



## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİNİN KULLANIMI ÜZERİNE BİR ANALİZ

*An Analysis on the Application of the Rule of Law Principle in the  
Jurisprudence of the European Court of Human Rights*

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA\*

### ÖZET

Hukuk yorumlayıcı bir araçtır. Çokça belirtilen bu görüş aynı zamanda hukukun somutlaştırılmasına ve yaşam pratiğine aktarılmasına duyulan ihtiyacı anlatır. Bu bağlamda temel bir hukuk prensibi olan hukukun üstünlüğü de uygulamaya aktarılmayı talep eder. Ne var ki hukukun üstünlüğü gibi bir ilkeler manzumesini somutlaştırmak zordur. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu tür bir işlevi üstlenmesi dikkate değerdir. Mahkeme, içtihadında hukukun üstünlüğünü belirli bir bağlama oturtmaktadır. İnsan hakları ve demokratik ilkelerle bağdaştırılan ve uyumu sağlanan hukukun üstünlüğü, gelinen aşamada Sözleşmesel hakların bütününe nüfuz etmekte ve Mahkeme içtihadının ayrılmaz bir parçası olmaktadır. Böyle olmakla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hukukun üstünlüğünün bünyesinde mündemiç ilkeleri bir yandan bir araç bir yandan da bir denetim aracı olarak kullanılmaktadır. İşte bu çalışmada biz, hukukun üstünlüğü ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kullanılma tarzını incelemekteyiz. Bu doğrultuda hukukun üstünlüğü ilkesinin Mahkemenin içtihat mimarisindeki kapsam alanını

\* Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, drsemihbatur@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5888-1750

ve üstlendiği işlevi ortaya çıkarmaya gayret edeceğiz. Nihai olarak çalışmada geliştirmek istediğimiz sav; hukukun üstünlüğünün daha çok berraklaştırılmasının gerekliliğini vurgulamak ve ilkenin Mahkeme içtihadında daha geniş ve yaygın ölçüde kullanılmasını belirtmek şeklinde ilerlemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukukun üstünlüğü, demokrasi, insan hakları, yorum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

## ABSTRACT

Law constitutes an interpretive tool. This widely held view is also an expression of the need for the concretisation of law and its translation into the practice of life. In this context, the rule of law, a fundamental legal principle, also requires practical implementation. However, it is challenging to define a set of principles such as the rule of law in concrete terms. Therefore, it is noteworthy that the European Court of Human Rights undertakes such a function. In its jurisprudence, the Court places the rule of law within a particular context. The rule of law, which is reconciled and harmonised with human rights and democratic principles, permeates the entirety of Convention rights at this stage and becomes an integral part of the Court's jurisprudence. In this way, the European Court of Human Rights employs the principles inherent in the rule of law as both an eliminator and a means of control. This study examines the application of the rule of law by the European Court of Human Rights. In this regard, our objective is to elucidate the scope and function of the rule of law pertaining to the jurisprudential architecture of the Court. Ultimately, the argument we seek to develop in the study is to emphasise the need for further clarification of the rule of law and stating the more extensive and far-reaching application of the principle in the Court's jurisprudence.

**Keywords:** Rule of Law, democracy, human rights, interpretation, European Court of Human Rights.

## GİRİŞ

Hukukun üstünlüğü tartışmasız değildir ve her zaman tutarlı bir şekilde de uygulanmamaktadır. Gerçekten de hukukun üstünlüğü bağlamında hukukun uygulanma kabiliyetinin genişletilmesi, örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM-Mahkeme) uygulamasında, pek çok sorunu açık bırakmaktadır; üstelik yalnızca teknik veya prosedürle ilgili değil temel sorunlar da buna dâhildir. Ancak bu, genel olarak hukukun üstünlüğü kavramıyla ulaşılmak isteneni küçültmez. İşte “Strazburg’da” gerçekleştirilen ve çözümleri aranan sorunlara yönelik yürütülen içtihat mimarisi bu açıdan okunmalıdır. Ancak böyle olmakla birlikte hukuk doktrininin kalitesi, incelenen yasanın kalite standartlarını karşılayıp karşılamadığının belirlenmesine yardımcı olabilir. Gerçi Mahkeme, ulusal yasa koyucuların arasından seçim yapmak zorunda olduğu hukukun kalitesine dair seçeneklerden hangisinin en iyi olduğunu söylememektedir. Esasen hukuki formüle tabi tutulan tüm alanlar için geçerli olan bu husus için yargısal tespitlerin gerçekleştirilmesi zorunluluk arz etmektedir.

Kanaatimizce hukukun kalitesi, Strazburg’da hukukun üstünlüğü doktrini çerçevesinde geliştirilmeye ve genişletilmeye çalışılmaktadır. Üstelik AİHM’in elinde kısıtlı imkânlar bulunmaktadır zira ulusal düzeydeki muadilleri, yerleşik hukuk düzleminde en iyisinin ne olabileceğini belirli bir tarihi, kültürel, siyasi ve hukuki mirasa ve kendi anayasal birikimlerine dayandırarak önerebildikleri için daha fazlasını yapabilirler. Ne var ki bunların ortaya koydukları çıktılar ve önerilerin, faydalarını aşacak olumsuz yan etkiler olmaksızın ulus üstü düzleme nakledilmesi her zaman mümkün olmayabilmektedir. Dolayısıyla yorumlayıcı araçlar olarak Strazburg içtihat doktrinleri ve somutlaştırılan ilkeler, genel rehberlik sağlayabilme kabiliyetini haizdir.

Son olarak ve bazı tutarsızlıklara rağmen hukukun üstünlüğü standartları, AİHM içtihadı aracılığıyla sadece net-

leşmekle kalmamış, aynı zamanda güçlendirilmiştir. Böyle olmakla, Avrupa'nın insan hakları yolculuğu genel itibarıyla olumlu bir gelişim göstermiştir. Fakat hemen belirtelim ki bu standartların zayıflatılması da söz konusudur. Özellikle bazı üye devletlerin mahkeme kararlarının icrasına -bazen kasıtlı ve açık bir şekilde- direnmeleri dikkate alındığında, böylesi bir eğilimin varlığı inkâr edilemez. Ancak tüm bunlara rağmen AIHM'in hukukun üstünlüğü çerçevesinde geliştirdiği ve gerçekleştirdiği insan hakları ve demokrasi standardının seviyesi düşük görülemez.

İşte çalışmamız, bu seviyenin geldiği noktaya ilişkin bir analizi konu edinmektedir. Bu doğrultuda öncelikle hukukun üstünlüğü Avrupa kamu düzenini teşkil eden bir ilke olarak sunulacaktır. Ardından ilkenin, yasallık kavramı üzerinden Mahkemenin içtihadındaki uygulanma tarzı ele alınacaktır. Nihayet Mahkeme içtihadında demokrasinin de hukukun üstünlüğü ilkesi ile çerçelendiği ortaya konulacaktır. Tüm bu çabadan gayemiz, gerek Mahkeme içtihadında gerek Mahkeme içtihadı üzerinden ulusal yargı mercii evreninde hukukun üstünlüğü ilkesinin yansımalarına ne şekilde yol açıldığını ve ilkenin artan önemini ortaya koymaktır.

## I. AVRUPA KAMU DÜZENİNİN TEMEL BİLEŞENİ OLARAK HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (AIHS-Sözleşme) ve buna bağlı olarak büyüyen ve çeşitlenen içtihadın Avrupa'nın hukuki ve siyasi manzarasını dönüştürdüğünü ve Mahkemeyi dünyanın en etkili uluslararası insan hakları mahkemesi olarak nitelendirdiğini söylemek abartı olmayacaktır<sup>1</sup>. Bunda AIHS sisteminin hukukun üstünlüğü temelli olmasının<sup>2</sup> büyük bir rolü vardır. Hukukun

---

1 Helfer, L. R. (2008). "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", *The European Journal of International Law*, C. 19., S. 1., s. 126.

2 Kanaatimizce ve Waldron'un belirttiği üzere hukukun üstünlüğü, daha geniş bir sosyal-politik kompleksin yalnızca bir yönüdür ve önemli olan

kavramın tek başına herhangi bir parça olmamasıdır. Kanaatimizce hukukun üstünlüğü, liberal siyasi ahlaka hâkim olan bir değerler dizisi içindeki ideallerden biridir. Diğerleri arasında ise demokrasi, insan hakları, sosyal adalet ve ekonomik özgürlük yer alır. Bu değerlerin çoğulluğu, sosyal ve politik sistemlerin değerlendirilebileceği birden fazla yol olduğunu göstermektedir. Hukukun üstünlüğünün en önemli talebi, yetkili makamlardaki kişilerin güçlerini keyfi, *ad hoc* veya tamamen takdire dayalı bir şekilde değil, yerleşik kamu normlarının kısıtlayıcı bir çerçevesi içinde kullanmalarıdır. Hükümetin yaptığı her şeyde bir hukuk çerçevesi içinde çalışması gerektiğinde ve iktidardakiler tarafından yetkisiz bir eylemde bulunulduğuna dair bir öneri olduğunda hukuk aracılığıyla hesap vermesi gerektiğinde ısrar eder. Waldron, J. (2020). "The Rule of Law", <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/> (Erişim Tarihi: 26/5/2023). Görüldüğü gibi hukukun üstünlüğü çok yönlü bir idealdir. Bununla birlikte, bu idealin çoğu kavramı, otorite konumundaki insanların güçlerini kendi tercihleri, kendi ideolojileri veya kendi bireysel görüşleri temelinde değil, kamusal normların kısıtlayıcı bir çerçevesi içinde kullanmaları gerekliliğine merkezi bir yer verir. Bununla birlikte belirli kişisel hakların ve mülkiyet haklarının korunması için yasaya güvenebileceğini bilmek, her vatandaşın diğer insanlarla ve devletle etkili bir şekilde ilgilenmesini sağlar. Bu itibarla, yöneticilerin uyguladıkları normların vatandaşa açıklanan normlara uymaması veya kanunlarda belirtilen normlar yerine yöneticilerin kendi takdirlerine göre hareket etmeleri hukukun üstünlüğünü ihlal etmektedir. Waldron, J. (2008). "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, C. 43., S. 1., s. 6. Alman *Rechtsstaat*'ın (hukuk devleti) kökeni, modern anayasal devletin mutlak devletin yerine geçerek tasarlanmaya başlandığı ve örgütlenmede radikal bir değişikliğe yol açtığı on sekizinci yüzyılın Amerikan ve Fransız Devrimleri tarafından üretilen temel fikir ve ilkelere dayanmaktadır. Çağdaş modern anayasal devletten hukuka tabi bir devlet olarak bahsedildiğinde bununla birlikte "yasallık ilkesi" ya da "hukukun üstünlüğü"nü eş zamanlı olarak anılmasından çok daha fazlasını ima eden kapsayıcı bir kavramdır. Şu halde hukukun üstünlüğü birincisi; en yüksek norm olarak, devlet organları ona ve genel olarak yasallık ilkesine tabi olan bir anayasa; ikincisi, halk tarafından egemen olarak seçilen temsili demokratik bir hükümet sistemi; üçüncüsü, anayasada yer alan vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin, devletin tüm organlarının uygulaması ve güvence altına alması gereken beyanı; dördüncü olarak, kamu özgürlüğünün kamu özgürlüklerinin bir garantisi olarak kontrol edildiği, dağıtımı, ayrılması veya bölünmesi yoluyla devlet gücünün sınırlandırıldığı bir sistem; ve beşinci olarak, devletin anayasaya uygunluğunun ve yasallığının adli veya yargı denetimine ilişkin bir sistem, özerk ve bağımsız mahkemelerde görev yapması anlaşılmalıdır. Brewer-Carias, A. R. (2023). "Principles of the Rule of Law: Historical Backgrounds", s. 1-2, <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/01/Brewer-Catrias.-Principles-of-the-Rule-of-Law-.Historical-Approach-January-2023.pdf> (Erişim Tarihi: 4/9/2023). Bu çalışmada biz, AİHM'nin özel olarak hukukun üstünlüğü kavramını kullandığını ve fakat genel olarak Mahkeme içtihadı dikkate alındığında daha geniş olarak hukuk devletini gerçekleştirmek istediğini vurgulamak

üstünlüğü, Avrupa Konseyinin yasal alanı içinde insan haklarının korunması sisteminde anayasal bir ilkedir<sup>3</sup>. AİHS'in tarihi boyunca hukukun üstünlüğü, AİHM'in içtihatlarının gelişimine yön veren yol gösterici olmuştur<sup>4</sup>. Son yıllarda, özellikle yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili davalarda, Mahkeme içtihatlarında hukukun üstünlüğünün normatif etkisi artmaktadır. Bununla birlikte yargı bağımsızlığı, şu anda Mahkemenin içtihatlarına nüfuz eden hukukun üstünlüğünün daha sağlam bir şekilde uygulanmasına yönelik daha geniş bir gelişmenin öne çıkan tezahürlerinden yalnızca biridir. Sözleşme kapsamında hukukun üstünlüğü ilkesini so-

isteriz. Çünkü aşağıda da gösterileceği üzere Mahkeme, yalnızca şekli anlamda değil maddi anlamda da ulusal hukukun kalitesini aramaktadır. Maddi hukuk devleti biçimsel olarak yasanın varlığının yanında (yani hukukun üstünlüğünün yanında) insan onurunu temel alan bir "hak eksenli" hukuk gerektirmektedir. Mahkeme içtihadında her ne kadar hukukun üstünlüğü ilkesini kullansa da esasen hukukun kalitesini de araştırmak suretiyle her iki anlama da işaret etmektedir. Daha açık bir şekilde söylemek gerekirse Mahkeme, hukukun üstünlüğünü yalnızca öngörülebilirlik, genellik, açıklık gibi şekli anlamlarda kullanmamakta, bununla birlikte keyfiliğin gerçek anlamda olmadığı ve "adalet" in de sağlandığı bir kalite aramaktadır. Ayrıca bkz. Arslan, Z. (2019). "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *HFSA*, C. 6., s. 47.

- 3 Tom Bingham'a göre hukukun üstünlüğü aşağıdaki ön koşulları ("içerikler") karşılamalıdır:
  - i) Hukuk (hâkim tarafından oluşturulan hukuk dâhil) erişilebilir, öngörülebilir ve mümkün olduğu ölçüde anlaşılır ve açık olmalıdır;
  - ii) Takdir yetkisinin, haklarla ilgili sorunların takdir yetkisinin kullanılmasıyla değil, hukukun uygulanmasıyla çözülmesi gerektiği anlamında sınırlı olması gerekir;
  - iii) Kişilerin kanun önünde eşit olması gerekir ve farklılaştırılmış yasal düzenlemelere yalnızca nesnel farklılıkların gerektirmesi durumunda izin verilir;
  - iv) Kamu görevlileri yetkilerini iyi niyetle, adil bir şekilde, yalnızca bu yetkilerin verildiği amaç doğrultusunda, sınırlarını aşmadan ve makul olan bir şekilde kullanmalıdır;
  - v) İnsan haklarına saygı gösterilmelidir;
  - vi) Adil yargılama garantisi edilmelidir;
  - vii) Uluslararası hukuka uygunluk sağlanmalıdır.Bkz. Bingham, T. (2010). *The Rule of Law*, London: Penguin Books.
- 4 Hukukun üstünlüğü ilkesi AİHS sisteminin bütününe nüfuz eden bir ilkedir. Karşılaştırınız Van Drooghenbroeck, S. ve Rizcallah, C. (2019). "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?", *German Law Journal*, C. 20., S. 6., s. 904.

mut ve etkili bir şekilde ifade etmek, Strazburg Mahkemesi-  
nin önemli bir işlevidir ve böyle olmaya devam etmektedir<sup>5</sup>.

Bu nedenle burada önem arz eden, Sözleşme kapsamında-  
ki hukukun üstünlüğü ilkesi olsa da bunun demokrasinin di-  
ğer temel ilkeleri ve insan haklarının korunması ile karşılıklı  
bağımlılığının elbette ki Sözleşme için büyük önem taşıdığını  
hemen açıklığa kavuşturmak mühimdir<sup>6</sup>. Ancak 1975 tarihli  
*Golder v. Birleşik Krallık* kararında,<sup>7</sup> Strazburg Mahkemesi, Söz-  
leşme kapsamında hukukun üstünlüğünün “Avrupa Konseyi  
üyesi devletlerin ortak manevi mirasının özelliklerinden biri”  
olduğunu açıkça ortaya koymuştur<sup>8</sup>. Görüldüğü gibi Sözleş-  
me, temelde hukukun üstünlüğünden ilham almaktadır<sup>9</sup>.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si’n-  
de (İHEB) yer alan, insan haklarının hukukun üstünlüğü ta-  
rafından korunması gerektiğine dair beyanları çerçevesinde  
insanın zalim veya baskıcı yönetime karşı isyan etmesini ön-  
leme amacı arasındaki doğrudan ilişkinin bir benzerini ortaya  
koymak önem taşımaktadır<sup>10</sup>. Burada olan, Sözleşme sistemi-

---

5 Bkz. Spano, R. (2021). “The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary”, *Eur. Law Journal*, C. 27., S. 1-3., s. 2.

6 *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No. 2), B. No: 14305/17, 22/12/2020, § 382.

7 Ayrıca bkz. Sicilianos, L. A. (2020). “The Rule of Law and the European Court of Human Rights: The Independence of the Judiciary”, *Montenegrin Academy of Sciences and Arts*, s. 2, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech\\_20200228\\_Sicilianos\\_Montenegro\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20200228_Sicilianos_Montenegro_ENG) (Erişim Tarihi: 26/5/2023)

8 *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975, § 34.

9 “Mahkeme ayrıca, her halükarda adil yargılanmanın gereklerinin yerine getirilmesi için sanığın ve aslında kamuoyunun verilen kararı anlayabilmesi gerektiğini yineler; bu, keyfiliğe karşı hayati bir korumadır. Mahkemenin sıklıkla belirttiği gibi, hukukun üstünlüğü ve keyfi yetkiden kaçınma, Sözleşmenin temelini oluşturan ilkelerdir. Yargı alanında, bu ilkeler, demokratik bir toplumun temellerinden biri olan nesnel ve şeffaf bir adalet sistemine halkın güvenini artırmaya hizmet eder.” *Ramda/Fransa*, B. No: 78477/11, 19/12/2017, § 60.

10 Buradaki evrensel haklar konseptini AİHS bölgesel bağlamda sağlamak iddiasındadır. Evrensel bildirge için bkz. Constantinides, A. (2008). “Questioning the Universal Relevance of the Universal Declaration”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, C. 62., S. 63., s. 49-63.



ne içkin olanla aynı hukukun üstünlüğü anlayışıdır<sup>11</sup>. Hukukun üstünlüğüne göre yönetim, Avrupa Konseyi üye devletindeki herhangi bir yetkili yapının Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için temel bir öncüdür. Hukukun üstünlüğünü göz ardı eden bir hükûmet, doğal olarak Sözleşmeye sürekli bağlılık göstermez<sup>12</sup>. Doğrudan İHEB'den kaynaklandığı üzere tiranlık, hukukun üstünlüğünün antitezidir; halklarına yönelik baskı, hukukun üstünlüğünün iktidardakiler tarafından terk edildiği bir toplumun dışsal tezahürüdür<sup>13</sup>.

İnsanın düşünce bağımsızlığını gerçekçi bir şekilde koruyabilmesi ve besleyebilmesi, hayatını istediği gibi yönetebilmesi, insan varoluşunun temel unsurları olan mutluluk, başarı ve iç huzuru için çaba gösterebilmesi, o kişinin yaşadığı toplumun sadece hayali değil gerçekte de kanunla yönetilmesi kavramsal olarak çok büyük önem taşımaktadır. Spano'nun belirttiği üzere<sup>14</sup> kanun şeffaf, istikrarlı, öngörülebilir olmalı; bağımsız ve tarafsız uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına izin vermelidir. Dahası, hukuk sadece halka değil aynı zamanda ve daha da önemlisi, herhangi bir anda gücün dizginlerini elinde tutanlara da uygulanmalıdır. Hiç kimse kanunların üzerinde değildir.

Ayrıca Avrupa siyasi manzarasındaki gelişmeler nedeniyle hukukun üstünlüğünün Batılı liberal demokrasilerle sınırlı bir hukuk ilkesi olmadığının altını çizmek önemlidir. Tam tersine, sınırları, gelenekleri ve kültürleri aşan bir norm ve te-

---

11 Raz, J. (2019). "The Law's Own Virtue", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 39., S. 1., s. 10.

12 Yine bu doğrultuda Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca Mahkemenin nihai kararlarının bağlayıcı olduğunu söyleyelim. Kılınç, B. (2016). "The Issue of Binding Value of Precedent Cases in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., s. 672.

13 Bkz. Spano, R. (2018). "The Future of the European Court of Human Rights: Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, C. 18., S. 3., s. 17.

14 Spano, R. (2021). s. 3.

mel bir idealdir<sup>15</sup>. Hukukun üstünlüğü, yasal olarak bağlayıcı normlarla düzenlenen, toplumsal insan yaşamının gerçekten demokratik herhangi bir sisteminin temel bir özelliğini oluşturur<sup>16</sup>. Nitekim Strazburg Mahkemesi de tutarlı bir şekilde hukukun üstünlüğü ilkesinin “Sözleşme’nin tüm maddelerinin doğasında var” olduğuna hükmetmiştir<sup>17</sup>.

Dolayısıyla ilkenin Sözleşme kapsamındaki normatif statüsünü incelerken bu doktrinel başlangıç noktasının doğasını ve kapsamını analiz etmek önemlidir<sup>18</sup>.

a. Birincisi, Mahkeme, ilkenin Sözleşme’nin tüm maddelerinin “içsel” olduğunu belirttiğinde Sözleşme sisteminin etkinliğinin, yararlılığının ve temellerinin hukukun üstünlüğüne saygıya dayandığını açıkça hatırlatır. Hukukun üstünlüğü, Sözleşme’nin Giriş Bölümü’nde açıkça belirtilen ilke olan sistemin dokusuna gömülüdür. İnsanoğlunun rasyonel özerkliğine gereken saygıyı gösteren ve hükümet gücünün keyfi kullanımını engelleyen bir yasalar çerçevesi sağlayan Sözleşme kapsamındaki bir dizi yasal kural ve standardı içerir. Ayrıca Mahkemenin hukukun üstünlüğünün Sözleşme’nin tüm maddelerinde “içsel” olduğu yönündeki tespiti, ilkenin herhangi bir savunulabilir Sözleşme şikâyetinin incelenmesinde metodolojik bir hareket noktası sağlarken aynı zamanda bir referans çerçevesi oluşturduğu anlamına gelir. Mahkeme, Sözleşme tarafından sağlanan hak ve özgürlükleri yorumladığında ve uyguladığında bunu göz önüne alır. Bu nedenle

---

15 Ayrıca bkz. Ökçesiz, H. (2019). “Hukukun üstünlüğü Olgusu”, <https://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA3-O%CC%88kc%CC%A7esiz.pdf> (Erişim Tarihi: 4/9/2023)

16 Raz, J. (2019). s. 2-3; Spano, R. (2021). s. 4.

17 “Mahkeme, 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ilk ve en önemli şartının, bir kamu makamının mülkiyetin barışçıl kullanımına yönelik herhangi bir müdahalenin hukuka uygun olması gerektiğini hatırlatır. Birinci paragrafın ikinci cümlesi, yalnızca ‘yasanın öngördüğü koşullara tabidir’. İkinci paragraf, Devletlerin ‘yasaları’ uygulayarak mülkiyetin kullanımını kontrol etme hakkına sahip olduğunu kabul eder. Ayrıca, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü, Sözleşmenin tüm maddelerinde yer almaktadır.” *Lekic’/ Slovenya* [BD], B. No: 36480/07, 11/12/2018, § 94.

18 Spano, R. (2021). s. 5-7.

Mahkeme olası yorum seçeneklerine ilişkin analizinde, söz konusu Sözleşme hükmüne dair en işlevsel olacak şekilde hukukun üstünlüğünü ortaya çıkarmaya çalışacak ve gerekirse bireysel haklar arasında gerekli herhangi bir dengeleme uygulamasında bir çözüm geliştirecektir. Avrupa kamu düzeninin temel bir bileşeni olarak hukukun üstünlüğünü canlandıran temel ideal bu şekilde somutlaştırılacaktır.

b. İkincisi olarak Sözleşme kapsamında hukukun üstünlüğünün üç boyutlu normatif gücüne değinilmelidir. Bazı durumlarda, kendisini esasen bir hukuk ilkesi olarak gösterir, burada bu husus organik boyut olarak adlandırılabilir. Bu sayede hukukun üstünlüğü, kapsayıcı bir ilke olarak, Sözleşme sisteminin uyumunu ve birbirine bağlılığını ortaya koyar. Diğer durumlarda hukukun üstünlüğü, hukukun üstünlüğünün işlevsel boyutu olarak adlandırılacak olan belirli bir işlevsel ögesini kapsayan oldukça sabit bir içeriğe sahip bir kuraldan oluşur. Son olarak hukukun üstünlüğü, hem yasal bir ilke olarak hem de sabit içerikli bir kural olarak normatif gücünü aynı anda sergileyerek melez boyutunda ortaya çıkabilir. Bu, özellikle Sözleşme'nin 6/1 maddesi uyarınca yargının bağımsızlığı için geçerlidir. Hukukun üstünlüğü, organik boyutunda bir hukuk ilkesi olarak, taraf devletlerin Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükleri keyfî olarak veya söz konusu hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde kısıtlamalarını engelleyen bir "*optimizasyon şartı*" olarak işler. Hukukun üstünlüğüne saygı duyulduğunda bu şekilde, bireysel haklar ile kamu yararı arasındaki gerilimin doğasında var olan çelişen değerleri yeterince dengeleyen hükûmet gücünün rasyonel ve makul kullanımını güvence altına alır. Bunu hem maddi hem de usuli anlamda yapar. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü, Sözleşme haklarını kısıtlamak için dayandırılan iç yasal dayanağın içeriği, kalitesi ve zamansal uygulamasına ilişkin katı maddi gereklilikler getirir. Usule ilişkin olarak hukukun üstünlüğü, uyuşmazlıklar ortaya çıktığında hukukun içeriğinin nihai olarak belirlenmesinin iktidardakiler tarafından değil bağımsız ve tarafsız yargıçlar tarafından yapılmasını ge-

rektirir. Özetle bir hukuk ilkesi olarak hukukun üstünlüğü, organik bir değerler çerçevesi oluşturur.

Sözleşme kapsamında hukukun üstünlüğünün normatif statüsünü analiz ederken son olarak, Mahkeme tarafından uygulandığı şekliyle bu ilkenin biçimsel (yani şekli anlamda hukuk devleti) bir kavram olup olmadığı ve özü itibarıyla insan hakları korumalarını kapsayıp kapsamadığı (yani maddi anlamda hukuk devleti) sorgulanmalıdır<sup>19</sup>. Başlangıç olarak Strazburg Mahkemesinin, kararlarında hukukun üstünlüğüne nasıl atıfta bulunduğunu gözlemek ilginçtir. Mahkeme, örneğin serbest seçimlere ilişkin 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi bağlamında, hukukun üstünlüğünün “etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinden” biri olduğuna karar vermiştir<sup>20</sup>. Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesi olan dinini açıklama hakkı kapsamında “**laiklik ilkesi**”nin “*hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve demokrasiye saygıya uygun*” olduğunu ifade etmiştir<sup>21</sup>. Ayrıca hukukun üstünlüğü, demokrasi ve ifade özgürlüğü arasında doğrudan bir bağlantı tespit eden 10. madde bağlamında Mahkeme “*Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene meydan okuyan ve gerçekleştirilmesi savunulan siyasi düşüncelerin barışçıl yollarla uygun bir ifade fırsatı sağlanmalıdır*” demektedir<sup>22</sup>. Ayrıca Mahkeme, misilleme amaçlı kovuşturmaların ve ceza hukukunun kötüye kullanılmasının “*hukukun üstünlüğüne karşı gelme*” teşkil eden eylemler olduğunu açıkça belirtmiştir<sup>23</sup>.

Görüldüğü üzere Strazburg Mahkemesinin kapsamlı olan bu yargısal içtihadı, Sözleşme sistemi kapsamında hukukun

---

19 Şekli ve maddi hukukun üstünlüğü için bkz. Kulaksızoğlu Mercan N. (2022). Çağdaş Hukuk Düşüncesinde Maddi-Şekli Hukukun üstünlüğü Ayırımı, içinde Şahbaz, İ., Kuru, G. ve Yetimoğlu, M. E. (Ed.), *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu* (ss. 110-118). İstanbul: Maltepe Üniversitesi Yayınları.

20 *Uspakich/Litvanya*, B. No: 14737/08, 20/12/2016, § 87.

21 *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 41340/98, 13/2/2003, § 93.

22 *Döner ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 29994/02, 7/3/2017, § 107.

23 *Spano, R.* (2021). s. 5-7. *Aliyev/Azərbaycan*, B. No: 68762/14 ve 71200/14, 20/9/2018, § 223.

üstünlüğünün salt biçimsel olarak anlaşılmadığını ifade etmektedir. Gerçekten de Sözleşmesel anlamda hukukun üstünlüğünün haklara dayalı olan versiyonlarla biçimsel olanın yanında tamamen maddi bir kavram olarak anlaşıldığını göstermektedir. Netice olarak Sözleşmesel anlamda hukukun üstünlüğü; temel insan haklarının yeterli şekilde korunmasını sağlaması yönündeki pozitif yükümlülüğü<sup>24</sup> ve hukukun üstünlüğünün devletin hem uluslararası hem de ulusal yasalardaki yükümlülüklerine uymasını gerektirdiği gibi daha somut bir görüşü kapsamaktadır.

## II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ: YASALLIK İLKESİ ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

### A. YASALLIK İLKESİNİN KULLANILMA TARZI

İçtihadta AİHM tarafından yapılan yasallık incelemesinin en yaygın bağlamı, Mahkemenin belirli Sözleşme haklarına müdahalelerle ilgilendiği davalardır. Bu haklar, 2. maddenin yanında, özellikle Sözleşme'nin 5. ve 7. maddeleri ile sınırlama hükümleri içeren maddelerle korunan haklardır<sup>25</sup>. Bu hükümlerin neredeyse tamamı yasallığa açık bir atıf içermektedir. AİHM, bu maddelerde düzenlenen haklara yönelik bir müdahaleye ilişkin davalarda, bu müdahalenin hukuka uygunluğunu açıkça inceler<sup>26</sup>. Bu tür davalar bağlamında yasallığın gözden geçirilmesi, Mahkemenin yerleşik içtihat huku-

24 İnsan haklarının yalnızca müdahaleci bir devlete karşı bireysel özgürlüğü korumakla kalmayıp, aynı zamanda devletin olumlu eylemde bulunmasını da gerektirebileceği yaygın olarak kabul edilmektedir. AİHM, Üye Devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki haklardan kaynaklanan zımnî pozitif yükümlülüklerini giderek daha fazla kabul etmektedir. AİHM içtihadında pozitif yükümlülüklerin önemi giderek artmaktadır. Kelimenin tam anlamıyla tüm insan haklarının hem negatif hem de pozitif görevleri içerdiğine dair kanıtlar yaygınlaşmaktadır. Bkz. Klatt, M. (2011). "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *ZaöRV*, C. 71., s. 692.

25 Örnek için bkz. Van Kempen, P. H. (2013). "Four Concepts of Security – A Human Rights Perspective", *Human Rights Law Review*, C. 13., S. 1., s. 11.

26 Bkz. Lautenbach, G. (2013). *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, s. 71 vd.

kunun bir parçasıdır. Bu aynı zamanda hem yasallığın mutlak mahiyetini hem de hakların korunma düzeyini<sup>27</sup> ortaya koymaktadır.

Sınırlama maddeleri, öncelikle bir Sözleşme hakkına müdahalenin hukuka uygun olmasını talep eder. Sözleşme'nin 5. ve 7. maddeleriyle ilgili olarak yasallık öncelikle özgürlükten yoksun bırakma veya cezanın dayandığı bir ulusal hukukun varlığını gerektirir. Bu şartın ötesinde, yasallık, bir Sözleşme hakkına müdahalenin dayanağına dair kalite gerekliliklerini zorunlu kılar. Böylece AİHM yasallık denetiminde dahi şekli hususların yanında maddi unsurları da kapsamına almaktadır. Nitekim AİHM şunu demektedir<sup>28</sup>: *"Tutuklamanın 'yasallığı' söz konusu olduğunda, Sözleşme esas olarak ulusal hukuka atıfta bulunur ve ulusal hukukun maddi ve usul kurallarına uyma yükümlülüğünü ortaya koyar. Bu, öncelikle herhangi bir tutuklamanın iç hukukta yasal bir dayanağı olmasını gerektirir, ancak aynı zamanda Sözleşme'nin tüm maddelerinde yer alan bir kavram olan hukukun üstünlüğü ile uyumlu olmasını gerektiren hukukun kalitesiyle de ilgilidir. Ek olarak, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma, 5. maddenin amacına, yani bireyi keyfiliğe karşı korumaya uygun olmalıdır."* Kanunun kalitesi ise şu hususları içermelidir:<sup>29</sup> *"İlk olarak, yasa yeterince erişilebilir olmalıdır; vatandaş, belirli bir davaya uygulanan yasal kuralların koşullarında yeterli bir göstergeye sahip olmalıdır. İkinci olarak, bir norm, yurttaşın kendi davranışını düzenlemesini sağlayacak yeterli kesinlikle formüle edilmediği sürece 'yasa' olarak kabul edilemez. Şu halde yurttaşın -gerekirse uygun bir tavsiyeyle- makul bir dereceye kadar öngörüle bulunabilmesi gerekir."* Sonuç olarak Mahkeme, önce bir ulusal kanunun var olup olmadığını tespit eder, ardından kanunun kalitesini inceler. Diğer bir deyişle AİHM, Sözleşme haklarına yönelik müdahalelerin yasallığını incelerken öncelikle ulusal

---

27 Ayrıca bkz. Binder, C. (2018). "Liberty Versus Security? A Human Rights Perspective in times of Terrorism", *Anuario Español de Derecho Internacional*, C. 34., s. 579.

28 *Stafford/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 46295/99, 28/5/2002, § 63.

29 *Malone/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, § 66.

kanunlara ve usullere uygunluğu değerlendirmelidir. Ardından iç hukukun Sözleşme kalite standardına uygun olup olmadığını denetler.

Yasallık, 5. maddeye ilişkin içtihadta yer alan üç ana kaygıdan biridir. Sözleşme'nin 5. maddesi, 2., 3. ve 4. maddeleriyle birlikte kişinin fiziki güvenliğini koruyan temel haklar arasında ilk sırada yer almaktadır. Temel amacı, keyfî veya haksız yere özgürlükten yoksun bırakmaları önlemektir. Mahkemenin içtihatlarında işleyen özellikle üç unsur tespit edilebilir<sup>30</sup>: kesin bir şekilde yorumlanması gereken ve diğer hükümler kapsamında geniş bir gerekçelendirme yelpazesine izin vermeyen istisnaların kapsamlı doğası; hukukun üstünlüğüne titizlikle bağlı kalmayı gerektiren, usul ve esas bakımından tutuklamanın hukuka uygunluğunun tekrar tekrar vurgulanması ve gerekli adli kontrollerin çabukluğunun önemi.

Sözleşme, 5. maddesi 1. fıkrası bağlamında yasallık, keyfiliği önlemenin yanı sıra yasal kesinliği sağlamayı amaçlar. Gerçekten de hukuki kesinliğin çeşitli tezahürleri ve var oluş biçimleri vardır. Bu bakımdan hukuki belirlilik ilkesinin içeriğinin iki ana grup gereklilikten oluştuğuna dikkat çekilebilir: düzenleme gereklilikleri ve bunların uygulanmasına yönelik gereklilikler (yürütme gereklilikleri). Burada AİHM ekseninde özellikle ikincisinin unsurlarına değinmekte fayda bulunmaktadır<sup>31</sup>.

a. Düzenlemelere uyulmalıdır.

b. Düzenleme içeriklerini netleştirmeye (somutlaştırmaya) yönelik bir uygulama olmalıdır.

c. Yasanın tek tip uygulanmasına yönelik bir uygulama bulunmalıdır.

d. Mahkeme kararları nihai, bağlayıcı ve uygulanabilir olmalıdır.

---

30 Bkz. *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 3/10/2006, § 30.

31 Bkz. Horodovenko, V., Shandula, A. ve Dmytriyeva, M. (2022). "Legal Certainty in Law Enforcement through the Prism of ECtHR Decisions", *Amazonia Investiga*, C. 11., S. 59., s. 47.

Nitekim Mahkeme, bir kişinin belirli bir kanun hükmüne veya yargı kararına dayanmaksızın süresiz ve öngörülemeyen bir süreyle tutuklu kalmasının hukuki belirlilik ilkesine aykırı olduğu görüşündedir<sup>32</sup>. AİHM, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın 5. maddenin amacına yani bireyi keyfilikten korumaya uygun olması gerektiğini kaydetmiştir<sup>33</sup>.

Sözleşme'nin 7. maddesi, ceza hukukunun sanığın aleyhine geriye dönük olarak uygulanmasını yasaklamaktadır<sup>34</sup>. Ayrıca yalnızca kanunun bir suçu tanımlayabileceği ve bir ceza öngörebileceği (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) şeklindeki daha genel ilkeyi de bünyesinde barındırır<sup>35</sup>. Buna göre Mahkemenin 25 Mayıs 1993 tarihli *Kokkinakis v. Yunanistan* kararında belirttiği gibi 7. madde ceza kanununun sanığın aleyhine geriye dönük olarak uygulanmasını yasaklamakla sınırlı değildir. Aynı zamanda, daha genel olarak bir suçu yalnızca yasanın tanımlayabileceği ve bir cezayı öngörebileceği (*nullumcrimn, nulla poena sine lege*) ilkesini ve ceza yasasının geniş ölçüde sanığın aleyhine yorumlanmaması gerektiği ilkesini de içermektedir. Burada bir suç ve ceza *nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesine göre belirlenir ve ceza yasasının,

---

32 *Assanidze/Gürcistan* [BD], B. No: 71503/01, 8/4/2004, § 175.

33 *Stafford/Birleşik Krallık* [BD], § 63.

34 Bu konuda bir çalışma için bkz. Endo, Guillaume (2002). "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege", *Revue quebecoise De Droit International*, C. 15., S. 1., s. 212 vd.

35 Yasanın hazırlanması sürecinde ve sonrasında uygulanmasında suç isnadının yasallığı ilkesi belirli şartların yerine getirilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla yasanın hazırlanması sürecinde, toplumsal gerçeklere bağlı olarak yasa koyucunun, zaman içinde işlenen belirli ağırlıktaki eylemleri, tekrarlanabileceği risk ve korku konusunu gündeme getiren, tehlikeye sokan veya tehdit eden fiilleri suç sayması zorunludur. Diğer bir şart ise ceza normunun, suçlayıcı metinde öngörülen yasak davranışın hangisi olduğunu herkesin anlayabileceği şekilde açık ve öngörülebilir şekilde detaylandırılmasıdır. Bu anlamda, bir fiilin işlenme yollarının tümünün belirlenmesi mümkün olduğu ve aynı zamanda hukuki metin aşırı büyütülmeden mümkün olduğu sürece, suçun maddi unsuru, tüm yasaklanmış fiil ve/veya eylemsizliklerin sıralanmasını içerecektir. Bkz. Moise, A. E. (2020). "The 'Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege' Principle and Foreseeability of the Criminal Law in the Jurisprudence of European Court of Human Rights", *Law, Crime and Justice*, C. 3., S. 7., s. 240.



örneğin kıyas yoluyla sanığın aleyhine yorumlanmaması gerektiği ilkesi söz konusudur. Bu ilkelerden, bir suçun yasada açıkça tanımlanması gerektiği sonucu çıkar<sup>36</sup>. Mahkeme, yukarıda bahsedilen kararında, kişinin ilgili hükmün lafzından ve gerekirse mahkemelerin bu hükmü yorumlamasının yardımıyla hangi fiil ve ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını bilmesi hâlinde bu şartın karşılandığını eklemiştir<sup>37</sup>. Mahkeme böylece “*hukuk*”tan bahsederken Sözleşme’nin başka bir yerde bu terimi kullanırken atıfta bulunduğu kavramla aynı kavrama atıfta bulunduğunu, bu kavramın hem yazılı hem de yazılı olmayan hukuku içerdiğini ve niteliksel gerekleri, özellikle de erişilebilirlik ve öngörülebilirlik içerdiğini vurgulamaktadır<sup>38</sup>.

Sınırlama maddeleri, bu maddeleri içeren belirli insan haklarına müdahalelere ne zaman izin verileceğini ve böylece Sözleşme haklarının sınırlarını belirler. 8, 9, 10 ve 11. maddeler ve 4 No.lu Protokol’ün 2. maddesi dâhil olmak üzere Sözleşme’nin birçok maddesi sınırlama hükümleri içerir. Ayrıca 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi; 8, 9, 10 ve 11. maddelerde yer alanlardan farklı bir şekilde ifade edilen bir sınırlama hükmü içermektedir ancak Mahkeme bu hükümle ilgili olarak aynı kriterleri kullanmaktadır. Bir sınırlama maddesi içeren Söz-

36 Daha geniş olarak bu ilke, hukukun kullanımını ve yasallığın tam anlamını tanımlayan dört ana ilkedен oluştuğu söylenebilir:

- a. Kanunun yazılması gerektiği ilkesi (nullum crimen sine lege scripta),
- b. Kıyas yasağı (nullum crimen sine lege stricta),
- c. Yasal düzenlemelerin belirlenmesi talebi (nullum crimen sine lege certa)
- d. Cezanın geriye dönük etkisinin yasaklanması (nullum crimen sine lege praevia).

37 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin yükümlülüklerine uymasını sağlamak amacıyla AİHS’in 19. maddesine dayanılarak kurulmuştur. Mahkeme, AİHS sistemindeki *nullum crimen nulla poena sine lege* ilkesinin önemli yerini sürekli olarak teyit etmiştir. Pek çok kararda da belirtildiği gibi, “keyfi kovuşturma, mahkûmiyet ve cezaya karşı etkili güvenceler sağlayacak şekilde amaç ve amacına uygun olarak yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.” Bkz. Rychlewska, A. (2016). “The Nullum Crimen Sine Lege Principle in the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantes”, *Polish Yearbook of International Law*, C. XXXVI., s. 165.

38 CR/Birleşik Krallık, B. No: 20190/92, 22/11/1995, § 33.

leşme haklarına müdahalelere yalnızca “yasal olmaları”, “meşru bir amacı” olması ve “demokratik bir toplumda gerekli” olmaları hâlinde izin verilir<sup>39</sup>. Ayrıca 1. Protokol’ün 3. maddesinde olduğu gibi, bir Sözleşme maddesi metninin hangi amaçlara izin verildiğini belirlemediği durumlarda AİHM, devletin dayandığı amacın hukukun üstünlüğüne uygun olup olmadığını inceler. 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde sıralananlar gibi belirli bir “meşru amaçlar” listesiyle sınırlı olmadığı dikkate alındığında, Sözleşmeciler devletler, böyle bir listede yer almayan bir amaca dayanmakta özgürdür. Bu amacın hukukun üstünlüğü ilkesi ve Sözleşme’nin genel amaçları ile uyumluluğunun bir davanın özel koşullarında kanıtlanması koşuluyla bir kısıtlamayı haklı çıkarmak mümkündür. Bununla birlikte son çare olarak 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin gerekliliklerine uyulup uyulmadığını belirlemek Mahkemenin görevidir. Seçme ve seçilme hakkının tabi kılındığı koşulların söz konusu hakları, özlerini zedeleyecek ve etkinliklerini ortadan kaldıracak ölçüde kısıtlamadığından emin olmalıdır; yasallık gerekliliklerini karşılamalı, meşru bir amaç doğrultusunda dayatılmalı ve kullanılan araçların orantısız olmadığı sabit olmalıdır<sup>40</sup>.

Görüldüğü üzere yasallık en çok sınırlama maddeleri ve 5. ile 7. maddelerle ilgili olarak gelişmiş olsa da Sözleşme’nin tüm maddeleri için merkezi bir öneme sahiptir. Lautenbach’ın belirttiği üzere yasallık, hem bir bütün olarak Sözleşme’nin temelini oluşturacak hem de tüm Sözleşme haklarından etkili bir şekilde yararlanılması için çok önemli olacak şekilde anlaşılmalıdır. İlk olarak, Sözleşme’nin sınırlama hükümleri içeren maddelerinin yanı sıra 5 ve 7. maddeler de yasallığa atıfta bulunur. Bir örnek olarak 6. maddenin bir mahkemenin “*yasayla kurulması*”nı gerektirdiği verilebilir. İkinci olarak ya-

---

39 Bkz. Tryklib, K. (2020). “The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *ECLIC*, S. 4., s. 131.

40 *Sitaropoulos ve Giakounopoulos/Yunanistan* [BD], B. No: 42202/07, 15/3/2012, § 64.

sallık, bir Sözleşme hakkına müdahalenin haklı olup olmadığı sorusuyla bağlantılı olduğunda, yasallık AİHM'in baktığı ilk koşuldur. Keza burada yine orantılılık ilkesi de önem kazanmaktadır. Yine de eğer bir müdahale kanunilik gerekliliklerine uymuyorsa prensip olarak AİHM müdahalenin orantılı olup olmadığını incelemeyecektir. Üçüncüsü, iyi işleyen bir hukuk sistemi ve yeterince işleyen yasal kurumlar insan haklarının korunmasının temelini oluşturduğundan yasallık çok önemlidir. Sözleşme haklarının etkili bir şekilde korunması için yasallığın merkezîliği göz önüne alındığında Strazburg Mahkemesi, ilgili ulusal yasanın netlik veya erişilebilirlik açısından eksik olduğu tüm durumlarda, söz konusu yasanın geçerli olup olmadığı sorusundan bağımsız olarak, ulusal hukukun kalitesinin açıkça gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>41</sup>.

Sonuç olarak AİHM, yasallığın kalite gerekliliklerini hukukun üstünlüğünden almıştır<sup>42</sup>. Dolayısıyla yasallık, yalnızca ulusal yasa ve prosedürlerin uygulanmasını değil aynı zamanda ulusal yasaların bir Sözleşme kalite standardına uygun olmasını da gerektirir. Yasallığın iç hukukun yeterli kaliteye sahip olmasını gerektirmesi yani kanunun hukukun üstünlüğü ile uyumlu olması gerektiği gerçeği, Mahkemenin kanunilik standardını hukukun üstünlüğünü<sup>43</sup> temel alarak geliştirdiğini göstermektedir. AİHM, “*yasaya uygunluk*” kavramını hukukun üstünlüğü doğrultusunda yorumlamış ve böylece hukukun kalitesini ölçen bir araç hâline getirmiştir. Mahkeme, kalite gerekliliklerini hukukun üstünlüğünden aldığından yasallığı hukukun üstünlüğünün bir parçası olarak anlamaktadır.

---

41 Lautenbach, G. (2013). s. 75-76.

42 Ayrıca bkz. Venice Commission of the Council of Europe, The Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016 Venice, s. 17 vd, [https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule\\_of\\_Law\\_Check\\_List.pdf](https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf) (Erişim Tarihi: 3/10/2023)

43 Doktrinde bu bağlamda kuramsal bir çalışma için bkz. Waldron, J. (2011). “The Rule of Law and the Importance of Procedure”, *Nomos*, C. 50., s. 5 vd.

## **B. YASALLIK İLKESİNİN KULLANILMASINDA ULUSAL HUKUK**

Yasallık, öncelikle bir Sözleşme hakkına müdahalenin dayandığı bir ulusal hukukun varlığını gerektirir. Dolayısıyla AİHM, böyle bir yasanın var olduğunu tespit ettikten sonra bu yasanın kalitesini değerlendirir.<sup>44</sup> Buna göre Mahkeme, ilgili yasal kuralların yeterli rehberlik sağladığına ve Sözleşme'nin gerektirdiği kesinlik derecesiyle formüle edildiğine kanaat getirmelidir. Nitekim Mahkemeye göre<sup>45</sup> “... her bir başvuranın tutuklanmasının İngiliz hukukuna uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini değerlendirirken, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın öncelikle ulusal makamlara, özellikle mahkemelere düştüğünü hatırlatır. Ancak, iç hukuka uyulmaması 5 Ş 1 maddesinin ihlalini gerektirdiğinden, Mahkeme bu konuda belirli bir inceleme yetkisi kullanabilir ve kullanılmalıdır.”

Görüldüğü gibi yasallık, hem ulusal bir yasanın varlığını hem de bu yasanın kalitesinin incelenmesini gerektirir. Bu nedenle Sözleşme bağlamında yasallığın hem ulusal hem de uluslararası bir boyutu vardır çünkü ulusal bir hukuk talep eder ve bu yasaya hukukun temel niteliklerine ilişkin bir Sözleşme nosyonu yükler. Yasallık, ulusal bir yasal standardı içeren uluslararası bir yasal standarttır.

Bu bakımdan yasallık, uluslararası hukuk otoritesinin özellikle evrensellik ilkesinden ortaya çıkan insan hakları anlayışının AİHM tarafından korunması doğrultusunda büyük önem taşımaktadır. Yasallık ilkesi, Avrupa devletlerinde insan haklarının korunmasını kesinlikle geliştirmiş ve üç nesil in-

---

44 Yasallık ilkesi esasen hukuk kurallarının aleni ve genel olmasını, anlam bakımından açık ve anlaşılabilirliğini, sürekli ve kesin olmasını, geriye yürüme yasağına bağlılığını ortaya koymaktadır. Ayrıca yasallık ilkesi, idarenin yasal ve yargısal denetimini, *due process* garantileri, bağımsız ve tarafsız yargı gibi kurumsal güvenceleri de bünyesinde barındırmaktadır. Bkz. Çağlar, S. (2015). “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, içinde Göztepe, E. (Der.), *Hukuk Güvenliği* (ss. 25-138). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 28.

45 *Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 67/1997/851/1058, 23/9/1998, §§ 55-57.

san haklarından kaynaklanan insan özgürlüğüne ve onuruna daha fazla saygı gösterilmesine katkıda bulunmuştur. AİHM yargılamasında devletlerin bireylerin haklarını güvence altına alma ve aynı zamanda bunlara saygı duyma yükümlülüğüne sahip olduğunu tanımlamaktadır. Böyle olmakla Mušić'in belirttiği üzere,<sup>46</sup> özellikle ceza hukuku ilkeleri, AİHM gibi ulusal üstü bir kurumda yargılamaların güvence altına alınması için bir kılavuz görevi gördüğünü söylemek gerekir.

Bu ikili boyuttan dolayı yasallık, özerk kavramlar doktrinine bağlı bir Sözleşme terimi olarak tanımlanabilir<sup>47</sup>. Yasallığın her iki boyutu da hukukun üstünlüğünün bir parçası olarak görülmelidir. AİHM içtihatlarında, hukukun üstünlüğüne, hukukun erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gerekliliklerine uyması gerektiği yönündeki bir talep olarak, esas olarak açıkça atıfta bulunmaktadır.

### 1. AİHM'in Ulusal Hukuka Maddi Yaklaşımı

AİHM iç hukukta bir dayanak olup olmadığını tespit ederken hukuka biçimsel anlamda değil, maddi anlamda bakmaktadır. Buradaki maddi terimi, hukukun kurumsal kökenine ilişkin katı biçimsel kriterlerin yokluğunu ifade eder. Buna göre AİHM; hukukun temeline bakarak hukukun belirli bir kaynağının olmasını, belirli bir otoriteden çıkmasını veya belirli bir uygulamaya sahip olmasını talep etmemektedir. Burada yerel makamların belirli bir norma yasal statü verip vermediği çok önemlidir.

AİHM bu bağlamda şunları demektedir:<sup>48</sup> *"Hukuk'tan bahsederken, 7. madde, Sözleşmenin bu terimi kullanırken başka bir yerde atıfta bulunduğu kavramın aynısına atıfta bulunur. Bu kavram, içtihat hukuku kadar kanuni hukuku da kapsar. Bu bağlamda*

---

46 Mušić, Safet (2017). The Principle of Legality According to the European Convention on Human Rights, içinde *Towards a Better Future: The Rule of Law, Democracy and Polycentric Development Conference* (ss. 1-12), Bitola. s. 10.

47 Lautenbach, G. (2013). s. 79.

48 *Kafkaris/Kıbrıs*, B. No: 21906/04, 12/2/2008, § 139.

Mahkeme, 'hukuk' terimini her zaman 'biçimsel' değil, aynı zamanda "maddi" anlamıyla da anlamıştır. Bu nedenle, hem kanunları, hem tüzüklerden daha düşük düzeydeki kuralları hem de yazılı olmayan hukuku da içermektedir. Özetle, 'kanun', yetkili mahkemelelerin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hükümdür." Kıta hukuk sistemleri ile ilgili olarak Mahkeme, içtihatları da insan haklarına müdahaleler için yasal bir dayanak olarak kabul etmektedir<sup>49</sup>.

Böylelikle AİHM tüm bu bağlamlarda salt şekli biçimiyle hukuku uygulamamakta, hukuka dair *legalitenin* (yasallık) yanında *legitimation* (meşruluk) sorunuyla da ilgilenmektedir. Elbette bu, kapsamlı bir hukukun üstünlüğü yaklaşımının Mahkeme tarafından dikkate alındığını ortaya koymaktadır. Nitekim bu bakımdan hukukun üstünlüğü ilkesine ilişkin bir atıf, Sözleşme'nin "Giriş" kısmında şu ifadeyi içermektedir: "Benzer düşüncelere sahip ve ortak bir siyasi gelenek mirasına sahip olan Avrupa ülkelerinin hükümetleri olarak yargısal sorunların çözüme kavuşturulması; ideallerin, özgürlüğün ve hukukun üstünlüğünün, İHEB'de belirtilen bazı hakların kolektif olarak hayata geçirilmesi için ilk adımların atılmasıdır.

49 "Hükümet ve Delege gibi, Mahkeme de öncelikle, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın öncelikle ulusal makamlara, özellikle mahkemelere düştüğüne işaret eder. Bu nedenle, soruşturma hâkimleri tarafından verilen telefon dinlemenin Ceza Kanunu'nun 368. maddesine uygun olup olmadığı konusunda onların aksine bir görüş belirtmek Mahkemeye düşmez. Uzun yıllardır mahkemeler - ve özellikle Yargıtay - Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81, 151 ve 152. maddelerinin kıdemli bir polis memuru (polis yargı görevlisi) tarafından gerçekleştirilen telefon dinlemeye yasal bir dayanak oluşturduğunu kabul etmektedir. Bu türden yerleşik içtihat göz ardı edilemez. Sözleşmenin 8. maddesinin 2. paragrafı ve diğer benzer maddelerle ilgili olarak Mahkeme, 'hukuk' terimini her zaman 'biçimsel' değil, 'maddi' anlamıyla anlamıştır. *Sunday Times*, *Dudgeon ve Chappell* kararları kuşkusuz Birleşik Krallık'ı ilgilendiriyordu, ancak Hükümet'in haklı olarak işaret ettiği gibi, teamül hukuku ülkeleri ile Kıta ülkeleri arasındaki ayrımı abartmak yanlış olur. Kanuni hukuk, tabii ki, örf ve adet hukuku ülkelerinde de önemlidir. Tersine, Kıta Avrupası ülkelerinde içtihat geleneksel olarak önemli bir rol oynamıştır, öyle ki pozitif hukukun tüm dalları büyük ölçüde mahkeme kararlarının sonucudur. Mahkeme gerçekten de bu tür ülkelerdeki içtihatları birden fazla kez dikkate almıştır. Mahkeme, içtihadı görmezden gelseydi, Kıta Devletlerinin hukuk sistemini neredeyse, 26 Nisan 1979 tarihli *Sunday Times* kararının Birleşik Krallık hukuk sisteminin kökünden baltalayacaktı. Özetle, şikâyet edilen müdahalenin Fransız hukukunda yasal bir temeli bulunmaktadır." *Kruslin/Fransa*, B. No: 11801/85, 24/4/1990, § 29.

## 2. Ulusal Hukukun Kalitesi Meselesi

Yukarıda belirtilen eğilimlerin bir sonucu olarak, Mahkemenin bu konudaki mevcut konumu şu şekilde özetlenebilir: Kanunun yazılı veya yazılı olmayan şekline bakılmaksızın kanuna uygunluk için asıl gereklilik içsel netlik, öngörülebilirlik, kesinlik ve erişilebilirlik içeren hükmün yüksek kalitesidir.

Bu yönetime ilk atıf, *Yargıç Morenilla'nın Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda* davasına ilişkin ortak görüşünde bulunabilir. Birkaç yıl sonra, aynı ilkelerin genel bir yeniden ifadesi ve daha iyi bir sistematikleştirme, *S.W.<sup>50</sup> ve C.R. v. Birleşik Krallık<sup>51</sup>* davasında verilmiştir. Burada Mahkeme, kendi içtihatlarına göre hukukun yazılı olanların yanında yazılı olmayanları da içerdiğini hatırlatmıştır. Mahkeme için önemli olan özellikle erişilebilirlik ve öngörülebilirlik olmak üzere niteliksel gerekliliklerin karşılanmasıdır. Bu husus da Mahkemenin yasaya karşı muhteviyat meselesini de dikkate aldığını göstermektedir.<sup>52</sup>

Daha spesifik olarak, ulusal hukukun kesinlik düzeyiyle ilgili olarak, önce *Kokkinakis v. Yunanistan* ve ardından *Vogt v. Almanya* davalarında, Mahkeme, ulusal hukukta çok katı ayrıntıların imkânsızlığını mantıklı bir sonuç olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte kesinlik koşullara bağlı olarak makul olacak bir dereceye kadar değerlendirilmelidir. Benzer şekilde kanunun açıklığı ve öngörülebilirliği de mutlak değildir çünkü ilgili kişi, belirli koşullar altında makul olan bir dereceye kadar değerlendirmek için uygun hukuki tavsiye almak zorunda olsa bile, tatmin edilmiş sayılır. Elbette belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçlar, özellikle profesyonel bir faaliyet yürüten kişiler için farklı şekilde dikkate alınır. AİHM'in bu yaklaşımı hukukun üstünlüğünün unsurlarına da "olay te-

---

50 S. W./Birleşik Krallık, B. No: 20166/92, 22/11/1995, § 34.

51 CR/Birleşik Krallık, BŞ 32.

52 Bkz. Lupo, N. ve Piccirilli, G. (2012). "The European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of Law", *Legisprudence*, C. 6., S. 2., s. 237-238.

*melli*” yaklaştığına işaret etmektedir.

Görüldüğü gibi yargısal hükme bağlı emrin yalnızca parlamentener kökeninin kendi başına yeterli bir güvence oluşturduğu fikrinden vazgeçilmiştir<sup>53</sup>. Daha düşük düzeydeki diğer önlemlerle daha esnek bir bütünleşme fikri ve buna paralel olarak kalitenin iyileştirilmesi lehine bir entegrasyon sağlanmıştır<sup>54</sup>. Ancak yine de müdahaleyle tamamlanması gereken daha istikrarlı bir çerçeve oluşturmak için, kanun tasarılarındaki ayrıntı derecesinin sonuç olarak azaltılmasıyla birlikte, ilke odaklı bir mevzuatın geliştirilmesi makul görünmektedir. Bunu yaparak Parlamento, belirli bir konuda ilk yasa koyucu olma rolünü sürdürecektir; sonraki katkıda bulunanlar için öncelikleri ve sınırları belirleyecektir<sup>55</sup>.

Öte yandan yasallık, bir ulusal hukukun varlığını ve aynı zamanda iç hukukun yeterli nitelikte olmasını gerektirir. Sözleşme bağlamında yasallık, AİHM'in ulusal hukukun kalitesini gözden geçirmek için kullandığı bir dizi gereklilikten oluşur<sup>56</sup>. Bu gereklilikler; kanunun erişilebilir, öngörülebilir olması ve kanunun hükümet otoritesine geniş takdir yetkisi verdiği durumlarda yargısal güvenceler sağlamasıdır. Öngörülebilirlik, daha spesifik olarak hukukun geriye dönük uy-

---

53 Uzun bir süre, insan hakkına yapılan müdahalenin hukuki dayanağının olması şartı yalnızca yürütme yetkisi uhdesinde uygulanmış ve yürütme yetkisinin kanunun belirlediği sınırlar içinde kalıp kalmadığı sorunu üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu, Mahkemenin davanın esaslı bir analizini değil, usule ilişkin bir analizini gerektirmektedir. Gelinen noktada ise daha kapsamlı bir yaklaşımın gerekliliği hasıl olmuştur.

54 AİHM hukukun üstünlüğü çerçevesinde üye Devletin insan haklarını koruma yönünde bir karara varmasını zorladığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda gerekirse Devlet; yasalarını değiştirmeli ve yine yalnızca başvuranın özel durumunda, onun insan haklarının yeterli şekilde korunmasını sağlamak için daha fazlasını yapmalı veya onun özel durumunda geçerli yasa ve politikalara bir istisna uygulamalıdır.

55 Bkz. Lupo, N. ve Piccirilli, G. (2012). s. 237-238 ve 242.

56 Öyle ki Mahkeme, yasama organının yetkileri yürütme organına devrettiği durumlarda, özellikle de yürütmenin yetkilerini kullanma konusundaki takdir yetkisini kullandığı ve bireylerin “karanlıkta” kaldığı bağlamlarda, yasama organına bu yetkileri kullanma konusunda ekstra bir sorumluluk düştüğünü vurgulamıştır. *Malone/Birleşik Krallık*, §§ 67, 68.



gulanmamasını, tutarlı olmasını ve genel olduğu kadar yeterince kesin olmasını gerektirir. Dolayısıyla Lautenbach'ın belirttiği üzere yasallık kavramı, kalite gereklilikleri aracılığıyla somutlaştırılır. Daha geniş hukukun üstünlüğü kavramından türetilen yasallık yoluyla AİHM, Sözleşme hakları söz konusu olduğunda ulusal yasaların kalitesini özerk bir şekilde değerlendirmektedir<sup>57</sup>. Mahkeme, bu özerk kalite standardını kullanarak Sözleşme haklarının ulusal hukuk düzeninde etkili bir şekilde korunmasını sağlamaktadır<sup>58</sup>.

a. *Erişilebilirlik Testi*: *Sunday Times* davasında Mahkeme, erişilebilirliğin, vatandaşın “belirli bir davaya uygulanan hukuk kurallarının koşullarında yeterli bir göstergeye sahip olabilmesi” anlamına geldiğine hükmetmiştir. Örneğin, *Silver* davasında Mahkeme, İngiliz İçişleri Bakanı'nun hapishane yöneticilerine verdiği İçtüzük ve Genelge Talimatlarının, yayınlanmadıkları, mahkûmların erişimine açık olmadığı ve içeriklerinin hücre kartlarında açıklanmadığı için erişilebilirlik testinde başarısız olduğuna karar vermiştir<sup>59</sup>. Görüldüğü gibi belirli mevzuattan veya idari uygulamalardan etkilenen kişiler, bunların içeriklerinden yeterince haberdar olabilmelidir. Erişilebilirlik testi, profesyoneller ve hukukun teknik olan alanları ile ilgili olarak daha az titiz incelenir. Bu nedenle erişilebilirlik katı ve resmî bir gereklilik değil daha çok belirli bir vakanın koşulları ışığında değerlendirilecek açık bir ilke mahiyetindedir<sup>60</sup>.

b. *Öngörülebilirlik Testi*: Mahkeme, birçok kanunun yorumlanması ve uygulanması bağlamındaki meselenin genel

---

57 Bu şekilde Mahkeme neredeyse tamamen yetkinin kötüye kullanılmasına karşı yeterli güvencelerin varlığına odaklanmaktadır. Bu bağlamda iki karar için bkz. *Kruslin/Fransa*; Huvig/Fransa, B. No: 11105/84, 24/4/1990.

58 Lautenbach, G. (2013). s. 86-87. Keza bkz. Murphy, C. C. (2010). “The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR”, *European Human Rights Law Review*, C. 2., s. 199 vd.

59 Greer, S. (1997). *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 15, Council of Europe Publishing, s. 10.

60 *Groppera Radio AG ve diğerleri/İsviçre*, B. No. 10890/84, 28/3/1990, § 68.

terimlerle çerçevesini tutarlı bir şekilde kabul etmiştir<sup>61</sup>. Bazı durumlarda, ulusal mevzuatın gerektirdiği kesinlik düzeyinin, önemli ölçüde söz konusu belgenin içeriğine, kapsam üzere tasarlandığı alana ve bu belgenin muhatabı olduğu kişilerin sayısına ve statüsüne bağlı olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda “yasa”nın gerektirdiği kesinlik derecesi, belirli somut konuya bağlı olacaktır. İletişimin gizli izlenmesine ilişkin tedbirlerin uygulanması, ilgili kişilerin veya genel olarak kamuoyunun incelemesine açık olmadığından, yürütmeye tanınan yasal takdir yetkisinin ifade edilmesi hukukun üstünlüğüne aykırı olacaktır. Sonuç olarak yasa, söz konusu tedbirin meşru amacını göz önünde bulundurarak bireye keyfi müdahaleye karşı yeterli koruma sağlamak için<sup>62</sup> yetkili makamlara tanınan bu tür bir takdir yetkisinin kapsamını ve bunun kullanılma şeklini yeterli açıklıkla belirtmelidir<sup>63</sup>.

---

61 “Üçüncü bir ilke ise, bir norm, yurttaşın kendi davranışını düzenlemesini sağlayacak yeterli kesinlikte formüle edilmediği sürece bir ‘yasa’ olarak kabul edilemez olduğuna ilişkindir. Yurttaşın -gerekirse uygun tavsiyelerle- bir dereceye kadar yasayı öngörebilmesi gerekir. Takdir yetkisi veren bir kanun, bu takdir yetkisinin kapsamını belirtmelidir. Bununla birlikte, Mahkeme, yasaların oluşturulmasında mutlak kesinliğe ulaşmanın imkânsızlığını ve kesinlik arayışının aşırı katılık gerektirebileceği riskini zaten kabul etmiştir. Bu gözlemler, hapis cezasının özel bağlamında, yılda yaklaşık on milyon yazışmanın taranmasını içeren mevcut davanın ‘koşullarında’ özel bir öneme sahiptir. Her olasılığı kapsayacak bir yasa formüle etmek pek mümkün değildir. Gerçekten de başvuranların kendileri, takdir yetkisinin yetkililere bırakılması gerektiğini inkâr etmemiştir. Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, birçok yasanın kaçınılmaz olarak, az ya da çok muğlak ve yorumlanması ve uygulanması bağlamında sorun olan terimlerle ifade edildiğine bir kez daha işaret etmektedir. Ve mevcut davada, yazışma kontrol sisteminin işleyişi, yalnızca her bir örnekte değişen bir uygulama sorunu olmamıştır. Emirler ve Talimatlar, istisnai durumlar dışında takip edilmesi gereken bir uygulama ortaya koymuştur. Bu koşullarda Mahkeme, bu direktiflerin kendileri kanun gücüne sahip olmasalar da -ilgili kişilerin içeriklerinden yeterince haberdar edildiği kabul edilen sınırlı ölçüde- kriterinin olup olmadığı değerlendirilmesinde dikkate alınabileceği kanaatindedir. Kuralların uygulanmasında öngörülebilirlik karşılanmıştır.” *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25/3/1983, § 88.

62 Yakın bir kararda belirtildiği gibi öngörülebilir bir kural, kamu yetkililerinin keyfi müdahalelerine karşı bir koruma önlemi sağlayan kuraldır. Bkz. *De Tommaso/İtalya* [BD], B. No: 43395/09, 23/2/2017, §§ 106-109.

63 *Malone/Birleşik Krallık*, § 68.

c. *Keyfi Müdahale Testi*: Strazburg organları, yürütmeye geniş bir takdir yetkisi verildiğinde, bilhassa da gizli olarak uygulandığı durumlarda bunun özellikle gerekli olduğunu kabul etmiştir ve *Herczegfalvy* davasında “*Bir yasa bir kamu makamına takdir yetkisi veriyorsa söz konusu hususu belirtmesi gerekir.*” hükmüne varılmıştır. Gereken kesinlik derecesi konuya bağlı olsa da bu takdir yetkisinin kapsamı belirlenmelidir. Koruma tedbirlerinin etkinliğinin değerlendirilmesi, mekanik bir testin uygulanmasından ziyade muhakemede bulunulmasını içerdiğinden herhangi bir yorumcu, Strazburg içtihatlarından hem “yeterli” hem de “yetersiz” örnekler bulabilecektir. Bu konuya dair model olarak iki karar gösterilebilir. *Huwig* ve *Kruslin* davasında Mahkeme, hükümet tarafından belirtilen on yedi güvenceden bazılarının değerini azaltmamakla birlikte Fransa'da resmî telefon dinlemenin yapıldığı sistemin olası kötüye kullanımlara karşı yeterli koruma sağlamadığına karar vermiştir. Yargı kararıyla telefonlarının dinlendirilebileceği kişi kategorileri ve böyle bir karara yol açabilecek suçların niteliği tanımlanmamıştır. Hiçbir şey, hâkimi telefon dinleme süresine bir sınır koymaya zorlamamıştır. Sonuç olarak yerleşik bir resmî uygulamaya dair kanıt bulunmasına rağmen bunun yasa veya içtihatların sağlaması gereken lüzumlu normatif kontrolden yoksun olduğu kabul edilmiştir<sup>64</sup>.

İnsan hakları, memnuniyeti uluslararası bir mesele olan fakat yerel kurumlar için standartlar teşkil eden bir düzlemde bulunur<sup>65</sup>. Bu şekilde tasavvur edilen bir insan hakları uy-

64 Bkz. Greer, S. (1997). s. 13.

65 Özel bir ilham kaynağı, varoluşundan bu yana hukukun üstünlüğünün korunmasına odaklanan ve hukukun üstünlüğü anlayışını veya *Rechtsstaat*'ı genişleten Alman Federal Anayasa Mahkemesidir. Bu bakımdan bugünün *Rechtsstaat*'ı anayasal demokrasiye ayrılmaz bir şekilde bağlı hale gelmiştir. Böylece temel maddi değerlerle çerçelenmiş ve yasallık, anayasal adalette yer alan bir dizi maddi norma tabi hale gelmiştir. Her ne kadar günümüzün *Rechtsstaat*'ı bir bakıma hem *Kantçı* hem de pozitivist muadillerinin unsurlarını bünyesinde barındırsa da, temel açılardan öncekilerden farklıdır ve dolayısıyla hukukun meşruiyetine ilişkin yeni sorular ortaya çıkarmaktadır. *Kantçı* muadili gibi, günümüzün *Rechtsstaat*'ı da temel hakları sıradan kanunların üzerinde kutsal saymakta; ancak bu haklar biçimsel olmaktan ziyade maddi nitelikte ve *Kantçı* öncüllerinden içerik

gulaması en az iki anlamda “devletçi” olarak tanımlanabilir: Standartları ilk durumda devletler için geçerlidir ve onlar, bireysel olarak ve iş birliği içinde devletlere güvenirlir. Çünkü ana garantörler onlardır. Elbette bu, insan haklarının diğer araçlara herhangi bir kısıtlama getirmediği veya garantör olarak yalnızca devletlerin sorumlulukları olduğu anlamına gelmez. Ancak insan hakları uygulamasında devletlerin merkezî önemi de inkâr edilemez. Yine de şimdiye kadar geliştirdiği şekliyle insan hakları pratiği ancak bağımsız, bölgesel devletlerden oluşan bir dünya düzeninin revizyonist bir uzantısı olarak anlaşılabilir<sup>66</sup>. İşte böyle olmakla insan haklarının yerleşik normatif uygulaması da önem kazanmaktadır. Burada elbette AİHM hukuku salt biçimsel algılamamakta, aynı zamanda maddi yönü olan bir insan hakları kategorisi geliştirmeye çalışmaktadır.

### 3. Hukukun Üstünlüğünün Garanti Edici Fonksiyonu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası insan hakları belgeleri ağında farklı rollere sahiptir ve bu gelişmelerin her zaman ön saflarında yer almıştır<sup>67</sup>. Bu kavramı kuramsallaştırmaya çalışırsak; hukuk, içtihat ve bunların doktrin tarafından yeniden yorumlanması, yasallığın “küresel bir kavram”

---

bakımından önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Öte yandan, pozitivist selefî gibi, günümüzün *Rechtsstaat*'ı da yasallığı kurumsallaştırmaktadır; ancak bu, yalnızca tutarlılık ve öngörülebilirliğe bağlı olmayan, aynı zamanda anayasaya uygunluğa ve anayasal olarak kabul edilen temel hedeflerin gerçekleştirilmesine de bağlı olan bir yasallıktır. Sloot, B. (2020). “The Quality of Law”, *JIPITEC*, C. 11., s. 168. İşte bu da Rosenfeld'in iddia ettiği gibi tüm siyaseti anayasallaştırmaya ve *Rechtsstaat*'ı bir *Verfassungsstaat*'a (yani anayasa yoluyla bir devlet yönetimine) dönüştürme eğilimindedir. Son olarak, günümüzün *Rechtsstaat*'ı, anayasallaştırmanın ötesinde, on dokuzuncu yüzyıldaki selefîleri tarafından açıkça siyasete havale edilen refahın teşviki gibi alanları da hukukileştirmektedir. Bkz. Rosenfeld, M. (2001). “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, C. 74., s. 5.

66 Bkz. Beitz, C. R. (2009). *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, s. 128.

67 Aksi görüş için bkz. Viljanen, J. (2008). “The role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, C. 62., S. 1., s. 263.

hâline gelmesine neden olmaktadır. Bu kavram, bütünlüğü hiçbir zaman varsayılmayan bileşenlerin bir toplamı tarafından tanımlanan bir kavramdır. Bu bileşenler; geriye yürümezlik, erişilebilirlik ve hukukun anlaşılabilirliği, normatifliği ve kalitesi, kanun ve içtihat hukukunun tutarlılığı ve kanunun istikrarsızlığı veya öngörülemezliği ile başa çıkmak için geçici tedbirlere duyulan ihtiyaç şeklinde anlaşılabilir<sup>68</sup>. Yasallık ilkesinin uygulanması en sık olarak temel teamül hukuku haklarına odaklanırken orijinal hâliyle mevcut hukukun ve hukuk sisteminin temel unsurlarının sürdürülmesini de kucaklamaktadır<sup>69</sup>.

Yasallık, bir tür yargısal güvence gerektirir. AİHM, her davada yasallık gereklilikleri kapsamında yargı güvencelerinden bahsetmemektedir. Bu gereklilik, yasallığın ayrı bir yönü olarak yalnızca belirli durumlarda geçerlidir. Gerçekten de Sözleşme'nin anlamı dâhilinde yasallık gerekliliği, diğer şeylerin yanı sıra, iç hukukun Sözleşme'de güvence altına alınan haklara kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı bir yasal koruma önlemi sağlamasını gerektirir. Ayrıca demokratik bir toplumda hukuka uygunluk ve hukukun üstünlüğü kavramları, temel insan haklarını etkileyen tedbirlerin, belirli durumlarda tedbirlerin gerekçelerini ve ilgili tarafları incelemeye yetkili bağımsız bir organ önünde bir tür çekişmeli yargılamaya tabi olmasını gerektirir<sup>70</sup>. Gerçekten de bu koşullar çeşitli şekillerde önemli güvenceler sağlar. Bir insan hakkına müdahale edildiğinde (yasama erkinin belirlediği sınırlara bağlı kalarak) yürütme erkinin yasal temelde hareket etmesini talep etmekle kalınmamakta, aynı zamanda yasaların doğrudan veya dolaylı olarak vatandaşlar tarafından yapıldığı demokratik bir toplumdan da bahsedilmektedir. Ayrı-

---

68 Bkz. Lanneau, R. (2016). What is legal Certainty? A Theoretical Essay, içinde Du Marais, B. ve Marrani, D. (Ed.), *Legal Certainty in Real Estate Transactions: A Comparison of England and France* (ss. 23-36).

69 Chen, B. (2015). "The Principle of Legality: Issues of Rationale and Application", *Monash University Law Review*, C. 41., S. 2., s. 344.

70 *Capital Bank AD/Bulgaristan*, B. No: 49429/99, 24/11/2005, § 134.

ca bir insan hakkına yapılan müdahalenin genel çıkar yerine toplumdaki belirli bir grubun çıkarlarını korumaya hizmet etmesi durumunda asla meşru sayılamayacağı açıkça ortaya koyulmaktadır<sup>71</sup>.

Mahkeme, ulusal hükûmet makamlarının geniş takdir yetkisine sahip olduğu davalarda bunun önemini vurgulamaktadır. Mahkeme koruma kapsamına farklı Sözleşme hükümleriyle ilgili yasallığın bir gereği olarak yargısal güvenceleri dâhil etmektedir<sup>72</sup>. Etkili yargısal güvencelerin gerekliliği, hukukun üstünlüğünden kaynaklanmaktadır. Nitekim *Klass v. Almanya* davasında AİHM, gizli izleme yöntemlerine ilişkin Alman yasalarının başvuranın mahremiyet hakkını ihlal edip etmediğini incelemiştir. Sorunlardan biri, 8. maddenin gizli izleme yöntemlerinin uygulanması üzerinde adli kontrol talep edip etmediğine ilişkin olmuştur. Şu hâlde yargısal güvenceler, yürütmeden ve diğer ilgili taraflardan bağımsız, tarafsız bir organdan gelmelidir.

Sonuç olarak yargısal güvenceleri yasallığın bir unsuru olarak anlamak, Sözleşme bağlamında hukukun üstünlüğü kavramıyla en tutarlı olanıdır. Çünkü böylece 5., 6. ve 13. maddeler tarafından korunan yargı güvencelerinin de kuralın bir parçası olduğu anlaşılmaktadır.

Kanımızca bu yaklaşım da pozitif hukukun biçimine ve aynı zamanda içeriğine odaklanılarak gerçekleştirilebilir. Biçimci teorilerin özü, hukukun üstünlüğünün “kelimenin tam anlamıyla ne deniliyorsa” hukuk odur anlayışından ileri gelmektedir. Dolayısıyla burada “hukukun üstünlüğünün bir kurallar hukuku olduğu” anlamına geldiği anlaşılır. Ne var ki bu tür sözler basmakalıptır. Hukuk kuralları olmadan hu-

---

71 Keza bkz. Sloot, B. (2020). s. 162.

72 Yargı güvencelerinin varlığı bazı davalarda özel bir gereklilik olarak belirtilmemekte, kanunun öngörülebilirliğinden bu ilkeler çıkarılmaktadır. Örneğin AİHM bir davada, belirli bir adli inceleme biçimi de talep etmemiştir, ancak idari gözetimin süre sınırları ve koşullarına ilişkin bir inceleme prosedürünün varlığını talep etmiştir. *Amuur/Fransa*, B. No: 19776/92, 25/6/1996, §§ 50-53.

kukun üstünlüğü sağlanamaz ve ancak kurallardan oluşan hukuk kesin ve öngörülebilir olabilir. Şu hâlde şekli hukukun üstünlüğü maddi hukukun üstünlüğü ile tamamlanmalıdır. Böyle olmakla hukukun üstünlüğünün var olabilmesi için hukukun, kamu mallarının “adil” dağılımı da dâhil olmak üzere (sosyal) adaleti tesis etmesi gerektiği de öne sürülmelidir. İnsan hakları ve hakkaniyet gibi kavramlar somut olaya aktarılmadan<sup>73</sup> hukukun üstünlüğüne yönelik gereken yaklaşım, hele ki AİHM gibi misyona sahip bir kurum söz konusu olduğunda eksik kalır.

### III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE DEMOKRASİ

#### A. SÖZLEŞMENİN POLİTİK MODELİ: DEMOKRASİ

Jürgen Habermas “Hangisi önce gelir” diye sormakta ve devam etmektedir, “modern piyasa toplumu üyelerinin bireysel özgürlükleri mi yoksa demokratik vatandaşların siyasi katılım hakları mı?” Hukukun üstünlüğü ve halk egemenliği ilkelerinin görünüşte paradoksal olan anayasal demokrasi kavramında nasıl birleştiğine dair tarihsel bir açıklama sunan Habermas, insan hakları ve demokrasinin birbiriyle ilişkili ve ortak kökene sahip olduğu yönündeki argümanını geliştirmektedir<sup>74</sup>. İşte AİHM bu argümanın adeta yargısal pratiğini sunmaktadır.

Sözleşme bağlamında demokrasi; öncelikle çoğulculuk, ifade özgürlüğü ve katılımı ifade etmekte fakat buna diğer Sözleşme haklarının korunmasını da dâhil etmektedir. AİHM ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, pasif ve aktif oy kullanma haklarının yanı sıra diğer bazı Sözleşme haklarını de-

---

73 Aksi görüş için bkz. Küris, E. (2018). “On the Rule of Law and the Quality of the Law: Reflections of the Constitutional Turned International Judge”, *Teoría y Realidad Constitucional*, S. 42., s. 141.

74 Habermas, J. (2001). “Constitutional Democracy- A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory*, C. 29., S. 6., s. 767’den aktaran Schaffer, Johan K. (2015). “The Co-Originality of Human Rights and Democracy in an International Order”, *International Theory*, C. 7., S. 1., s. 98.

mokratik bir toplum için temel unsurlar olarak tanımlamıştır<sup>75</sup>. Özellikle adil yargılanma hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, yaşam hakkı ve işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı demokratik bir toplumun merkezinde yer alır. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme haklarının korunmasını, bir azınlığa mensup bireylerin haklarının korunmasında özellikle önemli olarak tanımlamaktadır.

Demokratik bir toplum kavramı Sözleşme'nin tamamına nüfuz etmiştir. Sözleşme bağlamında demokrasi, bireyin hakları ile kamu çıkarının demokratik olarak izlenmesi arasındaki denge ile ilgilidir. Gerçekten de Mahkeme, demokratik toplumu ve bireysel hakları savunmanın gereklilikleri arasında bir miktar uzlaşmanın Sözleşme sisteminin doğasında olduğu konusunda Komisyon ile aynı fikirde olmaktadır<sup>76</sup>. Sözleşme'nin önsözünde belirtildiği gibi "*Temel Özgürlükler ... en iyi şekilde bir yandan etkili bir siyasi demokrasiyle, diğer yandan da (Sözleşmeciler Devletlerin) bağlı olduğu İnsan Haklarına ilişkin ortak bir anlayış ve riayetle korunur*". Ancak aynı zamanda Sözleşme metni, "*politik demokrasi*" kavramının tanımına ilişkin herhangi bir önemli ipucu sunmamaktaysa da AİHM, içtihatları aracılığıyla bu kavramın açıklığa kavuşturulmasına ancak dolaylı bir yol olarak bariz siyasi çıkarımlara değinmekten çok demokrasinin "*olay temelli*" boyutu olarak adlandırılabilir kısmıyla ilgilenmektedir<sup>77</sup>.

---

75 Dolayısıyla bildiğimiz gibi Mahkeme, Sözleşmeyi, hakların korunmasında etkili bir araç haline getirecek şekilde, gelişen bir biçimde yorumlamaktadır. Seçimle gelen muhalefetin ve sivil toplumun bir hükümete karşı çıkma yeteneğinin incelikli erozyonuna ilişkin endişe, Mahkemenin belirli kısıtlayıcı tedbirlerin benimsendiği daha geniş bağlamı dikkate almaya istekli olması durumunda giderilebilir. Esasen bu, Mahkemenin kendi retoriklerine ve bazen de uygulamasına çok iyi uymaktadır. Bkz. O'Connell, R. (2020). *Law, Democracy and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 270.

76 *Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978, § 59.

77 Bu konuda ayrıca bkz. Marks, S. (1996). "The European Convention on Human Rights and Its 'Democratic Society'", *British Yearbook of International Law*, C. 66., S. 1., s. 213.



Öte yandan demokratik toplumdan açıkça söz edilmeyen hususlarda bile kavramın birincil öneme sahip olduğu söylenebilir. Sözleşme'nin insan haklarını koruma sisteminin kendisi, demokratik toplumun talepleri ile insan haklarına saygı arasında bir denge kurma girişimidir. Gerçekten de AİHM<sup>78</sup> demokratik müzakerenin (ve bir dereceye kadar danışma ve katılımın) önemine bağlılık göstermektedir. Sözleşme'nin genel ilkeleri, demokratik organların insan haklarına ilişkin yasa yapma sorumluluğuna sahip olduğu ve bu hakların içeriğini ciddiye almak zorunda olduğu müzakereci demokratik modeli çok iyi yansıtmaktadır.

Şu hâlde Sözleşme'nin politik olarak benimsediği model demokrasidir. Mahkemeye göre demokrasi şüphesiz Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir. Bu, ilk olarak insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha fazla gerçekleştirilmesinin bir yandan etkili bir siyasi demokrasi tarafından en iyi şekilde sağlanacağını belirterek Sözleşme ile demokrasi arasında çok açık bir bağlantı kuran Sözleşme'nin Giriş Bölümü'nde açıkça görülmektedir. Başlangıç, Avrupa ülkelerinin ortak bir siyasi gelenek, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü mirasına sahip olduğunu teyit ederek devam etmektedir<sup>79</sup>. Mahkeme, Sözleşme'nin altında yatan değerlerin bu ortak mirasta bulunacağını gözlemlemektedir. Öyle ki Sözleşme'nin demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmek için tasarlandığına çoğu kez işaret etmiştir. Ek olarak Sözleşme'nin 8., 9., 10. ve 11. maddeleri, kutusal saydıkları hakların kullanılmasına müdahalenin "*demokratik bir toplumda gereklilik*" kistasına göre değerlendirilmesini gerektirir. Bu nedenle bu haklardan herhangi birine müdahaleyi meşrulaştırabilecek tek zorunluluk türü, "*demokratik toplumdan*" kaynaklandığını iddia edebilecek olandır. Bu nedenle demokrasi, Sözleşme tarafından tasarlanan ve dolayısıyla

---

78 O'Connell, R. (2020). s. 271.

79 Zand, J. (2017). "The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights", *University of Baltimore Journal of International Law*, C. 5., S. 2., s. 199, 200.

onunla uyumlu olan tek siyasi model olarak görünmektedir<sup>80</sup>.

Bununla birlikte demokrasi, ulusal karar alma sürecini ifade eder. Öte yandan demokrasi, Sözleşme’de çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik standardı belirler ve temel hakların korunmasını gerektirir. Sonuç olarak belirli bir dereceye kadar, Sözleşme haklarının korunması, ulusal demokratik çıkar arayışıyla çelişmektedir. Gerçekten de Sözleşme, uluslararası hukuk kapsamında bağlayıcı olan ve ulusal demokratik karar alma sürecinin olası sonuçlarını sınırlayan bir antlaşmadır. Fakat Sözleşme özel bir konuma sahiptir çünkü AİHM insan haklarının korunması ile farklı ulusal demokratik karar alma süreçlerinin sonuçları arasında bir denge sağlamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme ile demokratik prensip arasında sıkı bir şekilde bağlantı olduğu söylenmelidir. Gerçekten de Sözleşmesel demokrasi modeli, hükûmet faaliyetlerinin daha fazla şeffaflaşmasının vatandaşlara *res publica*'ya daha aktif ve bilinçli katılım olanağı vermesi ve aynı zamanda bunu kontrol etmenin bir ön koşulu olarak varlık bulmaktadır. İyi bilindiği gibi demokrasi, yalnızca halkın çeşitli kamu kurumlarında temsil edilmesine değil aynı zamanda halkın bu hükûmet faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olmanın<sup>81</sup> yanında buna aktif katılma hakkına ve dolayısıyla bu faaliyetler üzerinde bir tür kontrole olanağının sağlanmasına da dayanmaktadır.

## **B. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLE ÇERÇEVELENEN DEMOKRASİ**

AİHM düzleminde hakların<sup>82</sup> Sözleşmesel korunması, demokrasiyi gelişime açık bir ilke hâline getirmektedir. AİHM, hukuka uygunluk ve yargısal güvenceler bağlamı dışında da içtihatlarında hukukun üstünlüğüne atıfta bulunmaktadır. Bu

---

80 *Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 133/1996/752/951, 30/1/1998, § 45.

81 Ninatti, S. ve Arcari, M. (2015). "Patterns of Democracy in the Case Law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights", *Polish Yearbook of International Law*, C. XXXV., s. 181.

82 Garlicki, L. (2008). "Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe", *I-CON*, C. 6., S 3-4., s. 509.

temel unsurların dışında hukukun üstünlüğü içtihatla daha geniş çağrışımlara sahiptir<sup>83</sup>.

AİHM, birçok demokratik ilkeyi hukukun üstünlüğü ile ilişkilendirmiştir. İlk olarak Mahkeme, basın hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette üstün bir role sahip olduğunu kaydetmiştir. Gerçekten de Mahkemeye göre bu bakımdan, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette basının üstün rolü unutulmamalıdır. Düzensizliği önlemek ve başkalarının itibarını korumak için konulan çeşitli sınırları aşmaması gerekse de basın, siyasi sorunlar ve kamuyu ilgilendiren diğer konularda bilgi ve fikir vermekle yükümlüdür<sup>84</sup>.

Mahkemeye göre hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene meydan okuyan ve barışçıl yollarla gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin diğer yasal yollarla olduğu kadar toplantı hakkının kullanılmasıyla da uygun bir şekilde ifade edilmesine olanak sağlanmalıdır<sup>85</sup>. Bu bakımdan mevzu konusu özgürlük dayandığı insan hakları ile her demokratik toplumun kurucu unsurunu temsil eder. Hukukun üstünlüğü ile çerçevelenen demokratik ilkeler, böylelikle, Ronald Dworkin'in metaforunu kullanacak olursak, devlet çıkarlarının üzerinde bir insan hakları "koz"u<sup>86</sup> olarak varlık bulur.

Burada özellikle hukukun üstünlüğü ifade ve toplanma özgürlüğü ile bağlantılıdır<sup>87</sup>. Aynı zamanda hukukun üstünlüğü, siyasi örgüt tarafından kullanılan barışçıl yolları ve si-

---

83 Öyle ki bu daha kapsamlı bir politik anlayış geliştirmektedir. Bkz. Bellamy, R. (2014). "The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights", *EJIL*, C. 25., S. 4., s. 1035 vd.

84 *Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/4/1992, § 43.

85 *Stankov ve United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria*, B. No: 29221/95 ve 29225/95, 2/10/2001, § 97.

86 Dworkin, R. (1984). Rights as Trumps, içinde Waldron, J. (Ed.), *Theories of Rights* (ss. 153-167), Oxford: Oxford University Press, s. 153.

87 Voorhoof, D. ve Cannie, H. (2010). "Freedom Expression and Information in a Democratic Society", *The International Communication Gazette*, C. 72., S. 4-5., s. 409.

yasi değişikliklerin yasal kanallar aracılığıyla takip edilmesi gerekliliğini vurgular. Üçüncüsü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1. Protokol'ün 3. maddesi de hukukun üstünlüğünün merkezi olarak anlaşılmaktadır. Strazburg Mahkemesi,<sup>88</sup> oy kullanma ve seçimlere katılma hakkının hukukun üstünlüğü ile yönetilen etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerini oluşturmak ve sürdürmek için çok önemli olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasının altında yatan demokratik ilkelerin önemini vurgulamak için sık sık fırsat bulmuştur ve bu fırsatın 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında güvence altına alınan hakların, hukukun üstünlüğü ile yönetilen etkin ve anlamlı bir demokrasinin temellerin oluşturulması ve sürdürülmesi için çok önemli olduğuna işaret etmektedir<sup>89</sup>. Ayrıca Mahkeme, bireylerin hukukun üstünlüğünü veya demokratik temelleri baltalama tehdidi oluşturacak şekilde davranmaları durumunda aktif ve pasif oy haklarının kısıtlanabileceğini kaydetmiştir. Mahkemenin içtihatları hukukun üstünlüğü çerçevesinde çoğulculuğun siyasi süreçteki önemli rolünü göstermektedir. Vatandaşlar sadece birey olarak değil her türlü derneğin üyesi olarak da siyasi kararları etkilemeye çalışabilmektedir. Bu derneklere katılmak hukukun üstünlüğü ile korunan çoğulcu demokrasiye ve toplumsal uyuma da katkı sağlayabilir<sup>90</sup>. Gerçekten de Mahkemenin dinî ya da ideolojik temelli siyasi partiler ve topluluklar ortaya çıkma olasılığı hakkındaki yorumları, bu etkilerin hafife alınmaması gerektiğini göstermektedir.

Ne var ki bu hoşgörü standardı, demokratik bir toplumun

---

88 *Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), B. No: 74025/01, 6/10/2005, § 58.

89 Bu madde düzenli, özgür ve adil seçim hakkını sağlar. Bu maddenin normatif olarak "demokratik toplum" ve "demokrasi" arayışının merkezinde yer aldığı söylenmelidir. Ayrıntılı inceleme için bkz. Zysset, A. (2017). *The ECHR and Human Rights Theory*, New York: Routledge, s. 180 vd.

90 Bkz. Nieuwenhuis, A. (2007). "The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *European Constitutional Law Review*, C. 3., s. 378.

Sözleşme’de belirtilen hak veya özgürlükleri yok etmeye yönelik faaliyetlere karşı kendisini korumak için adımlar atmasını engellemez<sup>91</sup>. Bireyin yasa yapma gücünün bileşimini etkileme kapasitesini koruyan 1 Nolu Protokol’ün 3. maddesi, bu nedenle, örneğin bir kamu görevini ciddi şekilde kötüye kullanan birinin seçim haklarına kısıtlamalar getirilebileceğini dışlamaz<sup>92</sup>.

Ayrıca AİHM laiklik ilkesinin de hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ile uyum içinde olduğunu kaydetmiştir. Nitekim Mahkeme bir kararında şunu demektedir:<sup>93</sup> *“Daire’nin haklı olarak belirttiği gibi, Mahkeme bu laiklik kavramının Sözleşmenin temelini oluşturan değerlerle tutarlı olduğunu düşünmektedir. Türkiye Devletinin temel ilkelerinden biri olan, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ile bağdaşmayan bu ilkeye sahip çıkmanın, Türkiye’deki demokratik sistemin korunması için gerekli görülebileceği görüşündedir. Bu ilkeye saygı göstermeyen bir tutum, kişinin dinini açıklama özgürlüğü kapsamında kabul edilmeyecek ve Sözleşmenin 9. maddesinin korumasından yararlanamayacaktır.”*

Bu bağlamda demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğünün Sözleşme’nin tüm maddelerinde yer aldığı tekrar vurgulanmalıdır. Örneğin Mahkeme *“özellikle kesinleşmiş yargı kararları bakımından, hukuki belirlilik ilkesine saygı gösterilmesini gerektirir. Taraflardan hiçbiri, yalnızca davanın yeniden görülmesi ve yeni bir karara varılması amacıyla nihai ve bağlayıcı bir kararın yeniden gözden geçirilmesini talep etme hakkına sahip değildir. Durum böyle olmasaydı, nihai kararların bozulması, genel bir hukuki belirsizlik ortamına yol açarak, halkın yargı sistemine ve dolayısıyla hukukun üstünlüğüne olan güvenini azaltırdı.”*<sup>94</sup> demiştir.

Sonuç olarak AİHM’in sıklıkla vurguladığı üzere Avrupa

91 Bu hak özelinde bkz. Schabas, W. (2015). *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, s. 1023 vd.

92 *Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), § 71.

93 *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No: 44774/98, 10/11/2005, § 114.

94 *Stere and Others/Romanya*, B. No: 25632/02, 23/2/2006, § 53.

İnsan Hakları Sözleşmesi bir bütün olarak anlaşılmalı ve yorumlanmalıdır. İnsan hakları, insan onurunun korunması için entegre bir sistem oluşturur; bu bağlamda demokrasi ve hukukun üstünlüğü kilit bir role sahiptir. Demokrasi, halka bir rol verilmesini gerektirir. Yalnızca halk tarafından ve halk için oluşturulan kurumlar, devletin yetki ve otoritesine sahip olabilir; kanun hükmünün bağımsız bir yargı erki tarafından yorumlanması ve uygulanması gerekir. Bir devlet halkının ister laik ister dindar olsun, yönettiği halka karşı sorumlu olmayan bir varlık lehine, çoğunluk kararıyla bile olsa yasama ve yargı yetkilerinden feragat ettiği yerde demokrasi olamaz.

Demokrasi ile hukukun üstünlüğü arasındaki bağ orijinal bir karakter taşır. Her ikisi ayrı ayrı uygulandığında birbirini hemen hatırlatır. Bileşimde ise iki ilke birbirini yükseltir. Hukukun üstünlüğü yükselişten demokrasiye zayıfladığını düşünebiliriz ancak yukarıda da hatırlatıldığı gibi bağımsız nedenlerden dolayı bunun tartışmalı olduğunu hemen belirtelim. Bununla birlikte yukarıdaki içtihat ve yaklaşımlar, demokratik sorun ve bunun Sözleşmesel kuralların uygulanmasıyla olan ilişkisi hakkındaki sorulara yol açmaktadır; bunun anlaşılır şekilde zıt duruşların karşı karşıya geldiği tartışmalı bir konu mahiyetini taşıdığı söylenebilir. Hukukun üstünlüğünün haklardan demokrasiye, refattan sosyal garantilere kadar her türlü olumlu değeri bünyesinde barındıran kapsamlı teorilerine yanıt olarak geliştirildiği söylenmelidir. İşte hukukun üstünlüğü ile demokrasinin bu doğrultuda farklı ilkeleri barındırdığını elbette belirtmek gerekir. Gerçekten de demokrasinin daha ziyade toplumsal güvencelerin örgütlenmesi ile ilgili olduğunu tekrarlamakta fayda vardır. Belirli bir bağlamda hukukun üstünlüğü ile belirlenen yasallık, demokratik egemenin siyasi gücünün örgütlenmesiyle ilgilidir. Bu bakımdan açıkça ifade etmek gerekirse siyasi otoritenin demokratik olarak örgütlenmediği devletlerde, her ne kadar tartışmalı olsa da, kanaatimizce hukukun üstünlüğünün bir anlamı kalmaz. Bunun geçmişte böyle olması gelişen demok-

rasi anlayışı açısından pek anlam ifade etmez<sup>95</sup>. Geline aşamada ve özellikle AİHM bağlamında demokrasi ve hukukun üstünlüğü meseleleri, Sözleşmeciler devletlerin elbette özerkliğine müdahale anlamına gelmektedir. Çünkü ulusal hukuki yapılanmanın dışarıdan (örneğin AİHM) tanımlanmış hukukun üstünlüğü ve demokrasi şablonuna uygun olmasını gerektirir.

Hukukun üstünlüğü, tüm insanların haklarında olduğu kadar görevlerinde de kanun önünde eşit olduğu anlamına gelir. Ancak insanlar ve durumlar arasındaki ayrımların nesnel ve makul bir gerekçesi olması, meşru bir amaç gütmesi ve demokratik toplumlar tarafından normal olarak onaylanan ilkelerle orantılı ve tutarlı olması koşuluyla, yasama farklılıkları dikkate alınmalıdır<sup>96</sup>. Ancak, insan grupları yalnızca farklı cinsiyetten olmaları veya farklı siyasi ya da dinî inançlara sahip olmaları nedeniyle ayrımcılığa uğradığında, hukukun üstünlüğünün seküler bir toplumu yönettiği söylenemez. Bu tür gruplar için tamamen farklı yasal sistemlerin yaratıldığı durumlarda da hukukun üstünlüğü korunmaz. Hukukun üstünlüğü ile demokrasi arasında çok yakın bir bağ vardır. Yazılı hukukun işlevi, ilgili farklılıklar temelinde ayırım yapmak olduğundan, aynı yasalara tabi olanlar içerikleri ve uygulamaları konusunda son sözü söylemezlerse hukukun üstünlüğü uzun süre sürdürülemez<sup>97</sup>.

---

95 Bu bakımdan karşı görüş için bkz. Palombella, G. (2016). *Beyond Legality-Before Democracy*, içinde Closa, C. ve Kochenov, D. (Ed.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (ss. 36-58). Cambridge: Cambridge University Press, s. 51.

96 Hukukun üstünlüğü ile siyasi/demokratik bileşimin etkisine yönelik paradokslara ilişkin bu yaklaşım hukuka ve AİHM kararlarına itaati gerektiren bir ilke olarak hukukun üstünlüğüne yönelik genel fikir tarafından desteklenmektedir. İşte yasallık ve uyuma odaklanan hukukun üstünlüğü bu hususu yansıtarak, salt baskıya dayanılmayacağını ancak bunu sürdürmek için bir siyasi kültüre, yani sağlam bir demokrasiye ihtiyaç duyulduğunu belirtmek gerekir. Bu mantık çerçevesinde, üye devletlerden hukukun üstünlüğü ilkelerine saygı göstermeleri istendiğinde, AİHM'in yerinde sayılabilecek demokratik anlayışına dikkat çekilmelidir.

97 Bkz. *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 31/7/2001, § 43.

Kanımızca demokratik haklar bakımından AİHM'in içtihadı daha spesifik olsaydı bu gerilim azaltılabilirdi. Ancak hem ulusal anayasalarda hem de AİHS gibi uluslararası metinlerde bu haklar genellikle ifade özgürlüğü veya siyasi toplanma ve dernek kurma hakkı gibi oldukça genel terimlerle çerçevelenir. Bu metinler, AİHS'te olduğu gibi sayılan hakların kapsamını sınırlayan bir sınırlama maddesi de içerebilir ancak bu sınırlama hükümleri de oldukça genel terimlerle çerçevelenmiştir.

Bu nedenle AİHS gibi sözleşme metinlerinin mahkemele-re sunduğu zayıf rehberlik göz önüne alındığında yargıçların belirli davalarda demokrasi haklarının nasıl uygulanacağına karar vermede kaçınılmaz olarak hatırı sayılır bir takdir yetkisine sahip oldukları görülmektedir. Bu takdir yetkisinin nasıl kullanıldığına bağlı olarak mahkemelerin bir yönetimin demokratik kurumlarını dramatik bir şekilde yeniden yapılandırmasına yol açabilir. Elbette bunun da olumlu ve olumsuz tarafları ortaya çıkabilir. Örneğin AİHM, siyasi süreçle meşgul olduğunda belirli risklerle karşı karşıya kaldığını söylemek mümkündür. Yargı kararlarının partizan veya ideolojik açıdan açık kazananları ve kaybedenleri olduğu ölçüde AİHM'in de partizan siyasi bir aktör olarak algılanması muhtemeldir. Böyle olmakla da demokratik sürece müdahale konusunda mahkemelere karşı duyulan siyasi tepki de daha büyük olma eğilimindedir. Gerçekten de AİHM'in vatandaşların öz yönetim şartlarını kendileri için belirleme manevi haklarını devraldıkları algısı, demokratik siyasetin "*haklarının*" yargısal olarak belirlenmesi sürecinde de açıkça ortaya çıkabilmektedir<sup>98</sup>. İşte AİHM Sözleşmesel hakları açık ve belirli bir içerikle uyguluyor olsaydı bu belki de söz konusu baskıları azaltılabilirdi. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi gerek anayasal metinlerin gerek Sözleşme'nin demokrasi haklarını tanımlama biçiminde bu tür bir açıklık tam anlamıyla bulunmamaktadır.

---

98 Karşılaştırmamız Pildes, R. H. (2019). *The Law of Democracy and the European Court of Human Rights*, içinde Christine, L. (Ed.), *Judicial Power* (ss. 109-138). Cambridge: Cambridge University Press, s. 112-113.



## SONUÇ

Mahkemenin içtihadında hukukun üstünlüğün genel bir ağırlık kazandığı söylenebilir. Gerçi AİHM özel olarak hukukun üstünlüğü ilkesini uygulayan bir mahkeme olmayı amaçlamamaktadır. Yine de Sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması doğrultusunda, Mahkeme yargı yetkisi dâhilindeki tüm şikâyetleri incelerken hukukun üstünlüğü ilkesini uygulamakta ve bunu insan hakları ve demokrasi ile bağdaştırmaktadır. Böylesi bir gelişme ise doğaldır çünkü Batı hukuk geleneğinde hukukun üstünlüğü, insan hakları ve demokratik ilkelerle doğası gereği iç içe geçmiş durumdadır.

Bununla birlikte Sözleşme’de bu bakımdan boşlukların bulunduğu söylenmelidir. Toplumsal gerçekliğin geniş de olsa bir bölümüne, insan haklarına, daha özel olarak odaklanılmaktadır. Ancak yine gittikçe artan oranda hukukun üstünlüğü ilkesinin de kullanıldığı ve bunun insan hakları açısından stratejik bir öneme sahip olduğunu belirtelim. Bu, Mahkeme tarafından bu diğer alanlara ait hak ihlallerine ilişkin iddiaların Sözleşme hükümleriyle konu bakımından bağdaştığı ölçüde uygulandığı gerçeğini doğrulamaktadır.

Öte yandan anayasal bir ilke olarak hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulama alanı, geleneksel bir ilke olarak uygulanmasından daha geniş bir kapsama hitap etmektedir. Özellikle hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde ulusal ve ulusal üstü hukukun doktrinleri bütünsel olma eğilimindedir. Mahkemenin bu bakımdan gelişen doktrini spesifiktir. Böyle olunmasında Sözleşme’nin hakların ahlaki gelişimine doğru gelişen, yaşayan bir belge olması önemli rol oynamaktadır.

Ayrıca keyfiliğe karşıtlığının belirtilmesi dışında hukukun üstünlüğü ilkesinin kısa ve öz bir doktrin tanımını formüle etmek kolay değildir. Kaldı ki bu tür bir girişimi, bir mahkeme kararında uygulamak daha da zor olacaktır. Mahkemenin hukukun üstünlüğü doktrininin özü şu şekilde ifade edilebilir: Hukukun üstünlüğü şeklî boyutunun yanında maddi mahi-

yeti de haiz olmak üzere keyfilikten korunmaya vurgu yapan Sözleşme'nin ruhuna uygundur. Bu nedenle hukukun üstünlüğü, keyfiliğin karşıtı ve Sözleşme'nin ruhunun bir parçası olarak algılanmaktadır.

Bu noktada AİHM *Loizidou kararında*<sup>99</sup> Sözleşme'yi Avrupa'nın anayasal bir belgesi olarak nitelendirmektedir. Buradaki nitelendirme çerçevesinde Mahkeme, çoğunlukla kendi içtihadının fonksiyonel değerini ve önemini ortaya koymaktadır. İşte bu doğrultuda gittikçe yükselen bir şekilde kullanılan hukukun üstünlüğü ilkesi de söz konusu anayasal çerçevenin en önemli bileşenini oluşturmaktadır.

Öte yandan hukukun üstünlüğü kavramının temel ilkesi ise yasallık ilkesidir. Bunun en önemli sebebi vurguladığımız üzere keyfiyetin önlenmesidir. Hukukun üstünlüğünün tanınıp uygulanmak suretiyle keyfiyetin önlenemediği durumlarda hak ve özgürlüklerin yasayla düzenlenmemesi neticesinde hiç kimse güvende olmaz. Bu güvenin sağlanmasında hukukun üstünlüğünün beraberinde getirdiği esaslı bir diğer ilke de kural koyanlar dâhil herkesin yasaya tabi olmasıdır. Tüm bu bağlamlarda hukukun üstünlüğünün AİHM içtihadında gerekli kıldığı diğer konular; hak arama özgürlüğünün, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının, adil yargılanma hakkının, idari eylem ve işlemlerle beraber yasama işlemlerinin de yargısal denetime tabi olmasının gerçekleştirilmesidir. Böyle olmakla da Mahkeme, hukukun üstünlüğünü geniş anlamıyla yorumlamakta ve maddi anlamda hak ve özgürlükler güvencesini ve gerçekleştirilmesini (özellikle yargı kararlarının uygulanması) de aramaktadır.

Şu hâlde hukukun üstünlüğünün AİHM içtihadında çifte işlevle karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bir yandan Mahkeme hukukun üstünlüğünü hak ve özgürlükleri gerçekleştirmekte önemli bir yorum aracı olarak gördüğünü ifade etmekte, diğer yandan demokratik toplum düzeninin önemli bir çerçe-

---

<sup>99</sup> *Loizidou/Türkiye* (Preliminary Objections), B. No: 153118/89, 23/03/1995, § 75.

vesi oluşturduğunu vurgulamaktadır. Bu her ne kadar Mahkemeye statükocu bir görünüm atfedilmesine sebep olsa da Mahkeme, bir anlamda meşruluğunu aldığı ilke sayesinde gerek özel olarak demokratik toplumdaki gerek genel itibarıyla demokrasiden sapmalara karşı bir bariyer teşkil etmektedir.

## KAYNAKÇA

### I. Kitap ve Makaleler

- ARSLAN, Zühtü (2019). "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *HFSA*, C. 6, ss. 36-55.
- BEITZ, Charles R. (2009). *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- BELLAMY, Richard (2014). "The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights", *EJIL*, C. 25., S. 4., ss. 1019-1042.
- BINDER, Christina (2018). "Liberty Versus Security? A Human Rights Perspective in times of Terrorism", *Anuario Español de Derecho Internacional*, C. 34., ss. 575-595.
- BINGHAM, Tom (2010). *The Rule of Law*, London: Penguin Books.
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2023). "Principles of the Rule of Law: Historical Backgrounds", ss. 1-13, <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/01/Brewer-Catrias.-Principles-of-the-Rule-of-Law--Historical-Approach-January-2023.pdf> (Erişim Tarihi: 4/9/2023)
- CHEN, Bruce (2015). "The Principle of Legality: Issues of Rationale and Application", *Monash University Law Review*, C. 41., S. 2., ss. 329-376.
- CONSTANTINIDES, Aristoteles (2008). "Questioning the Universal Relevance of the Universal Declaration", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, C. 62., S. 63., ss. 49-63.
- DWORKIN, Ronald (1984). Rights as Trumps, içinde Waldron, Jeremy (Ed.), *Theories of Rights* (ss. 153-167), Oxford: Oxford University Press.
- ENDO, Guillaume (2002). "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege", *Revue Quebecoise De Droit International*, C. 15., S. 1., ss. 205-220.

- FOX, Gregory H. ve NOLTE, Georg (2000). Intolerent Democracy, içinde Fox, Gregory H. ve Roth, Brad R. (Ed.), *Democratic Governance and International Law* (ss. 389-435), Cambridge: Cambridge University Press.
- GARLICKI, Lech (2008). "Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe", *I-CON*, C. 6., S. 3-4., ss. 509-530.
- GREER, Steven (1997). *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Files No. 15*, Council of Europe Publishing.
- HELPER, Laurence R. (2008). "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddness as a Deep Sturctural Principle of the European Human Rights Regime", *The European Journal of International Law*, C. 19., S. 1., ss. 125-159.
- HORODOVENKO, Viktor, SHANDULA, Alexander ve DMYTRIYEVA, Mariya (2022). "Legal Certainty in Law Enforcement through the Prism of ECtHR Decisions", *Amazonia Investiga*, C. 11., S. 59., ss. 43-53.
- KEMPEN, Piet Hein (2013). "Four Concepts of Security – A Human Rights Perspective", *Human Rights Law Review*, C. 13., S. 1., ss. 1-23.
- KILINÇ, Bahadır (2016). "The Issue of Binding Value of Precedent Cases in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., ss. 665-675.
- KLATT, Matthias (2011). "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *ZaöRV*, C. 71., ss. 691-718.
- KRATOCHVIL, Jan (2019). "Subsidiarity of Human Rights in Practice: The Relationship between the Constitutional Court and Lower Courts in Czechia", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, C. 37., S. 1., ss. 69-84.
- KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergis (2022). Çağdaş Hukuk Düşüncesinde Maddi-Şekli Hukukun üstünlüğü Ayrımı, içinde Şahbaz, İbrahim ve Yetimoğlu, Melike Ezgi (Ed.),

*Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu* (ss. 110-118), İstanbul: Maltepe Üniversitesi Yayınları.

KÜRIS, Egidijus (2018). "On the Rule of Law and the Quality of the Law: Reflections of the Constitutional Turned International Judge", *Teoría y Realidad Constitucional*, S. 42., ss. 131-159.

LANNEAU, Regis (2016). What is legal Certainty? A Theoretical Essay, içinde Du Marais, Bertrand ve Marrani, David (Ed.), *Legal Certainty in Real Estate Transactions: A Comparison of England and France* (ss. 23-36).

LAUTENBACH, Geranne (2013). *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

LESAFFER, Randall (2005). "Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription", *The European Journal of International Law*, C. 16., S. 1., ss. 25-58.

LUPO, Nicola ve Piccirilli, Giovanni (2012). "The European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of Law", *Legisprudence*, C. 6., S. 2., ss. 229-242.

MARKS, Susan (1996). "The European Convention on Human Rights and Its 'Democratic Society'", *British Yearbook of International Law*, C. 66., S. 1., ss. 209-238.

MAROCHINI, Masa (2014). "The Interpretation of the European Convention on Human Rights", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, S. 1., ss. 63-84.

MOISE, Andrei Emil (2020). "The 'Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege' Principle and Foreseeability of the Criminal Law in the Jurisprudence of European Court of Human Rights", *Law, Crime and Justice*, C. 3., S. 7., ss. 240-247.

MURPHY, Cian C. (2010). "The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR", *European Human Rights Law Review*, C. 2., ss. 192-210.

- MUSIC, Safet (2017). The Principle of Legality According to the European Convention on Human Rights, içinde *Towards a Better Future: The Rule of Law, Democracy and Polycentric Development Conference* (ss. 1-12), Bitola.
- NIEUWENHUIS, Aernout (2007). "The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *European Constitutional Law Review*, C, 3., ss. 367-384.
- NINATTI, Stefania ve ARCARI, Maurizio (2015). "Patterns of Democracy in the Case Law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights", *Polish Yearbook of International Law*, C. XXXV., ss. 171-192.
- O'CONNELL, Roy (2020). *Law, Democracy and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin (2019). "Hukukun Üstünlüğü Olgusu", <https://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA3-O%CC%88kc%CC%A7esiz.pdf> (Erişim Tarihi: 4/9/2023)
- PALOMBELLA, Gianluigi (2016). Beyond Legality- Before Democracy, içinde Closa, Carlos ve Kochenov, Dimitry (Ed.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (ss. 36-58), Cambridge: Cambridge University Press.
- PILDES, Richard H. (2019). The Law of Democracy and the European Court of Human Rights, içinde Christine, Landfried (Ed.), *Judicial Power* (ss. 109-138), Cambridge: Cambridge University Press.
- RAZ, Joseph (2019). "The Law's Own Virtue", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 39., S. 1., ss. 1-15.
- ROSENFELD, Michel (2001). "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, C. 74., ss. 1-70.
- RYCHLEWSKA, Aleksandra (2016). "The Nullum Crimen Sine Lege Principle in the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantes", *Polish Yearbook of International Law*, C. XXXVI., ss. 163-186.

- SCHABAS, William (2015). *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- SCHAFFER, Johan Karlsson (2015). "The Co-Originality of Human Rights and Democracy in an International Order", *International Tehory*, C. 7., S. 1., ss. 96-124.
- ÇAĞLAR, Selda (2015). Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi, içinde Göztepe, E. (Der.), *Hukuk Güvenliği* (ss. 25-138). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- SICILANOS, Linos-Alexandre (2020). "The Rule of Law and the European Court of Human Rights: The Independence of the Judiciary", *Montenegrin Academy of Sciences and Arts*, ss. 1-5, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech\\_20200228\\_Sicilianos\\_Montenegro\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20200228_Sicilianos_Montenegro_ENG) (Erişim Tarihi: 26/5/2023)
- SLOOT, Bart van der (2020). "The Quality of Law", *JIPITEC*, C. 11., ss. 160-185.
- SOTTIAUX, Stefan ve RUMMENS, Stefan (2012). "Concentric Democracy: Resolving the Incoherence in the European Court of Human Rights' Case Law on Freedom of Expression and Freedom of Association", *I-CON*, C. 10., S. 1., ss. 106-126.
- SPANO, Robert (2018). "The Future of the European Court of Human Rights: Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, C. 18., S. 3., ss. 1-22.
- SPANO, Robert (2021). "The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary", *Eur. Law Journal*, C. 27., S. 1-3., ss. 1-17.
- SPELMANN, Dean (2012). "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European View", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, C. 14., ss. 381-418.



- TRYKHLIB, Kristina (2020). "The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *ECLIC*, S. 4., ss. 128-154.
- TÜMAY, Murat (2009). "The Subsidiarity Protection of European Convention on Human Rights", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17., S. 1., ss. 185-214.
- VAN DROOGHENBROECK, Sebastian ve RIZCALLAH, Cecilla (2019). "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?", *German Law Journal*, C. 20., S. 6., ss. 904-923.
- VILJANEN, Jukka (2008). "The role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, S. 62-63., ss. 249-265.
- VOORHOOF, Drik ve CANNIE, Hannes (2010). "Freedom Expression and Information in a Democratic Society", *The International Communication Gazette*, C. 72., S. 4-5., ss. 407-423.
- ZAND, Joseph (2017). "The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights", *University of Baltimore Journal of International Law*, C. 5., S. 2., ss. 195-227.
- ZYSSET, Alain (2017). *The ECHR and Human Rights Theory*, New York: Routledge.
- WALDRON, Jeremy (2011). "The Rule of Law and the Importance of Procedure", *Nomos*, C. 50., ss. 3-39.
- WALDRON, Jeremy (2008). "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, C. 43., S. 1., ss. 1-61.

## II. Mahkeme Kararları

*Aliyev/Azərbaycan*, B. No: 68762/14 ve 71200/14, 20/9/2018.

*Amuur/Fransa*, B. No: 19776/92, 25/6/1996.

*Loizidou/Türkiye* (Preliminary Objections), B. No: 153118/89, 23/3/1995.

- Assanidze/Gürcistan* [BD], B. No: 71503/01, 8/4/2004.
- Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 133/1996/752/951, 30/1/1998.
- Capital Bank AD/Bulgaristan*, B. No: 49429/99, 24/11/2005.
- Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/4/1992.
- CR/Birleşik Krallık*, B. No: 20190/92, 22/11/1995.
- De Tommaso/İtalya* [BD], B. No: 43395/09, 23/2/2017.
- Döner ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 29994/02, 7/3/2017.
- Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975.
- Gorzelik ve diğerleri/Polonya*, B. No: 44158/98, 17/2/2004.
- Groppera Radio AG ve diğerleri/İsviçre*, B. No. 10890/84, 28/3/1990.
- Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976.
- Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), B. No: 74025/01, 6/10/2005.
- Kafkaris/Kıbrıs*, B. No: 21906/04, 12/2/2008.
- Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978.
- Kruslin/Fransa*, B. No: 11801/85, 24/4/1990.
- Lekic'/Slovenya* [BD], B. No: 36480/07, 11/12/2018.
- Leyla Şahin/Türkiye*, B. No: 44774/98, 10/11/2005.
- Malone/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984.
- McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 3/10/2006.
- Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 41340/98, 13/2/2003.
- Selahattin Demirtaş/Türkiye*, (No. 2), B. No: 14305/17, 22/12/2020.
- Sitaropoulos ve Giakounopoulos/Yunanistan* [BD], B. No: 42202/07, 15/3/2012.
- Stafford/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 46295/99, 28/5/2002.
- Stankov ve United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaristan*, B. No: 29221/95 ve 29225/95, 2/10/2001.

*Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 67/1997/851/1058,  
23/9/1998.

*Stere ve diğerleri/Romanya*, B. No: 25632/02, 23/2/2006.

*Uspakich/Litvanya*, B. No: 14737/08, 20/12/2016.

