

## İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİNİN DANIŞMA GÖRÜŞÜ VERME YETKİSİ: BİLANÇO VE PERSPEKTİFLER

### THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE ADVISORY OPINIONS: A TEMPORARY PERSPECTIVE

Engin SELÇUK  
İstanbul Üniversitesi  
Siyasal Bilgiler Fakültesi  
[engin.selcuk@istanbul.edu.tr](mailto:engin.selcuk@istanbul.edu.tr)  
ORCID: 0000-0002-2238-5103

#### ÖZ

**Geliş Tarihi:**  
11.10.2022

**Kabul Tarihi:**  
09.11.2022

**Yayın Tarihi:**  
30.12.2022

**Anahtar Kelimeler**  
Danışma görüşü  
İnsan hakları  
Ulusal yargı

**Keywords**  
Advisory opinions  
Human rights  
National judgment

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ek 16 No'lu Protokol, taraf devletler yüksek mahkemelerinin talebi üzerine İnsan hakları Avrupa Mahkemesine danışma görüşü verme yetkisi tanıyarak aynı mahkemenin yargılama alanını genişletir. Taraf devletlerin en yüksek mahkemeleri, Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili ilke sorunları üzerine Mahkemeden danışma görüşü isteyebilir. Talepte bulunan yüksek mahkeme, yalnızca, önünde derdest olan bir dava çerçevesinde danışma görüşü talebinde bulunabilir. Ayrıca, ilgili yüksek mahkemenin, talebine dair gerekçe belirtmesi ve söz konusu derdest davanın hukuksal ve olgusal arka planına dair Mahkemeye bilgi sunması gerekir. Protokol'ün öngördüğü yeni usul, Mahkeme ile ulusal makamlar arasındaki etkileşimi mümkün kılarak ikincilik ilkesi temelinde Sözleşmenin uygulanmasını güçlendirir. Ancak, seçimlik doğası ve danışma görüşlerinin bağlayıcı gücünün olmaması nedeniyle Protokol'ün geniş kapsamlı bir diyalog oluşturmayı başarması şüphelidir.

#### ABSTRACT

Protocol No. 16 extends the jurisdiction of the European Court of Human Rights, enabling the Court to give advisory opinions in response to requests from the highest courts or tribunals of states parties to the Convention. The highest national courts or tribunals of a High Contracting Party may request the Court to give an advisory opinion. These requests concern questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or its protocols. The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it. It must give reasons for its request and must provide the Court with the relevant legal and factual background to the pending case. It thus makes it possible to enhance the interaction between the Court and national authorities and thereby reinforce implementation of the Convention, in accordance with the principle of subsidiarity. But it is not certain that the Protocol will succeed in generating a wide-ranging dialogue, given its optional nature and the absence of binding force of opinions.

**DOI:** <https://doi.org/10.30783/newsosbilen.1187591>

**Atf/Cite as:** Selçuk, E. (2022). İnsan hakları Avrupa mahkemesinin danışma görüşü verme yetkisi: Bilanço ve perspektifler. *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi*, 12(4), 2401-2417.

## Giriş

Avrupa’da insan haklarının ortaklaşa koruması, iki egemenlik düzeyi arasındaki yetkilerin paylaşımı üzerine oturur: Avrupa Konseyi üyesi devletlere tek tek ait olan devlet egemenliği düzeyi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi -bundan sonra ‘Sözleşme’- tarafından inşa edilen ulus-üstü hukuksal ve moral egemenlik düzeyi. Bu iki egemenlik düzeyi arasındaki ilişki sürekli bir gerilimin ifadesidir. Özellikle 2000’li yıllarda bireysel başvuru sayısındaki inanılmaz artışa mukabil nispeten istikrarsız bir siyasal mekânda değişim halindeki hukuksal ve idari yapıların varlığı karşısında İnsan hakları Avrupa Mahkemesi -bundan sonra ‘Mahkeme’- normatif bir güç odağı haline gelir. Mahkemenin normatif gücünden giderek rahatsızlık duyan Avrupa Konseyi üyesi devletler, hükümetlerarası konferanslar -İnterlaken (2010), İzmir (2011), Brighton (2012)- yoluyla Mahkemeye sağlam mesajlar verir. Bu mesajlar yansımalarını sırasıyla 1 Ağustos 2018 ve 1 Ağustos 2021 tarihlerinde yürürlüğe giren 16 No’lu Ek Protokol ile Sözleşme metnini değiştiren 15 No’lu Protokolde bulur. İlki, Mahkemenin iş yükünü azaltmak ve etkililiğini arttırmak adına yargıçlar diyalogunu kurumsallaştırmak ister; ikincisi ise iki egemenlik düzeyi arasındaki dengeyi sağlayan ikincillik ilkesi ile takdir yetki alanı doktrininin anlamını yeniler.

Fransa’nın 12 Nisan 2018 tarihinde onuncu ülke olarak onaylamasının ardından yürürlüğe giren 16 No’lu Protokol ile Sözleşme tarihinde yeni bir aşamaya geçilir. Protokol, ulusal yüksek mahkemelerin Sözleşmenin yorumu ve uygulamasına ilişkin Mahkemeden danışma görüşü talebinde bulunmasını mümkün kılan ihtiyari bir mekanizma kurar. Protokol’ün Madde 1 düzenlemesine göre,

- “1. Yüksek Sözleşmeciler Tarafların (...) yapacakları bildirimde belirtilecek olan en yüksek mahkemeleri veya yargı kurumları, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili ilke sorunları üzerine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinden danışma görüşü isteyebilir.”
2. Talepte bulunan mahkeme veya yargı kurumu, yalnızca, önünde derdest olan bir dava çerçevesinde danışma görüşü isteyebilir.”

Protokol’ün öngördüğü danışma görüşü usulünün amacı, Mahkeme ile ulusal makamlar arasındaki etkileşimi güçlendirmek ve böylece Sözleşmenin uygulanmasını ikincillik ilkesine uygun olarak pekiştirmektir. Burada amaç, uyumsuzluğu Mahkemeye devretmek değil, talebi yapan ulusal mahkemeye, bekleyen uyumsuzluğu değerlendirirken Sözleşmede ifadesini bulan haklara saygı gösterilmesini garanti altına almak için gerekli araçları sağlamaktır. Mahkeme, olayların bir analizini yapmaya veya Sözleşme hukuku ışığında iç hukukun yorumlanmasına ilişkin tarafların bakış açılarının esasını değerlendirmeye veya usulün sonucuna karar vermeye yetkili değildir. Rolü, kendisine sunulan sorularla ilgili olarak bir fikir vermekle sınırlıdır. Kuşkusuz, davayı çözmek ve duruma göre Mahkemenin iç hukuk hükümleri için verdiği görüşten kaynaklanan tüm sonuçları çıkarmak, talepte bulunan ulusal mahkemeye kalmıştır.

## Diyalog Protokolü Neden ve Nasıl Yazıldı

A. Malraux (1997: 78), “Kolomb’un, nereye gittiğinden daha çok, nereden yola çıktığını bildiğini” yazmıştı. Pozitif hukuk normlarının kaderi de çoğu zaman Kolomb’ununki gibidir. Hukuk normları bir kez üretildikten sonra mahkeme içtihadı ve kurumlar pratiği eşliğinde farklı koordinatlara yerleşir. Bu noktada pozitif bir hukuk normu olarak 16 No’lu Protokolün yerleşeceği koordinatı kestirmek son derece güçtür. Ne var ki pozitif normların hiç birisi hukuki ya da siyasi bir boşlukta üretilmediği gibi Protokol de öncesinde var olan bir tercih, felsefe ve bir müktebatın ürünüdür. Şu halde Protokolün, hangi ihtiyacı karşılamak için ve neden yazıldığı; hangi aktörler tarafından ve nasıl yazıldığı soruları gelecekte oturacağı koordinatı kestirebilmek açısından önemlidir.

## Protokol Neden Yazıldı

Mahkeme Eski Başkanı D. Spielmann’ın (2014) “Diyalog Protokolü” şeklinde nitelediği 16 No’lu Protokol’ün ikili amacının olduğu düşünülebilir: Mahkemeye yapılacak bireysel başvuruların sayısını azaltmak ve Mahkeme ile ulusal mahkemeler arasındaki diyalogu iyileştirmek. Bu noktada Protokolün Açıklayıcı Raporuna göre, Protokolün özünü, Mahkemenin yargı yetkisinin danışma görüşü vermek suretiyle genişletilmesinin “ulusal makamlar ve Mahkeme arasındaki etkileşimi pekiştireceği ve böylelikle Sözleşmenin uygulanmasını, uyum içerisinde, güçlendireceği” (Conseil de L’Europe, P16, 2013: §3) fikri oluşturur. Aynı fikir, Sözleşme sistemi içerisinde üç farklı

ihtiyaca karşılık gelir: Mahkemenin iş yükünü azaltmak, ulusal yargının Mahkemeye karşı olan direncini kırmak ve buna bağlı olarak Mahkeme kararlarının iç hukuklarda uygulanmasını kolaylaştırmak.

2000'li yıllar boyunca Mahkemenin iş yükü artışı bir tsunami şeklinde devam etmektedir. 2022 yılının ilk altı ayında Mahkemeye 23150 yeni başvuru yapılmış, böylece 30 Haziran 2022 tarihi itibarıyla Mahkeme önünde bekleyen başvuru sayısı 72750'ye ulaşmıştır. Ancak asıl önemli olan Daire ve Büyük Daire önündeki iş yüküdür ki aynı tarih itibarıyla bu sayı 32150'dir. Mahkemenin sürekli artan iş yükü, Sözleşme sisteminin etkililiği noktasında ciddi soru işaretlerini beraberinde getirir. İşte Protokol'ün ilk faydası ya da karşılık geldiği ilk ihtiyaç, iç hukuklardan gelen bireysel başvuruların sayısını azaltarak Mahkemenin iş yükünü hafifletmek olacaktır. Gerçekten de, Mahkemenin Sözleşmenin yorumu ve uygulamasına bağlı sorunlar üzerinde önceden danışma görüşü usulü ile konumunu berraklaştırması iç hukuklarda yüksek yargı mercileri eliyle başvuruya konu eylem ve işlemlerin önünü kesebilir. Mahkemenin vereceği danışma görüşü sadece yüksek yargı merci önündeki uyuşmazlığın çözümünde değil iç hukuklardaki yapısal ve sistemik sorunların da önüne geçecektir. Danışma görüşü usulü, özellikle mükerrer başvurularda Mahkemenin iş yükünü azaltacaktır. Bugün Mahkeme önündeki başvuruların neredeyse yarısı uyuşmazlığın tarafları farklı olsa da iç hukuktaki aynı konudan kaynaklanan mükerrer başvurulardır. Bu başvuruların kaynağı ise Sözleşmenin Mahkeme içtihadına uygun yorumlanmamasından doğan iç hukuki düzenin yapısal ya da sistemik sorunlarıdır. 21 Şubat 2011 tarihinde Mahkeme Genel Kurulu kararıyla İchtüzüğe eklenen Pilot karar usulü, bu tarz mükerrer davaların altında yatan yapısal sorunları tespit ederek ilgili devletlere sorunları ortadan kaldırma konusunda yükümlülük getirme tekniği olarak geliştirilmişti. Şimdi 16 No'lu Protokol, pilot karar usulüne *a priori* bir seçenek olarak karşımıza çıkar.

Danışma görüşü usulünün ikinci faydası, ulusal yargının Mahkemeye karşı olan direncini kırarak Mahkeme ile taraf devletler arasındaki çatışmaları azaltmak olabilir. İç hukukun Sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle uyumunu ve derinlemesine kontrolünü sağlayan ilk ve her düzeyde ulusal yargıçlardır. İşte bu noktada Mahkeme, Sözleşmede ifadesini bulan hak ve özgürlüklerin ulusal makamlar tarafından ihlalini önleyemeyen ve aynı noktada Sözleşme hükümlerini Mahkeme içtihadına uygun yorumlamaktan kaçınan ulusal yargıyı mahkûm eder. Mahkeme ile ulusal yargı arasındaki karşılaşmalar şimdiye kadar hep iç hukuk yollarının tüketilmesi sonrası "bastırıcı" ve bu ulusal yargıyı "mahkûm edici" surette gerçekleşir. Şimdi yürürlüğe giren danışma görüşü ve dolayısıyla yargıçlar diyalogu, bu mahkûm edici/yaptırım uygulayıcı mantığa hakların pozitif olarak nasıl korunacağı üzerine bir diyalog zemini açarak seçenek yol sunar (Tulkens, 2018: 653). Protokolün ruhunda olan, diyalogu bastırıcı değil "önleyici" bir sistem içerisinde gerçekleştiren bir yol açmaktır. Bu yol oldukça değerlidir. Çünkü mahkûm edici olmaktan çok bildirici ve ikna edici niteliktedir. Kuşkusuz danışma görüşü usulü zorunlu değil seçimlidir ve bu süreçte danışma görüşü veren Büyük Dairenin otoritesi de "bağlayıcı" değil, "ikna edici" niteliktedir (Benoit-Rohmer, 2018: 4). İkna edici otorite, gücünü verdiği kararın şekli anlamda niteliğinden değil; daha çok ne söylediğinden yani ikna edici söyleminden alır. Burada Büyük Dairenin otoritesi kararın ikna ediciliğine ve akla yakınlığına dayanmak zorundadır.

Danışma görüşü usulünün üçüncü faydası, Mahkeme kararlarının iç hukuklarda uygulanmasını kolaylaştırmak noktasında karşımıza çıkabilir. Mahkemenin kurulduğu 1959 yılından bu yana (1 Ocak 2022) esas üzerinden verdiği 24511 karardan 5533 tanesinin uygulanmayı beklediği düşünülürse, konunun Mahkemenin meşruiyeti ve ikna edici otoritesi açısından ne derece önemli olduğu daha kolay anlaşılır. Bir "ilke" sorununa ilişkin olarak taraf devletlerden birinin yüksek mahkemesi Mahkemedan danışma görüşü istediğinde Mahkemenin verdiği danışma görüşüne uyulması durumunda uyuşmazlığı iç hukukta çözecek merci ile danışma görüşü isteyen merci aynı olduğundan Mahkeme içtihadının uygulanması kolaylaşmış olacaktır. Aynı yönde, Mahkemenin vereceği danışma görüşüne uyulması durumunda iç hukukta danışma görüşü isteyen yüksek mahkemenin otoritesi kesin olduğundan kararın Mahkemenin danışma görüşü ile aynı yönde icrası da kesin olacaktır. Oysa Mahkeme kararlarının Bakanlar komitesi eliyle uygulanması bu derece kesin ve etkili olmayan bir mekanizmadır.

### **Protokol Hangi Aktörler Tarafından Nasıl Yazıldı**

Mahkeme ile ulusal yargı arasında diyalog arayışı için önce 1953, ardından 1962 yılında çeşitli girişimlerde bulunulur ancak hepsi başarısızlıkla sonuçlandır. Belki bu yüzden Mahkeme Eski Başkanı D. Spielmann (2014) ulusal yargı ile diyalogun "*Mahkemenin DNA'sının bir parçası*" olduğu iddiasındadır. Bu diyalog arayışı, uzun süre boyunca terk edilmiş görünür ve ulusal yargı makamları ile Mahkeme arasında gayri resmi karşılaşmalarla sınırlı

kalır.<sup>1</sup> 2000'li yıllarda konu tekrar tartışılır ancak hem danışma görüşü usulü hem de sonrasında verilecek kararın bağlayıcı ya da seçimlik olması noktasında yaşanan görüş farklılıkları nedeniyle sonuçsuz kalır. Bu yolla tesis edilecek bir ön-karar usulünün Sözleşme tarafından tesis edilen yargısal denetime alternatif bir model olup pek çok hukuki soruna neden olacağı ve mahkemenin iş yükünü arttıracacağı kaygısı da kimi arayışları sonuçsuz bırakır.

Mahkemeye bireysel başvuruların bir tsunami gibi aktığı ve ulusal yargının direnci nedeniyle etkililik arayışının ciddi kaygılara neden olduğu bir dönemde Sözleşmenin denetim mekanizmasının uzun dönemde etkililiğini incelemekten sorumlu Akil İnsanlar Grubu'na 2006 yılında danışma görüşü konusunda fikirler üretme görevi verilir. İki egemenlik düzeyi arasındaki yorum çatışması ve gerilimi düşürmek amacıyla Akil İnsanlar Grubu, Bakanlar Komitesine Kasım 2006'da sundukları raporla “*ulusal temyiz mercileri ve anayasa mahkemelerinin Strasbourg Mahkemesinden danışma görüşü talep edebilmesinin yerinde olacağı*” (CM/2006/203: §76) tavsiyesinde bulunur. Raporu kabul eden Bakanlar Komitesine göre de “*Sözleşme ve Protokollerinin yorumuna ilişkin hukuki sorunlar karşısında danışma görüşü talepleri yargıçlar arası diyalogu destekleyip Mahkemenin anayasal rolünü güçlendirecektir*” (Conseil de l'Europe, 2006: §135). Bakanlar Komitesinin talebi üzerine bu kez Mahkemenin kendisi, konuya ilişkin 2007 tarihli görüşünde (CEDH, Avis, 2007: §4) “*getirilen önerinin izlenen amaç için –ulusal yargı ile diyalogu desteklemek- uygun*” olduğunu not ettikten sonra böyle bir mekanizmanın faydalarının, “*sistemin ikincil niteliğini güçlendirmek*” ve “*çekişmeli olmayan bir bağlamda, bir devleti mahkûm etmeden*” hukuki yorum sorunlarının çözümüne katkı sağlamak olacağını belirtir. Ne var ki gene Mahkemeye göre “*böyle bir mekanizmanın, bireysel başvuru mekanizmasına dayanan mevcut sisteme entegre edilmesi fikri, daha uzun vadede derinlemesine düşünmeyi gerektirir.*” Mahkeme, danışma görüşü usulünün bireysel başvuru mekanizması üzerinde yaratacağı etkinin belirsizliği karşısında endişe duyarak “*teklifin incelenmesinin daha sonraki bir aşamaya ertelenmesi*” tavsiyesinde bulunur.

Artan iş yükü karşısında ve Sözleşme sistemindeki etkililik arayışları nedeniyle Mahkemenin “*kurumsal bir şantiye alanına döndüğü*” (Hervieu, 2013: 2) 2010 yılı ve sonrasında fikir tekrar tartışmaya açılır. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Geleceği Üzerine” İnterlaken'de toplanan hükümetlerarası konferansın devamında bu kez 26-27 Nisan 2011 tarihlerinde İzmir'de dışişleri bakanları bir araya gelir. Konferans sonrasında kabul edilen İzmir Bildirisinin (Comité des Ministres, 2011, § D/1-2) konu açısından önemli yanı, danışma görüşü usulünün Sözleşme metninde yapılacak bir değişiklik ile tüm taraf devletler için zorunlu bir protokolle değil de ihtiyari nitelikli ve Sözleşmeye “ek” bir protokolle düzenlenmesi ve bunun için nihai bir tarih belirlenmiş olmasıdır. Ayrıca Bildiri, protokolün yazım sürecine bir aktör olarak Mahkemeyi de dâhil etmesi noktasında önemlidir.

İzmir Bildirisinin Mahkemeye yaptığı çağrının ardından Mahkeme, özel bir çalışma grubuna, danışma grubu usulünün mümkün olup olamayacağı sorusu üzerinde fikirler üretmesi talimatını verir. Talimat ve ardından gerçekleşen çalışma grubu toplantıları Mahkeme tarafından gayri resmi bir “mütalaa” şeklinde kabul edilir. İlgili mütalaa, danışma görüşü usulünün Sözleşme sistemi üzerindeki olası etkilerini ayrıntılı bir şekilde ortaya koyarken çok gönüllü bir şekilde olmasa da protokole ilişkin ilk gayri resmi taslağı ortaya çıkarmış olur. Bir yıl sonra ikincilik ilkesini güçlendirmek için Birleşik Krallık'ın talebiyle başlatılan Brighton Konferansı, Bakanlar Komitesini 2013 yılının sonundan önce taraf devletler için ihtiyari bir protokol metni hazırlamaya davet eder (Comité des Ministres, 2012, §12-d). Mahkeme ise Brighton Konferansı için hazırlanan ön mütalaa'da konuya ilişkin mesafeli ve gönülsüz pozisyonunu muhafaza eder: “*Uluslararası yargı ile Mahkeme arasındaki diyalogu yoğunlaştırmak için yeni bir danışma görüşü usulünün uygulamaya konulması gereklipek gerekmediği sorusu, şu anda reformların geleceğine ilişkin daha geniş bir bağlamda incelenmektedir. Mahkeme, bu sorunun daha fazla dikkate alınması gerektiği kanısındadır. Yakında bu konuyla ilgili bir tartışma belgesi hazırlayacaktır*” (CEDH, Avis, 2012, §28). Ne var ki taraf devletlerin iradelerini aşamayacak olan Mahkeme, aynı ön mütalaa ile 2011 tarihli mütalaa'sını daha da genişleterek yazılacak olan protokol taslağının temellerini atar. Protokol metnini kaleme alan “İnsan Hakları Yönetim Komitesi” neredeyse bütünüyle Mahkemenin mütalaa'larına bağlı kalırken Protokolün yazımına katkı sağlayan Mahkeme bir tür “*yargısal diplomasiye*” (Bianku, 2019: 14) kapı açmış olur. Metin, Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilerek 10 Haziran 2013 tarihinde taraf devletlerin imzasına açılır. 2 Ekim 2013 tarihinde Fransa, İtalya ve onları takip

<sup>1</sup> İki düzey arasındaki bilgi akışını tesis etmek ve içtihatlarını uyumlaştırmak noktasında bir birlerinden haberdar olmak için Ekim 2015'te Mahkemenin himayesinde SCN (Superior Court Network) kuruldu. 2017 yılından bu yana Mahkeme ile üye ülkeler yüksek yargı organları temsilcilerinin katıldığı her yıl düzenlenen periyodik toplantılarla somutlaşıyor. 2017 yılından beri düzenlenen bu periyodik toplantıların tamamına Türkiye'den Anayasa Mahkemesi raportörü ve Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı düzeyinde katılım sağlanmıştır.

eden beş küçük Avrupa ülkesi (Ermenistan, Slovenya, Slovakya, San Marino, Finlandiya) ilk imzaları atarak onay sürecini başlatır.<sup>2</sup>

1 Ağustos 2018 tarihinde onuncu devlet olarak Fransa'nın onayı ile yürürlüğe giren Protokol, usule ilişkin değişiklikler getiren bir protokolün bütün karakteristik özelliklerini taşır. Sözleşme tarihinde bu tür usul değişikliği içeren protokoller bütün taraf devletlerin onayı ile yürürlüğe girmiştir. 16 No'lu Protokolün sadece on devletin onayı ile yürürlüğe girmesinin bir sebebi Protokolün bir an önce yürürlüğe girmesi kaygısı ise bir diğer sebebi de devletlerin yüksek yargı makamlarının danışma görüşü talep edip etmemesi noktasında taşıdıkları kararsızlıktır.

### **Danışma Görüşünün Hukuki Niteliği**

Protokolün öngördüğü şekliyle danışma görüşü usulü ve aynı usulün işleyiş mekanizması aslında oldukça basittir. Zorluk, usulün hukuki doğasını belirlemekle ilgilidir. L. Burgorgue-Larsen'in yorumunda (2020: 221), "*usul, resmi olarak hukuki 'danışma' kisvesine bürünse de, diğer uluslararası yargı mercilerinde var olan geleneksel danışma usulleri ile benzerliği yoktur.*" Gerçekten de Protokol, temelde "danışma görüşü" ile "ön-karar" usulleri arasında melez; ya da daha anlayışlı bir ifadeyle "orijinal" (Crepet-Daigremont, 2012: 673 ) bir usul getirir.

İlk olarak, uluslararası hukukta danışma görüşünün amacı, bir uluslararası mahkemeyi bir hukuki uyuşmazlık hakkında karar vermeye davet etmek değildir. Bu yüzdendir ki, tavsiye niteliğindeki görüş talepleri, söz konusu mahkemeye ev sahipliği yapan uluslararası kuruluşun kurucu metninde bu amaçla açıkça yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından yapılır. Örneğin, Birleşmiş Milletler Şartına göre "herhangi bir hukuki sorun" hakkında Uluslararası Adalet Divanına danışabilecek olan Genel Kurul ve Güvenlik Konseyidir (Madde 96/1). Aynı maddenin 2. Fıkrası, daha önce Genel Kurulun onayını almış olmak ve faaliyet konusuna ilişkin görüş talebini uygun şekilde sınırlamak kaydıyla, diğer herhangi bir organ veya ihtisas kuruluşunun da danışma mekanizmasına başvurmasına izin verir. Aynı durum, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği için de geçerlidir. Sözleşme hukuku da aynı türden danışma usulüne sahiptir ki kapsamı son derece sınırlı olan bu usulde Sözleşmenin Madde 47-49 düzenlemeleri temelinde yalnızca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Mahkemeden görüş talep edebilir. Bu kısa hatırlatmalardan çıkan sonuç, uluslararası hukukta danışma görüşünün ilgili örgütün üye devletleri ve organları ile mahkemesi arasında işleyen bir mekanizma olduğudur; yoksa herhangi bir yargılamaya ilişkin değil.

İkinci olarak, Protokolün getirdiği usul tam olarak bir danışma görüşü usulü değil ise acaba bir ön-karar usulü olarak nitelenebilir mi? İlk bakışta, Protokol tarafından oluşturulan usulün, gerçekten de birçok açıdan ön-karar usulüne benzediği görülür. Çünkü usul, ulusal yargının önündeki bir dava vesilesiyle, davada uygulamak zorunda olduğu normun Sözleşmeye uygun yorumuna ilişkindir ve Mahkemeden görüş gelinceye kadar ulusal yargı bakmakta olduğu davayı bekletmek durumundadır. Usul, bu yönleriyle örneğin Avrupa Birliği Adalet Divanı önündeki ön-karar usulü ile benzerdir. Ancak temel fark şudur: Üye devlet mahkemelerinin talebi üzerine, Birlik hukukunun yorumlanması veya Birlik kurumları tarafından kabul edilen tasarrufların geçerliliği hakkında ön karar vermeye yetkili olan Divan, talep üzerine doğrudan harekete geçer ve verdiği kararlar bağlayıcıdır. Oysa Protokol'ün getirdiği usulde beş yargıçtan oluşan Kurul, talebin uygunluğunu filtrelemeye yetkili olduğundan, Büyük Daire talebi otomatik olarak inceleyemeyeceği gibi, Mahkemenin görüşü de bağlayıcı değildir. Danışma görüşü, eğer uluslararası hukukta olduğu gibi talepte bulunan ya da sevkten sorumlu siyasi makamlar tarafından herhangi bir uyuşmazlık dışı usul ile formüle edilmiş olsaydı, bunların "*bağlayıcı olmaması gerçeği daha az rahatsız edici olurdu*" (Burgorgue-Larsen, 2020: 223). Oysa Protokol'ün öngördüğü mekanizma ulusal bir dava bağlamındadır. Bu nedenle de ulusal yargıç tarafından ortaya atılan soruya karşılık verilen danışma görüşünün bir amaca hizmet edebilmesi için bağlayıcı olması gerekirdi.

Klasik bir danışma görüşü değilse ve Avrupa Birliği hukukunda gözlemediğimiz bir ön karar mekanizması da değilse, Protokol'ün öngördüğü usul nasıl nitelenebilir? Belki verilebilecek tek yanıt, bunun tekil ve melez bir usul olduğudur.

<sup>2</sup> Protokolün onay sürecinin başladığı tarihten, makalenin yazımının bittiği tarihe (25 Eylül 2022) kadar geçen 4 yıldan uzun süre zarfında 46 üyeli Avrupa Konseyi içerisinde sadece 17 üye devlet Protokolü onaylamıştır. İlgili taraf devletlerin verdikleri onay belgelerinin yürürlüğe giriş tarihleri şu şekildedir: Ermenistan, Estonya, Gürcistan, İtalya, Finlandiya, Litvanya, Arnavutluk, Ukrayna, Slovenya ve Fransa (1 Ağustos 2018), Hollanda (1 Haziran 2019), Yunanistan (1 Ağustos 2019), Andora (1 Eylül 2019), Slovakya (1 Nisan 2020), Lüksemburg (1 Eylül 2020), Bosna-Hersek (1 Temmuz 2021), Romanya (1 Ocak 2023).

## **Danışma Görüşü Usulünün İşleyiş Koşulları**

Protokol'ün getirdiği usul, gerçekte oldukça basittir ve işleyiş mekanizması belli koşullarla sınırlandırılır. İlk koşul, diyalogun aktörlerine ilişkindir. Protokol, Mahkeme ile ulusal yargı arasındaki diyalogu sadece “*en yüksek mahkemeler ve yargı kurumları*” (Madde 1/1) ile sınırlandırır. Bu mercilerin hangileri olduğu taraf devletlerin takdirindedir. Her taraf, devlet, Protokolde öngörülen şekilde (Madde 10) bir bildirimle hangi mahkemeleri seçtiğini belirtir ve aynı şekle tabi olarak seçimlerini her zaman değiştirebilir. “En yüksek mahkemeler” ifadesi, “Anayasa mahkemesi veya yargı kolunun en üstündeki mahkemeden daha düşük olmakla birlikte, yine de “yüksek” oldukları için özel bir öneme sahip olan mahkemeler ya da belirli bir dava sınıfı için görevli mahkemelere de atıfta bulunabilir. Bu mahkemelerin belirlenmesi, kendi yargı sistemlerinin özgünlüğü temelinde taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Uygulamaya bakıldığında Fransa gibi adli yargı – idari yargı ayrımının olduğu ülkelerin anayasa mahkemesi, yargıtay ve danıştayı seçtiği; yargı birliğinin olduğu ülkelerin ise her ülkenin özgün yapısına bağlı olarak temelde Anayasa Mahkemesi ve/veya en yüksek temyiz mahkemesini seçtiği görülür. Yunanistan hariç hiçbir ülke sayıştayı seçmezken, bilindik yüksek mahkemelere ilave olarak Finlandiya’nın, “Sigorta Mahkemesi” ve “Yüksek İş Mahkemesi”ni; Hollanda’nın “Endüstri ve Ticaret İdare Mahkemesi”ni; Romanya’nın ise on beş istinaf mahkemesini seçtiği görülür. Hiç bir taraf devletin uyuşmazlık mahkemesini seçmediğini ise not olarak düşmek gerekir.

İkinci koşul, danışma görüşünün konusu ve kapsamına ilişkindir, zira ulusal yargı, Mahkemeden ancak Sözleşmede ifadesini bulan hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili “*ilke sorunları*” (Madde 1/1) üzerine danışma görüşü isteyebilir. İlke, ulusal yargının önüne gelen uyuşmazlığı çözerken titizlikle uyması gereken ve tartışmasız kabul edilen kurallar bütünü ya da bir tür dayanak noktasını ifade eder. Bir ilke sorunu farklı durumları kapsayabilir. Bu, yapısal veya sistemik bir sorun, taraf devletlerin ortak çıkarını ilgilendiren bir konu veya Mahkeme tarafından oluşturulan ancak iç hukuklarda uygulama zorluğu çeken bir içtihat olabilir. Ayrıca, iç hukuktaki normatif bir düzenlemenin ulusal yargı tarafından istikrarlı bir şekilde yorumlanmasının Sözleşmeye uygunluğuna ilişkin bir soru yahut davanın olguları karşısında Mahkeme içtihadının uygulanmasının elverişli görünmediği durumlar olabilir (Giannopoulos, 2019: 81). Kuşkusuz ilke sorunlarının ne olduğunu değil belki daha çok ne olmadığını anlamak için Mahkemenin uygulamasını izlemek gerekecek.

Üçüncü koşul, talep edilen görüşün yüksek mahkeme önünde derdest bir davayla ilgili olmasına ilişkindir: “*Talepte bulunan mahkeme veya yargı kurumu, yalnızca, önünde derdest olan bir dava çerçevesinde danışma görüşü isteyebilir*” (Madde 1/2). Protokolün açıklayıcı raporunun belirttiği gibi, “*Usul, örneğin, derdest bir davada uygulanması gerekmeyen mevzuatın teorik olarak incelenmesine izin vermeyi amaçlamamaktadır*” (Conseil de l’Europe, P16, 2013: §10). Kuşkusuz bu koşul, Mahkemeyi ulusal mevzuat hakkında soyut görüş verme yükünden kurtarmayı hedefler.

Dördüncü koşul danışma görüşünün içeriğine ilişkindir: “*Danışma görüşü talebinde bulunan mahkeme veya yargı kurumu, talebine dair gerekçe belirtir ve söz konusu derdest davanın hukuksal ve olgusal arka planına dair bilgi sunar*” (Madde 1/3). Kuşkusuz ulusal yargının, Mahkemenin görüşüne ihtiyaç duyduğu noktayı netleştirilmesi önemlidir. Çünkü usulün amacı, iç hukuktaki uyuşmazlığı Mahkemeye aktarmak olmadığından Mahkeme, söz konusu usul bağlamında ne olguları ne de ulusal mevzuatı incelemek durumundadır. Ancak, Mahkemenin “ilke sorunlarına” odaklanabilmesi için ulusal yargının davanın yasal ve olgusal bağlamını belli ölçüde tanımlaması gerekir. Davanın Sözleşmenin yorumlanması veya uygulanması ile ilgili bir ilke veya genel çıkar sorunu ortaya koyduğunu ve bu sorunun çözülmesinin uyuşmazlığın çözümü için esas teşkil ettiğini gösterecek kadar ikna edici bir şekilde görüş taleplerinin ulusal yargı tarafından gerekçelendirilmesi beklenir. Bu noktada Mahkeme, Protokol nedeniyle yeniden kaleme aldığı içtüzüğünde talebin şu hususları içermesini şart koşar:

*“İç hukukta görülen davanın konusu ile ilgili hukuki ve olgusal bağlam”, “İlgili iç hukuk hükümleri”, “Sözleşme ile ilgili konular, özellikle söz konusu edilen hak ve özgürlükler”, “İlgili olduğu takdirde, iç hukukta görülen davada tarafların konu hakkındaki iddiaları”, “Mümkün ve uygun olduğu takdirde, danışma görüşü talebini sunan mahkemenin konu hakkında yapmış olduğu her türlü analiz de dâhil olmak üzere kendi görüşünün bir özeti” (İçtüzük, Bölüm X, Madde 2§1).*

Beşinci koşul, Sözleşmenin Madde 43 düzenlemesindeki daire önündeki bir davanın Büyük Daireye sevkı usulüne benzer şekilde, ulusal yargıdan gelen talebin sevkine ilişkindir. Danışma görüşü Büyük Daire tarafından verilir ancak öncesinde Büyük Daire bünyesinde beş yargıçtan oluşan Kurul, danışma görüşünün kabulü

konusunda karar verir (Madde 2§1). Kurul, talebin reddine karar verdiği takdirde kararını gerekçelendirmek zorundadır. Bu haliyle gerekçeli ret kararları, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin “ilke sorunları” ifadesinin anlamının belirlenmesini mümkün kılacaktır. Kurulun ret kararı üzerine talep ayrıca Büyük Dairede görüşülmez. Böylece Kurul, bir filtre işlevi görmüş olur. Bu noktada, Berger'e göre (2015: 8) “*eğer Kurul çok katı olursa ulusal yüksek mahkemelerin cesaretini kurma riskiyle karşı karşıya kalır, (...) Kurul çok esnek olursa da Büyük Daireye aşırı yük bindirmiş olur.*”

### Riskler

16 No'lu Ek Protokol, değerine mukabil doğasından kaynaklanan bazı kaçınılmaz sorun alanlarına sahiptir ve bu sebepten işleyişi kimi riskleri beraberinde getirebilir. Sorun alanları temelde Protokol'ün seçimlik doğasından ya da L. Burgorgue-Larsen'in yorumunda (2020: 125) “*Protokol'ün aktörlere tanıdığı yedi özgürlükten*” kaynaklanır: 1) Protokolü onaylama özgürlüğü; 2) “En yüksek mahkemeleri” belirleme özgürlüğü; 3) Danışma görüşü talebi özgürlüğü; 4) “En yüksek mahkemeler” listesini değiştirme özgürlüğü; 5) Danışma görüşü talebini kabul edip etmeme özgürlüğü; 6) Ayrık bir görüş belirtme özgürlüğü; 7) Büyük Dairenin verdiği danışma görüşünü uygulama özgürlüğü.

Protokol'ün seçimlik doğası temelinde karşılaşılabilecek muhtemel en büyük risk, Mahkemenin giderek soyut denetime sürüklenmesi ve ikincillik ilkesinin ağır darbeler almasıdır. Protokol'ü kaleme alanlar bu riski ciddiye almış olmaları ki Açıklayıcı Raporda “*Usulün amacının, uyumsuzluğu Mahkemeye devretmek değil, talepte bulunan yüksek mahkemeye, uyumsuzluk bakımında karar verirken Sözleşmenin öngördüğü garantilere uygun ve gerekli araçları sağlamak*” (Conseil de l'Europe, P16, 2013: §11) olduğunun altı çizilidir. Bunun anlamı, danışma görüşü verirken Mahkeme, uyumsuzluğa ilişkin somut olarak bir analiz yapamayacak, ortaya atılan hukuki soruların *a priori* bir analizini yapacaktır. Ne var ki, her danışma görüşü talebinin Mahkemece kabulü zorunlu değildir. Mahkeme, danışma görüşünü Büyük Dairenin beş üyesinden oluşan Kurulun kabul yönünde karar almasının ardından verir. Kurul, talep vesilesiyle önüne gelen sorunun Sözleşme hukuku açısından “ilkesel” bir sorun olup olmadığını araştırmak durumundadır. Ancak danışma görüşü talebinin değerlendirilmesinde kurulun takdir yetkisine herhangi bir sınırlandırma getirilmiş değildir. Bu durum ise hem Kurul hem de Büyük Dairenin soyut bir denetim yapmasına kapı açar. Oysa ikincillik ilkesi gereği normalde Mahkeme, sadece başvuru üzerine önüne gelen somut bir olaya ilişkin Sözleşmenin yorumunda ulusal makamlara yol gösterir. Şimdi danışma görüşü usulünün ilkesel ya da sistemik/yapısal sorunlarla ilgili olması ve bu noktada takdirin Kurul ve Büyük Dairede olması, danışma görüşünü pilot karar usulüne *a priori* bir seçenek olarak karşımıza çıkarır ve soyut bir denetimi gerektirir. Bu noktada Protokol, ikincillik ilkesine saygıyı hedefleyen hiçbir mekanizma öngörmez. Bu durum, danışma görüşü usulünün ikincillik ilkesinden vazgeçme anlamı taşıyıp taşımadığı sorusunu akla getirir.

İkinci temel risk, Sözleşme sistemini bir diyalogla güçlendirme arayışındaki usulün tam tersi farklı düzeylerde ulusal yargı ve Mahkeme arasında, bazen de Mahkemenin kendi içerisinde çatışma doğurma olasılığıdır. Bu olasılık birkaç farklı çatışma düzeyinde gerçekleşebilir ve hepsinin de nedenleri farklı olabilir. İlk çatışma düzeyi usulün bizatihi kendisinde kaynaklanır. Protokol, Büyük Daireye, beş yargıçtan oluşan Kurul aracılığıyla, bir üye devletin yüksek mahkemesi tarafından formüle edilen bir talebe yanıt vermeyi reddetme yetkisi verir. Böyle bir güç, ulusal yargı ile gerilimler yaratabilir. Gerçekten de, olgusal çerçeve yetersiz tanımlandığında, ihtilaf teorik ve soru yapay olduğunda beş üyeden oluşan Kurul'un görevi stratejik ve hassas olacaktır. Stratejik, çünkü bir çığ gibi tavsiye taleplerinden kaçınmak gerekli olacak ve Kurul bir filtre görevi görecektir. Hassas, çünkü ulusal yargıçlara, görüş taleplerinin Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin herhangi bir “ilke” doğurmadığını açıklamak için gerekçeler üretmek Kurul'u zorlayacaktır.

İkinci çatışma düzeyi ulusal yargı ile mahkeme arasında usulün bizatihi kendisinden kaynaklanabilir. Protokol gereği Mahkemenin vereceği danışma görüşünün içeriği, tamamen veya kısmen, tüm yargıçların kanaatini oybirliği ile yansıtmadığı takdirde, her yargıç kendi ayrık görüşünü belirtme hakkına sahiptir (Madde 4/2). Bir an için bir veya daha fazla yargıç tarafından ayrık bir görüş kaleme alındığını düşünelim... Bu bağlamda, bir felaket senaryosu hayal etmek çok zor değildir. Mahkemenin oybirliği oluşturmayacak şekilde verdiği bir danışma görüşü sonrası ulusal yargı, görüşün içeriğine direnmek için ayrık oyları gerekçe olarak kullanabilir. Böyle bir tutum da Mahkeme ve bir bütün olarak Sözleşme sistemine karşı eşi benzeri görülmemiş bir ulusal yargısal güvensizliğinin işareti olur.

Bir başka çatışma düzeyi danışma görüşünün bağlayıcı olmamasından kaynaklanır. Mahkemeye göre, “*diyalogun doğası danışma görüşlerinin bağlayıcı olmamasını gerektirir*” (CEDH, Avis, 2013: §12). Kuşkusuz uygulamada ulusal makamların Mahkemenin bir danışma görüşünün yorumlayıcı otoritesine direnmesi zor olacaktır. Peki ya direnme gerçekleşirse Mahkeme kararlarının otoritesi genel olarak tehlikeye düşmez mi? Elbette burada temel korku, Mahkemenin otoritesini güçlendirmek adına getirilen uygulamanın Avrupa mekânında temel haklar koruması alanında iki vitesli bir sisteme yol açması riskidir. Bir başka çatışma düzeyi de Büyük Daire ile Daireler arasında olabilir (Burgorgue-Larsen, 2020: 250). Acaba danışma görüşü Mahkemenin kendisi için bağlayıcı mıdır? Büyük Dairenin danışma görüşü ile çelişen Daire kararları olursa ne olacak? Talepte bulunan ulusal yüksek mahkemenin Büyük Dairenin vereceği danışma görüşü doğrultusunda uyuşmazlığı karara bağlaması durumunda Mahkemeye bireysel başvuru hakkı saklı olduğuna göre -ki aksi yönde bir hüküm bulunmamaktadır- aynı olay, bir danışma görüşü sonrası bireysel başvurunun konusu olursa ve esas incelemesi için Dairenin önüne gelirse, bağlayıcı güce sahip olmayan danışma görüşü yargılama sonucunda çelişkiye neden olmaz mı?

## Protokolün Uygulaması

### Fransız Yargıtay’ının Danışma Görüşü Talebi

Mahkemeden ilk danışma görüşü Fransız Yargıtay’ı tarafından taşıyıcı anneliğe ilişkin olarak 12 Ekim 2018 tarihinde talep edilir ve Kurul’un 3 Aralık 2018 tarihinde başvuruyu kabul etmesinin ardından, Mahkeme görüşünü 10 Nisan 2019 tarihinde açıklar.<sup>3</sup> Fransız Yargıtay’ı talebini, "müstakbel anne" ile taşıyıcı annelik sözleşmesinin imzalanmasından sonra doğan bir çocuk arasındaki soy bağı kurulma yöntemlerine ilişkin çok çetrefilli bir "ilke" sorununa bağlar.

Taşıyıcı annelik bir sözleşmeyi gerektirir ve sözleşmenin konusu, normal şartlarda doğal ebeveynleri tarafından dünyaya getirilemeyecek olan çocuğun güvenli ve sağlıklı bir şekilde teslimidir. Fransız hukukunda taşıyıcı anneliği konu edinen, başka kelimelerle, bir başkası için çocuk doğurma sonucunu doğuran tüm sözleşmelerin yok hükmünde olacağı Medeni Kanun’la sabit olduğu gibi Ceza Kanunu da ilgili fiili suç olarak niteler. Bu noktada Fransız Yargıtay’ının danışma görüşü talebi, daha önce Mahkemenin 2014 yılında gene Fransa’ya ilişkin karara bağladığı Mennesson ve Labassée davaları ile doğrudan bağlantılıdır. Mennesson çifti ve Labassée çifti ABD’de 2000 ve 2001 yıllarında bir taşıyıcı anne vasıtasıyla bebek sahibi olurlar. ABD’de çiftler ve bebekleri arasında ebeveyn-çocuk bağı tespit edilmiş olmasına rağmen Fransız devleti, doğum sertifikalarını taşıyıcı annelik sözleşmelerinin geçersizliği nedeniyle nüfus siciline kaydetmeyi reddeder. Fransız Yargıtay’ı da taşıyıcı annelik sözleşmesinin Medeni Kanunu uyarınca yok hükmünde olduğunu tespit edip, nüfus sicil kayıtlarının yapılamayacağına ancak bu durumun ABD’de tanınan ebeveyn-çocuk bağına hanel getirmeyeceği gibi çocukların anne ve babalarıyla Fransa’da yaşamalarına da engel olmayacağına hükmeder. Ancak Yargıtay kararı, doğal olarak çocuk adına vatandaşlık ve soy bağı kurulmasını engeller. Her iki başvurunun Strasbourg mekânına taşınması sonrası Mahkeme, konunun etik düzene ilişkin hassas bir konu olduğu, konuya ilişkin bir Avrupa mutabakatının bulunmadığı ve bu yönüyle genel olarak devletlerin takdir yetki alanı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini not ettikten sonra, konuya ilişkin türlü belirsizliklerin giderilememiş olmasının ebeveyn için olmasa da çocuk/çocuklar için Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlendiği şekliyle özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamına geldiğine hükmeder. Ne var ki bu kararlardan üç yıl sonra, *Paradiso ve Campanelli-İtalya* kararında Mahkeme, Sözleşmenin ebeveyn olma hakkını güvence altına almadığını vurgulayarak, “biyolojik bağ, başvuru sahipleri tarafından ulusal kurallara aykırı olarak yaratılan bir durumu yargı yoluyla yasallaştırabilecek ana kriter olmaya devam etmektedir” ifadesiyle çocuk ile en azından baba arasındaki biyolojik bağın varlığını esas almış; müstakbel anne ile ilgili olarak ise çocuk kendi –müstakbel annenin- gametleriyle taşıyıcı anneden doğmuş olsa dahi “anne her zaman bellidir” *mater semper certa est* ilkesine dayanarak anne ile çocuk arasındaki soy bağının doğumla kuruluyor olmasından taviz vermemiştir.

Mennesson ve Labassée kararları sonrası Fransız Yargıtay’ı içtihat değişikliğine giderek baba ile çocuk arasında biyolojik bağın varlığı durumunda taşıyıcı anne aracılığıyla doğan çocuğun soy bağı kurulmasına yeşil ışık yaktı. Tüm bu tartışmalardan sonra Fransız Yargıtay’ı, Mennesson çiftinin mücadelesi sonucu önüne gelen taşıyıcı

<sup>3</sup> CEDH, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention demandé par la Cour de cassation française, Demande no P16-2018-001, 10 avril 2019.



annelik ile ilgili davada Mahkemeye şu soruları sorar: Taşıyıcı annelik sonrası yabancı bir ülkede dünyaya gelen çocuk açısından müstakbel annenin durumu ne olacak? Bu noktada çocuğun müstakbel annenin gametleri ile doğup doğmadığına göre bir ayırım yapılmalı mı? Ayrıca konuya ilişkin Sözleşmenin 8. Maddesi noktasında Devletlere tanınan takdir yetki alanının kapsamı nedir?

Mahkeme, verdiği danışma görüşünde, çocuk amaçlı ebeveyn bağının tanınmasını sağlamak için uygulanacak araçların seçiminin Devletlerin takdir yetki alanı içinde olduğunu kabul eder; bu da, ebeveynliğin kurulmasına ilişkin belirsizlik süresinin mümkün olduğu kadar kısa olması koşuluyla çocuğun yüksek yararının karşılanabileceği anlamına gelir. Mahkeme önce bu tür durumlarda çocuğun yüksek yararının her şeyin üzerinde olduğunu ve taşıyıcı annelik yoluyla doğan çocuğun soy bağının kurulmamasının pek çok durumda çocuğun yüksek yararını olumsuz etkilediğinin altını çizer. Ancak gene de konunun her somut olayın onu niteleyen özel koşullarına göre incelenmesi gerektiğini not eder. Mahkeme görüşünde özellikle çocuk doğduktan sonra belirsizlik süresinin ya da başka bir ifadeyle doğum ile müstakbel anne arasında hukuki bağ kurulduğu zaman aralığının mümkün olduğunca kısa olması gerektiğinin altını çizer. Ancak bu durum devletin, yabancı bir ülkede oluşturulan doğum belgesi ile bağlı olduğu sonucunun çıkarılmasını gerektirmediği gibi ayrıca sözleşmenin 8. Maddesi anlamında devletin çocuk ile müstakbel anne arasında ebeveyn çocuk ilişkisinin en baştan beri *ab initio* tanınması yükümlülüğünü getirmez.

Görüşünde mahkeme, 8. Maddenin taşıyıcı annelik yoluyla yabancı bir ülkede doğan çocuğun aralarında biyolojik bağ olması kaydıyla yalnızca müstakbel baba ile arasında hukuki bir bağ kurulması imkânını öneren içtihadını hatırlar (§ 35). Mahkemeye göre, yurtdışında taşıyıcı anneden doğan çocuk ile müstakbel anne arasında hukuki bağ kurulması için ise Mahkemeye göre göz önünde tutulması gereken iki nokta vardır: “*çocuğun yüksek yararı ve taraf devletin takdir yetki alanının genişliği* (§ 37). Bu iki noktanın her somut olayın koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca Mahkeme, Sözleşmenin, yurtdışında biyolojik baba ile üçüncü kişi olan bir bağışçının gametleriyle taşıyıcı annelik yoluyla doğan bir çocuğun doğum belgesinin soy bağı kurulması ve nüfus kaydına tescili noktasında devleti yükümlülük altına sokmadığının altını çizer.

Mahkemeye göre yabancı bir ülkede taşıyıcı annelik yoluyla biyolojik baba ile üçüncü bir bağışçının gametlerinden doğan bir çocuğun durumunda ise,

*“Sözleşme'nin 8. Maddesi anlamında çocuğun özel hayatına saygı hakkı, ulusal hukukun, yurtdışında yasal olarak kurulmuş olan doğum belgesinde ‘yasal anne’ olarak belirtilen müstakbel anne ile çocuk arasında soy bağının tanınmasına olanak sağlanmasını gerektirir.*

*Sözleşme'nin 8. Maddesi anlamında çocuğun özel hayatına saygı hakkı, iç hukukta soy bağı tanımanın, yabancı ülkede yasal bir doğum belgesinin transkripsiyonu üzerinden yapılmasını gerektirmez; bu tanıma, çocuğun yüksek yararına uygun olacak şekilde hızlı ve etkili uygulama biçimlerinin iç hukukta sağlanması koşuluyla müstakbel annenin çocuğu evlat edinmesi gibi farklı yollarla da mümkündür.”*

### **Ermenistan Anayasa Mahkemesinin Danışma Görüşü Talebi**

Ermenistan Anayasa Mahkemesi tarafından 2 Eylül 2019 tarihinde gönderilen danışma görüşü talebi Kurul tarafından 2 Ekim 2019 tarihinde kabul edilir ve Mahkeme görüşünü 29 Mayıs 2020 tarihinde açıklar.<sup>4</sup> Ermenistan Anayasa Mahkemesi tarafından sorulan sorular şunlardır:

*“1) Sözleşmenin 7. Maddesinde ifadesini bulan ‘hukuk’ kavramı ile diğer maddelerinde -örneğin Madde 8-11- ifadesini bulan ‘yasa’ kavramı aynı niteliksel koşulları mı içerir?*

*2) Aksi durumda aralarındaki ayırım mümkün kalacak kurallar nelerdir?*

*3) Bir suçun tanımında daha yüksek bağlayıcı güce ve daha yüksek bir soyutlama düzeyine sahip norma atf yapan ceza kanunu, açıklık, öngörülebilirlik, ulaşılabilirlik ve istikrar koşullarını yerine getiriyor sayılabilir mi?*

<sup>4</sup> CEDH, Avis consultatif, relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée, demandé par la Cour constitutionnelle arménienne, Demande no P16-2019-001, 29 mai 2020.

4) *Ceza yasalarının geriye yürümezliği ilkesi ışığında –Sözleşme Madde 7/1- suçun işlendiği an yürürlükte olan ceza kanunu ile değiştirilen ceza kanununu karşılaştırmak ve böylece benzerlik ve bağlam açısından farklılıklarını belirlemek için uygulanacak kriterler nelerdir?”*

Ermenistan’da 19 Şubat 2008 tarihinde yapılan başkanlık seçimlerinin adil ve eşit şartlarda yapılmadığını savunan protestocu gruplara yönelik polis müdahalesi sonucu 18 kişi hayatını kaybeder. Olayların ardından Devlet Başkanı R. Koçaryan olağanüstü hal ilan eder. Söz konusu olaylardan çok sonra, Nisan 2018’de “kadife devrim” olarak nitelenen olaylar sonrası seçilen N. Paşinyan döneminde bir tür devri sabık yapılarak önceki pek çok siyasi hakkında ceza davası açılır. Bu kişilerden biri de Eski Devlet Başkanı R. Koçaryan’dır. Koçaryan, 2008 tarihli olaylar nedeniyle 2009 yılında değiştirilen ceza kanunun ilgili hükümleri ve burada yapılan atıf nedeniyle 2015 tarihli Anayasa hükümleri uyarınca yargılanır. Oysa filin işlendiği sırada eski ceza kanunu ve 2005 Anayasası yürürlükteydi ve ceza kanunu ilgili suçu bütünüyle Anayasaya atıfla tanımlamaktadır. Yargılama sırasında Koçaryan’ın itirazları nedeniyle sorun Anayasa Mahkemesine taşınır.

Mahkeme, önce danışma görüşü talebinin iç hukukta davaya bakan mahkemenin uygulamak zorunda olduğu norm ile ve olayla doğrudan bağlantılı noktalarla sınırlandırılması gereğinin altını çizer. Bu noktada Ermenistan Anayasa mahkemesi tarafından talep edilen danışma görüşünün amacı, Sözleşmenin 7. Maddesi gereklerine uygun bir şekilde ceza kanununun ilgili maddesinin anayasaya uygunluğu sorununun çözülmesidir. Mahkeme, birinci ve ikinci sorular ile yapılan yargılama arasında bağlantı görmemektedir. Bu ilk iki soruya verilecek yanıt teorik ve genel nitelikli olacağından danışma görüşünün kapsamı dışındadır.

Üçüncü soruya ilişkin olarak Mahkeme önce eylemleri veya ihmalleri suç saymak için “*atıf yoluyla yasama*” tekniğine başvurmanın kendi başına Sözleşme’nin 7. Maddesi gereklerine aykırı olmadığı tespitinde bulunur. Kanun, “*atıf standardı ve atıfta bulunulan standart birlikte okunduğunda, suçlanan kişinin gerektiğinde uzman tavsiyesi alarak hangi davranışın cezai sorumluluğa yol açabileceğini belirleyebilmesine izin vermelidir.*” Mahkemeye göre bu gereklilik, atıfta bulunulan norm, ilgili hukuk düzeninde atıfta bulunulan normdan daha yüksek bir hiyerarşik sıraya veya daha yüksek bir soyutlama düzeyine sahip olduğunda da geçerlidir. Bu modele göre tasarlanmış bir suçlamanın açıklığını ve öngörülebilirliğini garanti etmenin en etkili yolu, atfın açık olmasını ve atıf standardının suçu oluşturan unsurları tanımlamasını sağlamaktır. Ayrıca, atıfta bulunulan normlar, atıfta bulunan norm tarafından tanımlanan ceza sorumluluğunun kapsamını genişletmemelidir. Her halükarda, davanın şartlarında cezai sorumluluğun öngörülebilir olup olmadığını değerlendirmek hem atıfta bulunulan standardı hem de atıfta bulunan standardı uygulaması gereken ulusal mahkemenin görevidir.

Dördüncü soruya ilişkin olarak Mahkeme Sözleşmenin 7. Maddesinin amaçları bakımından, bir suçun işlendiği iddiasından sonra çıkarılan bir kanunun, iddia edilen olayların gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan kanundan daha fazla veya daha az sanık lehine olup olmadığını belirlemek için davanın özel koşullarını dikkate almak gerekir. Olay somutlaştırıldıktan sonra, daha sonraki kanunun, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan kanundan daha ağır sonuçlar doğuracağı açık ise sonraki kanun uygulanamaz.

### **Slovakya Yargıtay’ının Danışma Görüşü Talebi**

Slovakya Yargıtay’ı, kayda 5 Ekim 2020 tarihinde giren talebinde polis teftiş mekanizmasının bağımsızlığının değerlendirilmesini isterken Mahkemeye şu soruyu sorar: “*Hiyerarşik ve işlevsel açıdan doğrudan İçişleri Bakanına bağlı olan İçişleri Bakanlığı Teftiş Servisi görevlileri tarafından yapılan inceleme sırasındaki usuli işlemler ve bu yolla elde edilen deliller, hukuka uygun kabul edilebilir mi ve bağımsız ve tarafsız bir soruşturma ve kovuşturmayaya dayanak sağlar mı?*” Büyük Daire içerisinden oluşturulan Kurul, danışma görüş talebinde ortaya atılan soruların, talepte bulunan mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığı çözerken ihtiyaç duyacağı konuyla ilgili olmadığından bahisle 14 Aralık 2020 tarihinde talebi kabul etmeme kararı alır.<sup>5</sup> Tıpkı bir anayasa mahkemesinin somut norm denetimi yolu ile önüne gelen davada, ilgili normun davada uygulanması gereken norm olmadığından bahisle başvuruyu reddetmesi gibi.

Polis memuru I.E hakkında, 2014 yılında bir kadına fiziki saldırıda bulunduğu iddiaları nedeniyle polis ve güvenlik servislerine yönelik soruşturma iddialarından sorumlu İçişleri Bakanlığı Teftiş Birimi tarafından soruşturma başlatılır. Soruşturmanın ardından ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinde yargılanan I.E

<sup>5</sup> CEDH, Collège de la grande chambre, “Décision relative à une demande d’avis consultatif formée en vertu du Protocole no 16 concernant l’interprétation des articles 2, 3 et 6 de la Convention demande formée par la cour suprême de la république slovaque”, demande no p16-2020-001, 14 décembre 2020.

hakkında mahkûmiyet kararı verilerek adli para cezasına çarptırılır. Ceza mahkûmiyetine karşı I.E'nin başvurusu üzerine konu temyiz merci olarak Yargıtay'ın önüne gelir. Yargıtay, önüne gelen dava vesilesi ile İçişleri Bakanlığı Teftiş Biriminin mevcut yapısı ve çalışma biçiminin Sözleşmenin 6. Maddesi (adil yargılanma hakkı) kapsamında değerlendirilmesini talep eder.

Danışma görüşü talebini inceleyen Kurul, öncelikle danışma görüşü usulünde Mahkemenin, olayların bir analizini yapmaya veya Sözleşme hukuku ışığında iç hukukun yorumlanmasına ilişkin tarafların bakış açılarının esasını değerlendirmeye veya usulün sonucuna karar vermeye yetkili olmadığına altını çizer. Kurul'a göre, Mahkemenin rolü, kendisine sunulan sorularla ilgili olarak bir fikir vermekle sınırlıdır. Bu sebepten “*danışma görüşü usulü, yasama işlemlerinin teorik bir incelemesi anlamına gelmez*” (§18). Kurul bu genel tespitlerin ardından 16 No'lu Ek protokol'ün işleyiş koşullarından birinin, Sözleşmede ifadesini bulan hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili ilke sorunları üzerine danışma görüşü talep edilmesi; bir diğerinin ise ulusal yüksek mahkemenin önündeki derdest bir dava bağlamında danışma görüşü talep edebilmesi olduğunu hatırlatır. Kurul'a göre, “*adil yargılanma hakkının ancak suçlamanın esasına karar verebilecek bir 'mahkeme' öniinde uygulanan usul açısından değerlendirilebilir*” (§ 20) ve Sözleşmenin 6. Maddesi “*bir suçlamanın esası hakkında karar vermeye yetkili mahkemenin, yasama organı, yürütme organı ve taraflardan bağımsız olmasını gerektirir*” (§ 21). Oysa danışma görüşü talebine konu olan bakanlık teftiş birimi, yargılama öncesindeki bir aşama ile ilgilidir.

### **Litvanya Danıştay'ının Danışma Görüşü Talebi**

17 Eylül 2020 tarihinde Litvanya Danıştay'ı, Bayan N.V'nin Litvanya Ulusal Meclisi (Seimas) seçimlerinde adaylık başvurusunun reddedilmesi ile ilgili önündeki derdest davada danışma görüşü talebinde bulunur. 25 Ocak 2021 tarihinde Kurul'un talebi kabul etmesinin ardından 8 Nisan 2022 tarihinde Büyük Daire danışma görüşünü açıklar.<sup>6</sup>

2007-2012 yılları arasında Kaunas Bölge mahkemesinde yargıç olan N.V'nin velayet davalarında savunduğu farklı görüşler ve kararlarıyla bir dizi suç işlediğinden bahisle Başsavcılık tarafından bir yargıç olarak sahip olduğu dokunulmazlığın kaldırılmasını talep edilir. Haziran 2012 de Ulusal Meclis, N.V'nin bir yargıç olarak sahip olduğu dokunulmazlığı kaldırır. Bu karar üzerine N.Y, Cumhurbaşkanlığı makamından görevden alınmasını talep eder. 2 Temmuz 2012 de N.V görevden alınır ve siyasete atılarak 16 Kasım 2012 tarihinde Ulusal Meclis üyesi olur. N.V, milletvekili sıfatı taşıyorken daha önce hakkında verilen gözaltı kararının uygulanması sırasında adli görevlilere hakaret, görevi yaptırılmaya direnme gibi bir dizi suçtan soruşturmanın yürütülmesi için milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması talep edilir. Bunun üzerine N.V kendisi dokunulmazlığından feragat eder ve ardından Mayıs 2013'de ABD'ne gider/kaçar. Aralık 2013'te milletvekili olarak görevleri ve sorumluluklarını yerine getirmediğinden bahisle hakkında meclis soruşturulması açılır. Soruşturmanın sonucunda 3 Haziran 2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi, meclis çalışmalarına katılmayan N.V'nin milletvekili yeminine sadık kalmayarak anayasayı ciddi şekilde ihlal ettiğine hükmeder. Anayasa mahkemesi kararı sonrası 19 Haziran 2014 tarihinde Mecliste yapılan bir oylama ile N.V'nin milletvekilliği düşürülür. Litvanya makamlarının talebi üzerine 2019 yılında ABD tarafından iade edilen N.V'ye işlediği suçlar nedeniyle bir yıl hapis cezası verilir ve ceza Ocak 2022'de Yargıtay tarafından onanır.

2020 yılında N.Y, yapılacak meclis seçimleri için adaylık başvurusunda bulunur. Ancak ilgili merci, N.V'nin 2014 tarihli milletvekilliğinin düşürülmesi kararı nedeniyle adaylık başvurusunu reddeder. Zira 2004'de Meclis çıkardığı bir kanunla suç işlediğinden bahisle suçlanan ve görevden alınan bir kamu görevlisinin süresiz olarak hak yoksunu sayılması ve meclis seçimlerinde aday olamamasını hükme bağlamıştı. Bu kanun N.V olayından çok önce eski cumhurbaşkanı için uygulanır. Konu Strasbourg Mahkemesine intikal ettiğinde *Paksas – Litvanya* kararında Mahkeme, hakkında yürütülen *impeachment* usulünün ardından görevden alınan eski cumhurbaşkanının süresiz hak yoksunu kabul edilerek yasama fonksiyonuna erişiminin kesin ve geri dönülemez bir şekilde engellenmesini orantısız bir müdahale olarak görmüş ve Sözleşmenin 1. No'lu Ek Protokolünün 3. Maddesine (serbest seçim hakkı) aykırılık tespiti yapmıştı. N.V, Mahkemenin 2011 tarihli *Paksas* kararını gerekçe göstererek adaylık başvurusunun reddine ilişkin dava sürecini başlatır. İşte bu vesile ile önüne gelen davada Litvanya

<sup>6</sup> CEDH, Grande Chambre, Avis consultatif, Concernant l'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du protocole no 1 à la convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment demandé par la cour administrative suprême lituanienne, demande no p16-2020-002, 8 avril 2022.

Danıştay'ı danışma görüşü talebi ile Mahkemeden serbest seçim hakkı temelinde taraf devletin takdir yetki alanının sınırlarının neler olduğunu ve ulusal mahkemenin dikkate alması gereken orantılılık ilkesinin kapsamını belirleyen ve 1 No'lu Protokol'ün 3. Maddesinden doğan gereklilikler ve kriterler neler olduğunu sorar. Gene bu bağlamda serbest seçim hakkının kullanılmasına engel olan genel bir yasağın orantılılığını değerlendirmek için yalnızca süreye mi, yoksa aynı zamanda kişinin çıkarıldığı görevlerin niteliğine ve görevden alma sürecine neden olan eyleme ilişkin her bir davaya özgü koşullara mı bakmak gerektiğini sorgular.

Mahkeme görüşünde önce N.Y'nin milletvekilliğinin düşürülmesi ve adaylık başvurusunun reddinden kaynaklanan soruların, Paksas davasında Büyük Daire tarafından verilen karardan kaynaklanan durumla da açıkça ilgili olduğunu not eder. Zira Litvanya makamları Paksas kararının uygulanmasını bekletmekte ve işbu danışma görüşü talebinin sonucunu beklemektedir. Mahkemeye göre, N.V.'nin meclis seçimlerinde adaylık başvurusunun kabulünü engelleyen yasal sınırlama, Mahkemenin Paksas davasında verdiği ihlal kararının da sebebinin oluşturur (§ 70). Mahkeme, Litvanya Danıştay'ı tarafından yöneltilen soruların geçerliliğini koruduğu ve bu nedenle Mahkeme tarafından ele alınması gerektiği kanaatinde. Ancak, *“16 No'lu Protokol'ün bir kararın icrası bağlamında kullanılması amaçlanan bir araç olarak tasarlanmadığını vurgular”* (§ 63).

Mahkemeye göre 2004 tarihli yasa, *“öngördüğü hak mahrumiyetinin kesin ve geri döndürülemez doğasının orantısız bir sınırlama oluşturması nedeniyle 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesine aykırıdır”* (§ 70). Bu bağlamda Mahkeme, Danıştay tarafından kendisine yöneltilen soruyu, *“bir karara varmak amacıyla uygulanacak kriterler konusunda rehberlik talebi olarak algılanmaktadır. 16 No'lu Protokol'ün amacı ve amacına uygun olarak, Mahkeme, Ulusal Meclisin neden olduğu sorunu çözmek için yapabileceği herhangi bir yasal girişime hanel getirmeksizin, talebi yapan mahkemenin bakış açısına göre cevap verecektir”* (§ 73).

Mahkeme, devamında konuya ilişkin içtihadını hatırlatır ve devletlerin özellikle, kendi anayasal düzenlerinde, milletvekillerinin statüsünü düzenleyen kuralları belirleme konusunda büyük bir serbestliğe sahip olduğunu, bu konudaki ilgili kriterlerin her bir devlete özgü tarihsel ve siyasi faktörlere göre değiştiğini altını çizer. *“Bununla birlikte, bu kurallar, belirli kişi veya grupların ülkenin siyasi yaşamına ve yasama organının seçimine katılmalarını bütünüyle yasaklama etkisine sahip olamaz. Ayrıca, meşru mülahazalar, bir kişinin seçimlere katılma hakkının sınırlanmasını baklı gösterse bile, bu tür sınırlamalar, ilk başvurularını baklı kılan demokrasiye yönelik tehdit ortadan kalktıktan çok sonra getirildiğinde, 1 No'lu Protokol'ün 3. Maddesi ile bağdaşmaz hale gelebilir”* (§ 91). İşte bu bağlamda danışma görüşü talebine yanıt niteliğinde olmak üzere, Mahkemenin görüşüne göre, sınırlandırmaya ilişkin kriterler *“doğası gereği nesnel olmalı ve yalnızca görevden alınmasına yol açan olaylarla ilgili değil, ilgili koşulların şeffaf bir şekilde değerlendirilmesine izin vermelidir. (...) Nitekim, görevden alma, milletvekilliğinin düşürülmesi ve bunun sonucunda ortaya çıkan yasağın temel amacı, ilgili kişiye, cezai yaptırıma ek olarak başka bir yaptırım uygulamak değil, parlamento kurumlarını korumaktır. Bu nedenle, ilgili kriterler öncelikle kişinin üyesi olmayı planladığı kurumun ve dolayısıyla ilgili devlette anayasal sistemin ve bir bütün olarak demokrasinin düzgün işleyişinin gereklilikleri perspektifinden tanımlanmalıdır”* (§ 94).

### **Ermenistan Yargıtay'ının Danışma Görüşü Talebi**

Ermenistan Yargıtay'ı tarafından 11 Mart 2021 tarihinde Mahkemeye ulaşan danışma görüşü talebi, 10 Mayıs 2021 tarihinde Kurul tarafından kabul edilerek Büyük Daire'ye sevk edilir. Büyük Daire, 26 Nisan 2022 tarihinde görüşünü açıklar.<sup>7</sup>

Ermenistan Yargıtay'ının danışma görüşü talebi, Mahkemenin 2012 yılında verdiği ve gözaltı sırasında başvuruya konu eylemleri “işkence” ve “kötü muamele” olarak nitelediği *Virabyan-Ermenistan* kararının iç hukukta uygulanması ile bağlantılıdır. Mahkemenin ilgili kararı ardından iki polis memuru hakkında ceza soruşturulması başlatılmış ancak soruşturma sonucunda zamanaşımından bahisle 2016 yılında takipsizlik kararı verilmiştir. 2017 yılında başsavcılık, soruşturmayı yürüten makamların uluslararası hukuk ve özellikle Sözleşmenin 3. Maddesini (işkence yasağı) hesaba katmadan dosyayı kapatmış olmalarından bahisle soruşturmayı yeniden başlatır. Devamında yapılan yargılamanın ardından ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinin polisleri suçlu bulan ancak zamanaşımını nedeniyle her hangi bir cezai mahkûmiyete hükmetmeyen kararlarına karşı savcılık 2019 yılında temyiz başvurusunda bulunur. Savcılığa göre, Sözleşmenin 3. Maddesi karşısında zamanaşımından söz

<sup>7</sup> CEDH, Grande Chambre, Avis consultatif concernant l'applicabilité de la prescription aux poursuites, condamnations et sanctions pour des infractions constitutives, en substance, d'actes de torture demandé par la Cour de cassation arménienne, Demande no P16-2021-001, 26 avril 2022.

edilemez. 27 Ocak 2021 tarihinde Yargıtay, Sözleşmenin 3. Maddesinin 7. Madde (suçta ve cezada kanunilik) ile birlikte yorumu konusunda Mahkemeden danışma görüşü istenmesini karara bağlar.

Mahkemenin 26 Nisan 2022 tarihli danışma görüşüne göre, sorunun kaynağı dava mahkemesinin sanıkları işkence suçundan sorumlu tuttuktan sonra zamanaşımı nedeniyle cezai sorumluluktan muaf tutmasıdır. Mahkeme, görüşünde önce Sözleşmenin 3. Maddesinin devletleri işkenceyi suç olarak kabul etme yükümlülüğü altına soktuğuna ilişkin yerleşik içtihadını hatırlar. Gene Mahkemeye göre, “Sözleşmenin 3. Maddesi kapsamında soruşturma makamlarının hareketsiz kalması nedeniyle suçun zamanaşımına uğraması Sözleşmenin ihlali sayılır” (§ 61). Somut olayda ise soruşturma makamlarının hareketsizliğine ilişkin bir iddia bulunmamaktadır ve aleyhe yasanın geriye yürümezliği ilkesi temel bir ilkedir (§ 77). Bu bağlamda Mahkeme oy birliği ile şu görüşünü açıklar:

“Eğer bir suç iç hukukta zamanaşımına tabi ve zamanaşımı süresi dolmuşsa 7. Maddenin yeni bir kovuşturma açılmasını engeller. İç hukukta normatif değere sahip uluslararası hukuk kurallarının Sözleşmenin 7. Maddesi anlamında söz konusu suçun zamanaşımına bağlı olmadığı sonucuna ulaşmak için yeterince açık ve ulaşılabilir bir temel oluşturup oluşturmadığını belirleme görevi önce ulusal yargıya aittir.”

### Fransız Danıştay’ının Danışma Görüşü Talebi

Fransız Danıştay’ının 15 Nisan 2021 tarihli danışma görüşü talebi, Kurul tarafından 31 Mayıs 2021 tarihinde kabul edilir ve Büyük Daire, 13 Temmuz 2022 tarihinde danışma görüşü açıklar.<sup>8</sup> Fransız Danıştay’ının talebi, Fransız Biyoçeşitlilik Ofisinin kurulması, çevre kolluğunun güçlendirilmesi ve Avcılar Federasyonu’nun sahip olduğu görevlerin yeniden tanımlanmasını öngören Çevre Kanunu değişikliğinin hemen ardından Fransız Danıştay’ı önüne gelen bir davaya ilişkindir.

1964 tarihli Çevre Kanunu, “Avcılık Komün Dernekleri”nin (ACCA) kurulmasını öngörmektedir. ACCA’lar, mümkün olduğunca geniş bir coğrafya üzerinde avcılık faaliyetlerini geliştirerek avcılık mirasını koruyup geliştirmeyi hedefler. Arazi sahipleri ilgili komünde kurulan ACCA’nın üyesi olarak kendilerine sağlanan fonlarla avlanma bölgeleri oluşturur. 2019 yılında yapılan yasal değişiklik, bir ACCA’nın kurulduğu tarihte belirli bir yüz ölçümde -20 ila 100 hektar- mülkiyet hakkına ya da avlanma hakkına sahip kişilerin bu uygulama ve sağlanacak fonlara itiraz hakkına sahip olmasını; mülkleri üzerinde avlanmaya itiraz edebilmelerini öngörür. Bu şekilde itiraz eden ya da cayma hakkını kullanan bir kişi ACCA’nın dışında kalır. Yani 2019’da yapılan yasa değişikliği itiraz ve cayma hakkını ACCA’ların kurulduğu 1964 yılı itibariyle mülkiyet ya da avlanma hakkına sahip kişilerle sınırlı tutar. Bu noktada ACCA’nın oluşturulduğu tarihte varlığı kabul edilmiş olan dernekler ile daha sonra oluşturulan dernekler arasında ortaya çıkan muamele farklılığı dikkate çeker.

Fransa Özel Ormancılar Federasyonu, Danıştay’da açtığı davada bu yasal düzenleme ve ilgili kararnamenin Sözleşmenin 14. Maddesi (ayrımcılık yasağı) ve 1 No’lu Ek Protokol’ün 1. Maddesine (mülkiyet hakkı) aykırı olduğu iddiasındadır. Başvuruculara göre ACCA’ları zayıflatmamak adına başka tedbirler alınması mümkünken itiraz hakkının bu şekilde belirli bir tarih itibariyle var olan hak sahipleri ile sınırlandırılmış olması mülkiyet hakkına orantısız bir müdahale oluşturur. Zira ACCA’ların kurulmasıyla hedeflenen kamu yararı, itiraz hakkına sahip kişilerin belli bir zamana referansla belirlenmesini haklı çıkarmaz.

Bu noktada Danıştay, önüne gelen dava vesilesiyle ACCA’dan önce kurulan dernekler/birliklerin yasada belirtilen aşgari bir yüzey alınının altına indiği takdirde avcılık bölgesi dışına çıkarılması imkânını ortadan kaldıran yasal düzenlemenin Sözleşmeye uygunluğunu sorgular ve Mahkemeye şu iki soruyu sorar:

- Hukuk kişilerinin kurulduğu tarih esas alınarak yasada düzenleme yapılması Sözleşmenin 14. Maddesi temelinde ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülebilir mi?
- Eğer bu soruya verilecek yanıt olumlu ise benzer ya da bir biriyle kıyaslanabilir nitelikte kişiler arasında farklı muamelede bulunabilmenin kriterleri neler olabilir?

Mahkeme, farklı muamelenin “makul ve objektif” gerekçelere dayanması durumunda Sözleşmeye aykırılıktan söz edilemeyeceğinin altını çizer. Eğer “meşru bir amaca dayanmıyorsa ya da kullanılan araçlarla amaç arasında makul bir

<sup>8</sup> CEDH, Grande Chambre, Avis consultatif relatif à la différence de traitement entre les associations de propriétaires « ayant une existence reconnue à la date de la création d’une association communale de chasse agréée » et les associations de propriétaires créées ultérieurement, demandé par le conseil d’état français, demande no p16-2021-002, 13 juillet 2022.

orantılılık bağı yoksa farklı muamelenin makul ve objektif bir gerekçesinin olmadığı kabul edilir” (§ 72). Bu çerçevede mahkemenin öngördüğü kriterler:

- (1) Sınırlamanın yasa ile öngörülmesi,
- (2) Sınırlamanın makul bir temelini olması,
- (3) Yasa ile belirlenen ayırım kriterinin niteliği ve ulusal makamların takdir yetki alanı üzerindeki etkisi,
- (4) Amaca ulaşmak için seçilen araçlarla aynı amaçların elverişliliği kriteri ve
- (5) Kullanılan araçların etkisi.

Mahkemeye göre somut olayda sınırlamanın yasa ile öngörülmesi kriteri açısından herhangi bir sorun görünmemektedir. Sınırlamanın makul bir temelini olması kriteri açısından, düzenlemenin amacının avcılık mirasını koruyup geliştirmek, kullanılan aracın ise belli hukuk kişilerine itiraz hakkı tanımayarak toprakların bölünmesini önlemek olduğunu tespitten sonra bu durumun “meşru bir kurumsal iradenin ifadesi” (§ 97) olduğunun altını çizerek. Üçüncü kriter olan, yasa ile belirlenen ayırım kriterinin niteliği ve ulusal makamların takdir yetki alanı üzerindeki etkisi konusunda Mahkeme, mülkiyet hakkı konusunda taraf devletlerin takdir yetki alanlarının geniş olduğunu belirtir. Ayrımcılık yasağı noktasında ise, örneğin ırk ya da etnik köken temelinde bir ayrımcılığın kabul edilemez olduğunun ancak somut olayda hak sahibi kişiler arasında zaman açısından bir ayırım yapılmasının bu ayırımın temelinde toprakların büyüklüğünün olmasından bahisle konuyu takdir yetki alanı içerisinde kabul eder. İlgili kriteri 4. Kriter ile birlikte mütalaa eden Mahkeme, ekonomik ve sosyal politikalara ilişkin alınan tedbirlerin, doğası gereği kategoriler ya da birey grupları arasında ayırım yapmayı gerektirdiğinin altını çizerek seçenek tedbirlerin varlığının sınırlamanın takdir yetki alanı içerisinde kalması ve meşru bir temele dayanması kaydıyla yasa koyucu tarafından kullanılan aracı tek başına haksız kılamayacağını not eder (§ 99). Gene Mahkemeye göre, “bu noktada yasa koyucunun seçtiği tedbirin amaçla olan yeterliliğine karar vermek Mahkemenin görevi değildir” (§ 111). Ayrıca Mahkeme, 5. kriteri de somut olayda devletin takdir yetki alanı içerisinde kabul eder.

## Sonuç

Yeni usulün başarısı her şeyden önce, yüksek mahkemelerin bu yeni aracı kullanarak ve Mahkemeden danışma görüşü talep etmekten çekinmeyerek diyalog oyunu oynama iradesine bağlıdır. Şu an için Fransız mahkemeleri, yeni mekanizmayı ilk kullanan olmayı ve Mahkemeden danışma görüşü talep etmeyi onur meselesi haline getirmiş durumda. Oyuncular, şimdilik Fransız Yargıtay’ı, Fransız Danıştay’ı ve birkaç küçük ülke yüksek mahkemesi. Bu sebepten ve Protokol’ün yürürlüğe girmesinde bugüne (Eylül 2022) yaklaşık dört yıllık bir süre geçmiş olmasını da hesaba katarak, danışma görüşü uygulamasının şimdilik oldukça zayıf kaldığını söylemek mümkün.

Sorun alanları ya da çatışma risklerinin yanında gerçekte bir “yargıçlar diyalogu” olup olamayacağını; olursa, bu diyalogun ne derece diyalektik ve sahici olacağını sorgulamak gerekir. Çünkü son sözü söyleyecek ve danışma görüşünü verecek olan Mahkemedir ve Mahkemenin de “bu yeni ‘hukuk beyanı’ biçimini gerekli basiret ve zarafetle kullanıp kullanmayacağı henüz belli değildir” (Bianku, 2019: 19). Kuşkusuz yargıçlar diyalogu, Sözleşme sistemi içerisinde yargılamanın kalitesini güçlendirecektir. Ama aynı diyalogun bir tiyatro terimi olarak ‘soliloğ’a -kendi kendine konuşma- dönüşmemesi için ulusal özgül nitelikleri hesaba katmak ve diyalektik bir süreç gerekir. Ulusal makamlar ve Mahkeme arasındaki diyalogda sadakat, mekanik uyum ya da sistematik güvensizlik anlamına gelmez; tersine, uyumlu bir yakınsama sanatı ve karşılıklı iyilik ruhunu varsayar. Bu diyalog diyalektik olmalıdır, yani her iki taraftaki ilerleme sayesinde yapıcı ama aynı zamanda Büyük Dairede verilen kararları ikna edici otorite ve hatta gerçek yorumlayıcı otorite şeklinde tanıyarak kesin olmalıdır. Zira hiçbir şey hakların güvence altına alınması ve hukuk güvenliği açısından ulusal mahkemeler ile Mahkeme arasında alevlenen, kalıcı ve azaltılamaz bir anlaşmazlıktan daha zararlı olamaz.

## Kaynakça

Benoît-Rohmer, F. (2017). Le Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme : du soliloque au dialogue. J.-P. Jacqué (dir.), *Écrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques. Liber amicorum Stelios Perrakis, Athènes, I. Sideris*, 431-446.

- Benoît-Rohmer, F. (2019). Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'Homme. *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme, Actes de la Journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg*, 1-10.
- Bianku, L. (2019). La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Protocole Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme. *Actes de la Journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg*, 10-23.
- Burgorgue-Larsen, L. (2020). Le protocole n° 16, entre théories et réalités du dialogue judiciaire. *Hors-série, Revue québécoise de droit international*, 220-254.
- Costa, J.-P., Titun, P. (2013). Les avis consultatifs devant la CEDH. *L'Homme dans la Société Internationale : Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier, Bruylant*, 605-614.
- Crepet-Daigremont, C. (2012). Nouvelle étape de la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme : vers une redistribution des rôles de la Cour et des États. *Annuaire français de droit international, volume 58*, 655-677.
- Giannopoulos, C. (2015). Considerations on the Protocol n°16 : Can the new advisory competence of the European Court of Human Rights breathe new life into the European Convention on Human Rights ?. *German Law Journal (GLJ)*, n° 16, 337-350
- Giannopoulos, C. (2019). En guise de synthèse : les avantages et les inconvénients du Protocole 16", Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme. *Actes de la Journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg*, 80-91.
- Hervieu, N. (2013). Cour européenne des droits de l'homme : Bilan d'étape d'un perpétuel chantier institutionnel. *Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 2013*, 1-11.
- Malraux, A. (1997). *Condition Humaine. Gallimard*.
- Sicillianos, L.-A. (2014). L'élargissement de la compétence consultative de la cour européenne des droits de l'homme - A propos du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme. *RTDH*, 28-42.
- Tulkens, F. (2018). La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs. *Cahiers de droit européen, vol. 54, n° 3*, 653-659.
- Vincent, B. (2015). Le protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme, ou l'institutionnalisation du 'dialogue des juges. *Gazette du Palais, n°178*, 3-15.

## EXTENDED SUMMARY

Following the ratification of France as the tenth country on 12 April 2018, Protocol No. 16 entered into force on 1 August 2018; thus a new phase has commenced in the history of the ECHR. The Protocol establishes a discretionary mechanism that enables national high courts to seek advisory opinions from the Court on the interpretation and application of the ECHR.

The highest national courts or tribunals of a High Contracting Party may request the Court to give an advisory opinion. These requests must concern questions of principle relating to the interpretation and the enforcement of the rights and freedoms defined in the Convention or its protocols. The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only regarding a case pending before itself. It must give reasons for its request and provide the Court with the relevant legal and factual background to the pending case. It thus makes it possible to enhance the interaction between the Court and national authorities and thereby reinforce the implementation of the Convention, per the principle of subsidiarity.

It can be thought that the Protocol No.16 has dual purposes: to reduce the number of individual applications to the Court and to improve the dialogue between the Court and national courts. At this point, the essence of the Protocol is the idea that the extension of the Court's jurisdiction by giving an advisory opinion will strengthen the interaction between the national authorities and the Court. Thus the implementation of the ECHR in harmony is reinforced. The same idea corresponds to three different needs within the ECHR system: to reduce the Court's workload, to break the resistance of the national judiciary to the Court, and, consequently, to facilitate the enforcement of the Court's decisions in domestic law.

The advisory opinion procedure and its working mechanism, as set forth by the Protocol, are pretty straightforward. The difficulty is with determining the legal nature of the procedure. Although the procedure appears to be formal legal consultation, it has no similarities with traditional advisory procedures available in other international jurisdictions. Indeed, the Protocol essentially introduces a hybrid, to establish that insightful, original procedure between "advisory opinion" and "pre-decision" procedures.

Protocol No. 16 has some unavoidable problematic areas arising from its nature parallel to its value, and therefore its application may bring some risks. Problem areas mainly originate from the subsidiary nature of the Protocol. The greatest possible risk due to the subsidiary nature of the Protocol is that the Court will gradually be dragged into abstract review and the principle of subsidiarity will receive heavy blows. The second main risk is the possibility of conflict between the national judiciary and the Court at different levels, and sometimes within the Court itself, in contrast to the procedure that seeks to strengthen the ECHR system through a dialogue.

It is necessary to examine whether there can actually be a "judges dialogue" alongside these problem areas or the risks of conflict. If there can be, it is also necessary to question how dialectical and genuine this dialogue will be. Because it is the Court that will have the final say and give its advisory opinion, and it is not yet clear whether the Court will use this new form of "statement of the law" with the necessary prudence and grace. Undoubtedly, the judges' dialogue will strengthen the quality of the proceedings within the ECHR system. However, for the same dialogue not to turn into a soliloquy -self-talk- as a theatrical term, national-specific features must be taken into account, and a dialectical process is required. In the dialogue between the national authorities and the Court, loyalty does not mean mechanical conformity or systematic distrust; on the contrary, it presupposes a harmonious art of convergence and a spirit of mutual benevolence. This dialogue should be dialectical, that is, constructive, thanks to progress on both sides, but also definitive, recognizing the decisions made in the Grand Chamber as persuasive and even genuine interpretative authority.

The success of the new procedure depends, first of all, on the will of the high courts to play a dialogue game by using this new tool and not hesitate to seek an advisory opinion from the Court. For the time being, the French courts have made it a matter of honor to be the first to use the new mechanism and seek an advisory opinion from the Court. The players are, for now, the French Supreme Court, the French Council of State, and a few small country high courts. For this reason, and taking cognizance of the fact that approximately four years have



passed since the entry into force of the Additional Protocol (September 2022), it is possible to say that the implementation of advisory opinion remains quite weak for now.