin edilmesine olanak tanıyan etkili bir başvuru yolu oluşturması istenmiştir. Mahkeme bu süre boyunca kendi önünde derdest olan başvuruları karara bağlamayacağını; ancak bu süre sonunda Ukrayna'nın yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda her bir başvuru için hüküm kuracağını belirtmiştir. Ne var ki pilot kararda saptanan yapısal sorunlar giderilememiş ve benzer şikayetler içeren binlerce başvuru Mahkeme kaleminde birikmeye başlamıştır.<sup>95</sup> Bu şekilde biriken başvuruların kaderi Büyük Dairenin *Burmych ve diğerleri* kararında belirlenmiştir.<sup>96</sup> Beş kişi tarafından Mahkemenin önüne getirilen bu başvuru Mahkeme tarafından aynı içerikte olduğu saptanan 12 143 başvuruyla birleştirilerek incelenmiştir. AİHM bu kararında, özetle, pilot kararda saptanan yapısal sorunların devam ettiğini; taraf devletten beklenen adımların atılmamasının Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca bir "kararların icrası" sorunu olduğunu; bu nedenle Mahkemeden ziyade kararların icrası aşamasından sorumlu olan AK Bakanlar Komitesinin görev alanına giren bir hukuki meseleyle karşı karşıya kaldığını ifade ederek bütün başvuruların kayıttan düşürülmesine karar vermiştir. Bildiğimiz kadarıyla Mahkeme ilk kez bu kararında sürekli artan iş yükünü açıkça gerekçe göstererek bir tercihte bulunmuş ve bu tercihini ikincillik ilkesine dayandırmaya çalışmıştır. Gerçekten de Mahkeme'ye göre, art arda verilen ihlal kararları söz konusu yapısal sorunun çözümüne hiçbir katkı sunmamanın yanında Mahkemeye yapılan başvuruların sayısının da artmasına yol açacaktır.<sup>97</sup> Bu durum ise adaletin daha iyi bir şekilde sağlanmasına hizmet etmeyeceği gibi Mahkemenin kaynakları üzerinde ciddi bir baskı yaratacaktır.<sup>98</sup> Nihayet Mahkemenin yaklaşımına göre, karara bağlanmayı bekleyen bütün başvuruların Bakanlar Komitesine havale edilmesi ikincillik ilkesinin bir gereği olacaktır zira aynı sorunla baş başa kalan tüm Ukraynalıların doğrudan Mahkemeye başvurmasıyla Mahkeme ulusal mercilerin rolünü üstlenmiş olacaktır ve bu durum pilot dava usulünün amacıyla bağdaşmayacaktır.<sup>99</sup>

<sup>94</sup> AİHM, *Yuriy Nikolayevich Ivanov/Ukrayna*, 40450/04, 15.10.2009.

<sup>95</sup> Mahkeme bu aşamada askıya aldığı başvuruları incelemeye başlamış fakat yapılan başvuruların sadece küçük bir kısmını karara bağlayabilmiştir.

<sup>96</sup> AİHM, Büyük Daire, *Burmych ve diğerleri/Ukrayna*, 46852/13; (...), 12.10.2017.

<sup>97</sup> Bakanlar Komitesinin verilerine göre Ukrayna'da icra edilmeyi bekleyen aynı nitelikte 120 000 kesinleşmiş yargı kararı bulunmaktadır. Par. 171.

<sup>98</sup> Par. 174.

<sup>99</sup> Par. 181-182.

Mahkemenin bu davada sergilediği tutum birçok açıdan tartışmaya açıktır. Her şeyden önce karara muhalif yargıçların da işaret ettiği gibi Mahkeme binlerce başvuruyu bireysel olarak incelemekten tek bir başvuruda birleştirmiştir.<sup>100</sup> Bu şekilde birleştirilen başvurular ise bir karara bağlanmaksızın siyasi bir organ olan Bakanlar Komitesine havale edilmiştir. Böylece Büyük Daire yargısal fonksiyonunu kullanmayarak bireysel başvuru mekanizmasının etkililiğini büyük ölçüde zayıflatmıştır. Bir başka açıdan bakıldığında ise yapısal bir sorunu gidermeyen savunmacı devlet, aleyhine yapılmış binlerce başvurudan kurtulmuştur. Bu da kuşkusuz pilot karar uygulamasının amacına aykırı bir durum oluşturmuştur. Mahkeme ulusal mahkemeleri ve kamu otoritelerini kendi kararlarının gereğini yerine getirmeye teşvik etmemiş, aksine, kararların uygulanmamasını bir nevi mükafatlandırmıştır.<sup>101</sup> Nihayet Mahkeme bunu yaparken mevcut ve potansiyel iş yükünü hesaba katmıştır. Önüne gelen hukuki sorunları bu şekilde bertaraf ederek muhalif yargıçların ifadesiyle “*kendi ayağına yani üye devletlerde hukukun üstünlüğüne kurşun sıkmıştır*”.<sup>102</sup>

Aynı nitelikte olmasa da Türkiye’de olağanüstü hâl (OHAL) döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnamele (KHK) 100 bini aşkın ihraç ve dernek, vakıf, okul, basın yayın kuruluşu, şirket kapatma işlemlerine karşı yapılan bireysel başvurular sonucu Mahkemenin benimsediği yaklaşım da bu şekilde değerlendirilebilir. Bilindiği gibi Mahkeme *Zihni* kabul edilemezlik kararıyla, OHAL KHK’leri ile ihraç edilen kamu görevlilerinin iç hukuk yollarını tüketmeden AİHM’ye bireysel başvuru yapamayacaklarına hükmetmişti.<sup>103</sup> Kararda sözü geçen idari yargıda iptal davası ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yollarının kullanılabilirliği ve etkililiği tartışmalı olsa da Mahkeme bu aşamada başvuruları incelemekten önce iç hukuk sürecinin kesinleşmesini beklemişti. Bu karardan kısa bir süre sonra ise Venedik Komisyonu OHAL döneminde yürürlüğe giren kararnamele üzerine bir görüş bildirerek keyfilik yasağının hukukun üstünlüğünün en önemli unsurlarından biri olduğunu hatırlatmıştı.<sup>104</sup> Komisyon, OHAL kararnamele ile tesis edilen işlemlerin bireyselleştirilmiş kararlar olmadığını ve bu nedenle yargısal denetimlerinin pratikte imkânsız olduğunu belirtmişti. Yine Komisyon, büyük çaptaki bu sorunla başa çıkılması için hükümete *ad hoc* bir merci oluşturması yönünde tavsiyede bulunmuştu. Komisyona göre bu merci hukukun üstünlüğünün temel unsurlarına uygun davranarak başvuruları bireysel bir şekilde incelemeli, somut delilleri dikkate almalı ve gerekçeli kararlar vermelidir. Öte yandan bu merci bağımsız ve tarafsız olmalı, eski duruma geri getirme ve/veya uygun bir tazminata hükmetme yetkileriyle donatılmalı ve nihayet bu mercinin kararları yargı denetimine tabi olmalıdır.<sup>105</sup> Bu noktada hatırlatmak gerekir ki Avrupa Konseyi Genel Sekreteri de Türkiye’den bir *ad hoc* komisyon oluşturarak 15 Temmuz darbe girişimi sonrası AİHM önünde biriken başvuruların öncelikle iç hukukta incelenmesini istemişti.<sup>106</sup> Bunların sonucunda 685 No.lu KHK ile tesis edilen Olağanüstü Hal İnceleme Komisyonu, kararlarının yargı denetimine tabi olması dışında Venedik Komisyonu tarafından dile getirilen ölçütlerin neredeyse hiçbirini karşılamamaktadır. Ne var ki AİHM, 6 Haziran 2017 tarihli *Köksal* kararında,

<sup>100</sup> Yargıçlar Yudkivska, Sajo, Bianku, Karakaş, De Gaetano, Laffranque ve Motoc, karşı oy yazısı (*Burmych ve diğerleri/Ukrayna*).

<sup>101</sup> *Ibid.*, par. 32.

<sup>102</sup> *Ibid.*, par. 39.

<sup>103</sup> AİHM, *Zihni/Türkiye*, 59061/16, 29.11.2016 (kabul edilemezlik).

<sup>104</sup> Venedik Komisyonu, Görüş No. 865-2016.

<sup>105</sup> Par. 221-223.

<sup>106</sup> Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 12.10.2017 tarihli oturumunda parlamenterlerin sorularını yanıtlayan AK Genel Sekreteri T. Jagland, OHAL KHK’leri ile tesis edilen bireysel işlemleri incelemekle görevli bir merci kurulmasına AK’nin ön ayak olduğunu ifade etmiştir. <https://vodmanager.coe.int/coe/webcast/coe/2017-10-10-3/lang>

karar tarihinde henüz çalışmaya başlamamış olan bu komisyonun *a priori* tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğunu belirterek bir OHAL KHK'si ile ihraç edilmiş bir öğretmenin başvurusunu kabul edilemez bulmuştur.<sup>107</sup> Mahkeme, bu kararında, Venedik Komisyonunun adı geçen görüşüne atıf yapmış ancak OHAL İnceleme Komisyonunu bu ölçütler ışığında değerlendirmekten kaçınmıştır. Mahkemenin özellikle vurguladığı husus, yargı denetimine açık olup olmadığı tartışmalı olan binlerce işlemin bireyselleştirilerek yargı denetimine tabi olmasını sağlayacak bir mekanizmanın kurulmuş olmasıdır. Mahkeme bir sonraki aşamada ise bu karara dayanarak aynı yöndeki binlerce başvuruyu bireysel bir incelemeye tabi tutmaksızın tek yargıçlı formasyon kararlarıyla kabul edilemez bulmuştur. Uzun süre bu konuda suskun kalan AYM de İnceleme Komisyonunun kurulmasıyla birlikte AİHM uygulamasına paralel olarak bir başvuruyu kabul edilemez bulmuş ve benzer nitelikteki binlerce başvuruyu basitleştirilmiş usulle kabul edilemez bulmuştur.<sup>108</sup>

Hiç kuşku yok ki, bu içtihat politikasının arkasında, büyük ölçüde, 15 Temmuz sonrası biriken ve aynı içerikteki potansiyel başvurular bulunmaktadır. AİHM *Köksal* kararında AYM önünde bekleyen 60 bin başvuru olduğunu söylerken<sup>109</sup> bu başvuruların çok daha fazlasının kendi önüne gelebileceğini doğal olarak öngörmektedir. *Burmych* kararındaki gibi açıkça iş yükü gerekçe gösterilmese de, istatistiklere bakıldığında, altından kolaylıkla kalkılamayacak bir iş yükünün bu politikanın benimsenmesinde etkili olduğu anlaşılmaktadır.<sup>110</sup>

Ukrayna ve Türkiye davaları birlikte değerlendirildiğinde, hukukun üstünlüğü ilkesinin en temel unsurları olan keyfilik yasağı, mahkemeye erişim, adil yargılanma ve mahkeme kararlarının icrasının, “kriz” anlarında veya insan haklarının yoğun ve sistemli bir müdahaleye uğradığı durumlarda son derece göreceli güvenceler haline geldiği söylenebilir. Her iki durumda da Strazburg Mahkemesinin varlık sebebi olan bireysel başvuru mekanizmasının kilitlendiği ve yüzbinlerce kişinin etkili bir hukuki korumadan mahrum bırakıldığı ortadadır. Paradoksal bir şekilde, ulusal makamların keyfiliklerinden yakınan başvuru sahipleri yine ulusal makamların takdirinde gelişen süreçlerle baş başa kalmaktadır. Mahkeme her ne kadar bu pozisyonunu haklı çıkarmak için ikincillik ilkesine vurgu yapsa da kanımızca bu yeterli olmamıştır. Zira ikincillik ilkesinin bir fonksiyonu ulusal otoritelere ihlalleri giderme konusunda fırsat tanımaksa, bir diğer fonksiyonu bireylere maruz kaldıkları hak ihlallerinin en hızlı şekilde giderilmesi imkânı sağlamaktır. Bu imkân Ukrayna örneğinde hiç sağlanmamışken, Türkiye örneğinde çok az sayıda kişi için sağlanmıştır.<sup>111</sup> Dolayısıyla ikincillik ilkesi, bu vakalarda, kişilerin yakındıkları hak ihlallerinin giderilmesine somut bir katkı sunmamış aksine bunu zorlaştırmıştır. Bir başka deyişle, ikincillik ilkesi hak ve özgürlüklerin korunması amacına aykırı sonuçlar doğurmuştur. Bu ise taraf devletlerin hareket alanını genişletmiş, ülkemizde olduğu gibi yargısal denetime tabi olmayan

<sup>107</sup> AİHM, *Köksal/Türkiye*, 70478/16, 06.06.2017 (kabul edilemezlik).

<sup>108</sup> AYM, *Sait Orçan*, B. No: 2016/29085, 19.07.2017; *Ramazan Korkmaz*, B. No: 2016/36550, 19.07.2017; *Remziye Duman*, B. No. 2016/25923, 20.07.2017. AYM, daha sonra, yaptığı bir basın duyurusuyla 70.771 bireysel başvuruyu aynı gerekçeyle kabul edilemez bulduğunu açıklamıştır.

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/duyurular/detay/65.html>

<sup>109</sup> AİHM, *Köksal/Türkiye*, 70478/16, 06.06.2017 (kabul edilemezlik), par. 13.

<sup>110</sup> AİHM Başkanı Guido Raimondi, 2018 adli yılının açılışında yaptığı konuşmada, 15 Temmuz darbe girişimi sonrası Türkiye'ye karşı yaklaşık 30.000 başvuru yapıldığını kaydetmiştir. 2017 yılında yapılan başvuru sayısının bir önceki yıla göre %19 oranında arttığını belirten Raimondi, bu artışı Türkiye'den gelen başvurularla açıklamıştır. Başkan öte yandan ikincillik ilkesine vurgu yapmış ve Mahkemenin karşı karşıya kaldığı en büyük sorununun karara bağlanmayı bekleyen başvuru sayısı olduğunu hatırlatmıştır.

[https://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20180125\\_Raimondi\\_JY\\_PC\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20180125_Raimondi_JY_PC_FRA.pdf)

<sup>111</sup> OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu tarafından yapılan resmi bilgilendirmeye göre 28.02.2018 tarihi itibarıyla Komisyona yapılan başvuru sayısı 107.076'dır. Komisyon tarafından verilen karar sayısı ise 6.400 olarak ifade edilmiştir.

kararnamelerle temel hak ve özgürlüklere müdahale usulü devam etmiştir. Daha sonra değinileceği gibi bu durum yalnızca hukukun üstünlüğünün gerilemesine değil AİHM'nin meşruiyetinin tartışılmasına da yol açabilecektir.

### III. Demokratik Toplum ve Hukukun Üstünlüğü

Demokratik toplum kavramı tıpkı hukukun üstünlüğü gibi Sözleşme'nin merkezinde yer alan kavramlardan biridir. Hukukun üstünlüğü ile demokratik toplum arasındaki ilişkiler üzerinde durulmaksızın, bir değer olarak hukukun üstünlüğünün Mahkeme içtihadındaki anlamı tam olarak ortaya konamaz. Hukukun üstünlüğü bu içtihat içerisinde demokratik toplum kavramının adeta bir tamamlayıcısı olarak kendisine yer bulmaktadır. Mahkemenin bir ideal olarak sunduğu demokratik toplum ise adından da anlaşılacağı gibi belirli bir yönetim modeli önermemekte, demokrasiyi toplum tarafından geliştirilecek bir değer olarak sunmaktadır. Bu bakımdan hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesi iktidarın denetlenmesinin ve sınırlanmasının bir aracı olarak demokratik toplumun hizmetine sunulmuş gibidir. Demokratik devlet yerine demokratik toplum ön plana çıkararak bu yaklaşım hukukun üstünlüğünün politik alanı sınırlayıcı bir işleve sahip olduğu yönündeki eleştirileri Mahkeme içtihadı bakımından da gündeme getirmektedir.

#### A. Demokratik Toplumun Tamamlayıcısı Olarak Hukukun Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü gibi demokratik toplum da Sözleşme'nin Başlangıç kısmında yer alan temel referanslardan biridir. Hukukun üstünlüğünden farklı olarak demokratik toplum deyiimi Sözleşme'nin 8. ila 11. maddelerinin ikinci paragrafında yer alan sınırlama koşulları arasında yer almaktadır. Buna göre bu maddelerdeki haklara getirilecek sınırlamalar diğer koşulların yanında demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır. Mahkeme, demokratik toplumu açıkça tarif etmek yerine bu tür bir toplumun hangi unsurlardan oluştuğunu sıralama yoluna gitmiştir. İlk olarak *Handyside* kararında çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük demokratik toplumun temel unsurları olarak ifade edilmiştir.<sup>112</sup> Mahkeme, sonrasında, bu üçlüyü kullanmaya devam etmekle birlikte demokratik toplumun dayanaklarını veya içerdiği değerleri hatırı sayılır ölçüde genişletmiştir.<sup>113</sup> Ancak Mahkemenin savunduğu demokratik toplum modelinin neleri kabul edip neleri dışladığı meselesi bir çırpıda açıklığa kavuşturulması zor, karmaşık bir meseledir.<sup>114</sup> Bu modelin en özlü tabirle liberal, çoğulcu, bireyci bir toplum modeli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu özellikleriyle demokratik toplum, totaliter rejimlerin öngördüğü toplum modelinin tam karşısında yer almaktadır.

Demokratik toplum modeli şüphesiz Sözleşme'nin ideolojik arka planıdır. Bu toplum düzeninin devamlılığının sağlanması için hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesi en ideal araç olarak görülmektedir. Bu nedenledir ki Mahkeme hukukun üstünlüğünü demokratik toplumun temel unsurlarından biri olarak görmekte veya demokratik toplumun hukukun üstünlüğü ilkesine dayandığını istikrarlı bir biçimde söylemektedir. Ancak Mahkemenin hangi kavrama öncelik atfettiğinin net bir şekilde belirlenmesi mümkün görünmemektedir. Nitekim demokratik toplumun hukukun üstünlüğü ilkesine "dayanması"<sup>115</sup> veya "bağlı olması",<sup>116</sup> bu

<sup>112</sup> AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, par. 49.

<sup>113</sup> Bu konuda bkz. Michel LEVINET, "La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen", *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2, No. 86, s. 245 vd.

<sup>114</sup> Bu konuda bkz. Esra DEMİR GÜRSEL, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

<sup>115</sup> AİHM, *Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda*, 16616/90, 09.02.1995, par. 35; AİHM, *Tourkiki Enosi Xanthis ve diğerleri/Yunanistan*, 26698/05, 27.03.2008, par. 56.

ilkeyi “benimsemesi”<sup>117</sup> hatta bu ilke tarafından “yönetilmesi”<sup>118</sup> gibi varsayımlar hukukun üstünlüğünü bir nevi yönetim modeli olarak gösterirken; hukukun üstünlüğünün demokratik toplumun “temel ilkelerinden biri”<sup>119</sup> biçiminde tanımlanması bu ilkeyi demokratik toplumun bir unsuru veya bir gereği olarak gösterecektir. Mahkemenin bu konuda en sık kullandığı ifadelerden biri de “demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü”<sup>120</sup> deyimidir. Hangi biçimde kullanılırsa kullanılsın demokratik toplumun ve hukukun üstünlüğünün ayrılmaz bir ikili olarak içtihadı yön verdiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.<sup>121</sup>

Mahkemenin kararlarında kullandığı dil üzerinden demokratik toplum ve hukukun üstünlüğü arasındaki ilişki hakkında çok derin analizler yapılabileceği kuşkuludur. Gerçekten de tıpkı hukukun üstünlüğü-hukuk devleti kavramları bakımından söz konusu olduğu gibi hukukun üstünlüğü-demokratik toplum terimlerinin kullanımı sıradanlaştıkça bu iki farklı kavramın ayırt edici özelliklerini yitirerek iç içe geçtiği görülmektedir. Örneğin bir davada, güvenlik güçlerinin ateşli silah kullanırken yasalara uygun davranması hukukun üstünlüğüne değil de demokratik toplum kavramına bağlanmıştır;<sup>122</sup> buna karşın, bir başka davada, demokratik toplumla özdeşleşen basın özgürlüğü hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak tanımlanmıştır.<sup>123</sup> Benzer şekilde, bir diğer davada, hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme’deki en önemli yansımalarından biri olan adil yargılanma hakkı demokratik toplumda sahip olduğu büyük önemle anılmıştır, hukukun üstünlüğüne atıf yapılmamıştır.<sup>124</sup>

Hiç kuşku yok ki, yukarıda anılan hak ve özgürlüklerin tamamı hem demokratik toplum kavramıyla hem de hukukun üstünlüğü ilkesiyle rahatlıkla ilişkilendirilebilir. Ancak Mahkemenin bu ilişkilendirmeyi yapmadan kavramları birbirinin yerine kullanması bu iki kavrama Sözleşme çerçevesinde biçtiği rolün büyük ölçüde çakıştığı izlenimini vermektedir.

Bunu destekleyen bir diğer örnek Mahkemenin hukuk sistemine güven duygusuna yollama yaptığı kararlarıdır. İlk başlıkta dile getirildiği gibi Mahkeme, toplumun yargı sistemine güven duymasının mahkemelerin meşruluğu açısından gerekli olduğunu, mahkemelerin hukuk devletinin işleyişinde sahip olduğu temel misyonla birlikte ifade etmektedir. Ancak yargının tarafsızlığın ve bağımsızlığının tartışıldığı diğer bir grup kararda hukuk devleti referansının tamamen kaybolduğunu, bunun yerine “*demokratik bir toplumun mahkemeleri*” ifadesinin kullanıldığını görmekteyiz.<sup>125</sup> Nihayet bazı durumlarda demokratik toplum ve hukuk devleti kavramları söz konusu olan haklarla mantıksal bir bağ kurulmaksızın ayrılmaz bir ikili şeklinde yer almaktadır. Örneğin, Mahkeme, seçme ve seçilme haklarını konu bir kararda bu hakların “*demokrasi ve hukuk devleti için hayati*” önemde olduğunu söylemektedir.<sup>126</sup>

---

<sup>116</sup> AİHM, Büyük Daire, *Serguei Zolotouchine/Rusya*, 14939/03, 10.02.2009, par. 56.

<sup>117</sup> AİHM, *Winterwerp/Hollanda*, 6301/73, 24.10.1979, par. 39.

<sup>118</sup> AİHM, Büyük Daire, *Hirst/Birleşik Krallık (No.2)*, 74025/01, 06.10.2005, par. 58; AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006, par. 103.

<sup>119</sup> AİHM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, 5029/71, 06.09.1979, par. 55.

<sup>120</sup> AİHM, *Kruslin c. France*, 11801/85, 24.04.1990, par. 36. Telefon dinlemelerine ilişkin bu kararda Mahkeme, mevzuatın öngörülebilirlik koşulunu sağlamadığını tespit ettikten sonra başvuruçunun “*demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerekli kıldığı asgari korumadan yararlanmadığını*” belirtmiştir.

<sup>121</sup> Patrick WACHSMANN, *op. cit.*, s. 262.

<sup>122</sup> AİHM, Büyük Daire, *McCann/Birleşik Krallık*, 18984/91, 27.09.1995, p. 212.

<sup>123</sup> AİHM, *Castells/İspanya*, 11798/85, 23.04.1992, par. 43.

<sup>124</sup> AİHM, *Delcourt/Belçika*, 2689/65, 17.01.1970, par. 25.

<sup>125</sup> Örn., AİHM, *Tanışma/Türkiye*, 32219/05, 17.11.2015, par. 75.

<sup>126</sup> AİHM, *Aziz/Kıbrıs*, 69949/01, 22.06.2004, par. 25. Mahkeme başka kararlarında ise bu hakların “*hukuk devleti ilkesiyle yönetilen gerçek bir demokrasinin temellerinin atılması ve korunması bakımından*” yaşamsal olduğunu

Terminolojideki bu muğlaklığı ve demokratik toplum ile hukukun üstünlüğü kavramlarını neredeyse eş anlamlı olarak kullanıldığı durumları bir yana bırakırsak, hukukun üstünlüğünün aslında demokratik toplumun sınırlarını çizen temel bir ilke olduğunu söyleyebiliriz. Hukukun üstünlüğünün bu rolü, totaliter rejimler tarafından işlenen suçların demokratik geçiş sürecinden sonra cezalandırılmasını konu alan başvurularda açığa çıkmaktadır. Bu kararlarında Mahkeme hukukun üstünlüğünden ziyade hukuk devleti kavramına başvurmakta ve savunduğu pozisyonu bu referans ile meşrulaştırmaktadır.

Örneğin, eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde Berlin Duvarı'nı aşarak sınırdan geçmeye çalışan kişilerin silahla vurularak öldürülmesi olaylarının faillerinin Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından cezalandırılmasını konu alan iki karar bu yöndedir. Bu durumda Mahkemeye göre, "önceki rejim altında suç işlemiş olan kişilere karşı (yeni rejim tarafından) ceza kovuşturması yürütülmesi bir hukuk devleti için meşrudur". Mahkeme buna ek olarak, bir hukuk devletinde, olayların yaşandığı dönemin yasal düzenlemelerini hukuk devletinin tabi olduğu ilkeler ışığında yorumlamaları ve uygulamaları nedeniyle mahkemelerin eleştirilemeyeceğini söylemiştir.<sup>127</sup> Bu davalarda başvuruçular, cezalandırılmalarına neden olan fiillerin o dönemin yasalarına göre suç olmadığını öne sürerken, Mahkeme bu tezi reddetmiş ve başta yaşam hakkı olmak üzere temel hakları açık bir şekilde ihlal eden bu fiillerin Sözleşme'nin 7. maddesi tarafından korunamayacağını savunmuştur.<sup>128</sup>

Benzer bir bağlamda, geçmişte Letonya Komünist Partisi'nde aktif olarak görev aldığı gerekçesiyle bağımsızlık sonrası genel seçimlerde aday olamayan bir siyasetçinin başvurusunu inceleyen Mahkeme, başvuruçunun serbest seçimlerde aday olma hakkına getirilen sınırlamanın hukukun üstünlüğüne uygun olduğunu vurgulamıştır.<sup>129</sup> Bu davada başvuruçucu halihazırda Avrupa Parlamentosu üyesi olmasına ve politik geçmişi nedeniyle herhangi bir mahkumiyet almamış olmasına rağmen, Letonya'nın bir referandumla bağımsızlığını ilan etmesinden önce bağımsızlık karşıtı bir siyasi oluşuma öncülük etmiş olması yeni kurulan demokratik rejim bakımından bir tehdit olarak algılanmıştır. Nitekim Mahkeme, yerleşik bir demokraside bu tür bir engellemenin kabul edilemeyeceğini ancak demokrasiye yeni geçiş yapmış bir ülkede totaliter rejimin tekrar inşasına yol açabilecek fikirlerin güç kazanmasına karşı bu tür tedbirlerin alınmasının kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir.<sup>130</sup>

Bununla birlikte hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü referanslarının etkisi demokratik geçiş dönemlerinde sınırsız değildir. Bu duruma örnek olarak *Vasiliauskas/Litvanya* davasına değinilebilir.<sup>131</sup> Bu vakada başvuruçucu, Letonya Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nde güvenlik görevlisi olduğu sırada rejim karşıtı bir siyasi gruba karşı 1953 yılında soykırım suçu işlediği gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Ancak cezaya dayanak oluşturan yasal düzenleme 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile 1948 Soykırım Sözleşmesi kapsamına girmeyen "siyasi grup" kavramı da soykırım suçunun tanımına dahil edilmiştir. Tipik bir ceza yasasının geçmişe etkili olarak uygulanması durumuyla karşı karşıya kalan Mahkeme, söz konusu fiilin işlendiği sırada uluslararası hukukta soykırım suçunun siyasi gruplara karşı da işlenebileceği yönünde bir norm bulunmadığını tespit ederek zayıf bir çoğunlukla olsa da Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal

---

ifade etmektedir. AİHM, Büyük Daire, *Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), 06.10.2005, par. 58; AİHM, *Albanese/İtalya*, 77924/01, 23.03.2006, par. 44.

<sup>127</sup> AİHM, Büyük Daire, *Streletz, Kessler and Krenz/Almanya*, 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22.03.2001, par. 81; AİHM, Büyük Daire, *K.-H.W./Almanya*, 37201/97, 22.03.2001, par. 84.

<sup>128</sup> Sırasıyla par. 87 ve par. 90.

<sup>129</sup> AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006, par. 118.

<sup>130</sup> Par. 133.

<sup>131</sup> AİHM, Büyük Daire, *Vasiliauskas/Litvanya*, 35343/05, 20.10.2015.

edildiğine hükmetmiştir. Büyük Daire, aksi yönde bir uygulamanın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı yönündeki tezi açıkça kabul etmiştir.<sup>132</sup>

Bu kararların da gösterdiği gibi hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri Mahkemenin gözünde demokratik bir rejimin kuruluşunda ve korunmasında belirleyici bir rol oynamaktadır. Totaliter rejimlerin tekrar inşası tehlikesine karşı devletlerin aldığı tedbirlerin Sözleşme'ye uygunluğunun tartışmalı olduğu durumlarda Mahkeme hukuk devleti ilkesini adeta bir süzgeç gibi kullanmaktadır. Süzgeçten geçenler kabul edilebilir olurken geçemeyenler demokratik rejim veya demokratik toplum ideali ile bağdaştırılmamaktadır. Hepsinin Büyük Daire formasyonu tarafından incelenmiş olmasının da gösterdiği gibi bu tip davalar Sözleşme'nin yorumu ve uygulanması bakımından büyük öneme sahiptirler. Dolayısıyla demokratik toplum-hukukun üstünlüğü ilişkisinin belirlenmesinde asıl yol gösterici olan kanımızca bu kararlardır. Ne var ki, hukukun üstünlüğü ilkesinin demokratik toplumla olan ilişkisi yalnızca bir "tamamlama" veya "dayanak oluşturma" şeklinde özetlenemeyecektir. Meseleye bir başka açıdan yaklaşıldığında hukukun üstünlüğünün siyasi alanı kısıtlayan, dolayısıyla demokrasiyi kontrolü altına alan bir fonksiyon da üstlendiği savunulabilmektedir.

## **B. Politik Alanın Sınırlayıcısı Olarak Hukukun Üstünlüğü**

Hukukun üstünlüğü ile demokrasi arasındaki ilişkinin aslında gerçek manada bir karşılıklı bağımlılık ilişkisi<sup>133</sup> olmadığı, hukukun üstünlüğü ilkesinin demokratik siyaset alanını daraltıcı bir işlev gördüğü fikri çok eski tarihlerden beri siyasi düşünce dünyasında var olmuştur.<sup>134</sup> Günümüzde her ne kadar çoğunlukçu demokrasi yerine çoğulcu demokrasi modeli savunulsa da bu evrim daha çok siyasi süreçte katılımın rolüne işaret etmekte, siyasi sürecin etki alanının sınırlanmasında bir değişiklik yaratmamaktadır.<sup>135</sup> Dolayısıyla politik alanın sınırlamalara tabi olmadan genişlemesi veya güçlenmesi ve bu alanın hukuk aracılığıyla denetim altına alınmak istenmesi karşıt iki olgu olarak bir ölçüde varlıklarını sürdürmektedir.<sup>136</sup>

Bu tespitin Sözleşme bakımından geçerli olup olmadığı öğretide çokça tartışılan bir konu değildir. Sözleşme alanındaki çalışmalar genellikle demokratik toplum ve hukukun üstünlüğü kavramlarının ayrılmaz bir ikili olarak Sözleşme'nin merkezinde yer aldığını kabul edip iki kavram arasında bir karşıtlık veya gerilim aramamaktadır. Bazı yazarlar ise "düşman kardeşler" olarak

---

<sup>132</sup> Par. 184. Karar sekize karşı dokuz oyla alınmıştır.

<sup>133</sup> Bu konuda bkz. Ofer RABAN, "The Rationalization of Policy: On the Relation Between Democracy and the Rule of Law", *Legislation and Public Policy*, Vol. 18:45, 2015, s. 48. Bu görüş, siyasal liberalizm ile özdeşleşen bütün bireysel özgürlüklerin korunmasını demokrasinin bir gereği olarak kabul etmekte ve böylece oldukça geniş bir demokrasi tanımı önermektedir.

<sup>134</sup> Bu konuda bkz. Berke ÖZENÇ, *op. cit.*, s. 43 vd. Yazar, Platon ve Aristo'nun eserlerinden yola çıkarak Atina demokrasisinde hukukun üstünlüğü ve demokrasi arasındaki karşıtlığı dönemin toplumsal mücadeleleri ışığında aktarmaktadır.

<sup>135</sup> Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, 13'üncü baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, s. 136.

<sup>136</sup> Bu konuda bkz. Michel MIALLE, *op. cit.*, s. 19 vd; Alain DELCAMP, "Cours constitutionnelles et parlements - ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et État de droit", *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/1. No. 38, s. 183. Aksi yönde bir görüş için bkz. Louis Favoreu et al., *op. cit.*, s. 26. Yazarlar, bu karşıtlığı savunanların "kanun devleti" akımının son temsilcileri olduklarını ve 20. yüzyılın başlarındaki durumun aksine yasaların günümüzde "genel iradenin" değil "çoğunluğun iradesinin" bir yansıması olduğunu dile getirmektedir. Bu nedenle kanunların anayasaya uygunluk denetiminin işlevinin parlamentodan ziyade yürütmeyi kontrol altında tutmak olduğunu savunan yazarlar, hukuk devleti ilkesinin siyasi alanı hukuksallaştırarak kuşattığı tezini modern demokrasilerdeki gerçekliği yansıtmayan anakronik bir bakış açısı olarak değerlendirmektedir.

gördükleri “liberalizm” ve “demokrasi” kavramlarının Sözleşme bağlamında aşağı yukarı “hukukun üstünlüğü” ve “demokratik toplum” kavramlarına denk geldiğini öne sürmektedir.<sup>137</sup>

Demokrasiyi Lincoln’un tanımıyla “halkın halk tarafından halk için yönetilmesi” biçiminde bir yönetim modeli olarak ele aldığımızda bu modelin İHAS’ta ve İHAM kararlarında büyük bir yer tutmadığını tereddütsüz bir şekilde söyleyebiliriz.<sup>138</sup> Gerçekten de halkın yönetime katılması ile doğrudan alakalı, Sözleşme’de yer alan tek düzenleme ek bir protokol aracılığıyla güvence altına alınan serbest seçim hakkına ilişkin maddedir. Bilindiği gibi Mahkeme, bu maddenin metninde açıkça yer almamasına rağmen oy hakkı ve seçimlerde aday olma hakkını da serbest seçim hakkının bir unsuru olarak kabul etmiştir.<sup>139</sup> Dahası Mahkeme bu subjektif katılım haklarının “hukukun üstünlüğü ile yönetilen gerçek bir demokrasinin temellerinin atılması ve muhafaza edilmesi bakımından hayati” önemde olduğunu vurgulamıştır.<sup>140</sup> Ne var ki Mahkeme bu hakların mutlak olmadığını ve zımni birtakım sınırlamalara tabi tutulacağını da eklemiştir.<sup>141</sup> Mahkemeye göre, Avrupa kıtasının tarihsel evrim, kültürel çeşitlilik ve siyasi düşünce bakımından çok sayıda farklılığı bünyesinde barındırması nedeniyle taraf devletlere bu alanda geniş bir takdir marjı tanınmalıdır. Bunun sonucu olarak her devlet kendi demokrasi vizyonunu hayata geçirebilmelidir.<sup>142</sup> Böylece Mahkeme, demokrasiyi “Sözleşme ile uyumlu tek siyasal model” olarak görmekte<sup>143</sup> ancak siyasal katılım mekanizmaları konusunda belirli bir model önermemektedir. Devletlere bırakılan geniş takdir marjı Mahkemenin gerçekleştirdiği denetimin kapsamını oldukça daraltmaktadır.<sup>144</sup> Mahkemenin kendisinin de ifade ettiği gibi, “demokratik bir toplumda gereklilik” veya “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” kriterlerinin uygulanmadığı bu denetimde dikkate alınacak iki ölçüt bulunmaktadır: serbest seçim hakkına getirilen sınırlamanın keyfi veya ölçüsüz olup olmadığı; sınırlamanın halkın oyunun/iradesinin serbestçe ifade edilmesine engel teşkil edip etmediği.<sup>145</sup> Ne var ki bu ölçütlerin uygulanması sırasında da Mahkemenin oldukça temkinli ve esnek davrandığı kaydedilmelidir. Bunun en açık örneği Letonya’nın Rusça konuşan azınlığını temsil eden bir siyasetçinin politik geçmişi nedeniyle genel seçimlerde aday olamamasını konu alan, yukarıda anılan *Zdanoka*<sup>146</sup> kararı ile Türkiye’deki %10’luk seçim barajının incelendiği *Yumak ve Sadak*<sup>147</sup> kararıdır. Her iki kararda da Strazburg Mahkemesi devletlerin geniş takdir marjına sıkça atıf yaparak serbest seçim hakkına getirilen sınırlamaların Ek Protokolün 3. maddesini ihlal etmediğine kanaat getirmiştir. İlk kararda Mahkeme, söz konusu siyasi yasağın parlamento tarafından gözden geçirilmesi ve kısa zamanda kaldırılması gerektiğini dile getirmiş; ikinci kararda, “aşırı” olarak nitelendirdiği %10’luk seçim barajının düşürülmesini tavsiye etmiştir.<sup>148</sup> Buna karşın her iki durumda da, kanımızca tartışmalı bir şekilde, siyasal katılım hakkına yönelik müdahaleleri kabul edilebilir bulmuştur.

<sup>137</sup> Xavier SOUVIGNET, “Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l’homme: du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet”, *Jurisdoctoria*, n° 5, 2010, s. 45.

<sup>138</sup> *Ibid.* s. 41 vd.

<sup>139</sup> AİHM, *Mathieu-Mohin and Clerfayt/Belçika*, 9267/81, 02.03.1987, par. 46-51.

<sup>140</sup> AİHM, Büyük Daire, *Hirst/Birleşik Krallık (No. 2)*, 06.10.2005, par. 58.

<sup>141</sup> Par. 60.

<sup>142</sup> Par. 61.

<sup>143</sup> AİHM, Büyük Daire, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 19392/92, 30.01.1998, par. 45.

<sup>144</sup> Bu konuda bkz. Gérard GONZALEZ, “Le droit à des élections libres”, in Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, 7<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 2015, s. 752.

<sup>145</sup> AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006, par. 115 c).

<sup>146</sup> AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006.

<sup>147</sup> AİHM, Büyük Daire, *Yumak ve Sadak/Türkiye*, 10226/03, 08.07.2008.

<sup>148</sup> Sırasıyla par. 135 ve par. 147.



Kısacası Sözleşme’de demokrasi ile doğrudan ilişkilendirilebilen tek hak olan serbest seçim hakkının güçlü bir korumadan yararlandığını söylemek mümkün değildir. Düşünce, ifade, toplantı ve örgütlenme özgürlükleri gibi demokrasi bakımından hayati önemde olan diğer özgürlükler ise “demokratik devlet” kavramından ziyade bunları düzenleyen maddelerde açıkça zikredilen “demokratik toplum” kavramı ile özdeşleşmiş görünmektedir.<sup>149</sup> Doğrusu, “demokratik devlet” veya “demokratik rejim” kavramları Mahkemenin çok az sayıda kararında geçmektedir.<sup>150</sup> Genellikle siyasi parti kapatma davalarına ve demokratik geçiş dönemlerine ilişkin olan bu kararlarda halkın iradesine dayanan bir yönetim modeli olarak demokrasi hakkında çok şey söylenmemektedir. Yalnızca Refah Partisi’nin kapatılmasının Sözleşme’ye uygunluğunun denetlendiği Daire kararında Mahkeme demokrasi ve hukukun üstünlüğü arasındaki ilişkiye değinmiş ve bu ikilinin arasında çok sıkı bir bağ olduğunu ifade etmiştir.<sup>151</sup> Ancak bu kararda demokrasiyi anlatmak için Mahkeme tarafından kullanılan önerme henüz analizin başında demokrasinin hukukun üstünlüğü karşısında ikincil bir öneme sahip olduğu şeklinde yorumlanmıştır: “*Demokrasi halka bir rol verilmesini varsaymaktadır*”.<sup>152</sup> Bir yönetim modeli olarak demokraside halkın yerinin yalnızca bir “rol” ile açıklanması ve üstelik bu rolün halka dışarıdan “verildiği” fikri Mahkemenin halkın egemenliğini hiçe saydığı yönünde eleştirilere neden olmuştur.<sup>153</sup> Halkın demokrasi tanımındaki yerinin bu denli önemsizleştirilmesinin sorumlusu ise aynı eleştirilere göre hukukun üstünlüğü ilkesinden başka bir şey değildir.<sup>154</sup> Nitekim Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesinin bir unsuru olan kanun önünde eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının Refah Partisi’nin savunduğu çoklu hukuk sistemi içerisinde gözetilmesinin mümkün olmayacağını demokrasi ile ilgili açıklamalarının hemen arkasına eklemiştir.<sup>155</sup> Böylece hukukun üstünlüğü ilkesinin gerekleriyle uyuşmayan siyasi projelerin halkın çoğunluğunun oyunu almış bir siyasi parti tarafından hayata geçirilmesinin engellenmesi Sözleşme bakımından kabul edilebilir bulunmuştur.<sup>156</sup>

Halkın tercihi ile hukukun üstünlüğü ilkesinin karşı karşıya geldiği diğer az sayıda durumda da Mahkemenin tutumu aynı yönde olmuştur. Örneğin daha önce bahsi geçen *Zdanoka* kararında Letonya’nın yaklaşık %30’unu oluşturan Rusça konuşan azınlığın en öne çıkan siyasi temsilcisinin Sovyet yanlısı politik geçmişi nedeniyle genel seçimlerde aday olamaması yeni rejime ve bu rejimin kurumlarına olan güvenin sağlanması bakımından meşru görülmüştür. Çoğunluğun bu yöndeki görüşüne katılmayan yargıç ZUPANČIČ bu vakanın hukuk devleti ve demokrasi arasındaki ilişkiyle yakından ilgili olduğunu, esasen politik bir mesele olan

<sup>149</sup> Hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında “demokratik devlet” yerine “demokratik toplum” ölçütünün benimsenmesinin önemli sonuçları vardır. “Demokratik toplum” ölçütü, bir hakka veya özgürlüğe getirilen sınırlamanın meşru ve gerekli sayılması için bu sınırlamanın demokratik seçimlerle iş başına gelmiş bir siyasi iktidar tarafından öngörülmüş olmasını yeterli görmeyip, söz konusu sınırlamanın demokratik değerlere sahip bir toplum tarafından da kabul edilebilir olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu konuda ve “demokratik devlet”-“demokratik toplum” kavramsal tartışması için bkz. Esra DEMİR GÜRSEL, *op. cit.*, s. 59 vd. ve s. 135.

<sup>150</sup> Xavier SOUVIGNET, *op. cit.*, s. 43.

<sup>151</sup> AİHM, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 4134098; (...), 31.07.2001, par. 43.

<sup>152</sup> Mahkeme şöyle devam etmiştir: “*Yalnızca halk tarafından ve halk için oluşturulmuş kurumlar (...) devlet otoritesini kullanma yetkisine sahip olmalıdır; yasalar, bağımsız bir yargı erki tarafından yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Çoğunluğu oluştursa dahi bir devletin nüfusunun, yönettiği halka karşı sorumlu olmayan laik veya dini bir varlığın lehine yasama ve yargı erklerinden feragat ettiği durumda demokrasiden söz edilemez*”.

<sup>153</sup> Gilles LEBRETON, “L’islam devant la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue du droit public*, n° 5, 2002, s. 1509.

<sup>154</sup> *Ibid.*, s. 1510.

<sup>155</sup> AİHM, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 4134098; (...), 31.07.2001, par. 43 ve 70.

<sup>156</sup> Bu karar Büyük Daire tarafından onaylanmıştır. Büyük Daire, Daire kararındaki değerlendirmeleri ve ulaşılan sonucu tamamen onaylamakla birlikte demokrasiye ilişkin açıklamaları tekrarlamamıştır. AİHM, Büyük Daire, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 41340/98, 13.02.2003.

eski rejimle hesaplaşmanın günümüzde bir hukuk devleti meselesi halini aldığını savunmuştur.<sup>157</sup> Aynı doğrultuda, ilk bölümde değinilen *Baka* kararında yeni Macaristan Anayasası'na eklenen geçici bir maddeyle Yüksek Mahkeme başkanının görevine son verilmesi incelenmiş, söz konusu geçici düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasında dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Böylece, halkın desteğini almış bir siyasi iktidarın devlet kurumlarını kendi siyasi vizyonuna göre yeniden yapılandırma girişimi Mahkeme tarafından hukuk devleti referansı yoluyla reddedilmiştir.

Bütün bu kararlar Mahkeme içtihadında hukukun üstünlüğü-demokrasi geriliminin bir karşılığı olduğunu göstermektedir. Ancak bu gerilimin içtihadın geneline yön verdiğini ve Mahkemenin demokrasi anlayışının "*halksız bir demokrasi*"<sup>158</sup> olduğunu söylemek bir parça abartılı olacaktır. Nitekim *Refah Partisi* ve *Zdanoka* kararlarında hukukun üstünlüğü ilkesi aracılığıyla karşı durulan olgu teorik olarak halk egemenliği değil totaliter bir rejime kayma riski veya yıkılmış totaliter rejimlerin tekrar kurulması tehlikesidir.<sup>159</sup> *Baka* kararında ise doğrudan Mahkeme tarafından adı konulmamış olsa da hukuk devleti ilkesi, otoriterleşme eğilimleri gösteren bir siyasi iktidara duyulan güvensizliğin sonucu olarak ön plana çıkmıştır. Kuşkusuz bu kararların arka planında yer alan tarihsel ve siyasal verilerin Mahkeme tarafından yorumlanma şekli her zaman için tartışmaya açık bir meseledir. Bu konuda en dikkat çekici husus Mahkemenin demokratik rejimler açısından tehdit oluşturabilecek olayları risk almadan yorumlamasıdır. Bir başka ifadeyle, Mahkeme temkinli davranmakta ve demokratik rejimlerin tehlikede olduğu iddialarını çoğunluğun iradesinin karşısında konumlanmak pahasına kolayca kabullenmektedir. Bunu yaparken kullandığı meşrulaştırıcı güç ise hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkeleridir. Mahkeme içtihadına bu açıdan bakıldığında, hukukun üstünlüğü ilkesi, siyasi iktidarı meşrulaştırıcı işlevinin ötesinde Mahkemenin faaliyetini de meşrulaştırıcı bir rol üstlenmektedir.

## Sonuç Yerine:

### Hukukun Üstünlüğü ve Mahkemenin Meşruluğu

AİHM meşhur *Loizidou* kararında Sözleşme'yi "*Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı*" olarak tanımlamıştır.<sup>160</sup> Bu iddialı tanım içtihadta sıklıkla kullanılsa da Mahkemenin Sözleşme'ye ve kendi kararlarına nasıl bir misyon yüklediğini göstermesi bakımından oldukça önemlidir. Avrupa kamu düzeni kavramı, Avrupa toplumu için asli olarak kabul edilen bir kurallar bütününün varlığı ve Avrupa devletlerinin bu değerlerle bağlı olduğu varsayımına dayanır.<sup>161</sup> Söz konusu temel değerler Sözleşme'nin Başlangıç kısmında ifade edilen hukukun üstünlüğü, insan haklarına saygı ve demokratik toplum düzeninden başka bir şey değildir.<sup>162</sup> Sözleşme'nin bu düzeni sağlayan bir "*anayasal araç*" olarak görülmesi ise devletlerin hiçbir

<sup>157</sup> Yargıç Zupancic'in karşı oy yazısı (*Zdanoka/Letonya*).

<sup>158</sup> Xavier SOUVIGNET, *op. cit.*, s. 46.

<sup>159</sup> AİHM, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 4134098; (...), 31.07.2001, par. 99; AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006, par. 133.

<sup>160</sup> AİHM, Büyük Daire, *Loizidou/Türkiye*, 15318/89, 23.03.1995 (ilk itirazlar), par. 75.

<sup>161</sup> Frédéric SUDRE, "Un instrument de l'ordre public européen", in Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 2015, s. 9.

<sup>162</sup> *Ibid.* s. 11. Ayrıca bkz. Özge OKAY TEKİNSOY, "Avrupa Kamu Düzeni Kavramı", *Hacettepe Hukuk Fak. Derg.*, 1(1) 2011, s. 69 vd.

surette Sözleşme'yi uygulamaktan, en azından Avrupa kamu düzeninin temellerini koruyacak bir standart oluşturmaktan kaçınmayacağı anlamına gelmektedir.<sup>163</sup>

Devletlere yüklenen bu yükümlülük pratikte iki önemli sonuç doğurmaktadır. İlki, Sözleşme'nin normlar hiyerarşisinde *de facto* anayasa üstü bir değer kazanmasıdır. Mahkeme her ne kadar Sözleşme'nin ulusal hukuk sistemlerindeki normatif değeri hususunda bağlayıcı bir yorumda bulunmamış olsa da taraf devletlerin anayasal düzenlemelerini gerekçe göstererek Sözleşme'ye aykırı tedbirler alamayacağını belirtmesi,<sup>164</sup> Sözleşme'ye kendiliğinden anayasa üstü bir konum kazandırmıştır. İkincisi, kaynağı ne olursa olsun her türlü işlemin, eylemin, normun Sözleşme'ye uygunluğunun Mahkeme tarafından denetlenmesidir. Gerçekten de Mahkeme gerek referandum sonucu kabul edilen bir anayasal düzenleme<sup>165</sup> gerek yeni bir anayasaya eklenen geçici bir madde<sup>166</sup> olsun, her türlü düzenlemenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemekten imtina etmemektedir. Bu da Sözleşme'yi bir nevi Avrupa Anayasası, Mahkemeyi ise bir Avrupa Anayasa Mahkemesi konumuna getirmektedir.

Sözleşme'nin taraf devletlerin anayasal düzenini bağlayan bir Avrupa Anayasası olarak nitelendirilmesi yeni bir şey olmasa da bazı yargıçların yakın tarihli Büyük Daire kararlarında bu iddiayı çok daha güçlü bir şekilde savunduğu dikkat çekmektedir. Örneğin *Al-Dulimi* kararında bir grup yargıç, Avrupa kamu düzeninin anayasası olarak Sözleşme'nin Avrupa kıtasında en üstün hukuku oluşturduğunu ve ne anayasal normlara ne de uluslararası hukukun üstün normları olarak nitelendirilen kurallara tabi olduğunu savunmuştur.<sup>167</sup> *Baka* kararında ise aynı yönde ayrık görüş yazısı kaleme alan iki yargıç, Sözleşme'nin tartışmasız olarak "anayasa üstü" statüde olduğu ve Mahkeme'nin bir "Avrupa Anayasa Mahkemesi" olarak her türlü ulusal düzenlemeyi denetleyebileceği hususlarının kararda daha açık bir şekilde yer alması gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>168</sup> Yargıçlara göre, Mahkemenin, arkasındaki siyasi çoğunluktan bağımsız olarak her türlü anayasa reformunu denetlemesi ancak bu "Avrupa Anayasası" iddiasının net bir şekilde sahiplenilmesi ile mümkündür; somut vakada "hukuk devleti" ve "yargı bağımsızlığı" ilkelerinin korunması amacıyla siyasi çoğunluğun anayasal tercihleri üzerinde bir denetim gerçekleştirilmiş ancak Mahkeme bu yetkisini nereden aldığını net bir biçimde ortaya koymamıştır.<sup>169</sup>

Kanımızca bu ayrık görüşlerde dikkat çekilmek istenen esas sorun Avrupa Anayasa Mahkemesi olarak niteledikleri Strazburg Mahkemesinin meşruluğu sorunudur. Bu sorun, doğal olarak, ulusal karar alıcıların anayasal düzene ve önemli toplumsal meselelere ilişkin karar ve tercihlerinin Mahkeme tarafından denetlenmesi durumunda belirgin bir biçimde gün yüzüne çıkmaktadır. Bu durumda AİHM'nin bir anayasa mahkemesi gibi davrandığı kabul edildiği takdirde, tüm anayasa mahkemelerinin karşılaştığı meşruluk sorunu AİHM bakımından da gündeme gelecektir. Üstelik asli kurucu iktidarın iradesine dayanan ulusal anayasa mahkemelerinin aksine uluslararası bir sözleşme aracılığıyla açıklanan devletlerin iradesine dayanan AİHM açısından bu sorun çok daha önceliklidir. Hiç kuşku yok ki, Mahkeme, demokratik meşruiyetinin son derece zayıf olduğunun farkındadır. Ulusal takdir marjı doktrini ve bunun da temelini oluşturan ikincillik ilkesi bu eksikliği telafi etmek için Mahkeme tarafından

<sup>163</sup> AİHM, Büyük Daire, *Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre*, 5809/08, 21.06.2016, par. 145.

<sup>164</sup> AİHM, Büyük Daire, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 19392/92, 30.01.1998, par. 30.

<sup>165</sup> AİHM, Büyük Daire, *Open Door and Dublin Well Woman/İrlanda*, 14234/88; 14235/88, 29.10.1992.

<sup>166</sup> AİHM, Büyük Daire, *Baka/Macaristan*, 20261/12, 23.06.2016.

<sup>167</sup> Yargıçlar Pinto De Albuquerque, Hajiyev, Pejchal ve Dedov'un aynı yönde ayrık görüşü. par. 59. (*Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre*).

<sup>168</sup> Yargıçlar Pinto De Albuquerque ve Dedov'un aynı yönde ayrık görüşü (*Baka/Macaristan*).

<sup>169</sup> *Ibid.*, par. 1 ve 25.

seferber edilen en kullanışlı araçlardır. Bu araçlar, dini sembol ve kıyafet yasakları, yaşamın başlangıcı ve sonu, eşcinsellerin evlenme ve evlat edinme hakları gibi Avrupa toplumlarının üzerinde oydaşmadığı konularda -bazen tartışmalı olmakla birlikte- Mahkemenin kendi hareket alanını sınırlamasına meşruluk kazandırabilmektedir. Buna karşın Mahkemenin kendi müdahale alanını sınırlamadığı ve genellikle bir hakkın ihlal edildiğine hükmettiği kararlarda takdir marjı doktrini ve ikincillik ilkesi bu meşrulaştırıcı fonksiyonlarını yitirmektedir. Bu durumda hukukun üstünlüğü ve/veya hukuk devleti ilkelerine ve kaçınılmaz olarak Sözleşme'nin Başlangıç kısmına dayalı retorik Mahkemenin yorum faaliyetini meşrulaştırıcı bir işlev görmektedir. Başka bir ifadeyle, Mahkeme kendi yetkisinin yetkisini bu söylemden almaktadır: Ortak değerler etrafında bir araya gelen ve hukukun üstünlüğüne dayalı gerçek demokratik rejimler inşa etme iradelerini Sözleşme'yi imzalayarak ortaya koyan devletler Mahkemeye bu yetkiyi vermişlerdir. Bu sayede Mahkeme bir anayasa mahkemesi gibi faaliyet gösterebilmekte ve hukukun üstünlüğü ilkesi aracılığıyla ulusal politik alanları sınırlayabilmektedir. Ancak bu bakış açısı benimsendiğinde, kendisi de Sözleşme tarafından oluşturulmuş bir organ olduğundan hukukun üstünlüğü ilkesi Mahkemeyi de bağlayacaktır.

Mahkemenin faaliyetinin hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olup olmadığını denetleyecek bir merci olmasa da Mahkemenin meşruluğu tartışmaları bakımından bu son derece önemli bir noktadır. Örneğin, ikinci bölümde gösterilmeye çalışıldığı üzere, iş yükü gibi pratik gerekçeler karşısında hukukun üstünlüğü ilkesinden taviz verilmesi veya tatmin edici gerekçeler olmaksızın içtihat değişikliğine gidilerek usul güvencelerinin zayıflatılması durumunda Mahkeme kararlarının meşruluğu tartışmaya açılacaktır. Kısacası, Mahkeme Avrupa Anayasa Mahkemesi rolünü kabul ettirebilmek için hukukun üstünlüğü ilkesini bizzat kendisi her koşulda gözetmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, hukukun üstünlüğü ilkesi, AİHM kararlarında üstlendiği rol itibarıyla bir yandan bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasında temel bir yorum aracı, diğer yandan demokratik toplum düzeninin işleyişine yön veren bir temel ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bunun da ötesinde, hukukun üstünlüğü, demokratik rejimlerden olası sapmalara karşı Mahkemenin müdahalesini meşrulaştıran ve bu sayede Avrupa kamu düzeninin devamlılığını sağlayan bir temel değer olarak da belirmektedir. Bu çoklu fonksiyonu nedeniyle hukukun üstünlüğü Mahkeme içtihadında vazgeçilemez bir referans olarak kendisine yer bulmaktadır. Bu "popülerite" hukukun üstünlüğünün her koşulda ve ne pahasına olursa olsun korunduğu anlamına gelmemekle birlikte, bu kavramın gelişiminde artık Avrupa Mahkemesinin de söz sahibi olduğunu göstermektedir. Kanunların anayasaya uygunluğu denetimine ilave olarak anayasaların Sözleşme'ye uygunluğunun denetimi de böylece hukuk devletinin/hukukun üstünlüğünün bir unsuru olarak kabul edilmelidir. Bunun tetiklediği meşruluk tartışmaları ise uzun bir süre gündemde kalacağına benzemektedir.

## KAYNAKÇA

CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, Montchrestien, 4e éd., Paris, 2003.

DELCAMP, Alain, "Cours constitutionnelles et parlements - ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et État de droit", *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/1, No. 38, ss. 181-203.

DEMİR GÜRSEL, Esra, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

DOEHRING, Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, (çev. Ahmet MUMCU), İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002.

DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, 3e éd., Fontemoing, Paris, 1918,

ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 13'üncü baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.

FAVOREU, Louis, et al., *Droit constitutionnel*, 13e éd., Dalloz, Paris, 2010.

FERIOLI, Elena, "Rule of Law and Constitutional Democracy", *The Turkish Yearbook of International Relations*, Vol. 46 (2015), ss. 91-106.

GONZALEZ, Gérard, "Le droit à des élections libres", in Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 2015, ss. 749-762.

HUSSON-ROCHCONGAR, Céline, "La redéfinition permanente de l'Etat de droit par la Cour européenne des droits de l'homme", *Civitas Europa* 2016/2 (N° 37), ss. 183-220.

KRYGIER, Martin, "Rule of Law", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Ed. Michel Rosenfeld and András Sajó), Oxford University Press, 2012, s. 219-233.

LEBRETON, Gilles, "L'islam devant la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue du droit public*, n° 5, 2002, ss. 1493-1510.

LEVINET, Michel, "La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen", *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2, No. 86, ss. 227-163.

LOUGHLIN, Martin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, (çev. Dilşad Çiğdem SEVER – Kivilcim TURANLI), Dipnot yayınları, Ankara, 2017.

MELKONYAN, Davit, "Concept of the Rule of Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights", Materials of conference devoted to 80 th of the Faculty of Law of the Yerevan State University: Yerevan, YSU Press, 2014, ss. 339-349.

MIAILLE, Michel, "L'État de droit: technologie et/ou idéal?", *NAQD* 1992(2), No. 3, ss. 16-22.

OKAY TEKİNSOY, Özge, "Avrupa Kamu Düzeni Kavramı", *Hacettepe Hukuk Fak. Derg.*, 1(1) 2011, 66–79.

ÖZENÇ, Berke, *Hukuk Devleti. Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim, İstanbul, 2014.

RABAN, Ofer, "The Rationalization of Policy: On the Relation Between Democracy and the Rule of law", *Legislation and Public Policy*, Vol. 18:45, 2015, ss. 45-66.

ROSENFELD, Micheld, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, Vol. 74, 2001, ss. 1307-1351.

SCHMITT, Carl, *Théorie de la Constitution*, (trad. Lilyane DEROCHE), Presses Universitaires de France, 1993.

SOUVIGNET, Xavier, "Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l'homme: du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet", *Jurisdoctoria* n° 5, 2010, ss. 41-60.

SUDRE, Frédéric, "Un instrument de l'ordre public européen", in Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 2015, ss. 7-17.

VAN MEERBEECK, Jérémie, "Le droit à l'assistance d'un avocat à l'aune de la jurisprudence *Salduz*: le pouvoir judiciaire entre Charybde et Scylla", *Journal des Tribunaux*, No. 6398, 05.06.2010, ss. 381-388.

WACHSMANN, Patrick, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", In *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruylant, 1997, ss. 241-286.

### **Avrupa Konseyi Belgeleri**

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, CM(2008)170 (*The Council of Europe and the Rule of Law – An overview/Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit – Un aperçu*).

Venedik Komisyonu, CDL-AD(2011)003rev (*Report on the rule of law/Rapport sur la prééminence du droit*)

Venedik Komisyonu, CDL-AD(2016)007 (*Rule of Law Checklist/Liste des critères de l'État de droit*).