

İHAS'A EK 15 VE 16 NO.LU PROTOKOLLERE İLİŞKİN GENEL GÖZLEMLER*

(GENERAL OBSERVATIONS ON PROTOCOLS NO. 15 AND 16 TO THE ECHR)

Abdullah Sezer**

ÖZ

Makale, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne (İHAS) ek 2 yeni Ek Protokol hakkındaki gözlemlere özgülenmiştir.

15 no.lu Ek Protokol'ün (EP15) getirdiği başlıca değişiklik, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) geliştirdiği "takdir marjı"nın İHAS'ın Başlangıç kısmına eklenmesidir. Buna göre, "ikincillik" ilkesi uyarınca, İHAS'taki hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikle taraf devletlere ait olduğu ve bu bağlamda İHAM'ın denetiminde takdir marjına sahip oldukları vurgulanmaktadır (Açıklayıcı Rapor, para. 7). Ayrıca İHAM yargıçlığına seçilmede yaş sınırı 65 olarak düzenlenirken, 6 aylık başvuru süresi ise 4 aya indirilmektedir.

16 no.lu Ek Protokol (EP16) ise, ulusal yargı mercilerinin talebi üzerine İHAM'ın istişarî görüş verme yetkisine ilişkindir. Aslında bu yetki 2 No.lu Ek Protokol'le sınırlı kapsamda kabul edilmişti. Bu bağlamda yeni EP16, 2 amaca yöneliktir: İHAM ve ulusal otoriteler arasındaki etkileşimi güçlendirmek; ikincillik ilkesi uyarınca, Sözleşme'nin etkililiğini artırmak. Bu yolla, bireysel başvuruları ve İHAM'ın iş yükünü azaltmak da amaçlanmaktadır (Protokol, Başlangıç, para. III).

* Bu makale 08.10.2015 tarihinde Yaynevimize ulaşmış olup, 18.11.2015 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. Fransızca 2 makaleden yapılan çeviri ve alıntılardaki katkısı için, hocam Prof. Dr. İbrahim Özden KABOĞLU'na teşekkür ederim.

PLÂN

Çalışma, 3 bölümden oluşmaktadır:

§ I. Giriş: Tüm Ek Protokoller Hakkında Genel Bilgiler

§ II. İki Yeni Protokol Hakkında Bazı Gözlemler: 15 ve 16 No.lu Protokol

§ III. Sonuçlar & Öneriler.

Anahtar Kelimeler: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 15 No.lu Ek Protokol, 16 No.lu Ek Protokol, takdir marjı, ikincillik, istişarî mü-talâa, danışma görüşü.*

ABSTRACT

General Observations about Protocols no. 15 and 16 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

The subject of this work is new two additional Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR).

With 15th Protocol, a new paragraph has been added at the end of the Preamble of the ECHR containing a reference to the principle of “subsidiarity” and the doctrine of the “margin of appreciation”. It is aimed to enhance the transparency and accessibility of these characteristics of the Convention system and to be consistent with the doctrine of the margin of appreciation as developed by the Court in its case law (Explanatory Report, para. 7).

European Court of Human Rights (ECtR) has advisory jurisdiction which was established by adopting 2th Protocol in 1963. However, the contribution of this Protocol was limited. Therefore, 16th Protocol was adopted in 2013. This Protocol aims to achieve a dual objective: 1) to enhance the interaction between the Court and national authorities, 2) to reinforce implementation of the Convention, in accordance with the principle of subsidiarity. This Protocol will reduce the large backlog of applications to the ECHR (Protocol, Preamble, para. III).

PLAN

Main sections in this work, below mentioned

§ I. Introduction: General Information about Protocols for ECHR

§ II. Some Observations about Two New Protocols: 15th and 16th Protocol

§ III. & Conclusions & Proposals.

Keywords: *European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms, 15th Protocol, 16th Protocol, margin of appreciation, subsidiarity, advisory opinion.*

Kısaltmalar

Any.: Anayasa(sı); **AYM:** Anayasa Mahkemesi; **ABD:** Ankara Barosu Dergisi; **AYHD:** Anayasa Hukuku Dergisi; **bkz.:** bakınız; **bs.:** bası; **C.:** cilt; **dp:** dipnot; **E.:** esas no (mahkeme kararı); **e.t.:** (internet kaynağına) erişim tarihi; **f.:** fıkra; **HJIL:** Heidelberg Journal of International Law; **İHAM:** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi; **İHAS:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi; **K.:** karar no (mahkeme kararı); **K.n.:** kanun no; **K.t.:** kabul tarihi (kanun); **K.T.:** karar tarihi (mahkeme kararı); **md.:** madde; **MJECL:** Maastricht Journal of European and Comparative Law; **no.:** numara(sı); **Rev. Trim. Dr. H.:** Revue Trimestrielle de Droits de l'Homme; **RG:** Resmî Gazete; **s(s):** sayfa(lar); **S.:** sayı; **SBE:** Sosyal Bilimler Enstitüsü; **SS:** sıra sayısı; **T.:** tarih; **vb.:** ve benzeri; **Y.:** yıl; **YY:** yasama yılı; **yay.:** yayın(lar)ı;..., etc.

§ I. GİRİŞ: EK PROTOKOLLER HAKKINDA GENEL BİLGİLER

İHAM denetiminde esas alınan mevzuatın başlıca unsurları şunlardır: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi¹ (İHAS), Ek Protokoller ve İHAM

¹ Resmî çevirisinin başlığı, “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi”dir. (İng. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms). Türkçe’ye çoğunlukla, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” biçiminde çevrilir. Ancak bu tercih, belgeye, sanki yalnızca “Avrupa[nın] İnsan Hakları”nı güvenceleme işlevi yükleniyormuş izlenimi yaratabilir. Oysa Sözleşme, bölgesel nitelik taşımasına karşın, etkileri bu çerçeveyi aşar. Bu

İçtüzüğü². Ek Protokoller, İHAS'ın özgürlük listesinin genişletilmesi ve denetim sisteminin etkililik bağlamında güncellenmesi açısından kilit rol oynarlar.

Bazı ek protokollerle, İHAS'ın hak ve özgürlük listesi genişletilmektedir (1, 4, 13 no.lu ek protokoller). İkinci tür protokollerle, birtakım yasaklamalar yoluyla haklara güvenceler getirilmektedir (6, 7, 12 no.lu ek protokoller). Son kategori ise, İHAS'a herhangi bir hak veya özgürlük eklemek yerine, yapılanma ve denetim sistemine ilişkin reformlarla ilgilidir (2, 8, 11, 14, 15, 16 no.lu ek protokoller)³.

İnceleme konumuz olan 15 ve 16 no.lu ek protokollerin birçok ortak yönü saptanabilir:

- İçerik: Her iki ek Protokol de, İHAS açısından maddî değil, usûlî değişiklik getirmektedir. Diğer deyişle, İHAS'ın haklar listesine eklemeler söz konusu değildir. İlkinde başlıca yenilikler, takdir marjının İHAS Başlangıcına eklenmesi, yargıçlığa seçilmede yaş sınırının düzenlenmesi, İHAM'a bireysel başvuru süresinin kısaltılmasıdır (EP15). İkincisinde ise, ulusal yüksek mahkemelere İHAM'dan istişarî mütalâa talep etme yolunun açılmasıdır (EP16).
- Hazırlık süreci: Süreçler birbirine benzer. AKPM görüşleri ve Bakanlar Komitesi'nin hazırlık toplantılarına referans yapılır.
- Amaç: Ortak amaç, İHAM'ın iş yoğunluğunu azaltmak ve etkililiğini sağlamaktır.
- Yürürlük: Her iki protokol henüz yürürlüğe girmediği gibi, Türkiye tarafından da onaylanmış değildir.

Yürürlük şartı açısından ise, farklılık dikkat çeker. EP15'in yürürlüğe girmesi için tüm üye devletlerin onay koşulu öngörülürken, EP16 için yalnızca 10 devletin onayı yeterlidir.

yüzden, yaygın eğilimin aksine, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi"nin daha uygun düştüğü kanısındayız. Kaldı ki, kısaltma durumunda ("İHAS"), telâffuz kolaylığı da eklenebilir. AİHM yerine İHAM tercihimiz de aynı gerekçelere dayanmaktadır.

² İHAS ve Protokolleri: <http://goo.gl/JItyDC> (Avrupa Konseyi). Link kısaltma: <http://goo.gl> [Google URL Shortener].

³ Kaboğlu, İ. Ö., *Özgürlükler Hukuku-1*, 7. Bs., İmge Yay., Ankara, 2013, s. 187.

§ II. YENİ EK PROTOKOLLER ÜZERİNE GÖZLEMLER

Her iki Protokol'e ilişkin değerlendirmelerimize geçelim.

A. 15 NO.LU PROTOKOL

İHAS Başlangıcına takdir marjının eklenmesini öngören EP15⁴, 24.06.2013'te imzaya açıldı. -12.12.2015 tarihi itibariyle- EP15'e ilişkin imza sayısı 41, onay sayısı ise 23'tür⁵. İmza veya onay işlemi yapmayan 6 devlet şunlardır: Bosna-Hersek, Hırvatistan, Yunanistan, Letonya, Malta, Rusya.

Türkiye, Protokol'ü 13.09.2013'te imzalarsa da, henüz onaylamadı. Onay için yasa tasarısı, 06.03.2014'te TBMM Başkanlığı'na sunuldu⁶ ve 04.06.2014'te Dışişleri Komisyonu'nda kabul edildi⁷. Ne var ki, aradan geçen 1 yılı aşkın sürede işlem yapılmamış olup, sürüncemede kaldığı görülüyor.

Değişiklikler hakkında ayrıca Bakanlar Komitesi'nin Açıklayıcı Rapor'u (*Explanatory Report*)⁸ ve İHAM'ın görüşü (*opinion*)⁹ de yer alır. Söz konusu dokümanlara, yeri geldikçe değinilecektir.

1) Hazırlık çalışmaları: "İHAM'ın Geleceği" konulu 3 konferans

EP15'in girişinde, 3 ayrı konferansta kabul edilen deklarasyonların dikkate alındığı vurgulanmaktadır (para. 2). Ayrıca, İHAM'ın "Avrupa'da insan haklarının korunmasındaki egemen rolünü sürdürebilmesinin temini ihtiyacı"ndan söz edilir (para. 4). İHAM sitesindeki Protokol özetine göre de, Protokol'ün amacı, "İHAM'ın etkiliğini sürdürmek"tir¹⁰. Adı geçen deklarasyonlara göz atalım.

⁴ Orijinal metin için bkz. CETS No. 213. <http://goo.gl/G8rQPM> (İHAM).

⁵ İmza/onay listesi için bkz. <http://goo.gl/z3TniY> (Avrupa Konseyi). Kısa bir süre önce, 01.08.2015 tarihi itibariyle imza sayısı 28, onay sayısı ise sadece 12 idi.

⁶ T. 25.04.2014, ss. 4-5. <http://goo.gl/QfdbDN> (TBMM).

⁷ TBMM Dışişleri Komisyonu, E. 1/911, K. 468, ss. 6-7. Hükümet ve Komisyon metinleri: s. 8.

⁸ <http://goo.gl/ABzQBJ> (İHAM).

⁹ <http://goo.gl/h7h5Mk> (İHAM).

¹⁰ <http://goo.gl/ChgWyR> (Avrupa Konseyi).

a) Interlaken Deklarasyonu¹¹ (18-19 Şubat 2010): İHAS denetim mekanizmasının ikincil niteliğine değinilmektedir. Başvuru birikiminin denetim mekanizmasının etkililik ve inandırıcılığına zarar verdiği, içtihatların niteliği ve tutarlılığı açısından tehdit oluşturduğu saptanmaktadır. Usûlün basitleştirilmesi ve birikmiş dava sayısının azaltılması hedeflenmektedir.

b) İzmir Deklarasyonu¹² (26-27 Nisan 2011): EP14 değişiklikleri cesaret verici bulunsa da, İHAS sisteminin karşı karşıya kaldığı sorunları çözmeye yetersiz kaldığı, ek iyileştirmelerin gerektiği kaydedilmektedir. Bazı ülkelerin, ulusal yargı mercilerinin İHAM'dan istişarî mütalâa (danışma görüşü) talep etmelerine yönelik mekanizma geliştirilmesi önerileri hatırlatılmaktadır. Artan başvurular için yeni filtrelerin gereği, hatta Bakanlar Komitesi'nin harç uygulamasına geçme önerileri tartışılmaktadır¹³.

c) Brighton Deklarasyonu¹⁴ (19-20 Nisan 2012): İkincillik ilkesi (para. 3, 11, 12, 29) ve takdir yetkisi (para. 11, 12, 15, 25) vurgulanmaktadır. EP15, başta Birleşik Krallık ve Türkiye olmak üzere bazı devletlerin değişiklikler konusunda taleplerine yanıt oluşturmaktadır. Mahkeme'nin geliştirdiği ikincillik ilkesi ve takdir marjının İHAS'ın girişine eklenmesi önerilmektedir. Başvuru süresinin kısaltılmasına ilişkin İHAM önerisi memnuniyetle karşılanarak, dört aylık süre uygun bulunmaktadır. Mahkeme ve ulusal makamlar arasındaki etkileşimin, Mahkeme'ye bir yetki daha verilmesi ile güçlendirilebileceği belirtilmektedir. Bu yetki, ulusal düzeyde görülen davalarda talep üzerine İHAS'ın yorumuna dair istişarî görüş sunmaktır¹⁵.

Protokol'de, AKPM'nin 26.04.2013 tarih ve 283 no.lu görüşüne de atıf yapılmaktadır (Başlangıç, para. 4).

Toplantılardaki tartışmalar, sonraki protokol için de yönlendiricidir. Örneğin, İzmir toplantısında İHAM'ın istişarî mütalâa yetkisini genişletme önerileri, EP16'da karşılık bulmaktadır.

¹¹ Orijinal metin: <http://goo.gl/qoxLmS> (İHAM). Çeviri metin: <http://goo.gl/eEdG8q>

¹² <http://goo.gl/WegAUF> (İHAM).

¹³ Çetin, S., "Türk Hukuk Düzenine Etkileri Açısından İzmir Deklarasyonu". 05.05.2011. <http://goo.gl/b78VFI>

¹⁴ Orijinal metin: <http://goo.gl/ryM4zt> Gayrıresmî çeviri: <http://goo.gl/QHVppj> (Adalet Bakanlığı).

¹⁵ Gerards, J., "Advisory Opinions, Preliminary Rulings...", MJECL, No. 4, 2014, pp. 637-638.

2) Ek Protokol 15 metninin incelenmesi

İkincillik ilkesi, takdir marjı, başvuru süresi, yargıçlığa seçilmede yaş sınırı, Büyük Daire lehine el çekme vb. konularda değişiklik ve yenilikler öngörülmektedir.

a) İkincillik ilkesi ve takdir marjının İHAS Başlangıç kısmına eklenmesi (EP15, md. 1)

İHAS'ın Başlangıç kısmının sonuna şu paragraf eklenmektedir¹⁶:

“İkincillik ilkesi uyarınca, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeciler tarafından ait olduğunu, ve Yüksek Sözleşmeciler tarafından bunu yaparken işbu Sözleşme ile kurulmuş olan [İHAM'ın] denetleyici yargı yetkisine tâbi bir takdir marjına sahip olduklarını teyid ederler,”

Öncelikle belirtmekte yarar var ki bu paragraf, Başlangıç kısmına ilk ekleme özelliği de taşımaktadır.

Böylece, İHAM içtihadında önemli yer tutan “*takdir marjı*” ve “*ikincillik*” ilkesi İHAS'a açıkça dâhil edilmektedir.

Takdir marjının temelindeki etkenlerden biri, “*kültürel görecelik*” unsurudur¹⁷. Oysa aksine, İHAM tarafından pragmatik kaygılarla geliştirilen takdir marjının meşruiyetine ilişkin eleştirilerde başlıca argüman, “*insan haklarının evrenselliği*” ilkesidir¹⁸. Bunun bir çelişki olup olmadığı tartışmaya açıktır.

aa) “Takdir marjı” açısından: İHAS'ı uygulamada üye devletler, otorite-özgürlük çatışmasını uzlaştırırken, belli oranda takdir yetkisine sahiptir¹⁹. 1956'da İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nca kullanılan²⁰ ve

¹⁶ Çeviri için bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, YY. 4, SS. 599, ss. 11-13. <http://goo.gl/Vnp2MZ>

¹⁷ Brems, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine...”, HJIL, Vol. LVI, 1996, pp. 308-310; Şirin, “Takdir Marjı Doktrini”, s. 390.

¹⁸ Çoban, A. R., “Strasbourg'da Herküller...”, AÜHFD, C. LVII, S. 3, Y. 2008, ss. 194-195. <http://goo.gl/QbyY0x>

¹⁹ Gözübüyük, A. Ş. & Gölcüklü, F., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bs., Turhan Yay., Ankara, Aralık 2005, ss. 146 vd.

²⁰ Greece v. The United Kingdom, 02.06.1956. <http://goo.gl/Tzd440>

İHAM tarafından geliştirilen²¹ “*takdir marjı*” (*margin of appreciation*) ya da “*ulusal takdir payı (alanı)*”, İHAS sistemine özgü “*özerk kavram*”larından. Bazı hakların yorumunda (md. 8/2, 9/2, 11/2; EP4 md. 2/3), müdahalenin gerekli ve ilgili olup olmadığı saptamasında rol oynar²². Müdahalenin aracı, uygulanma biçimi ve dozu ise, “*ölçülülük*” ilkesi bağlamında İHAM denetimine tâbidir.

Takdir marjı, yasama organının takdir yetkisiyle sınırlı olmayıp, yürütme ve yargı erkleri tarafından da, -Anayasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla- kullanılabilir. Ancak, diğer organlar, yasamanın takdir payının baskısı altında kalabilir. Nitekim AYM, birçok sorunda özgün değerlendirme yapmamaktadır²³.

İHAM tarafından üye devletlerin takdir marjına bırakılan konularda lehte veya aleyhte düzenleme yapılabilir, her iki durum da İHAS'a aykırı düşmez²⁴. Başlıca sınır, İHAS ve İHAM tarafından belirlenen “*asgari ve azami standart*”lar olup, devletlerce takdir marjına sınırlanarak aşılamaz. “*Daha az güvence*” veya “*daha çok sınırlama*”, takdir marjı kapsamında kabul görmez.

Takdir marjı-hukuki güvenlik ilişkisi de önemlidir. Özgürlükleri kısıtlamada takdir yetkisi bulunmasına karşın, ilgili düzenlemeler yeterli açıklıkta ve belirlilikte olmalıdır²⁵. İHAM içtihadına göre, yasallık unsuru, yalnızca şekli açıdan (parlamento tarafından yasa adı ile çıkarılma) değerlendirilmez. Ayrıca, erişilebilirlik, açıklık, kesinlik ve öngörülebilirlik unsurlarını da içeren maddi/içeriksel yasa anlayışı geçerlidir. Bu niteliklerden yoksun bir yasa, hukuk devleti ilkesiyle çelişir²⁶. Yasa,

²¹ Handyside v. United Kingdom, 07.12.1976 (özl. bkz. para. 47, 49, 54, 57). <http://goo.gl/M6266J> (İHAM).

²² Janis, M. & Kay R. & Bradley, A., European Human Rights Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2000, p. 146; İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 32.

²³ Şirin, T., “Takdir Marjı Doktrini ve...”, AYHD, C. II, S. 4, Y. 2013, ss. 386-387.

²⁴ Örneğin, İHAM’ın % seçim 10 baraja ilişkin Yumak & Sadak v. Türkiye kararında, oranın yüksekliğine karşın İHAS’ı ihlâl etmediği saptanır. Bu bağlamda, barajın azaltılması veya kaldırılması İHAS’ı ihlâl etmeyeceği gibi; karar da bu adımlara engel değildir. Şirin, T., Çevre-İnsan-Devlet, Tekin Yay., İstanbul, Nisan 2015, ss. 205-206; Sezer, A., Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları..., Legal Yay., İstanbul, 2014, ss.295-296.

²⁵ Ünal, Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yay., Ankara, 1995, s. 305.

²⁶ İnceoğlu, S., “Hukuk Devletin...”, AYHD, C. IV, S. 7, 2015, s. 88.

ancak uygulanacağı kişinin davranışlarını uyarlamasına olanak tanıyacak açıklıkta yazılması halinde öngörülebilir kabul edilir²⁷. Nitekim AYM kararlarında da benzer yorum benimsenir²⁸.

İHAM'ın takdir marjını işlediği konular arasında Türkiye ile ilgili olarak, vicdani red, öğretim müfredatı, seçim barajı vb. konular yer alır. Ancak takdir marjı tanınan konularda Avrupa konsensüsü oluştuğu, asgarî standartlar da yükselir. Örneğin, vicdanî redde önceleri “politik sorun”²⁹, “takdir marjı” vs. meşrulaştırıcı gerekçelerle yaklaşılırken, bu yaklaşım değişme eğilimindedir. Benzer şekilde örneğin, Avrupa ülkelerinde seçim barajları ortalaması düştükçe, İHAM'ın ülkelerin özgül durumlarına ilişkin toleransını azaltacağı tahmin edilir³⁰. Politik sorun doktrini ve yerindelik denetimi bağlamında tartışılan kararlarda, yargısal aktivizm³¹ kavramı devreye girer.

Takdir marjının işlevlerine gelince; ilkin takdir payı, İHAS'ı genişletici yorum ilkelerini dengeleyici (hatta daraltıcı) işlev görür. Ayrıca, Avrupa denetiminin sınırlı kalmasına yol açar. Nihayet, sınırlama konusunda ulusal makamlar, uluslararası yargıca oranla daha elverişli konumdadır³². Tam bu noktada, takdir marjının ikincilik ilkesi (*subsidiarity*) ile ilişkisi belirir.

bb) “İkincilik” ilkesi açısından: AB hukukunda “*yerindenlik*” olarak da adlandırılan ilke, amaçlanan faaliyetlerin ancak üye devletlerce yeterli ölçüde ve etkili biçimde yerine getirilememesi halinde, Birliğin bu faaliyeti gerçekleştirmesine izin verir³³. İHAM, ikincilik ilkesine ilk kez 1968’de Belçika dil davası kararında değinmiştir. Gerçekçi yaklaşımla değerlendirilecek olursa, 800 milyondan fazla bireyin doğrudan

²⁷ İHAM 2. Daire, Ahmet Yıldırım v. Türkiye, 18.12.2012, para. 57.

²⁸ Örn. bkz. AYM, K.T. 22.12.2011, E. 2010/7, K. 2011/172; AYM, K.T. 06.06.2013, E. 2013/22, K. 2013/73.

²⁹ Doktrin hakkında bkz. Öztürk, F., Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?, Beta Yay., İstanbul, 2012, ss. 49-51, 67-112.

³⁰ Sezer, op.cit., s. 294.

³¹ Kavram hakkında bkz. Korucu, S., “Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi”, Liberal Düşünce, Y. 18, S. 69-70, Kış-Bahar 2013, ss. 201-225.

³² Inceoğlu, S., “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, Inceoğlu, Sibel (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Avrupa Konseyi Yay., Ankara, 2013, s. 32.

³³ Boyar, O., Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, (Doktora Tezi), İstanbul, 2008, s. 371.

başvuru yapabildiği bir sistemin ikincillik prensibi olmadan yürüyebilmesi, zaten mümkün görünmemektedir³⁴. İlke, AYM'ye yapılan anayasa şikâyeti yolu için de kullanılır: “*ikincil derecede ve istisnai bir hak arama yolu*”³⁵. Ancak kanımızca ikincillik, İHAM'a bireysel başvuruda iç hukuka göre, AYM'ye anayasa şikâyetinde ise olağan başvuru yollarına nazaran kullanılan bir nitelemedir.

EP15'e ilişkin Açıklayıcı Rapor'a göre, söz konusu eklemenin 2 hedefi vardır: İHAS sisteminin özelliklerine erişilebilirlik ve şeffaflığı geliştirmek, İHAM içtihadıyla (*case law*) geliştirilen takdir marjı doktrini ile uyum sağlamak. Bu bağlamda, Brighton Deklarasyonu hatırlatılmaktadır (para. 7). Ulusal mahkemeler, yerel ihtiyaç ve koşullar ekseninde hakları güvencelemede ulusüstü merciye oranla daha elverişli konumdadır (para. 9). İHAM'ın görüşünde ise, Rapor'daki kanaat teyid edilir (para. 5³⁶).

Türkiye, Protokol'ü henüz onaylamamıştır. Ancak onaya ilişkin TBMM'ye sunulan yasa tasarısının gerekçesinde, “*hak ve özgürlüklerin korunmasında ulusal mekanizmaların asıl, Sözleşme sisteminin ise ikincil olduğu ve devletlerin belirli bir takdir hakkına sahip oldukları ilkeleri teyit edilmiştir*”³⁷ denilmekle, her iki ilkeye açıkça vurgu yapılmaktadır.

b) Yargıçlığa seçilmede yaş sınırının 65 olarak düzenlenmesi (EP15, md. 2)

İHAM yargıçlığına seçilme koşullarını düzenleyen İHAS md. 21'e, para. 2 olarak şu hüküm eklenmektedir³⁸:

“*22. maddeye ek olarak adaylar, üç adaylı listenin Parlamenter Meclisi tarafından talep edildiği tarih itibariyle 65 yaşını doldurmamış olmalıdır*”.

³⁴ Yılmaz, M. Ş., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri, (Doktora Tezi), İstanbul, 2010, s. 222.

³⁵ Ekinci, H. & Sağlam, M., Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, AYM Yay., Ankara, 2014, s. 2, 67.

³⁶ Steering Committee for Human Rights (CDDH).

³⁷ TBMM, op.cit., s. 4.

³⁸ Md. 21'in 2 ve 3 no.lu paragrafları ise 3 ve 4. sıraya alınmakta ve md. 23/2 kaldırılmaktadır.

Öte yandan, mevcut metni ile İHAS md. 23/2’de ise, şu hüküm yer almaktadır: “*Yargıçların görev süreleri 70 yaşına ulaştıklarında sona erer*”.

Böylelikle, yargıçların seçimi aşamasında azamî yaş sınırı, “*Görev süreleri ve görevden alınma*” başlıklı md. 23’te değil, “*Görev için aranan koşullar*” kenar başlıklı md. 21’de yer alacaktır. Yeni düzenleme, görev süresinin sona ermesine ilişkin hükmün (md. 23) değil, göreve ilişkin koşulların (md. 21) kapsamına ilişkindir. Diğer deyişle, önceki 70 yaş sınırının görev süresini sona erdiren niteliğine karşın, yeni 65 yaş sınırının göreve seçilme için geçerli olduğudur. Bu açıdan bakınca, hükmün eklendiği madde doğrudur. Değişiklikle, ilk bakışta daha genç yaşta yargıçların seçilebilecekse de, esasen öncekine nazaran daha uzun süre görevde kalma olanağı yaratılmaktadır.

TBMM’nin gerekçesine göre, böylece, “*Mahkemeye seçilecek yargıçların mümkün olduğunca görev sürelerini tamamlamaları amaçlanmıştır*”³⁹.

Açıklayıcı Rapor’a göre, amaç, yüksek nitelikli yargıçların 9 yıl boyunca görev yapmasını sağlamaktır. Zira yargıçların görev sürelerinin “70 yaşına ulaştıklarında” sona ereceğine ilişkin İHAS md. 23/2, başlıca deneyimli yargıçların görev sürelerini tamamlamasını engellemektedir (para. 12). Zira, mevcut kuraldaki 70 yaş sınırından dolayı, örneğin 68 yaşında seçilen bir yargıç, 9 yıllık görev süresini tamamlayamamaktadır. Değişiklik sonrasında dahi, 65 yaşında seçilen bir yargıcın 9 yıllık görev süresini (İHAS, md. 23/1) tamamlayabilmesi için, md. 23/2’deki sınırın da 74’e çekilmesi gerekecektir.

İHAM görüşünde, söz konusu ekleme, deneyimli yargıçlardan yararlanma açısından olumlu ve teşvik edici karşılanır (para. 6). Doktrinde ise, İHAM’ın “oluşumundaki uyumu güçlendirici” bir değişiklik olarak yorumlanır⁴⁰.

Ancak değişiklik, devletlerin söz konusu Protokol yürürlüğe girdikten sonra AKPM’ye iletcekleri adaylar için geçerli olacaktır (EP15, md. 8/1).

³⁹ TBMM, op.cit., s. 5.

⁴⁰ Malinverni, G., “Le Protocole no 15 à la Convention européenne des droits de l’homme”, Rev. Trim. Dr. H (101/2015), p. 56.

c) Büyük Daire lehine el çekmede bir şartın kaldırılması (EP15, md. 3)

Davanın Büyük Daire'ye gönderilmesine ilişkin md. 30'daki koşullardan biri olan, “*davanın taraflarından birinin itiraz etmemesi*” kaydı kaldırılmaktadır. Daire, henüz karar vermemiş olmak⁴¹ kaydıyla, artık bu şarta tabi olmaksızın, alternatif 2 durumda dosyayı Büyük Daire'ye gönderecektir:

- Dava Sözleşme ve Protokollerinin yorumu konusunda ciddi sorun doğuruyorsa,
- Bir sorunun çözümü İHAM'ın daha önceki bir kararı ile çelişki yaratabilecekse.

Böylelikle, “*daireler tarafından Sözleşmenin yorumu açısından önem taşıdığı düşünülen davaların Büyük Daireye götürülmesi kolaylaştırılmaktadır*”⁴².

İHAM görüşünde, kendisi tarafından önerilen değişikliğin, içtihat uyumunu artırma amacı taşıdığı not edilir (para. 7).

Değişiklik, İHAM dairesinin Büyük Daire lehine el çekme teklifine, “*taraflardan birinin işbu Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinden önce itirazda bulunduğu derdest davalar*” da geçersizdir (md. 8/2).

d) 6 aylık başvuru süresinin 4 aya düşürülmesi (EP15, md. 4)

Bireysel başvuruların kabuledilebilirlik koşullarını düzenleyen İHAS md. 35/1'deki 6 aylık başvuru süresi, 4 aya indirilmektedir. Ancak değişikliğin yürürlüğü açısından 2 istisnaya yer verilir (EP15, md. 8/3):

- Değişiklik, Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinden itibaren 6 aylık sürenin dolması ardından yürürlüğe girecektir.
- Değişiklik, bu maddenin yürürlüğe giriş tarihinden önce İHAS md. 35/1 uyarınca nihaî karar alınan başvurular için de geçerli değildir. Atıf yapılan md., İHAM'a ancak, “*iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde*” başvurulabilmesine ilişkindir.

⁴¹ İHAS md. 43'te ise, md. 30'un aksine, “el çekme” değil; karar verilmiş olup, yeniden incelenmek üzere Büyük Daire'ye gönderme işlemi söz konusudur.

⁴² TBMM, op.cit., s. 5.

Açıklayıcı Rapor'a göre, iletişim teknolojisindeki hızlı gelişme, üye Devletlerde yürürlükte olan başvuru süreleri birlikte dikkate alınca, sürenin kısaltılması için başlıca argümandır (para. 21). Her iki etken, TBMM gerekçesinde de zikredilir⁴³.

Kanımızca, değişiklik olumludur. Günümüz koşullarında 6 aylık başvuru süresi uzun olup, 4 aylık düzenleme ile daha makûl bir düzeye çekilmiştir. Söz konusu daraltmanın hak ve özgürlükler aleyhine olduğu da göz ardı edilmemelidir, ancak başvuru kolaylıkları ve teknolojik olanakların arttığı dikkate alınca, bu sürenin ölçülü olduğu kanısındayız.

e) Ulusal mahkemede yeterince incelenmeyen davalar açısından değişiklik (EP15, md. 5)

Kabuledilebilirlik koşullarından, aşağıda üstü çizilen kısım çıkarılmaktadır [İHAS, md. 35/3(b)]:

“Aşağıdaki hallerde Mahkeme,... bireysel başvuruları kabul edilemez bulur: ... b) Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması⁴⁴; meğer ki Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esasın incelenmesini gerektirsin. Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez.”

Böylece, belirgin dezavantaj (*significant disadvantage*) kriterinin uygulanmasında değişiklik yaratılarak, ““önemsiz zarar” kriterinin daha etkin kullanılabilmesine olanak sağlanmıştır”⁴⁵.

Açıklayıcı Rapor'a göre, değişikliğin temelinde “Yargıç, önemsiz işlerle uğraşmaz” (*de minimis non curat praetor*) maksimine işlerlik kazandırma amacı yatar (para. 23). Böylece, İHAM önünde “önemsiz” başvuru birikimini engelleyerek, “önemli” davalara daha fazla zaman ayrılma olanağı yaratılmak istenmiştir.

⁴³ TBMM, op.cit., s. 5.

⁴⁴ EP14 md. 12'ye göre, başvuru “önemli ölçüde dezavantajlı durumdan muzdarip” olduğunu ispatlayamazsa, başvuru kabuledilmez. Bu konuda bkz. Gemalmaz, H. B., “Pratikte AİHS Protokol No. 14...”, ABD, Y. 2011, S. 4, ss. 321-332.

⁴⁵ TBMM, op.cit., s. 5.

f) Protokol'ün yürürlüğü (md. 6-9)

Md. 6, imza, kabul, onay işlemlerine ilişkindir. Md. 7'de, yürürlük için, tüm devletlerin onayı şarttır. Protokol, devletlerin md. 6 uyarınca "Protokol'ün bağlayıcı olması hususundaki rızalarını bildirdikleri tarihten itibaren üç aylık sürenin sona ermesini izleyen ayın birinci günü" yürürlüğe girer. Md. 8, değişikliklerin yürürlüğü; md. 9 ise taraf devletlere işlem, tebliğ ve bildirimlere ilişkindir.

B. 16 NO.LU PROTOKOL

Ulusal yüksek mahkemelerin İHAM'dan istişarî mütalâa talep etme yetkisini öngören EP16⁴⁶, 02.10.2013'te imzaya açıldı. -12.12.2015 itibariyle- EP16'ya ilişkin imza sayısı 16, onay sayısı ise 6'dır⁴⁷. Türkiye, 20.12.2013'te imzaladı, ancak henüz onaylamadı.

Değişiklikler hakkında ayrıca Bakanlar Komitesi'nin Açıklayıcı Rapor'u (*Explanatory Report*)⁴⁸ ve İHAM'ın görüşü (*opinion*)⁴⁹ de yer alır. Bu dokümanlara, yeri geldikçe değinilecektir.

EP16, 2 temel amaç taşır: İHAM-ulusal mahkemeler arası diyalogu güçlendirmek, başvurulardaki birikmeyi azaltmak⁵⁰. Nitekim Protokol'ün giriş kısmında, "Mahkeme'nin yetkisinin istişari görüş beyan edecek şekilde genişletilmesinin Mahkeme ve ulusal makamlar arasındaki etkileşimi daha da artıracak... ve bu sayede Sözleşme'nin subsidiarite ilkesi uyarınca uygulanmasını destekleyeceği" vurgulanmaktadır.

Söz konusu etkileşim ve ulusal hukuka katkıyı sağlayan araçlardan biri, istişarî mütalâadır.

1) Önceki 2. nolu Ek Protokol ve yeni Ek Protokol'ün arka plânı

EP16, İHAM'a istişarî mütalâa yetkisi tanımakla birlikte, bir bakıma zaten var olan dar yetkiyi önemli ölçüde genişleten bir protokoldür.

⁴⁶ Orijinal metin için bkz. CETS No. 214. <http://goo.gl/DnFA1U> (İHAM).

⁴⁷ İmza/onay listesi için bkz. <http://goo.gl/yaU4wR> (Avrupa Konseyi).

⁴⁸ <http://goo.gl/Tm1DXw> (İHAM).

⁴⁹ <http://goo.gl/NDs2rj> (İHAM).

⁵⁰ Đordevic, S., "Protocol 16...", *Facta Universitatis: Series: Law and Politics*, Vol. 12, No 2, 2014, p. 109; Gerards, op.cit., pp. 637-639.

Zira 1963'te kabul edilen EP2 ile, Divan'a, İHAS hükümlerinin yorumu konusunda istişarî mütalâa bildirme yetkisi tanındı⁵¹. Divan⁵², Bakanlar Komitesi'nin talebi üzerine, İHAS ve EP'lerin yorumlanması ile ilgili hukukî sorunlarda istişarî mütalâa verebilmekteydi. Bazı ulusal anayasa mahkemelerinin benzer yetkilere sahip olduğu eklenmelidir. Ancak, bu mütalâaların kapsamına, hakların içeriği ve organların karşılaşacağı sorunlar dâhil edilmemişti. istişarî mütalâa talep etme kararı, Komite'ye katılma hakkına sahip temsilcilerin 2/3 oy çoğunluğuyla alınmakta (md. 1), talebin Protokol'deki yetkiye girip girmediğini Divan kararlaştırmakta (md. 2) ve Divan'ın mütalâası Komite'ye bildirilmekteydi (md. 3).

Ancak, -yürürlükteki şekliyle- İHAS'a göre, istişarî mütalâa isteme yetkisi ulusal yargı organlarına değil, Bakanlar Komitesi'ne tanınmaktadır (İHAS, md. 47/1). Karar, Komite'ye katılma hakkına sahip temsilcilerin oy çoğunluğuyla alınır (İHAS, md. 47/3). Ancak İHAM, şu konularda istişarî mütalâa veremez (md. 47/2):

“bu görüşler, ne Sözleşme'nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara, ne de Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara ilişkin olabilir”.

EP2 bağlamında istişarî görüş, İHAM İçtüzüğü'nün IX. bölümünde (md. 82-90) detaylı olarak düzenlenmiştir⁵³.

EP16'nın arka plânında ise, ciddi hazırlık çalışmaları vardır. 16-17 Mayıs 2005 Varşova toplantısı ve Âkil Kişiler Grubu'nun (*Group of Wise Persons*) önerisi, örnek verilebilir. EP15'e ilişkin hazırlık toplantılarında da, EP16'ya ilişkin bazı adımlara rastlanır. Örneğin, 26-27 Nisan 2011'deki İzmir Deklarasyonu'nda, bazı ülkelerin istişarî mütalâa mekanizmasının geliştirilmesi talepleri yer alır. Bu husus, EP16'ya ilişkin Açıklayıcı Rapor'da da zikredilir (para. 1-2). Bu yönde girişimler, Brighton Konfe-

⁵¹ Bu konuda bkz. Ünal, op.cit., s. 92.

⁵² EP2, 1998'de EP11'le değiştirilerek, İHAS'ın iki organı (Komisyon ve Divan), Mahkeme (İHAM) adıyla tek organa dönüştürüldü. Kaboğlu, op.cit., s. 190.

⁵³ Metin için bkz. Doğru, O., Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, XII Levha Yay., İstanbul, 2010, ss. 142 vd.

ransı'na, hatta 2006'ya dek gider⁵⁴. Protokol'de AKPM'nin 28.06.2013 tarih ve 285 no.lu görüşüne de atıf yapılır (Başlangıç, para. 4).

Bu ön bilgilerden sonra, EP16'yı incelemeye geçebiliriz.

2) Ek Protokol 16 metninin incelenmesi

İstişarî mütalâa, çeşitli boyutlarıyla düzenlenmektedir.

a) İstişarî görüş talebi ve koşulları (EP16, md. 1)

Taraf devlet yüksek mahkemeleri, İHAM'dan, İHAS ve ek protokollerindeki hak ve özgürlüklerin “yorumlanması ya da uygulanmasına yönelik ilkelerden kaynaklanan sorunlar”a ilişkin istişarî mütalâa (danışma görüşü) isteyebilir⁵⁵ (f. 1). Ancak, ilgili organ, “yalnızca görülmekte olan bir dava kapsamında” bu talepte bulunabilir (f. 2). Talep gerekçeli olmalı, davaya ilişkin hukuksal ve olgusal bilgileri içermelidir (f. 3).

Ulusal yargıçlar, her konuyu değil, yalnızca “prensip sorunu” niteliği taşıyan konulara ilişkin danışma görüşü talep edebileceklerdir⁵⁶.

Çetrefil davalarda İHAM'ın görüşünü almak, davanın tarafları ve yargıcı için de yararlı olacaktır. Fakat talebi sadece yüksek mahkemelere bırakmak, bir eksiklik olarak görülmektedir. Ayrıca, İHAM'ın iş yükü dolayısıyla danışma görüşlerinin ne kadar etkili olacağı da kuşkuyla karşılanır⁵⁷.

Nitekim, EP15 ve EP16'nın ortak amacı, İHAM'ın iş yoğunluğunu azaltmak ve etkililiğini sağlamaktır. EP11'le denetim sisteminin rasyonalize edilmesi ve işyükünü hafifletecek yeni filtreler entegre edilmesine karşın, EP16 ile istişarî mütalâa yetkisinin kapsamının genişletilmesi bu amaçlarla çelişir. İHAM'a yönelecek ek iş yükünü şimdiden kestirmek zor olup, uygulamada test edilecektir.

⁵⁴ Dordevic, op.cit., p. 104.

⁵⁵ Çeviri için bkz. Ulutaş, A., “İnsan Hakları...”, Küresel Bakış, Y. 4, S. 13, Nisan 2014, ss. 115-118.

⁵⁶ Sicilianos, Linos-Alexandre, “L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme-A propos du Protocole no 16 à la Convention européenne des droits de l'homme”, Rev. Trim. Dr. H (97/2014), pp. 28-29.

⁵⁷ Albayrak, G., “AİHS Protokol No. 16...”, Ankara Strateji, 06.10.2013. <http://goo.gl/rZQywr>

b) İstişarî görüş talebinin değerlendirilmesi (EP16, md. 2 ve 3)

İHAM Büyük Daire'nin 5 yargıçtan oluşan bir paneli (kurul), talebin kabul edilebilirliği hakkında karar verir. Talep, gerekçeli olarak reddedilebilir (f. 1). Panel talebi kabûl ederse, Büyük Daire istişarî görüş beyan eder (f. 2). Talepte bulunan mahkemenin ait olduğu devlet adına seçilmiş yargıç, Panel ve Büyük Daire'de *ex officio* yer alır. Seçilmiş yargıç yoksa veya yerini alamayacaksa, Mahkeme Başkanı'nın ilgili devletin önceden sunduğu listeden seçtiği kişi yargıç sıfatıyla katılır (f. 3).

Panel, İHAM'ın sürekli organlarından farklı olarak geçici nitelik taşıyan bir çözüm aracıdır. Benzer hüküm, İHAS md. 43/2'de de yer alır: “*Büyük Daire bünyesinde beş yargıçtan oluşan bir kurul istemi, eğer davada Sözleşme ve Protokollerinin yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ya da genel nitelikte ciddi bir sorun varsa, kabul eder*”. EP16 usûlünün, İHAS md. 43'le aynı olduğu vurgulanır⁵⁸.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve talepte bulunan organın ait olduğu taraf devlet, yazılı yorum sunabilir ve duruşmada yer alabilir. Ayrıca Mahkeme Başkanı, diğer bir taraf devleti veya kişiyi yazılı yorum sunmaya veya duruşmada yer almaya davet edebilir (EP16, md. 3).

c) İHAM'ın istişarî mütalâa vermesi (EP16, md. 4)

İHAM'ın istişarî görüşleri, gerekçeli olarak sunulur. Ancak bu görüş, yargıçların görüşünü tamamen veya kısmen temsil etmezse, her yargıç ayrı görüş bildirebilir. Görüş, talepte bulunan mahkemeye veya divana ve ilgili taraf devlete bildirilir, aynı zamanda yayımlanır.

d) İstişari mütalâanın bağlayıcılığı (EP16, md. 5)

Md. 5'e göre, istişarî görüşler bağlayıcı değil, yol göstericidir. İHAM'ın web sitesindeki Protokol özetinde de, yeni uygulamanın, en üst ulusal yargı organlarına yol göstereceği vurgulanır⁵⁹. Dolayısıyla bu görüşlerin etkililiği, talepte bulunan ulusal yargıçlarca uyulmasına bağlıdır.

Genel olarak uluslararası yargı organlarının istişarî mütalâaları bağlayıcılık niteliği taşımasa da, uluslararası hukuk ve uluslararası ilişkilerde önem taşır. Bir görüşe göre, bu mütalâaların bağlayıcı olmaması

⁵⁸ Dordevic, op.cit., p. 107.

⁵⁹ <http://goo.gl/qgR7Gb> (Avrupa Konseyi).

nedeniyle İHAM daha “açık” kararlar da verebilecektir. Zira İHAM, bireysel başvurularda birey-devlet çıkarını dengelerken, mütalâalarda birey-devlet kıskacının kuvvetinin azalacağı savunulmaktadır⁶⁰.

Danışma niteliğindeki bu görüşler, her ne kadar bağlayıcı olmasalar da, göz ardı edilmemesi gereken niteliktedir. 2 açıdan etkili olacağı tahmin edilebilir: Bir yönüyle, ulusal mahkemeler üzerindeki hukuksal etkisi; öte yandan, İHAS'ın yorumu açısından yalnızca ilgili ülke yargıcı değil, diğer devletler için de yönlendirici olmakla *erga omnes* etkiye yol açması⁶¹.

Kanımızca, istişarî görüşü aynen benimseyen bir mahkeme kararına karşı da İHAM'a bireysel başvuru yoluna gidilebilir. Bu durumda İHAM'ın istişarî mütalâa ile kısmen ya da tamamen çelişen bir karar vermesi olasıdır. Ancak bu durum, İHAM içtihadı açısından sorun yaratma potansiyeli taşıdığı gibi, istişarî görüşlerin etkililiğini de sarsabilir. Dahası, İHAM kararlarının tutarlılığı konusunu da tartışmaya açabilir.

Bağlayıcı olmasa dahi, yetkinin pratikte kullanımı ile, İHAM ve ulusal yargı organları arasında etkileşimin doğması beklenir. Bu açıdan EP16, bir tür “diyalog protokolü” olarak da anılır⁶².

e) Protokol'ün yürürlüğü (md. 6-9)

Daha önceki protokollerde olduğu üzere, bu protokolün ilgili hükümleri de (md. 1-5), İHAS'a “*ek maddeler*” olarak kabul edilir ve İHAS'ın “*tüm hükümleri buna göre uygulanır*” (md. 6).

Protokol, İHAS'a taraf 10 Devletin md. 7 uyarınca Protokol ile bağlı olmayı kabul ettiklerini açıkladıkları tarihten itibaren 3 aylık sürenin dolmasını takip eden ayın birinci günü (md. 8/1); Protokol'le bağlı olmayı sonradan kabul eden devlet için, 3 aylık sürenin dolmasını takip eden ayın birinci günü yürürlüğe girecektir (md. 8/2).

İHAS md. 57 uyarınca Protokol hükümlerine çekince konamaz (EP16, md. 9). Bilindiği üzere, çekince yasağı, daha önceki ek protokollerden yalnızca 2'si için söz konusu idi⁶³.

⁶⁰ Albayrak, passim.

⁶¹ Sicilianos, op.cit., p. 28.

⁶² Dordevic, op.cit., p. 105.

⁶³ Bkz. Ölüm cezasını savaş hali hariç kaldıran EP6 (md. 4) ve her şartta kaldıran EP13 (md. 3).

f) İHAM'dan istişarî mütalâa istemeye yetkili mahkemeleri belirleme (EP16, md. 10)

Devletler, imza sırasında veya onaylama, tasvip veya kabul belgesini tevdi ederken, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben bir deklarasyonla, belirlediği mahkeme veya divanları bildirir. Belirlemede, md. 1/1'in "*amacına uygun ol*"ma kaydı aranır. Deklarasyon, aynı usûlle değiştirilebilir.

Bazı ülkeler, istişarî mütalâa talep etmeye yetkili mahkeme bildirimlerini iletmişlerdir. -12.12.2015 tarihi itibarıyla- EP16'yı onaylayan 2 devletin (Slovenya, San Marino) yanı sıra, Romanya, Gürcistan ve Arnavutluk'un bildirimleri yer alır⁶⁴. Nihayet, istişarî mütalâa konusunda yetkilendirilecek mahkeme sayısı bakımından taraf devletler için herhangi bir sınırlama söz konusu değildir⁶⁵.

§ III. SONUÇLAR & ÖNERİLER

A. SONUÇLAR: Ulaştığımız başlıca sonuçlar şunlardır:

- EP15 ile, İHAS başlangıcına eklenen paragrafa göre, "*ikincillik*" ilkesine uygun olarak İHAS ve EP'lerdeki temel hak ve özgürlüklere saygıyı sağlamada asıl görev ülkelere düşmekte olup, İHAM denetimi altında bir takdir marjından yararlanacakları öngörülmektedir.

Bir İHAM yargıcının (Prof. Sicilianos) vurguladığı üzere, "*yenilikçi bir metin*" olarak görülen Protokol, ulusal yargıçlarla Avrupa yargıçları arasında yeni bir "*diyalog ve işbirliği*"nin çerçevesini çizer⁶⁶. İHAM içtihadını içselleştirme ve bu düzlemle aidiyeti güçlendirmeye de katkı sağlayacaktır. Böylece İHAS, sadece devletlerarası ilişkileri uzaktan düzenleyen bir mekân olmakla kalmayıp, çift yönlü bir iletişimi de güçlendirecektir.

- EP16 ise, ulusal yüksek yargı organlarının bakmakta oldukları davalarda İHAS'ın yorumu ve uygulamasına ilişkin olarak İHAM'dan istişarî mütalâa talebine yöneliktir. Bu bağlamda bazı devletler onay

⁶⁴ <http://goo.gl/X9Hsbn> (Avrupa Konseyi).

⁶⁵ Örneğin Romanya, toplam 17 mahkemeyi (Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay dışında, 15 temyiz mahkemesi) bildirmiştir.

⁶⁶ Sicilianos, op.cit., p. 9.

işlemini gerçekleştirmiş, hatta görüş talebine yetkili yüksek mahkemele-
rin adlarını bildirmiştir.

İHAM'ın önceki yargılarından Malinverni'ye göre, EP15, 11 ve 14 no.lu EP'lerle aynı öneme sahip değildir. Adı geçen ek protokol, di-
ğer ikisi gibi denetim mekanizmasında köklü reformlara (*“profondes réformes”*) yol açmaktan ziyade küçük çaplı değişikliklerdir (*“réformettes”*). Bununla birlikte, EP15, 3 hazırlık toplantısının normatif düzeyde yansımaları olup, İHAM'ın işleyişi açısından belirli noktalarda ilerlemeyi yansıtır. İHAM denetiminin performansını iyileştirmede ve insan haklarının etkililiğini geliştirmede yeni bir adımdır⁶⁷.

B. ÖNERİLER: Türkiye açısından önerilerimizi ise şu şekilde sı-
ralayabiliriz:

- EP15'in arka plânında yer alan “İHAM'ın Geleceği” başlıklı top-
lantılardan birine de ev sahipliği yapan Türkiye, zaman yitirmeksizin söz
konusu Protokol'ü onaylamalıdır. Bu onay işlemi, tüm üye devletlerin
onay şartı dikkate alındığında, diğer devletleri teşvik edici işlev görebilir.

- Türkiye, EP16'yı onaylama ve İHAM'dan görüş istemeye yetkili
yüksek mahkemeleri bildirme konusunda zaman yitirmemelidir. Bu
Protokol'ün yürürlüğe girmesi, ilkinde oranla -10 devletin onayıyla yeti-
nildiği için- daha kolay görünmektedir. Tahminen Anayasa Mahkemesi,
Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek yargı organlarına, İHAM'dan görüş
sorma olanağı tanınacaktır⁶⁸. AYM'nin bildirilmesi durumunda, anayasa
şikâyeti yolu daha işlevsel kılınabilir. Böylece, İHAM'da mahkûm olma
olasılığı en aza indirilebilecektir. Ancak daha önemlisi, İHAS-iç hukuk
uyumunda yararlı adımlar atılabilecektir.

⁶⁷ Malinverni, op.cit., p. 63.

⁶⁸ Ensaroğlu, Y. & Ardiç, Z. et.al., 2013'te Hukuk ve İnsan Hakları, SETA Analiz, S. 80,
İstanbul, Ocak 2014, ss. 21-22.

KAYNAKÇA

ALBAYRAK, Gökhan, “AİHS Protokol No. 16 ve Danışma Görüşlerinin Önemi”, *Ankara Strateji*, 06.10.2013. <http://goo.gl/rZQywr>

BOYAR, Oya, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2008.

BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *HJIL*, Vol. LVI, 1996, pp. 240-314. <http://goo.gl/yzFmB7>

ÇETİN, Selvet, “Türk Hukuk Düzenine Etkileri Açısından İzmir Deklarasyonu”. 05.05.2011. <http://goo.gl/b78VFI>

ÇOBAN, Ali Rıza, “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *AÜHFD*, C. LVII, S. 3, Y. 2008, ss. 187-223. <http://goo.gl/QbyY0x>

DOĞRU, Osman, *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, 1. Bs., XII Levha Yay., İstanbul, Aralık 2010.

DORĐEVIĆ, Sanja, “Protocol 16 to The European Convention on Human Rights and Freedoms”, *Facta Universitatis: Series: Law and Politics*, Vol. 12, No 2, 2014, pp. 103-111.

EKİNCİ, Hüseyin & **SAĞLAM**, Musa, *Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, AYM Yay., Ankara, 2014. <http://goo.gl/VjUKOh>

ENSAROĞLU, Yılmaz & **ARDIÇ**, Zeynep & **BARIN**, Taylan & **GÜÇTÜRK**, Yavuz & **UZUN**, Cem Duran, *2013’te Hukuk ve İnsan Hakları*, *SETA Analiz*, S. 80, İstanbul, Ocak 2014. <http://goo.gl/hNg7tW>

GEMALMAZ, H. Burak, “Pratikte AİHS Protokol No. 14’le Getirilen Yeni Kabul Edilebilirlik Ölçütü”, *ABD*, Y. 2011, S. 4, ss. 321-332.

GERARDS, Janneke, “Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: a Comparative and Critical Appraisal”, *MJECL*, No. 4, 2014, pp. 630-651.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref & **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 6. Bs., Turhan Yay., Ankara, Aralık 2005.

İNCEOĞLU, Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İNCEOĞLU**, Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 1. Bs., Avrupa Konseyi Yay., Şen Matb., Ankara, 2013, ss. 23-52.

İNCEOĞLU, Sibel, “Hukuk Devletinın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, *AYHD*, C. IV, S. 7, 2015, ss. 85-108.

JANIS, Mark & **KAY**, Richard & **BRADLEY**, Anthony, *European Human Rights Law: Text and Materials*, 2nd ed., Oxford University Press, 2000.

KABOĞLU, İbrahim Özden, *Özgürlükler Hukuku-1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, 7. Bs., İmge Yay., Ankara, Ekim 2013.

KORUCU, Serdar, “Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi”, *Liberal Düşünce*, Y. 18, S. 69-70, Kış-Bahar 2013, ss. 201-225.

MALINVERNI, Giorgio, “Le Protocole no 15 à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Rev. Trim. Dr. H* (101/2015), pp. 51-63.

ÖZTÜRK, Fatih, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?*, Beta Yay., İstanbul, 2012, ss. 49-51, 67-112.

SEZER, Abdullah, *Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları [Adalet-İstikrar İkileminde % 10 Ulusal Baraj Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz]*, Legal Yay., İstanbul, 2014.

SICILIANOS, Linos-Alexandre, “L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme- A propos du Protocole no 16 à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Rev. Trim. Dr. H* (97/2014), pp. 9-29.

ŞİRİN, Tolga, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, *AYHD*, C. II, S. 4, Y. 2013, ss. 359-399.

ŞİRİN, Tolga, *Çevre-İnsan-Devlet (Anayasa Üzerine Güncel Denemeler)*, Tekin Yay., İstanbul, Nisan 2015.

TBMM, *İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Değişiklik Getiren 15 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu* (1/911), Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, SS. 599, ss. 11-13. <http://goo.gl/Vnp2MZ>

ULUTAŞ, Ahmet (Çev.), “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye Ek 16 No.lu Protokol”, *Küresel Bakış*, Y. 4, S. 13, Nisan 2014, ss. 115-118. <http://goo.gl/Ajc3Gm>

ÜNAL, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu*, TBMM Yay., TBMM Matb., Ankara, 1995.

YILMAZ, M. Şerif, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yorum Yöntemleri*, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

Diğer kaynaklar: *Resmî Gazete, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, TBMM Tutanak Dergisi*, vs.