

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**OLAĞANÜSTÜ HALLERDE DEROGASYON
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE ULUSLARARASI MEDENÎ
VE SİYASÎ HAKLAR SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRMALI İNCELEMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Muhammed Fatih KAFADAR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

EYLÜL 2019

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	iii
RÉSUMÉ	iv
ABSTRACT	vi
ÖZET	viii
GİRİŞ	1
1. DEROGASYON: TEORİK VE TARİHSEL ARKA PLAN	7
1.1 Kavramsal Çerçeve	8
1.2 Hazırlık Çalışmaları ve Derogasyon (“ <i>Travaux Préparatoires</i> ”) ...	15
1.2.1 Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi	15
1.2.2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	26
2. AİHS VE MSHS ALTINDA YAPTIRIM MEKANİZMALARI VE DEROGASYON KURUMUNA ETKİLERİ	31
2.1 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi	32
2.1.1 Genel Bilgiler	32
2.1.2 Denetim ve Yaptırım Mekanizması	38
2.2 Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi Sistemi	45
2.2.1 Genel Bilgiler	45
2.2.2 Denetim ve Yaptırım Mekanizması	49
3. AİHS VE MSHS ALTINDA OLAĞANÜSTÜ HALLERDE DEROGASYONUN MEŞRUIYETİ SORUNU VE SINIRLARI	58
3.1 Ulusun Varlığını Tehdit Eden Genel Tehlike Hali	61
3.1.1 Savaş veya Diğer Olağanüstü Haller	61
3.1.2 Olağanüstü Hal İlânı	63
3.1.3 Devletin Takdir Yetkisi (“ <i>Margin of Appreciation</i> ”)	64
3.2 Durumun Kesinlikle Gerektirdiği Ölçüde Tedbirler	67
3.3 Uluslararası Hukuktan Doğan Başka Yükümlülüklerle Tutarlılık ...	81
3.4 Derogasyonu Mümkün Olmayan (<i>Non-derogable</i>) Hükümler	86
3.5 Bildirim ve Bilgilendirme Yükümlülüğü	92
SONUÇ VE ÖNERİLER	97
KAYNAKÇA	107

KISALTMALAR

A/...	: BM Genel Kurulu Resmi Raporları (sembol)
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
AmeİHS	: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
BMGK	: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
CCPR/C/S...	: İnsan Hakları Komitesi Toplantı Tutanağı/Raporu (sembol)
CETS	: Council of Europe Treaty Series
CoE	: Council of Europe
Doc.	: Document
E/CN.4/...	: BM İnsan Hakları Komisyonu Tutanağı (sembol)
ECHR	: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; European Commission of Human Rights; European Court of Human Rights
ed. (eds.)	: Editör(ler)
EHRR	: European Human Rights Reports
ET	: Erişim Tarihi
ETS	: European Treaty Series
GAOR	: General Assembly Official Records
GY	: Genel Yorum
HRC	: Human Rights Committee
HUDOC	: Human Rights Documentation – AİHM İçtihat Veritabanı
ICCPR	: International Covenant on Civil and Political Rights
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
m.	: Madde
MSHS	: Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
p. (pp.)	: Page (pages)
para.	: Paragraph - paragraf
s. (ss.)	: Sayfa (lar)
TP	: Travaux Préparatoires
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UN	: United Nations
UNGA	: United Nations General Assembly
v.	: Versus
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
vol.	: Volume
et al.	: Ve diğerleri
a.g.e.	: Adı geçen eser

RÉSUMÉ

Après la Seconde Guerre mondiale, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été l'un des principaux axes du droit international. La création d'organisations internationales telles que les Nations Unies (ONU) et le Conseil de l'Europe (CE) a été une étape importante pour éviter les expériences amères causées par les guerres et pour instaurer une paix perpétuelle. Les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, formées à la lumière de valeurs fondamentales telles que la démocratie, les droits de l'homme et l'état de droit, reflétaient concrètement la volonté des États de protéger la dignité humaine et d'instaurer une paix durable.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) sont parmi les documents les plus importants du droit international des droits de l'homme en termes de philosophie, de droits et de libertés fondamentaux et de mécanismes supranationaux d'inspection envisagés. D'une part, le Comité des droits de l'homme (CDH) et, d'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ont joué un rôle très important dans le respect des engagements pris par les États signataires. Guidant les États parties au travers d'observations générales, d'avis, de décisions et de jurisprudence, ces organismes interviennent également en cas de violation des droits, tout en respectant la souveraineté de ces États.

A l'instar des périodes ordinaires, la protection des droits et libertés de la personne revêt une grande importance aussi dans les situations extraordinaires auxquelles les États parties sont exposés pour diverses raisons. Rétablir l'ordre public tout en luttant contre la menace en respectant les droits et libertés des personnes constitue un défi majeur pour les États. A ce stade, les dispositions des dérogations envisagées pour équilibrer l'avenir des États et des intérêts publics avec les droits et libertés individuels constituent l'un des articles les plus importants des conventions sur les droits de l'homme.

La violation des droits et libertés individuels qui leur incombent en vertu des conventions sur les droits de l'homme, par les États, sous prétexte de circonstances extraordinaires, rend la question de la dérogation extrêmement importante. Dès lors, il est considéré que l'analyse des dispositions en matière de dérogation visant à établir un équilibre entre les droits et libertés individuels et les intérêts publics, à la lumière de la jurisprudence de ces organismes conventions, contribuera à une protection efficace des droits et libertés de la personne également pendant les périodes extraordinaires.

Cette étude examine la jurisprudence des organes conventionnels, à savoir le CDH et la CEDH, ainsi que les clauses de dérogation régissant la capacité des États à faire face aux menaces auxquelles ils sont exposés, dans les limites fixées par ces conventions, sans méconnaître les obligations qui

leur incombent en vertu du PIDCP et la CEDH en cas d'urgence. Dans ce contexte, une fois le cadre conceptuel de la dérogation défini dans le premier chapitre, le contexte historique de l'article 4 du PIDCP et de l'article 15 de la CEDH, c'est-à-dire que les points de vue exprimés au cours des travaux préparatoires ont été inclus dans afin de refléter les raisons et les préoccupations qui sous-tendent ces articles. Le chapitre II, après avoir exposé le fonctionnement général du PIDCP et de la CEDH, a examiné les mécanismes de contrôle envisagés pour assurer le respect des obligations des parties signataires en vertu des conventions.

Enfin, la question de la légitimité de la dérogation prévue par le PIDCP et la CEDH a été traitée de manière comparative, conformément à la jurisprudence des organes conventionnels et des normes indiquant des similitudes et des différences dans la pratique des conventions ont été établies. En outre, cette étude fournit des suggestions pour un meilleur niveau de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi qu'une analyse de la dérogation en cas d'urgence dans ses aspects théorique, historique et pratique.

ABSTRACT

After the Second World War, the protection of human rights and fundamental freedoms has been one of the main axes of international law. The creation of international organizations such as the United Nations (UN) at the and the Council of Europe (EC) level has been an important step to avoid the bitter experiences caused by wars and to secure perpetual peace. International human rights conventions, formed in the light of fundamental values such as democracy, human rights and the rule of law, have been a concrete reflection of the will of states to protect human dignity and to establish a lasting peace.

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the European Convention on Human Rights (ECHR) are among the most important documents of international human rights law in terms of their inherent philosophy, fundamental rights and freedoms and the supranational inspection mechanisms they envisaged. On the one hand, the Human Rights Committee (HRC) and, on the other hand, the European Court of Human Rights (ECHR) have played a very important role in fulfilling the commitments made by member states. By guiding states parties through general comments, views, decisions and case law, these convention bodies also have intervened in cases of violation of rights, while respecting the sovereignty of the member states.

As with ordinary times, the protection of human rights and freedoms is also of great importance in extraordinary situations to which states parties are exposed for various reasons. Restoring law and order by fighting the threat faced with while respecting the rights and freedoms of individuals, is a major challenge for states. At this stage, the provisions of derogations which were envisaged to balance the future of states and public interests with individual rights and freedoms constitute one of the most important articles of human rights conventions.

Violation of individual rights and freedoms under the human rights conventions by States, under the pretext of extraordinary circumstances, makes the question of the derogation extremely important. Therefore, it is considered that the analysis of derogation provisions aimed at striking a balance between individual rights and freedoms and public interests, in the light of the case law of these treaty bodies, will contribute to effective protection of individual rights and freedoms also during extraordinary periods.

This study examines case law of the treaty bodies namely the HRC and the ECHR, and derogation clauses that regulate the ability of states to deal with the threats to which they are exposed to, within the limits set by these conventions, without disregarding their obligations under the ICCPR and the ECHR in times of emergency. In this context, after the conceptual framework for derogation has been drawn in the first chapter, the historical backgrounds of Article 4 of the ICCPR and Article 15 of the ECHR, in other words, the views put forward during the preparatory work have been included in order to

reflect the motives and concerns in which these articles were shaped. Chapter II, after explaining the general operation of the ICCPR and the ECHR, has discussed the mechanisms for supervision envisaged to ensure compliance with the obligations of signatory parties under the conventions.

Finally, the issue of the legitimacy of derogation under the ICCPR and the ECHR was dealt with in a comparative manner in accordance with the case-law of the treaty bodies, and standards indicating similarities and differences in the practice of the conventions have been laid down. Additionally, this study provides suggestions for a better level of protection of human rights and fundamental freedoms as well as an analysis of the derogation in times of emergency in its theoretical, historical and practical aspects.



ÖZET

İnsan hakları ve temel hürriyetlerinin korunması, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası hukukun ana odak noktalarından birini oluşturmuştur. Küresel anlamda Birleşmiş Milletler (BM) ve bölgesel ölçekte Avrupa Konseyi (AK) gibi uluslararası organizasyonların kurulması, savaşların sebebiyet verdiği acı tecrübelerin tekrar yaşanmaması ve kalıcı barışın tesisi adına önemli bir mihenk taşı olmuştur. Demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları temel değerlerinin ışığında filizlenen uluslararası insan hakları sözleşmeleri, devletlerin insan onurunu korumak ve kalıcı barışı tesis etmek adına ortaya koydukları iradenin somut yansımalarını teşkil etmiştir.

Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi (MSHS) ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), içkin oldukları felsefe, barındıkları temel haklar ve hürriyetler ile öngördükleri uluslararası teftiş mekanizmaları bakımından uluslararası insan hakları hukukunun en önemli belgeleri arasında yerlerini almıştır. Bir yanda İnsan Hakları Komitesi (İHK) diğer yanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), taraf devletlerin sözleşme altındaki taahhütlerini yerine getirmeleri hususunda çok önemli bir fonksiyon icra etmiştir. Genel yorumlar, görüşler, kararlar ve içtihatlar aracılığıyla taraf devletlere rehberlik eden sözleşme organları, herhangi bir hak ihlali söz konusu olduğunda ise taraf devletlerin egemenliklerine saygılı bir biçimde duruma müdahale etmiştir.

Olağan dönemlerde olduğu gibi taraf devletlerin çeşitli sebeplerle maruz kaldıkları olağanüstü hallerde de kişi hak ve hürriyetlerinin korunması büyük önem arz etmektedir. Bir taraftan karşı karşıya olunan tehditle mücadele etmek suretiyle kamu düzeninin tekrar tesisi, diğer taraftan kişi hak ve hürriyetlerine riayet edilmesi devletler açısından önemli bir zorluk oluşturmaktadır. Bu noktada devletin geleceği ve toplumsal çıkar ile bireysel hak ve özgürlükler arasındaki dengeyi sağlamak amacıyla öngörülen derogasyon hükümleri, insan hakları sözleşmelerinin en önemli maddelerinden birini oluşturmaktadır.

Devletlerin olağanüstü halleri bahane etmek suretiyle insan hakları sözleşmeleri altındaki yükümlülüklerinden sapması ve bu kapsamda kişi hak ve özgürlüklerini ihlal etmesi, derogasyon meselesini uluslararası insan hakları hukuku açısından son derece önemli hale getirmektedir. Bu kapsamda, bireysel hak ve özgürlükler ile toplumsal çıkarlar arasında denge kurmayı amaçlayan derogasyon hükümlerinin sözleşme organlarının içtihatları ışığında analizinin insan hak ve hürriyetlerinin olağanüstü dönemlerde de azami seviyede korunmasına katkı sunacağı değerlendirilmektedir.

İşbu çalışma, devletleri, olağanüstü hallerde MSHS ve AİHS altındaki yükümlülüklerini göz ardı etmeden, maruz kaldıkları tehditle söz konusu sözleşmelerin çizdiği sınırlar çerçevesinde mücadele etmeleri konusunu düzenleyen derogasyon hükümlerini sözleşme organlarının içtihatları doğrultusunda analiz etmektedir. Bu kapsamda, birinci bölümde derogasyona

ilişkin kavramsal çerçeve çizildikten sonra konuyu düzenleyen MSHS m. 4'ün ve AİHS m. 15'in tarihsel arka planına bir başka deyişle hazırlık çalışmaları esnasında ortaya konan görüşlere yer vermek suretiyle söz konusu maddelerin hangi saikler ve endişeler doğrultusunda şekillendiği aktarılmaktadır. İkinci bölümdeyse, MSHS ve AİHS'nin genel sistematığı anlatıldıktan sonra anılan sözleşmelere taraf devletlerin sözleşmeler altındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla öngörülen teftiş mekanizmaları irdelenmektedir.

Nihayet, AİHS ve MSHS altında derogasyonun meşruiyeti meselesi sözleşme organlarının içtihatları doğrultusunda karşılaştırmalı olarak ele alınmak suretiyle sözleşmelerin uygulamadaki benzerlik ve farklılıklarına işaret eden standartlar ortaya konulmaktadır. Ayrıca, insan hakları ve temel özgürlüklerin daha iyi bir düzeyde korunmasını sağlamak amacıyla öneriler sunan bu çalışma, olağanüstü hallerde derogasyon konusunu teorik, tarihi ve pratik boyutlarıyla analiz etmektedir.



GİRİŞ

Ulusal anayasaların kâhir ekseriyeti, savaş, felâket veya başka olağan dışı dönemlerde devleti yönetenlere temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hatta askıya alınması gibi “istisnâî” birtakım yetkiler veren hükümler içerir. Olağanüstü hallerde toplumun karşı karşıya kaldığı tehlikelerle mücadele etmesi saikiyle devlete sağlanan bu ayrıcalık, ceza hukuku altında bireye tanınan meşru müdafaa hakkına benzetilebilir. Bu “anayasal hak”, toplumu tehdit eden mevcut tehlikeyi bertaraf etmesi için devlet iktidarını kullananlara, “anayasal düzen”in korunması, toplumun geleceğinin güvence altına alınması ve “telâfisi imkânsız” zararların önlenmesi için bahşedilen “meşru” bir yetkidir.

Ne var ki uygulamada, devlet erkine sahip olanlar, “anayasa” tarafından kendilerine “istisnâî” hallerle sınırlı olmak üzere bahşedilen “olağanüstü” yetkileri, güç dengelerini kendi lehlerine çevirmek adına suiistimal etmeye ve bu sûretle “anayasayı ihlâl” etmeye meyillidir. Egemen güç, olağanüstü yetkileri kullanabilmek adına “anayasal düşman”, iç tehdit ya da terörle mücadele veyahut “ulusal güvenlik” bahaneleriyle “anayasal garanti” altına alınmış temel hak ve hürriyetleri rafa kaldırmak için çoğu zaman ya belli-belirsiz, zayıf hukukî gerekçeler üretir ya da buna ihtiyaç duymadan *de facto* gücünü kullanır. Nihayet söz konusu mutlak güç, insan onurunu hiçe saymak sûretiyle keyfî tutuklamalar, işkence, idam vb. muameleleri “olağanüstü hal” adı altında meşrulaştırmak için çalışır.

Egemen devletin, daha net bir ifadeyle devlet erkini kullananların demokratik anayasal düzenin tesisi, ulusal güvenliğin korunması gibi meşru görevleri yerine getirirken bireyin temel hak ve özgürlüklerini de güvence altına alması gerekir. Bu konuya ilişkin olarak ulusal anayasalar hem olağan hem de olağanüstü durumlarda temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin hükümler içerir. Fakat tarih boyunca yaşanan deneyimler göstermiştir ki olağanüstü hallerde devletler, bireyin hak ve özgürlüklerine sınırlama getirirken anayasaların koyduğu sınırları çoğu zaman aşmaktadır.

Devletlerin kendi anayasalarının koyduğu sınırlara riayet etmemesi ve özellikle olağanüstü hallerde büyük insan hakları ihlallerinin yaşanması, uluslararası hukukta bir insan hakları mekanizması tesisiyle sonuçlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bölgesel ve evrensel metinler, devletlerin birbirleriyle ve egemenliği altında bulunan bireylerle ilişkilerini temel insan hakları boyutundan ele almıştır. Binaenaleyh söz konusu uluslararası metinleri hazırlayanlar, bir yandan egemen devletlerin iç ve dış tehditlere karşı meşru müdafaa hakkını kullanması diğer taraftan da sahip oldukları yetkileri suiistimal etmelerinin önlenmesi suretiyle temel hak ve hürriyetlerin korunması arasında bir orta yol arayışı içerisinde olmuşlardır.

Gerçekten de olağan dönemlerde olduğu gibi olağanüstü dönemlerde de bireylerin temel insan hakları ve özgürlüklerinin muhafaza edilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira devletler olağanüstü dönemlerde evvelen anılan saiklerle temel hak ve hürriyetleri rafa kaldırmaya ve kendi anayasalarını olduğu gibi uluslararası sözleşmeleri de ihlal etmeye meyilli davranmaktadır. Bu noktada işbu çalışmanın konusunu oluşturan uluslararası sözleşmeler olan AİHS ve MSHS, taraf devletleri sınırlamak sûretiyle egemenlikleri altındaki bireylerin haklarını olağanüstü dönemlerde rafa kaldırmalarını önlemek amacıyla derogasyon¹ hükümleri içermektedir. İşte bu hükümler olağanüstü hallerde karşılaşılan kritik durumlarla mücadele edilmesi için bir hukukî rejim öngörmektedir. Bu özelliği dolayısıyla derogasyon hükümleri, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin tesis edilen uluslararası insan hakları sistemi açısından bir “mihenk taşı” ve hatta insan hakları sözleşmelerinin en önemli hükümleri olarak nitelendirilebilir.

¹ Derogasyon kelime manası itibariyle “bir normun diğer normları geçici bir süreliğine geçersiz kılması; bir diğer ifadeyle, belirli kuralların belirli durumlarda saf dışı bırakılması” şeklinde açıklanabilir (Detaylı bilgi için “**1.1 Kavramsal Çerçeve**” bölümüne bakınız). Kavramın Türkçe’ye aktarılışı ise “yükümlülükleri azaltma”, “aykırı tedbirler alma” gibi kullanışsız ifadeler olduğundan kavram, işbu çalışma kapsamında “olağanüstü hallerde derogasyon” veya “derogasyon” şeklinde kullanılmaktadır.

İşbu çalışmada, AİHS'nin 15'inci² ve MSHS'nin 4'üncü³ maddesinde yer alan “olağanüstü hallerde derogasyon” hükmünün teorik alt yapısı, tarihsel arka planı ve işleyişi ele alınmaktadır. Bu vesileyle, sözleşme organlarının yani AİHS altında kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile MSHS altında faaliyet icra eden İnsan Hakları Komitesi'nin olağanüstü hallerde derogasyona ilişkin icraî kapasitesi karşılaştırmalı olarak analiz edilmektedir.

Uluslararası sözleşmelerde yer alan derogasyon hükümleri, olağanüstü hallerde bireyin temel haklarının korunması ile devletin toplumsal çıkarları gözetmesi dilemmasında deyim yerindeyse “pamuk ipliğine bağlı” bir uzlaşmayı ifade etmektedir. Hakikaten bir tarafta insanın yalnızca insan olmasından kaynaklı, hiçbir şekilde devredilemez ve vazgeçilemez hakları ve hürriyetleri yer alırken diğer tarafta toplumun varlığını ve geleceğini tehdit eden olağanüstü hal ile mücadele etme ihtiyacı mevcuttur. İşte sözleşme organları,

² AİHS'nin “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” kenar başlıklı 15'inci maddesi aşağıdaki gibidir:

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle tersdüşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.
2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.
3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.

AİHS'nin AİHM tarafından yayınlanan resmi Türkçe çevirisi için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf ET: 24.8.2019.

³ MSHS'nin olağanüstü hallerde derogasyona başvurmayı düzenleyen 4'üncü maddesi aşağıdaki gibidir:

1. Ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan olağanüstü bir durumun ortaya çıkması halinde, bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler.
2. Bu hükmüne dayanılarak Sözleşme'nin 6, 7, 8 (1. ve 2. fıkralar), 11, 15, 16 ve 18nci maddelerine aykırılık getirilemez.
3. Aykırılık hakkından yararlanmak isteyen bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, hangi hükümleri uygulamaktan kaçındıklarını ve bu davranışta bulunmalarına yol açan nedenleri, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla, bu Sözleşme'ye Taraf diğer Devletler'e derhal bildireceklerdir. Böyle bir aykırılığı sona erdirdikleri tarih konusunda da yine aynı kanal aracılığıyla bir bildirimde bulunacaklardır.

MSHS'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce yayınlanan resmi Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf> ET: 24.8.2019.

bu yüzden gerek sözleşme maddeleri üzerine yapmış oldukları yorumlar gerekse de önlerine gelen hadiselerde vermiş oldukları kararlar aracılığıyla bireylerin haklarının korunması ile devletin olağanüstü durumlarda huzur ve güvenliği sağlaması arasında denge kurmaya çalışmaktadır. Bu noktada derogasyon hükümleri devreye girmekte ve sözleşmeye taraf devletlere sözleşme organlarının gözetim ve denetimine tabii olmak kaydıyla “belirli şartlar” altında “geçici bir süreliğine” ve yalnızca sözleşme altındaki “belirli yükümlülüklerini azaltma” imkânı tanımaktadır.

Maalesef, ne MSHS ne de AİHS altında kurulan sözleşme organlarının yani AİHM ve İHK’nın sözleşmeye taraf devletlerin derogasyon faaliyetlerini kontrol kabiliyetinin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Gerçekten de Mahkeme ve Komite’nin mevcut bir derogasyona ilişkin olarak söz konusu taraf devleti denetlemeye yönelik re’sen yürüttüğü faaliyetler yetersiz kalmaktadır. Söz konusu organlar, ancak ve ancak önlerine taraf devletlere ilişkin raporlar veya başvurular geldiğinde inceleme yapmakta ve bu incelemeler de çoğu zaman haddinden uzun sürmektedir.

İkinci olarak, sözleşme organlarının derogasyon değerlendirmesi yaparken değişmeyen, kesin ve net standartlar geliştirmesinin kolay olmadığı görülmektedir. Zira olağanüstü halle mücadele ve temel hakların korunması hususları hukukî olduğu kadar gerek Avrupa Konseyi gerekse de Birleşmiş Milletler çatısı altında akis bulan politik birer meseledir. Dolayısıyla anılan uluslararası kurumlara üye devletleri deyim yerindeyse “çatının altında” tutma kaygısı zaman zaman sözleşme organlarını olağanüstü hal değerlendirmelerini törpülemektedir. Özellikle Avrupa Konseyi cihetinde belirgin bir şekilde göze batan bu durum, Komisyon ve Mahkeme içtihatlarında “geniş takdir marjı” vurgusu yapılmak suretiyle AK üyesi devletlerin olağanüstü hal veya buna ilişkin tedbirlerin değerlendirilmesi konusunda Mahkemeden daha avantajlı durumda olduğunun kabul edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Üçüncü olarak, sözleşme organlarının hukuka aykırı derogasyon halinde ilgili devletlere yönelik uyguladığı yaptırımların etkililiği hususu tartışmalıdır. Özellikle Birleşmiş Milletler cihetinden bakıldığında, sözleşme organı olan İnsan Hakları Komitesi’nin AİHM’den farklı olarak bir yargı mercii olmaması ve yine AK Bakanlar Komitesi gibi yaptırımların etkinliğini

denetleyecek bir mekanizma eksikliği göz önünde bulundurulduğunda MSHS açısından yaptırım mekanizmasının etkili olmadığı anlaşılmaktadır.

Dördüncü olarak, olağanüstü hallerde denetim ve gözetim faaliyeti icra eden makamların araştırma, bilgi ve delil toplama kapasitelerinin önemli ölçüde sınırlandığı anlaşılmaktadır. Olağanüstü hallerde ilgili devletlerin otoriterleşme eğiliminde olması ve tehditle mücadeleye odaklanması dolayısıyla denetim ve gözetim faaliyetlerine imkân vermediği, sözleşme organlarına gerçeği yansıtan deliller ve araştırma olanakları sağlamakta isteksiz davrandığı vakıdır.

Anılan sorunsallar çerçevesinde ve sözleşme organlarının uygulamaları doğrultusunda karşılaştırmalı analiz yapan işbu çalışmanın amacı, AİHS m. 15 ve MSHS m. 4 tatbikinde görülen güçlü ve zayıf yönleri AİHM/AİHK ve İHK içtihatları çerçevesinde ortaya koyarken her iki sözleşmenin de yaptırım ve denetim mekanizmasını güçlendirmeye yönelik öneriler sunmaktır. Bu doğrultuda işbu çalışmanın birinci bölümü, derogasyonun kavramsal olarak ne ifade ettiğini ve benzer mefhumlarla arasındaki farklılıkları ortaya koyduktan sonra olağanüstü hallerde derogasyon kurumunu düzenleyen AİHS m. 15'in ve MSHS m. 4'ün tarihsel arka planını irdelemektedir. Bu bölümde sıklıkla sözleşmelerin hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) atıf yapılmak sûretiyle söz konusu hükümlerin konulma amacı ve felsefesi hazırlık toplantılarında bulunan devlet temsilcilerinin yorumlarından ve tartışmalarından hareketle yansıtılmaktadır.

İkinci bölüm, çalışma konusu sözleşmeler olan AİHS ve MSHS'ye ilişkin genel bilgiler vermekte; anılan sözleşmelerin ortaya çıkış süreci, düzenledikleri temel hak ve hürriyetler, sözleşmelere taraf devlet sayısı ve taraf olma prosedürü gibi konulara açıklık getirdikten sonra sözleşmeler altındaki yaptırım ve denetim mekanizmalarını analiz etmektedir. Burada AİHS bakımından Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi ile birlikte AK Bakanlar Konseyi, AK Parlamenterler Meclisi, AK Genel Sekreteri ve İnsan Hakları Komiseri; MSHS tarafında ise İnsan Hakları Komitesi ile birlikte İnsan Hakları Konseyi ve BM Genel Sekreteri ele alınmış ve anılan organlara sözleşmeler tarafından verilen görevler bağlamında denetim ve yaptırım mekanizmasının etkililiği masaya yatırılmıştır.

Üçüncü bölüm, sözleşmeler altında meşru derogasyon için gerekli kriterleri sözleşme organlarının içtihatları ışığında açıklamaktadır. Bu doğrultuda derogasyon maddelerinin birinci fıkrasında yer alan “olağanüstü hal”, “ulusun geleceğini/varlığını tehdit etme”, “durumun mutlak surette gerektirdiği tedbirler” ve “uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler” gibi konseptler AİHM ve İHK karar ve görüşlerine atıfla netleştirilmektedir. Böylece, söz konusu kavramlara yönelik her iki sözleşme organının tutumu karşılaştırmalı olarak ortaya konulmaktadır. Devamla ikinci fıkra da yer alan dokunulmaz haklar meselesi ele alınmakta ve her iki sözleşmede de farklı sayıda deroje edilemez hak sayılması mevzusu “haklar arasında hiyerarşi” olup olmadığı tartışmasından hareketle izah edilmektedir. Son olarak, özellikle sözleşme organlarının taraf devletlere yönelik gözetim ve denetim faaliyetine imkân vermesi açısından üçüncü fıkra da yer alan bildirim ve bilgilendirme yükümlülüğü üzerinde durulmaktadır. Söz konusu yükümlülüğün salt prosedürel bir yükümlülük olmadığı aslında diğer devletlerin haberdar edilmesine imkân verdiği için kolektif bir denetime imkân sağlaması açısından oldukça önemli olduğuna dikkat çekilmektedir.

1. DEROGASYON: TEORİK VE TARİHSEL ARKA PLAN

İnsan hakları ve temel hürriyetlerin korunması konusunda ortaya çıkan ilk çok taraflı uluslararası sözleşme 1950 yılında Roma’da imzalanan ve 1953’te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. Hazırlıkları çok daha önce başlamasına rağmen (1947) Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi 1966 yılında imzalanmış ve bundan tam on yıl sonra yani 1976 yılında yürürlüğe girmiştir.

AİHS’nin bölgesel bir sözleşme olması hasebiyle MSHS’den daha az devlete hitap etmesi bir başka deyişle sözleşme metni üzerinde uzlaşmanın daha kolay olması, AİHS’nin uluslararası insan hakları hukuku sahnesine daha önce çıkmasının önünü açmıştır. Bununla birlikte, her iki sözleşmenin hazırlık çalışmalarının da İkinci Dünya Savaşı’nı müteakip başlaması ve belirli ülkelerin delegelerinin her iki sözleşmenin hazırlık çalışmalarına da iştirak etmeleri, sözleşmelerin düzenledikleri temel hak ve hürriyetlerin ifade tarzının benzer olmasına imkân tanımıştır.

Nitekim sözleşmelerde yer alan derogasyon hükümlerinin de birbirine oldukça benzer olmasında, hazırlık çalışmaları esnasında söz konusu hükmün taslağını öneren delegenin/devletin aynı olmasının payı büyüktür. Hatta hazırlık çalışmaları incelendiğinde, her ne kadar bir bütün olarak MSHS metni üzerinde uzlaşılması yirmi yıl gibi uzunca bir süreye yayılmış olsa da derogasyon hükmünü düzenleyen 4’üncü maddenin Haziran 1949’da büyük ölçüde nihâî halini almış olduğu görülmektedir.⁴ Buradan hareketle, AİHS’nin derogasyon hükmünün (m. 15) MSHS’den alınmış olduğu yorumu yapılabilir. İşbu bölümde, söz konusu derogasyon hükümlerinin teorik alt yapısı ve tarihsel arka planı anlatılmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle bir mefhum olarak

⁴ UN Doc. E/CN.4/335, 14.6.1949. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu 15’inci Oturumu’da derogasyon hükmüne –deroje edilemeyecek haklar hariç- son halini vermiştir. Gerek hazırlık çalışmalarına ilişkin orijinal belgelere gerekse de diğer BM raporlarına <https://digitallibrary.un.org> internet adresi üzerinden erişilen BM Dijital Kütüphanesi’nde ulaşılabilir.

derogasyonun ne olduğu ve benzer kavramlardan farkı ortaya konulduktan sonra, hazırlık çalışmalarına derinlemesine eğilmek sûretiyle olağanüstü hallerde derogasyon kavramı ve bu kavramın sözleşme metinlerine dercedilmesine giden süreç ele alınmaktadır.

1.1 Kavramsal Çerçeve

Bir normun belirli durumlarda diğeri bir normu geçici bir süreliğine geçersiz kılması⁵ diğeri bir ifadeyle, belirli kuralların belirli durumlarda saf dışı bırakılması⁶ şeklinde ifade edilen derogasyon, uluslararası sözleşme hukuku bakımından ele alındığında bir sözleşmeye taraf devletin belirli durumlarda o sözleşmenin bir hükmü veya ayrı bir anlaşma marifetiyle söz konusu sözleşme hükümlerinden bir kısmına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınması olarak tanımlanabilir.⁷

İnsan hakları sözleşmelerinde derogasyon kavramının “olağanüstü hal” mefhumu ile birlikte kullanıldığı görülmektedir. Nitekim hem bu çalışmanın odağını oluşturan AİHS ve MSHS hem de derogasyon hükmü içeren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi gibi diğeri metinlere bakıldığında derogasyon hükümlerinin aslında “olağan dışı” ya da “normal olmayan” durumlara ilişkin düzenlemeler öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, derogasyon kavramının olağanüstü hal ile birlikte kullanılmasının olağanüstü hallere ilişkin hukukî bir rejim tesisi çabasıdan kaynaklandığı söylenebilir. Carl Schmitt’e göre normal hukuk kurallarının mücadele etmekte yetersiz kaldığı “tamamen normal dışı” bir durum⁸ olan olağanüstü halin bertaraf edilmesi adına Immanuel Kant ve John Locke’tan esinlenerek ihdas edilen derogasyon hükümleri, olağanüstü hallerde bile devletlerin başıboş bırakılmaması adına öngörülen birer denge-denetleme mekanizması olarak ortaya konulmuştur.

⁵ Hans Kelsen, **Essays in Legal and Moral Philosophy** (Synthese Library - Monographs on Epistemology, Logic, Methodology, Philosophy of Science, Sociology of Science and of Knowledge, and on the Mathematical Methods of Social and Behavioral Sciences), Springer, Dordrecht, 1973, s.261.

⁶ Gérard Cornu, **Vocabulaire juridique**, Presses Universitaires de France, 1996, s. 269-270.

⁷ John P. Grant & J. Craig Barker, **Encyclopedic Dictionary of International Law**, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2009, s. 150.

⁸ Carl Schmitt, **Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty**, The University of Chicago Press, Chicago, 2006, p. 13.

Bu noktada yeri gelmişken olağanüstü hallerle mücadele ve derogasyon konusundaki farklı yaklaşımlara kısaca değinmekte yarar mülâhaza edilmektedir. Olağanüstü durumların olağanüstü tedbirler gerektirdiği konusunda uzlaşma mevcut olsa da devletlerin olağanüstü dönemdeki yetkileri ve bu yetkilerini kullanış şekilleriyle alakalı ciddi ayrışmalar mevcuttur. Temelde bu ayrışma, olağanüstü hal rejimlerine hukukî bir çerçeve çizmeyi uygun gören ve her hâlükârda hukukun üstünlüğünün korunması gerektiğini savunanlar ile olağanüstü hallerde kamu yararı için egemen güçlerin hukukun üstünlüğünü yok sayabileceği savını ileri sürenler arasındadır. Bu bağlamda, somutlaştırmak gerekirse, her ne kadar esas ve usûl önceliği konusunda ayrışmalar da Kant ve Locke'tan etkilenen yazarlar, olağanüstü hallerin hukukî bir rejime tabî olması gerektiği tezini ileri sürmüşlerdir ki bu durum daha önce değinildiği üzere modern derogasyon hükümlerinin fikrî alt yapısını hazırlamıştır.⁹ Bu görüşe göre derogasyon hükümleri, bir yandan mevcut olağanüstü hal ile mücadele edilmesi diğer taraftan temel hak ve hürriyetlerin azâmî ölçüde korunması arasındaki dengeyi kuran hukuk kurallarıdır.

Öte yandan, bu yaklaşıma zıt yaklaşımların da mevcut olduğunu vurgulamak gerekir. Olağanüstü hal konusunda otoriter duruşun ana temsilcisi olan Carl Schmitt'e göre, olağanüstü hallerde normatif kuralların uygulanmasından ziyade egemen gücün kurallarının uygulanması ancak ve ancak mevcut olağanüstü halin bertaraf edilmesini sağlayabilir. Yani olağanüstü hali ilân etme kudretine sahip olan egemen devlet, hangi kuralların geçerli olacağına hatta mevcut anayasanın uygulanıp uygulanmayacağına da karar verebilir. Bu yaklaşıma göre, olağanüstü hallerde hukuk kurallarından değil devletin dostlarından ve düşmanlarından bahsedilir ve mücadele konusunda alınacak tedbirler bu doğrultuda belirlenir.¹⁰ Bu görüşe göre olağanüstü hali, hukuk kuralları değil olağanüstü hal ilân etme kudretine sahip

⁹ Walter F. Murphy, "Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity", in **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment** (ed. S. Levinson), Princeton University Press, Princeton, 1995, p. 163 vd. Ayrıca bkz. John Locke, **Two Treaties of Government**, Thomas Tegg, London, 1823, pp. 176-178.

¹⁰ Carl Schmitt, **The Concept of the Political**, The University of Chicago Press, Chicago-London, 2007, p. 26.

egemen devlet otoriteleri yönetmelidir. Olağanüstü hallerde derogasyon kavramı bu bakış açısına göre, hukukun üstünlüğünün egemen güçlerin hukukuna evrilmesi, deyim yerindeyse olağanüstü hal süresince hukukun rafa kalkması anlamına gelmektedir.

Derogasyon kavramının olağanüstü hallerle mücadele açısından ne ifade ettiği farklı teorik görüşlere yer verilmek sûretiyle ele alındıktan sonra söz konusu kavramın somut olarak daha iyi anlaşılması adına bazı kavramlar ile benzerliklerinin ve farklılıklarının ortaya konulması gerekir. Bu bağlamda, öncelikle ifade etmek gerekir ki derogasyon, bir konuda tesis edilen genel hükme nisbeten konulan “özel hüküm” değildir. Her ne kadar derogasyon kavramı da tıpkı özel hüküm-genel hüküm kavramları gibi nisbî¹¹ bir ifade olsa da derogasyon durumunda bertaraf edilen kural, genel hüküm olarak dahi söz konusu alanda artık uygulanma alanı bulamayacaktır. Yani derogasyon durumunda, genel-özel hüküm ilişkisinin aksine normal koşullarda uygulanması gereken kural, uygulanma kabiliyetini bütünüyle yitirir. İkinci olarak derogasyonu istisna (*exception*) kavramından da farklı tutmak iktizâ eder. Nitekim derogasyon durumunda, birbirine alternatif iki kural mevcuttur. Deroje eden kural, sadece belirli bir durumda uygulanır; ama deroje edilen kuralla aynı değerdedir; onu yalnızca belirli bir hal için bertaraf eder. İstisna durumunda ise kaide bozulmaz, geçerliliğini korumaya devam eder. Öte yandan, genellikle kaideyi koyan kural istisnayı da içerir. Oysa derogasyon durumunda, derogasyon asıl kural tarafından değil, daima başka bir kural eliyle tesis edilir.¹²

Derogasyon ile “ilga (*abrogation*)” kavramı da birbirinden farklıdır. Gerçekten de ilga vuku bulduğunda mülga kural geçerliliğini bütünüyle ve “süresiz” olarak kaybeder. Ancak, derogasyon durumunda saf dışı bırakılan kural sadece “belirli” durumlar için uygulanmaz, yani “geçici” olarak geçersiz hale gelir. Varlığını ve başka durumlara uygulanma kabiliyetini devam ettirir.

¹¹ Özel ve genel hüküm kavramları nisbî birer kavramdır. Bir hüküm kendi başına değil, ancak belli başka bir hükme nispetle özel hüküm olabilir. Aynı şey genel hüküm için de geçerlidir. Bir hükmün özel hüküm niteliğinde olduğundan söz eden kimse onun hangi hükme nispetle bu nitelikte olduğunu açıklamalı, ona nispetle genel hüküm niteliğinde olan hükmü göstermelidir. Bu konuda bkz. Tahir Çağa, “Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder mi?”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 3. Sayı, 1991, s. 366-375.

¹² Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Ekin, Bursa, Ekim 2018, s. 408.

Son olarak, derogasyon ile “ihlal (*violation*)” mefhumları arasındaki ayrımı da ortaya koymak gerekir. Bu kapsamda, derogasyon bir kurala uymamak, ona aykırı davranmak demek değildir. Zira derogasyon halinde, söz konusu kuralın belirli durumlarda uygulanmamasının sebebi, normlar hiyerarşisinde en az bu kuralla eş seviyede yer alan başka bir kuraldır.¹³ Dolayısıyla, derogasyon söz konusu olduğunda bir kuralın ihlalden söz etmek mümkün değildir.

Görüleceği üzere, şimdiye kadar olan kısımda derogasyon kavramının ne olduğundan daha çok ne olmadığı üzerinde durulmuştur. Zira Türk hukuk terminolojisinde “*dérogation*” kavramını karşılayan net bir terim bulunmamaktadır.¹⁴ Bu sebeple, anılan kavramı ifade etmek adına doktrinde birbirinden farklı karşılıklar kullanılmıştır.¹⁵ Daha doğru bir ifadeyle, literatürde veya hukukî metinlerde derogasyon konusu ele alınırken sözü edilen kavram için farklı çeviriler kullanılmıştır. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası’nın “olağanüstü yönetim usûlleri” kenar başlıklı 124’üncü maddesinde “...sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı...”¹⁶ hükmüne yer verilmek sûretiyle, derogasyon tabiri yerine olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin “durdurulması” terimi tercih edilmiştir.¹⁷

Aynı şekilde, “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” kenar başlıklı 15’inci maddesiyle T.C. 1982 Anayasası da “Savaş, seferberlik

¹³ A.g.e., s. 409.

¹⁴ A.g.e., s. 408. Ancak, derogasyon kavramını ifade ederken farklı karşılıklar kullanan yazarlar da mevcuttur (Bkz. 12 no’lu dipnot).

¹⁵ Derogasyon için “ayrık haller ya da hüküm ve tedbirler” ve “kuraldan sapma” ifadelerinin kullanılması hakkında bkz. Akif Emre Öktem, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul, 2011, s. 387 vd. Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “olağanüstü hallerde derogasyon” hükmünü içeren 15’inci maddesinin “AİHS’de sapma rejimi önlemleri” şeklinde ifadesi ve bu bağlamda derogasyon için “sapma” teriminin kullanılması hakkında bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, 8. Bası, Legal, 2012, s. 23 vd. Bununla birlikte derogasyon tabirinin olduğu gibi Türkçe’ye aktarıldığı örnek için bkz. Cenap Çakmak, **Uluslararası Hukuk: Giriş Teori ve Uygulama, Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı**, Ekin, Şubat 2014, s. 213 vd.

¹⁶ T. C. Resmî Gazete, Tarih: 31 Mayıs 1961, Sayı: 10816.

¹⁷ 1961 Anayasası’nda yer verilen “hürriyetlerin durdurulması” meselesinin aslında 1924 Anayasası’nda “...hürriyetlerin muvakkaten takyid ve taliki” şeklinde ifade edildiği, “geciktirme” veya “askıda bırakma” anlamlarına gelen “talik” kelimesinin 1924 Anayasası’nın 10 Ocak 1945 tarihli ve 4695 sayılı Kanunla “öz Türkçeleştirilmesi” neticesinde “durdurma” biçimine evrildiği ve 1961 Anayasası’na da bu şekilde aktarıldığı hakkında bkz. Kemal Gözler, **a.g.e.**, s. 418.

veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”¹⁸ hükmüne yer vermiş ve bu konuda büyük oranda 1961 Anayasası’nın izinden gitmiştir. Ancak, 1982 Anayasası’nda 1961’den farklı olarak “...Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” ifadesi kullanılmıştır. Bu farklılaşmanın, anılan söz öbeğinin hatta 1982 Anayasası’nın 15’inci maddesinin birinci fıkrasının tamamen (madde numarasını bile değiştirmeden) AİHS’nin 15’inci maddesinden alınmasından kaynaklı olduğu söylenebilir. Nitekim AİHS’nin olağanüstü hallerde derogasyonu düzenleyen 15’inci maddesinde yer alan “...take measures derogating from its obligations” ibaresinin “derogation” teriminin Türkçe karşılığı olmaması sebebiyle “güvencelere aykırı tedbirler alma” şeklinde Türkçe’ye aktarıldığı görülmektedir.¹⁹

Dikkat edileceği üzere, derogasyon kavramı, 1961 ve 1982 Anayasalarında, 1924 Anayasası’nda yer alan “hürriyetlerin muvakkaten takyid ve tâliki” ifadelerinden farklı olarak “hürriyetlerin durdurulması” şeklinde vücut bulmuştur. Bu durum, öğretilerde kimi yazarlar tarafından benimsenmiş ve kullanılagelmiş²⁰ kimi yazarlar tarafından da şiddetle eleştirilmiştir. Durdurma teriminin kullanılmasının yerinde olmadığını iddia edenlere göre, bu terim eliyle olağanüstü dönemlerde devlete, özgürlüklerin özüne dokunma yetkisi verilmiş ve böylece hakların ve özgürlüklerin özünü tahrip edebilecek uygulamalara kapı aralanmıştır.²¹ Bununla birlikte, sınırlama ifadesi yeterliyken durdurma kavramının kullanılmasının masum bir hata olmadığı, “kavramlar içtihadı olan hukuk biliminde bir kavramın yanlış kullanımın vahim bir hata olduğu, Avrupa’da kullanılmamış bir kavramın Türkiye’de kullanılmasının şüphe uyandırdığı”²² dile getirilmiş ve hatta

¹⁸ T. C. Resmi Gazete, 9 Kasım 1982, Sayı: 17863 Mükerrer.

¹⁹ AİHS’nin 15’inci maddesinin –neredeyse- birebir çevirisi olmasına rağmen derogasyon ifadesine yer verilmemesinin Anayasa metninde yabancı bir kelime kullanmama kaygısından kaynaklandığı değerlendirilmektedir.

²⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 12. Bası, Ankara, 2011, s. 121 (“Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması”); Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta, Tıpkı 18. Bası, İstanbul, 2019, s. 165 (“Olağanüstü Yönetimlerde Kullanımın Durdurulması (m. 15)”).

²¹ Pertev Bilgen, **1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim**, İstanbul, 1976, s. 21.

²² Kemal Gözler, **a.g.e.**, s. 420.

“hukuktaki kavramsal tutarlılığın öz Türkçecilik sevdasına feda edildiği”²³ ileri sürülmüştür.

Öte yandan durdurma terimini benimseyenler, özgürlükleri durdurmanın sınırlamayı bir ölçüde aşan bir tedbir anlamında kullanıldığı tezini savunmuştur. Buna göre, belli bir temel hakkın veya özgürlüğün özüne dokunulmadığı müddetçe sınırlama yapılsa bile o hakkın veya özgürlüğün kullanılma imkânı devam etmektedir. Oysa durdurma halinde bir hakkın veya hürriyetin kullanım imkânı “geçici” olarak dondurulmaktadır. Yani durdurma temel hakkı ortadan kaldırma ya da kullanılmaz hale getirme amacı taşımaksızın, olağanüstü koşulların zorunlu kıldığı durumlarda hak kullanımını geçici olarak ertelemek anlamını taşımaktadır. Yani, durdurma terimini savunanlara göre durdurma, amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olan süreyi aşmamalı; durdurma süresi ile durdurma amacı ile uyumlu ve ölçülü olmalıdır.²⁴

Doktrinde kullanılan ama taraftarı olduğu kadar temelden eleştireni de bulunan “durdurma” kavramının yanı sıra derogasyon yerine yaygın olarak kullanılan bir başka tabir de “askıya alma” diğer bir söyleyişle “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma”dır. Gerçekten de özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin orijinal resmî metinlerinde “*derogation in time of emergency*” ya da “*dérogação en cas d’état d’urgence*” kenar başlığıyla yer alan 15’inci maddenin, resmî Türkçe çevirilerinde “olağanüstü hallerde derogasyon” yerine “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” kenar başlığına rastlanmaktadır.²⁵ Buna mukabil, AİHS’nin kabulüne ilişkin 10 Mart 1954 tarihli ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun” ekinde yer alan Türkçe AİHS metninin 15’inci maddesinin herhangi bir kenar başlığı bulunmamaktadır ve dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen

²³ A.g.e., s. 418.

²⁴ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 180-181.

²⁵ Nitekim gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) resmi internet sitesinde (https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf ET: 25.04.2019) gerekse de başta Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin (TBMM) resmi internet sitesi (https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/IH_ve_Temel_Ozgurluklerin_Korunmasi.pdf ET: 25.4.2019) olmak üzere Adalet Bakanlığı, Danıştay gibi devlet kurumlarının da internet sitelerinde yer verilen resmi AİHS çevirilerinde 15’inci maddenin kenar başlığı “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” şeklinde yer almaktadır.

orijinal metinde de “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” şeklinde bir kenar başlığı bulunmamaktadır.²⁶ Nitekim AİHS’nin devletlerin imzasına açılan orijinal metninde de Sözleşme hükümlerinde madde numarası dışında herhangi bir “başlık” yer almamaktadır.²⁷

Sözleşme maddelerine kenar başlığı konulması, 11 Mayıs 1994 tarihli Protokol No. 11 ile getirilmiş bir yenilik olup anılan protokolün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesinden itibaren her bir maddenin düzenlediği konunun kısa açıklaması olan kenar başlıkları ortaya çıkmış²⁸ ve buna uygun şekilde “*derogation in time of emergency*” başlığı Türkçe’ye “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” şeklinde geçmiştir. Ancak “askıya alma” teriminin de derogasyon kavramını ne kadar karşıladığı hususu tartışmalıdır. Zira Sözleşme’nin iki resmî dili olan İngilizce’de ve Fransızca’da askıya alma anlamına gelen “*suspension*” ibaresini kullanmak yerine “*derogation*” ifadesinin kullanılması derogasyon ile askıya alma tabirlerinin aynı olmadığına göstergesidir. Nitekim “askıya alma”da tek bir kural vardır ve bu kuralın uygulamadan kalkmasıyla başka bir kural devreye girmez. Derogasyon durumunda ise kurallar arasında ikame yapılır. Bir başka deyişle, yukarıda anlatıldığı üzere, derogasyon “nisbî” bir kuraldır ve bir başka kurala “nispeten” uygulanır. Derogasyon durumunda deroje edilen kural söz konusu durum dışındaki durumlarda uygulanmaya devam eder. “Askıya alma” durumunda bir sistemin uygulaması askıya alınıp onun yerine bir sistem tesis edilmezken derogasyon durumunda birbirinden farklı kurallar tarafından kurulan birbirine alternatif iki sistem vardır.²⁹ Dolayısıyla, derogasyon tabiri yerine askıya alma kavramının kullanılmasının doğru olmadığı söylenebilir. Bu nedenle, bu çalışma kapsamında genel olarak “*derogation*” tabirinin Fransızca telâffuzu olan *derogasyon* terimi esas alınmış, yer yer “Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerden kaçınma veya sapma” ifadesi ve nisbîlik

²⁶ T. C. Resmi Gazete, 19 Mart 1954, Sayı: 8662. Anılan ifadenin, 11 Mayıs 1994 tarihli Protokol No. 11’in 1 Kasım 1998’de yürürlüğe girmesinden sonra yapılan güncelleme ile Türkçe metne ilâştirildiği değerlendirilmektedir.

²⁷ Council of Europe, **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Treaty Series (ETS) No. 005**, Roma, 4 Kasım 1950.

²⁸ Nitekim Protokol No. 11’in 2’nci maddesi, Sözleşme ve Protokollerde yer alan maddelere kenar başlığı eklenmesi hususunu düzenlemektedir.

²⁹ Kemal Gözler, **a.g.e.**, s. 414.

ilişkisi anlatılırken ise genel olarak “deroje etmek” veya “sapmak” tabirleri tercih edilmiştir.

1.2 Hazırlık Çalışmaları ve Derogasyon (“*Travaux Préparatoires*”)

1.2.1 Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, bir “Uluslararası İnsan Hakları Bildirgesi” hazırlamak amacıyla “Hazırlık Komitesi” oluşturmuş ve bu Komite Avustralya, Şili, Çin, Fransa, Lübnan, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB), Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) temsilcilerinin iştirakiyle 9-25 Haziran 1947 tarihleri arasında ilk oturumunu gerçekleştirmiştir.³⁰ Taslak metnin alacağı şekil konusunda toplantıya katılan ülke temsilcileri arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmış ve temelde iki görüş üzerinde durulmuştur. Buna göre, bazı temsilciler insan hakları üzerine hazırlanan bu taslak metnin bir “bildirge/deklarasyon” veya “manifesto” şeklinde olması gerektiğini savunurken diğer temsilciler metnin “sözleşme (*convention*)” biçimini alması gerektiği savını ileri sürmüşlerdir. Neticede, spesifik haklara ilişkin sözleşme veya sözleşmelerle birlikte bir deklarasyon metninin oluşturması fikri üzerinde uzlaşmıştır.³¹ Böylece, daha genel ifadeler içeren ve daha geniş içerikli bir “Uluslararası İnsan Hakları Beyannamesi” metni ile daha spesifik haklar üzerine eğilen ve daha dar kapsamlı, bağlayıcı formatta bir “Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi” metni olmak üzere iki ayrı çalışma yapılmıştır.

Hazırlık Komitesi, Fransa, Lübnan ve Birleşik Krallık delegelerinden oluşan bir çalışma grubu oluşturulmasına karar vermiş ve bu geçici çalışma grubunun hem deklarasyon hem de sözleşme metinleri üzerinde çalışma yapmasını istemiştir. Fransa temsilcisi Profesör René Cassin taslak deklarasyon metni üzerine çalışırken çalışma grubunun diğer üyeleri sözleşme kısmına eğilmiştir. İnsan Hakları Komisyonu Birleşik Krallık Delegesi Lord Dukeston tarafından BM Genel Sekreteri’ne sunulan mektup, sözleşme metni açısından üzerinde çalışılabilecek temel metin olarak kabul görmüştür.³²

30 UN Doc. E/CN.4/21, İnsan Hakları Komisyonu Hazırlık Komitesi Raporu, 1 Temmuz 1947.

31 A.g.e., s. 3.

32 A.g.e., s. 5.

Sözleşme metni üzerinde çalışanlar, özellikle hakların hangi hallerde sınırlanabileceği ve uygulamaya ilişkin konular üzerine odaklanmışlar ve bu durum da 1947’de başlayıp 1966’da başlayan 19 yıllık hazırlık sürecinde oldukça büyük tartışmalara ve anlaşmazlıklara sahne olmuştur. Derogasyon hükmü de hazırlık çalışmalarının ilk aşaması olarak görülen 1947-1952 tarihleri arasında önemli bir odak noktası olmuştur.³³ Derogasyon hakkının mutlak bir şekilde sınırlandırılması ve net ifadelerle tanımlanmasının bu imtiyazın istismar edilmesinin önüne geçeceği üzerinde durulmuştur.

Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi’nin (MSHS) derogasyon maddesine ilişkin ilk taslak, yukarıda bahsi geçen Birleşik Krallık önerisine dayanmaktadır.³⁴ Söz konusu taslakta, savaş veya diğer ulusal olağanüstü hallere atıf yapılmış olmasına rağmen deroje edilemeyecek (*non-derogable*) haklara ilişkin olarak herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Öte yandan, Birleşik Krallık taslağı özellikle ABD delegasyonu tarafından eleştirilere muhatap olmuştur. Taslağın sınırlamalar yerine haklardan oluşan bir metin olması gerektiği, sınırlamalardan oluşan bir metnin sözleşmecî devletleri sözleşme bağlamındaki haklar bakımından daha rahat davranma konusunda cesaretlendireceği, bu kapsamda her bir devletin bir şekilde kendi özel durumunu bahane etmek suretiyle sözleşme altındaki yükümlülüklerinden kaçma yoluna gidebileceği, sonuç olarak taslak metinde bir derogasyon hükmünün yer almaması gerektiği belirtilmiştir.³⁵ Böylece, derogasyon veya

33 Joan F. Hartman, “Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision”, **Human Rights Quarterly**, vol. 7, no. 1, 1985, s.95. Hazırlık Çalışmaları konusunda yapılan toplantılar ve içerikleri hakkında derli toplu bilgi için ayrıca bkz. Marc J. Bossuyt, **Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International on Civil and Political Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, s. 85 vd.

34 UN Doc. E/CN.4/21, Annex B, 1 Temmuz 1947, s. 31; UN Doc. E/CN.4/AC.1/4, 5 Haziran 1947, s. 7. İnsan Hakları Komisyonu Birleşik Krallık Temsilcisi Lord Dukeston tarafından BM Genel Sekreteri’ne sunulan mektupta yer verilen derogasyon maddesinin ilk taslak hali şu şekildedir:

“1. Savaş veya diğer ulusal olağanüstü hallerde, devletler işbu Taslak metnin ikinci maddesinde yer alan yükümlülüklerinden sapmak suretiyle (*derogating from its obligations*) durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde tedbirler alabilir.

2. Derogasyon hakkını kullanan taraf devletler, bu kapsamda almış oldukları tedbirlere ve gerekçelerine ilişkin olarak Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’ni bilgilendirmek zorundadır. İlgili devlet, ayrıca, derogasyon tedbirlerini ne zaman uygulamaya koyacağına ve ne zaman sona erdirip ikinci maddede yer verilen yükümlülüklerini tam manasıyla yerine getirmeye başlayacağına ilişkin olarak da BM Genel Sekreteri’ni bilgilendirir.”

³⁵ İnsan Haklara Komisyonu Hazırlık Komitesi Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.22, 11 Mayıs 1948, s. 3 vd. Amerika Birleşik Devletleri Delegatesi ve aynı zamanda Oturum Başkanı Franklin D. Roosewelt, 5 Mayıs 1958 tarihinde Lake Success, New York’ta gerçekleştirilen Hazırlık Komitesi 2. Oturum, 22. Toplantısında derogasyon maddesine ABD

sınırlama (*limitation*) hükümleri taslak sözleşme metninde Hazırlık Komitesi üyelerinin ayrılığa düştüğü en temel konu haline gelmiştir. Metinde hakların listelenmesini ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 29'uncu maddesindeki gibi “genel bir sınırlama” hükmü olması gerektiğini savunanlar³⁶ olduğu gibi hakların ve sınırlamaların kesin ve net bir şekilde sözleşme metni içerisinde yer alması gerektiği savını³⁷ ileri sürenler de olmuştur.

Sınırlamaların net bir şekilde metinde yer alması gerektiğini savunanlar, sınırlamaların net olmaması veya bir derogasyon hükmünün sözleşme metninde yer almaması halinde savaş veya diğer olağanüstü hallerde devletlerin keyfî bir şekilde sözleşme hükümlerini askıya alabileceğini belirtmişlerdir. Devletlere, olağanüstü hallerde nasıl hareket edeceğine karar vermesi hususunda tam mânâsıyla bir özgürlük bahşedilmemesi gerektiği, bu nedenle devletlerin sözleşme altındaki yükümlülüklerini istismar etmemesi adına bir denetim mekanizması kurulmasının önemli olduğu vurgulanmıştır.³⁸ “Genel bir sınırlama” hükmünün konulmasına karşı çıkanlar ayrıca, genel sınırlama maddesinin belirsizliğe yol açacağını ve derogasyon hükmünün devletlerin kullanmak zorunda olmadığı “isteğe bağlı” bir hak olduğunu savunmuşlardır.³⁹

Delegasyonu olarak karşı çıktıklarını, böyle bir maddenin sözleşmeye dercedilmesinin çeşitli riskler barındırdığını belirtmiştir.

³⁶ Örneğin, ABD delegesi tarafından İnsan Hakları Komisyonu 5. Oturumunda önerilen genel sınırlama hükmü şu şekildedir: “Bu Sözleşme altında korunan haklar ve özgürlükler, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, milli güvenlik veya genel refahın gereklerinin karşılanması amacıyla yalnız yasayla belirlenmiş sınırlamalara tabidir.”, Detaylı bilgi için bkz.: UN Doc. E/CN.4/170, 6.5.1949, s. 5.

³⁷ Özellikle Birleşik Krallık ve Şili delegeleri, bir hakkın, o hakka ilişkin muhtemel sınırlamaları dikkate almadan tartışılmasının mümkün olmayacağını iddia etmişlerdir. Genel bir sınırlama hükmü olsun veya olmasın, savaş vb. olağanüstü haller bakımından özel bir maddenin olması gerektiğini belirten Birleşik Krallık Delegesi, sözleşmeye böyle bir hüküm konulmasının taraf devletler tarafından o hüküm bağlamında bir sınırlama “yapılması gerektiği” şeklinde değil “sınırlama yapılabileceği” biçiminde algılanmasının önemli olduğunu vurgulamıştır. Bununla birlikte, ABD tarafından önerilen maddede yer alan “genel refah” ibaresinin amaca matuf olmadığı, bu itibarla oldukça “belirsiz” bir duruma işaret ettiği de ileri sürülmüştür. Detaylı bilgi için bkz: UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.22, s. 4 vd.

³⁸ İnsan Hakları Sözleşmesi Çalışma Grubu 2. Oturumu 8. Toplantı Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.8, 10 Aralık 1947, s. 10; UN Doc. A/2929, 1 Temmuz 1955, s. 66; İnsan Hakları Komisyonu 5. Oturumu 126. Toplantısı Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/SR.126, 17 Haziran 1949, s.4.

³⁹ İnsan Hakları Komisyonu 5. Oturumu 126. Toplantısı Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/SR.126, 17 Haziran 1949, s.4; İnsan Hakları Komisyonu Hazırlık Komitesi Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.21, 7 Mayıs 1948, s.7.

Her ne kadar MSHS’de derogasyon hükmü yer almasına ilişkin görüşler son tahlilde galip gelmiş ve Sözleşme’de 4’üncü maddede kendine yer bulmuş ise de söz konusu eğilim ilk başlarda oldukça güçlü bir direnişle karşılaşmıştır. O kadar ki derogasyon maddesine ilişkin olarak Birleşik Krallık tarafından önerilen metnin ilk hali 1947 tarihinde yapılan oylama sonucunda reddedilmiştir.⁴⁰ Nitekim mevzubahis derogasyon hükmüne yönelik çeşitli itirazlar yöneltilmiştir. İçerisinde sınırlamalar barındıran bir insan hakları sözleşmesinin olumsuz bir hava yaratacağı,⁴¹ belirli hükümlerin içerisine “millî güvenlik” gerekçesiyle sınırlama yapılabileceğine ilişkin hükümler dercedildikten sonra derogasyon hükmünün lüzumsuz olacağı,⁴² genel bir sınırlama hükmünün daha uygun ve tercih edilebilir olacağı⁴³ ve bir BM sözleşmesinin savaş halini öngörmek sûretiyle ona göre hükümler tesis etmesinin uygun olmayacağı⁴⁴ gibi birçok eleştiri gündeme gelmiştir. Söz konusu eleştiriler titizlikle ele alınmış ve Fransız delegesi Prof. Cassin tarafından içerisinde genel sınırlama, ayrımcılık yasağı, hiçbir durumda derogasyon hakkının konusu olamayacak haklar ve bildirim yükümlülüğü barındıran bir uzlaşma metni önerilmiştir.⁴⁵ Böylece, Birleşik Krallık önerisinde

⁴⁰ İnsan Hakları Komisyonu 2. Oturumu İnsan Hakları Sözleşmesi Çalışma Grubu 8. Toplantısı Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.8, 10 Aralık 1947, s.11

⁴¹ Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi Çalışma Grubu Raporu, İnsan Hakları Komisyonu 2. Oturumu, UN Doc. E/CN.4/56, 11 Aralık 1947, s.4. Yugoslavya delegesi Dr. V. Ribnikar, içerisinde haklara ilişkin sınırlamalara yer verilen bir Sözleşme’nin dünyadaki tüm insanları hayal kırıklığına uğratacağından bahisle taslak metnin aleyhinde oy kullanacağını belirtmiştir.

⁴² UN Doc. A/2929, s.65. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi üzerine BM Genel Kurulu’na sunulan Bilgi Notu’nda (*Anotation*) sözleşmenin belirli maddelerinde yer verilen “millî güvenlik” ve “kamu düzeni” gerekçeleriyle hakların sınırlandırılması yaklaşımının, savaş veya diğer olağanüstü hallerde alınacak tedbirler açısından yeterli olacağı; ayrıca bir derogasyon hükmünün belirsiz sınırlamalara sebebiyet vereceği hususlarının çalışma grubunda tartışıldığı belirtilmiştir.

⁴³ İnsan Hakları Komisyonu 5. Oturumu 88. Toplantı Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/SR.88, 19 Mayıs 1949, s. 10.

⁴⁴ İnsan Hakları Komisyonu 5. Oturumu 126. Toplantı Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/SR.126, 17 Haziran 1949, s. 6. SSCB Delegesi Pavlov, İnsan Hakları Komisyonu’nun temel hedefinin barış mı savaş mı yoksa her ikisi de mi olduğunu netleştirmesi gerektiğini, Komisyon’un savaş ihtimalini takıntı haline getirmiş olduğu algısını yıkmasının önemli olduğu ve mümkün olan en dar ölçüde bir sınırlama hükmüne taraf olduğunu söylemiştir.

⁴⁵ UN Doc. E/CN.4/187, 16 Mayıs 1949, s. 1. Fransa’nın Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ilişkin olarak İnsan Hakları Komisyonu’na sunmuş olduğu taslak 4’üncü madde aşağıdaki şekildedir:

“1. Sözleşmenin birinci ve ikinci maddesindeki yükümlülükler, Yüksek Sözleşmeci Tarafların barış, kamu düzeni ve güvenliğin tesisi ile genel refahın sağlanması için gerekli makul tedbirlerin alınması amacıyla yasa çıkarıp uygulama hakkına hâlel getiremez.
2. Yine de, işbu tedbirler uluslararası antlaşmalarla sağlanan garantileri etkilemez veya etkileyecek şekilde uygulamaya konulamaz.

yer almayan “deroje edilemeyecek haklar”, “uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülöklere aykırı olmama” ve “ayrımcılık yasağı” Fransa önerisinde yer almış ve neticede aslında Hazırlık Komitesi’nin önünde birbirini tamamlayan iki ayrı metin belirmiştir.

Birleşik Krallık Delegesi tarafından önerilen metnin ilk halinde derogasyon öncülü olarak yer alan “savaş veya diğer olağanüstü haller” ibaresi, “ulusun varlığını tehdit eden⁴⁶ olağanüstü hal” şeklinde değiştirilmiş ve böylece savaş halinin de ulusun varlığını tehdit eden bir olağanüstü hal olduğu, dolayısıyla madde metninde ayrıca yer almasına gerek olmadığı kabul edilmiştir.⁴⁷ Böylece, derogasyon hükmünde, Sözleşme altındaki yükümlölüklerden sapmak, bir başka deyişle, derogasyon hakkını kullanmak için gerekli durumların “savaş, doğal afet, terör” vb. şeklinde liste yoluyla tek tek belirtilmesi değil mevzubahis hadisenin “ulusun varlığını tehdit etmesi” şeklinde bir ölçüt ortaya konulması tercih edilmiştir. Bu durumun, devletlerin ulusal egemenlikleri çerçevesinde kendi toplumuna münhasır özellikleri dikkate alarak her bir somut olaya ilişkin değerlendirme yapılabilmesi açısından önemli olduğu söylenebilir.

Hem Fransa hem de Birleşik Krallık önerilerinde yer verilen ve derogasyon hakkını kullanan devletin, halin keyfiyetini BM Genel

Aşağıda maddelerinde belirtilen haklar hiçbir surette askıya alınamaz ve ırk, din, cinsiyet, dil ve kimlik ayrımcılığına sebebiyet verecek şekilde uygulanamaz.

3. Sözleşmenin birinci ve ikinci maddesinde yer verilen hak ve özgürlükleri savaş, genel tehlike ya da olağanüstü hallerde bile olsa herhangi bir şekilde ihlal eden tedbirler alan Sözleşmeciler Devlet, işbu tedbirlere ve gerekçelerine ilişkin olarak Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’ne –herhangi bir resmi talep beklemeksizin- bilgi vermek zorundadır. İlgili devlet, ayrıca, söz konusu tedbirlerin uygulanmaya başlama ve bitiş tarihleri ile ikinci madde altındaki yükümlölüklerini ne zaman yeniden bütünüyle yerine getirmeye başlayacağına ilişkin de BM Genel Sekreteri’ne bilgi verir.”

⁴⁶ UN Doc. E/CN.4/SR.331, 25 Haziran 1952, s. 5.

⁴⁷ UN Doc. E/CN.4/SR.330, 1 Temmuz 1952, s.10. İnsan Hakları Komisyonu’nun 8’inci Oturumu 330’uncu Toplantısı’nda “savaş” teriminin madde metninden çıkarılması konusunda uzlaşılmıştır. Nitekim aynı toplantıda Şili delegesi Valenzuela, uluslararası bir sözleşmede savaşa referans verilmesinin uygun olmadığı kaldı ki hukuki bir bakış açısıyla bakıldığında da olağanüstü halin savaşı da kapsadığı dolayısıyla savaşın ayrıca zikredilmesine gerek olmadığına dair görüş bildirmiştir (E/CN.4/SR.330, s.4). Tabii burada anekdot olarak belirtmek gerekir ki metinden savaş ibaresinin çıkarılmasına dair öneri 14 Haziran 1947 tarihinde gerçekleşen İnsan Hakları Komisyonu 5. Oturumu 127’nci Toplantı’da 6’ya 5 oy oranıyla reddedilmiştir (UN Doc. E/CN.4/SR.127, 17 Haziran 1949, s.12). Aradan geçen 5 sene, onlarca müzakere, binlerce sayfa çalışma neticesinde aynı konuda tam tersi sonucun çıkması, aslında hazırlık çalışmalarının ne denli önemli olduğunu, insan hakları sözleşme metinlerinin uzunca bir müzakere sürecinden geçip olgunlaştığını göstermesi bakımından çok önemlidir.

Sekreteri'ne bildirmesi ve süreçten Genel Sekreter aracılığıyla tüm paydaşları bilgilendirmesi yükümlülüğü Hazırlık Komitesi tarafından geniş kabul görmüştür. Nitekim bildirim ve bilgilendirme yükümlülüğünün derogasyon ayrıcalığının istismar edilmesinin önünde önemli bir teminat olduğunun altı çizilmiştir.⁴⁸ Öte yandan, bildirimin “derhal” yapılmasına yönelik gereksinim ve ekleme, BM mekanizmasının derogasyon konusu olaydan zamanında haberdar olması ve konuya ilişkin olarak aksiyon almasının yerinde olacağına ilişkin hassasiyetten kaynaklanmıştır⁴⁹.

Hazırlık çalışmaları süresince üzerinde çalışılan Birleşik Krallık ve Fransa taslaklarının her ikisinde de derogasyon hakkını kullanan devletin bilgilendirme yükümlülüğü sadece ilgili devletin mevzubahis olağanüstü hali bertaraf etmek adına aldığı tedbirlere atıf yapmıştır. Ancak, Belçika Delegasyonu tarafından yapılan öneri bu konudaki bakış açısını değiştirmiş ve anılan yükümlülüğünün derogasyon kapsamında alınan tedbirlere değil derogasyon hakkının hangi haklar bakımından kullanıldığına yönelik bir bilgilendirme yapılması şeklinde bir taslak⁵⁰ ortaya koymuştur. Bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin bu yeni yaklaşım çeşitli devletler tarafından eleştirilmiştir.⁵¹ Daha sonra, derogasyon yolunun tercih edilme sebebinin ve derogasyon bağlamında alınan tedbirlerin Sözleşme'ye taraf devletler tarafından bilinmesi gerektiği, ancak böyle olursa Sözleşmeciler devletlerin derogasyon konusunda ikna olabileceğinden bahisle⁵² derogasyon sebepleri ve alınan tedbirler ifadesinin de söz konusu metne dercedilmesi kabul

⁴⁸ İnsan Hakları Sözleşmesi Çalışma Grubu 8. Toplantısı Özet Raporu, İnsan Hakları Komisyonu 2. Oturumu, UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.8, 10 Aralık 1947, s. 10 (Birleşik Krallık Delegesi Evans'ın beyanati); İnsan Hakları Komisyonu 5. Oturumu 89. Toplantısı Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/SR.89, 27 Mayıs 1949, s. 4 (Birleşik Krallık Delegesi Bowie'nin beyanati); İnsan Hakları Komisyonu 5. Oturumu 126. Toplantı Özet Raporu, UN Doc. E/CN.4/SR.126, 17 Haziran 1949, s.8 (Fransa Delegesi Prof. R. Cassin, Fransa Delegasyonunun derogasyon hükmüne ilişkin olarak temelde benimsediği 3 prensibi açıklamıştır: 1) İnsan hakları savaş veya diğer olağanüstü hallerde sınırlandırılabilir. 2) Belirli haklar hiçbir hal ve şartta kısıtlama konusu olamaz. 3) Sözleşmeden derogasyon belirli bir prosedüre tabi olmalı ve derogasyona dair her şey özel olarak ilan edilmelidir.)

⁴⁹ UN Doc. E/CN.4/SR.195, İnsan Hakları Komisyonu 6. Oturumu 195. Toplantısı Özet Raporu, 29 Mayıs 1950, s. 10.

⁵⁰ UN Doc. E/CN.4/497, 16 Mayıs 1950, s. 1.

⁵¹ Örneğin Yeni Zelanda delegesinin sadece deroje edilen haklar konusunda bilgilendirme yapılmasının yeterli olmayacağına, derogasyon hakkını kullanan devletin bu konuda almış olduğu tedbirler ve bu tedbirlerin gerekçeleri konusunda da bilgilendirme yapılması gerektiği yönündeki eleştirisi için bkz: UN Doc. E/CN.4/528, 2 Nisan 1951, s. 32.

⁵² Konuya ilişkin olarak Filipinler tarafından yapılan öneri için bkz. UN Doc. E/CN.4/552, 24 Nisan 1951, s.26.

edilmiştir.⁵³ Böylece derogasyon maddesinde hem derogasyon sebeplerine hem de deroje edilen haklara/Sözleşme maddelerine ilişkin bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmiştir.

Ayrıca anılan taslakta bir başka dikkat çeken husus da bilgilendirmenin BM Genel Sekreteri'ne değil BM Genel Sekreteri aracılığıyla Sözleşme'ye taraf diğer devletlere yapılması önerisidir.⁵⁴ Bu konuda bildirim ve bilgilendirmenin sadece taraf devletlere değil BM Genel Kurulu'na yapılması gerektiği yönünde itirazlar olsa da bu itirazlar oldukça zayıf kalmıştır⁵⁵. Konuya ilişkin genel kanı, Sözleşme kapsamındaki maddelerin ancak ve ancak Sözleşme'ye taraf devletleri ilgilendirdiği, derogasyon hakkını kullanan devletin Sözleşme'ye taraf olmayan devletlere karşı bu konuda herhangi bir sorumluluğu olmadığı şeklinde gelişmiştir⁵⁶. Sonuç olarak, bildirimin yalnızca Sözleşme'ye taraf devletlere Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla, derogasyon hakkına müracaat edildiği tarihte ve derogasyonun sona erdiği tarihte olmak üzere iki ayrı bildirim şeklinde yapılması kabul edilmiştir.⁵⁷ Bu bakımdan, bildirim yükümlülüğüne derogasyon ayrıcalığının sınırlarını vurgulama ve uluslararası gözetimi kolaylaştırma gibi bir fonksiyon yüklendiği ifade edilebilir.

Sözleşme altında derogasyon hakkını kullanan devletin derogasyona sebebiyet veren olağanüstü hali bertaraf etmek adına başvurduğu tedbirlerin Birleşik Krallık taslağının ilk halinde olduğu şekliyle “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması” öncülüne ilişkin hazırlık çalışmaları esnasında pek görüş ayrılığı yaşanmamıştır. Nitekim ölçülülük kriterine hazırlık komitesi üyeleri sık sık atıf yapmış ve derogasyon hakkının ilgili devletin sözleşmeden

⁵³ Önerinin 9 lehte 3 aleyhte ve 6 çekimser oyla kabul edildiğine ilişkin bkz. UN Doc. E/CN.4/SR.331, s. 7.

⁵⁴ Tüm BM üyelerinin değil yalnızca Sözleşme'ye taraf devletlerin bilgilendirilmesi önerisi Şili ve Lübnan delegeleri tarafından eleştirilmiş; ancak Fransa ve Birleşik Krallık delegelerince kabul görmüştür. Görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. UN Doc. E/CN.4/SR.195, s. 12-13-16-25.

⁵⁵ UN Doc. E/CN.4/SR.330, İnsan Hakları Komisyonu 8. Oturumu Özet Raporu, 1 Temmuz 1952, s. 3.

⁵⁶ UN Doc. E/CN.4/SR.330, s. 6-7.

⁵⁷ UN Doc. A/5655, BM Genel Kurulu 17. Oturumu 3. Komite Raporu, 10 Aralık 1963, s. 13

“kaçış hükmü”⁵⁸ şeklinde algılanmaması gerektiğinden bahisle anılan öncül üzerinde “genel bir anlaşma”⁵⁹ olmuştur.

Olağanüstü hallerde Sözleşme altındaki yükümlülüklerden durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde sapma şeklinde özetlenebilecek olan derogasyon hakkı, kimilerine göre ayrıcalığı daha önce de ifade edildiği gibi MSHS’nin en çok tartışılan ve en önemli maddelerinden birisi olmuştur. Tartışmalar esnasında, Hazırlık Komitesi üyeleri zaman zaman derogasyon hükmüne hiçbir surette deroje edilemeyecek haklara ilişkin de bir ilave yapılması gerektiğini dile getirmişlerdir. Nitekim orijinal Birleşik Krallık taslağından deroje edilemeyecek haklara ilişkin olarak herhangi bir atıfta bulunulmamıştır.⁶⁰ Bu yönüyle Birleşik Krallık taslağı en başından beri eleştirilerin odağı olmuştur. Ancak, her ne kadar Komite üyeleri deroje edilemeyecek hakların söz konusu maddeye dercedilmesi konusunda uzlaştılsa da hangi hakların hiçbir surette derogasyon konusu yapılamayacağı hususunda anlaşmakta güçlük yaşamışlardır. Örneğin, işkence yasağı gibi belirli hakların derogasyon konusu olamayacağı savunulurken ifade hürriyetinin derogasyona konu haklardan olabileceği belirtilmiştir. Öte yandan Lübnan Delegesi Dr. Malik derogasyon konusu edilemeyecek en az yarım düzine hak olduğu ve bu hakların “hür türlü olağanüstü halin üstünde ve savaş durumunda bile korunması gerektiği” savını beyan etmiştir.⁶¹ Bu görüş Komite üyeleri tarafından genel olarak kabul görmüş ancak henüz Sözleşme’nin diğer maddeleri de tam mânâsıyla oturmadan deroje edilemeyecek hükümlerin tespitinde zorluklar yaşanmıştır.⁶² Çare olarak, Birleşik Krallık taslağına Fransa’nın taslağında belirtildiği şekliyle deroje edilemeyecek haklar kısmı daha sonra doldurulmak üzere bir

⁵⁸ UN Doc. A/C.3/SR.1261, BM Genel Kurulu 18. Oturumu 3. Komite 1261. Toplantısı Resmi Kayıtları, 12 Kasım 1963, s. 255.

⁵⁹ UN Doc. A/2929, BM Genel Kurulu 10. Oturumu Raporu (Anotation), 1 Temmuz 1955, s. 67-68.

⁶⁰ UN Doc. E/CN.4/AC.1/4, s.7. Aslında, Birleşik Krallık tarafından sunulan ilk öneri metninde, derogasyon hükmü, savaş veya diğer olağanüstü hallerde devletin hak ihlallerine yönelik olarak mağdura etkili bir hukuk yolu sunmamasına (*effective remedy*) cevaz verecek şekilde kaleme alınmıştır. Bir başka deyişle Birleşik Krallık en başta zaten bu maddeyi devletin Sözleşme altındaki yükümlülüklerinden sapabileceği yönünde bir düşünceyle önermemiştir. Yani derogasyonu mümkün olan haklar değil herhangi bir hak ihlali olduğunda buna karşı devlet-birey ilişkisine yönelik özel bir durum düzenlemesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, bu açıdan bakıldığında derogasyonu mümkün olmayan hakların orijinal Birleşik Krallık taslağında yer almamış olması oldukça doğaldır.

⁶¹ UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.34, İnsan Hakları Komisyonu Hazırlık Komitesi 2. Oturumu 34. Toplantı Özet Raporu, 20 Mayıs 1948, s.5.

⁶² UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.34, s. 4-5.

“deroje edilemeyecek haklar (*non-derogable rights*) fıkrası” eklenmesi uygun görülmüştür.⁶³

Daha sonra, Birleşik Krallık delegasyonu tarafından, deroje edilemeyecek hükümlerin yaşam hakkı, tıbbî deneye tabii tutulma yasağı, işkence yasağı, kölelik yasağı ve geriye dönük olarak cezalandırılmama yasağı şeklinde spesifikleştirilmesi gerektiği savunulmuştur.⁶⁴ Fransız delegasyonu ise, yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, keyfî tutuklama ve gözaltı yasağı, sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezası yasağı, ülkeyi terk etme hakkı (genel sağlığın tehlikede olması durumu hariç), yabancıların sınır dışı edilmesi yasağı, adil yargılanma hakkı, geriye dönük olarak cezalandırılmama yasağı, kanun önünde kişi olarak tanınma hakkını da içeren çok daha geniş bir listenin derogasyon konusu yapılamayacak hükümlerden olmasını önermiştir.⁶⁵ Aynı şekilde ABD delegasyonu da büyük ölçüde Fransa delegasyonunun önerisine katılmakla birlikte düşünce, vicdan ve din hürriyetinin de derogasyon konusu yapılmaması gerektiği savını ileri sürmüştür.⁶⁶ Burada dikkati celbeden husus, hem ABD hem de Fransa önerilerinde derogasyonu mümkün olmayan haklara ilişkin olarak sunulan oldukça geniş listelerde âdil yargılanma hakkı ile keyfî tutuklama ve alıkoyma yasağına yer verilmesine rağmen her iki öneride de alıkoymanın/tutuklanmanın hukukîliğinin denetlenmesi meselesine (*habeas corpus*)⁶⁷ referans verilmemesidir.⁶⁸

⁶³ UN Doc. E/CN.4/187, s. 1.

⁶⁴ UN Doc. E/CN.4/188, 16 Mayıs 1949, s.1-3.

⁶⁵ UN Doc. E/CN.4/324, 13 Haziran 1949, s. 1.

⁶⁶ UN Doc. E/CN.4/325, 13 Haziran 1949, s. 1. ABD delegasyonunun listesi de yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, keyfî tutuklama ve gözaltı yasağı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı hapis cezası yasağı, yabancıların sınır dışı edilmesi yasağı, adil yargılanma hakkı, geçmişe yönelik cezalandırma yasağı, kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünden oluşmaktadır.

⁶⁷ *Habeas corpus*, başkasını alıkoyan bir kişiye, alıkoyduğu kişiyi serbest bırakmasını veya mahkemeye bu alıkoyma için geçerli hukuki sebep göstermesini emretmek suretiyle, alıkoymanın hukukîliğini araştırmayı hedefleyen ayrıcalıklı bir mahkeme emridir. Habeas corpus, hukuka aykırı hürriyet kısıtlamalarına karşı Anglo Sakson hukuku tarafından geliştirilmiş etkili bir kurumdur. Mahkeme *habeas corpus* emrinde kişinin üzerindeki kısıtlamanın derhal kaldırılmasını ve kişinin kendi huzuruna çıkarılmasını öngörmektedir. Bu konuda bkz. Metin Feyzioğlu, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 1, sayı 1-4, 1995, ss. 665-688.

⁶⁸ Vurgulamak gerekir ki, MSHS’nin derogasyon hükmünün yani 4’üncü maddesinin son halinde de işbu meseleye ilişkin herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Nitekim maddenin son halinde derogasyonu mümkün olmayan haklar 2’nci fıkrada sayılırken habeas corpus

Birleşik Krallık Delegasyonu, Fransa ve ABD tarafından sunulan önerilere, keyfî tutuklama ve alıkoyma yasağı ile âdil yargılanma hakkı bakımından itirazda bulunmuştur. Anılan konuların olağanüstü hallerde özellikle savaş halinde derogasyon konusu yapılmamasının mümkün olmayacağını belirten Birleşik Krallık delegesi, yaşam hakkının “meşru savaş fiilleri dışında meydana gelen ölüm hali dışında” deroje edilemeyeceğinin kabul edilmesini önermiştir.⁶⁹ Birleşik Krallık Delegesi Bowie’nin bu önerisi Rusya ve Çin tarafından sert bir dille eleştirilmiştir. Rus Delegesi Pavlov, Sözleşme’de “meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölümler” ifadesinin kullanılmasının insanlarla “düpedüz dalga geçmek” olduğunu ifade ederek derogasyon maddesinin (madde 4) tartışılması mevzusunun Sözleşme’nin diğer maddeleri ortaya çıktıktan sonra yeniden gündeme alınmasını önermiştir.⁷⁰ Öte yandan Çin delegesi Chang de, ileride gerçekleşmesi muhtemel bir savaş tehdidini düşünmenin gerçekçi bir yaklaşım olduğunu ancak “savaş” halinde belirli insan haklarının derogasyon konusu yapılabileceğinin kabul edilmesinin “savaş kuralları” konseptinin kabulünü de gerektireceğini bu sebeple böyle bir atfın yapılmasının doğru olmadığını ifade etmiştir.⁷¹

Öneriler Sözleşme’nin diğer maddeleri henüz tam anlamıyla oturmadığından dolayı İnsan Hakları Komisyonu’nun beşinci oturumunda neticeye bağlanamamış; altıncı oturumda da derogasyon konusu yapılamayacak haklar konusu tartışılmaya devam etmiş ve konuya ilişkin olarak kayda değer öneriler gelmiştir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri, derogasyonun uluslararası sözleşmelere ve derogasyon hakkını kullanan devletin taraf olduğu uluslararası andlaşmalara aykırı olmaması hususunun eklenmesini önermiştir.⁷² Fransa, daha önce yapmış olduğu önerideki

hükümünü düzenleyen 9’uncu maddenin 4’üncü fıkrası deroje edilemeyecek hükümler arasında sayılmamıştır. Bu yönüyle, MSHS’nin olağanüstü hallerde habeas corpus’un ihlal edilebileceğini öngördüğünü söylemek mümkündür.

⁶⁹ UN Doc. E/CN.4/SR.126, İnsan Hakları Komitesi 5. Oturumu Raporu, s. 4-5. Birleşik Krallık tarafından yaşam hakkı konusuna getirilmek istenen bu farklılaşma konusu, her ne kadar MSHS’nin 4’üncü maddesinde yer bulamamış olsa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin derogasyon hükmünde (Madde 15) kendisine yer bulmuştur. Buna göre AİHS’nin 15’inci maddesinin 2’nci fıkrası mucibince “meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölümler” derogasyon konusu yapılamayacak haklar arasında sayılan “yaşam hakkının ihlali” olarak görülemeyecektir.

⁷⁰ UN Doc. E/CN.4/SR.126, s. 6.

⁷¹ UN Doc. E/CN.4/SR.126, s. 9.

⁷² UN Doc. E/CN.4/SR.365, 22 Mart 1950, s. 19.

derogasyon konusu yapılamayacak haklar listesini kısaltmış; keyfi tutuklama ve alıkoyma meselesine özel vurgu yapan yeni bir taslak fıkra ortaya atmıştır.⁷³ Öte yandan, Filipinler Delegatesi, daha önce ABD tarafından da dile getirilen bir öneriyi⁷⁴ tekrar gündeme getirerek derogasyon hükmü kapsamında deroje edilemeyecek hakların değil derogasyon konusu yapılabilecek hakların liste yoluyla belirtilmesinin Sözleşme'nin ruhu açısından daha doğru olacağını belirtmiş ve yalnızca tutuklama, seyahat özgürlüğü, yabancıların sınır dışı edilmesi, ifade hürriyeti ve toplanma özgürlüğüne ilişkin hükümlerin derogasyon konusu yapılabilmesini önermiştir.⁷⁵ Ancak bu öneri özellikle Birleşik Krallık tarafından, "savaş" zamanında bazı hükümlerin deroje edilmemesinin mümkün olmadığından bahisle eleştirilmiştir.

Başından itibaren görüleceği üzere derogasyon maddesinin her kelimesi üzerine kafa yoran, her öneriyi tartışan Komisyon, gelinen noktada derogasyon konusu yapılamayacak haklara ilişkin olarak Fransa taslağı üzerinden giderek söz konusu taslakta belirtilen her bir hakkı tek tek üyelerin oyuna sunmuş ve yaşam hakkı, işkence ve insanlık dışı muamele yasağı, rıza dışı tıbbî ve bilimsel deneye tabii tutma yasağı, kölelik ve cebri hizmet yasağı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapsedme yasağı, geçmişe yönelik cezalandırma yasağı, kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı ve düşünce din ve vicdan özgürlüğü derogasyonu mümkün olmayan hükümler olarak kabul edilmiştir.⁷⁶ Ek olarak, Lübnan Delegatesi'nin önerisi üzerine ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal köken, siyasî görüş, mülkiyet ve doğum temelli ayrımcılık yasağı da derogasyon konusu yapılamayacak haklar açısından tartışılmış; ancak, genel kanı, derogasyon konusu hallerde örneğin savaş zamanında düşman ülke vatandaşlarına karşı bir ayırım yapılmasının kaçınılmaz olduğu yönünde belirlediğinden bu konu anılan fıkra kapsamına dâhil edilmemiştir.⁷⁷ Bununla birlikte Komisyon üyeleri

⁷³ UN Doc. E/CN.4/SR.365, s. 20. Fransa güncellemiş olduğu işbu önerisinde seyahat özgürlüğü, yabancıların sınır dışı edilmesi yasağı ve adil yargılanma hakkını derogasyon konusu yapılmayacak haklar listesinden çıkarmış; düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü listeye eklemiştir.

⁷⁴ UN Doc. E/CN.4/170/Add.1, 13 Mayıs 1949, s. 1. ABD Delegasyonu da yalnızca habeas corpus, seyahat özgürlüğü, açık yargılama, düşünce ve din özgürlüğü ile toplanma hakkı hükümlerinin derogasyona tabi olmasını önermişti.

⁷⁵ UN Doc. E/CN.4/SR.365, s. 20.

⁷⁶ UN Doc. E/CN.4/SR.365, s. 21-22.

⁷⁷ Fransa Delegatesi Leroy Beaulieu, savaş zamanı bazı konularda düşman ülke vatandaşı yabancılara ilişkin farklı derogasyon tedbirleri uygulamanın kaçınılmaz olduğunu; örneğin

arasındaki olağanüstü hal döneminde “yabancılar karşı tedbirler konusunda esnek olmak” ile “hiçbir sûrette ayrımcılık yapmamak” eğilimleri ancak Komisyon’un 1952 yılındaki sekizinci oturumda uzlaştırılmıştır. Buna göre, derogasyon maddesinin birinci fıkrasına derogasyon tedbirleri açısından “yalnızca ırk, renk, cinsiyet, dil, din ve toplumsal köken temelli ayrımcılık yapmama” hükmü dercedilmiştir.⁷⁸ Böylece hem Sözleşme’nin ruhu açısından eşitliğe vurgu yapılmış hem de tehdit oluşturabilecek azınlıklara karşı farklı tedbirler alınabileceğine ilişkin açık kapı bırakılmıştır.

1.2.2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Statüsü’nde⁷⁹ vurgulanan insan haklarına bağlılığın somut bir şekle büründürüldüğü sözleşmedir. Konsey, her ne kadar insan haklarını güvence altına alacak bir sistem kurma üzerine yoğunlaşsa da hangi temel hakların garanti altına alınacağı hazırlık çalışmaları esnasında öncelikli konulardan birisi olmuştur.⁸⁰ Bu konuda ilk teklif BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nden on temel hakkın alınması yönünde olmuş⁸¹; daha sonra ortaya atılan tekliflerle birlikte Sözleşme’de korunacak hakların ve özgürlüklerin sayısı artırılmıştır. Öte yandan Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusu, hazırlık çalışmalarının yapıldığı toplantıların başından itibaren tartışılmıştır.⁸²

toplama özgürlüğü konusunda bir farklılık gözetilebileceğini belirterek bu öneriye karşı çıkmıştır. Bu görüşü destekleyen Filipinler Delegesi Mendez, savaş zamanı devletlerin, aldığı ilk önlemlerden birinin kendi ülkesinde yaşayan düşman ülke vatandaşlarını toplama kamplarına tecrit etmek olduğunu; toplama kamplarındaki söz konusu insanlara karşı da hukukun normal bir şekilde işlemesinin beklenemeyeceğini dile getirmiştir (UN Doc. E/CN.4/SR.196, 26 Mayıs 1950, s. 4-5).

78 Ayrımcılık yasağına ilişkin hükme “yalnızca” ibaresi eklenmek suretiyle “ulusal köken” ifadesinin çıkarılması önerisi Birleşik Krallık Delegasyonu tarafından yapılmış (UN Doc. E/CN.4/SR.330, s.4) ve söz konusu öneri 11 Haziran 1952 tarihli Komisyon toplantısında kabul edilmiştir (UN Doc. E/CN.4/SR.331, s.6).

79 Council of Europe, **Statute of the Council of Europe**, European Treaty Series-No.1, Londra, 5.5.1949.

⁸⁰ Yücel Acer & İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Şubat 2018, s. 294.

⁸¹ Parliamentary Assembly Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights, **Establishment of a collective guarantee of essential freedoms and fundamental rights, Doc. 77**, 5 Eylül 1949. Literatürde “Teitgen Raporu” olarak anılan işbu belgede, Fransa delegesi Pierre-Henri Teitgen, Sözleşme kapsamında korunması gereken temel hak ve hürriyetler ile bunlara ilişkin denetim ve yaptırım mekanizmalarını madde madde taslak halinde ortaya koymuştur.

⁸² Travaux Préparatoires ile alakalı detaylı bilgi edinmek için lütfen bakınız: Council of Europe, **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**, vol. 1-2-3-4-5-6-7-8, Martinus Nijhoff, the Hague-Boston-London-Dordrecht-Lancaster, 1975-1985.

Nitekim, Ağustos-Eylül 1949'da gerçekleştirilen Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin –o zamanki adıyla Avrupa Konseyi Danışma Meclisi- ilk oturumunda Belçika Delegesi Fayat tarafından “olağan ya da savaş hali gibi olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması veya bunların sınırlandırılmasının ülkeden ülkeye kesin farklılıklar gösterdiği” gündeme getirilmiştir.⁸³ Yine aynı oturumda İrlandalı delege Everett, Kuzey İrlanda'da 1922-1943 yılları arasında kamu düzenini sağlamak için çıkartılan ancak zaman içerisinde cumhuriyetçi fikirlerin ifadesinin engellenmesi için bir araç haline dönüştürülen Özel Yetkiler Kanunları'na⁸⁴ (*Special Powers Act*) atıf yapmak sûretiyle, böyle zamanlarda toplumsal azınlıkların özgürlüklerinden mahrum edilmesinin, fikir ve ifade hürriyetlerinin engellenmesinin, dinî ya da siyasî görüşleri dolayısıyla ayrımcılığa uğramalarının önüne geçilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁸⁵ Konuyla bağlantılı olarak Birleşik Krallık delegesi Sir Ronald Ross, Özel Yetkiler Kanunu'nun, aralarında 2 milletvekilinin bulunduğu 200 kişinin ölümünden sorumlu gizli bir örgütün propaganda yapması üzerine olağanüstü halde çıkarıldığını belirterek olağanüstü hallerde toplumsal güvenliğin birinci öncelik olduğunun tüm insan hakları bildirgelerinde yer aldığını⁸⁶ söylemiştir.

Hazırlık çalışmaları esnasında, AİHS'de yer alan hakların ve bu haklara ilişkin sınırlamaların açıkça belirtilmesi gerektiğini savunanlar ile İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 29'uncu maddesine benzer bir şekilde genel bir sınırlamanın yeterli olacağı taraftarı olanlar arasında önemli bir fikir ayrılığı belirlemiştir. Bir başka ifadeyle, AİHS'nin 15'inci maddesi sözleşme hazırlamada birbirine alternatif addedilen “genel liste” ve “açık/net tanım” tartışmalarının odak noktası olmuştur.⁸⁷ Genel liste taraftarları, hakların tanımlarını ve genel bir sınırlama maddesinden başka herhangi bir istisnaya ya da kısıtlamaya yer verilmeyen bir sözleşme isterken öte yandan açık tanım savunucuları belli başlı hakların tanımlandığı maddelerde spesifik

⁸³ 1 **Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention** 88.

⁸⁴ Kuzey İrlanda Özel Yetkiler Kanunları'na ilişkin daha fazla bilgi için lütfen bkz. Laura K. Donohue, “Regulating Northern Ireland: The Special Powers Acts, 1922-1972”, **The Historical Journal**, Vol. 41, No. 4, Cambridge University Press, Aralık 1998, ss. 1089-1120.

⁸⁵ 1 **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention** 104.

⁸⁶ **A.g.e.**, 152.

⁸⁷ Nitekim aynı konu MSHS Hazırlık Çalışmaları esnasında da oldukça önemli bir gündem teşkil etmiştir.

sınırlama ve istisnaların olması gerektiğini aynı zamanda da olağanüstü hallerde devletlerin hakları reddetmesi ya da kötüye kullanmasını engelleyeceğinden bahisle bir derogasyon maddesinin Sözleşme'ye ilâştirilmesi gerektiğini savunmuşlardır.⁸⁸

Hukukî ve İdarî Meseleler Komitesi Raportörü Pierre-Henri Teitgen tarafından hazırlanan ilk taslakta genel bir sınırlama maddesi yer almıştır. Bu madde İHEB madde 29 dikkate alınarak hazırlanmış ve hakların sınırlanmasına “yalnızca başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin tanınması ve saygı gösterilmesinin sağlanması ile demokratik bir toplumda ahlâk, kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel refahın gerekliliklerine ulaşma amacı” dâhilinde izin verilmiştir.⁸⁹ Ancak, devletlerin bu maddeyi kendi uygulamalarını meşrulaştırmak için kullanabileceğinden bahisle daha açık ve net bir sınırlama çerçevesi çizilmesi gerektiğini iddia edenler bu maddeye sert bir şekilde karşı çıkmıştır. İtalya Delegesi Benvenuti bu maddenin insan hakları ve özgürlüklerini ihlal eden her devlet tarafından kullanılacağını, ahlâk, kamu düzeni, kamu güvenliği gibi kavramların totaliter devletlerin uygulamalarına belirsiz bir bahane sunabileceğinden bahisle⁹⁰ bu maddenin kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür. Ama Danışma Meclisi oylama neticesinde maddeyi mevcut şekliyle kabul etmiş ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne (AK Bakanlar Komitesi) sunmuştur.⁹¹

Bakanlar Komitesi'nin 3-5 Kasım 1949 tarihinde Paris'te gerçekleştirilen ikinci oturumunda Danışma Meclisi'nin Tavsiye Kararı (*Recommendation*) görüşülmüş ve bu meyanda bir derogasyon maddesine ihtiyaç olup olmadığı hususunda Sözleşmecî Devletlerden gerekli yeterlilikte uzmanların yer alacağı bir toplantı organize edilmesi kararlaştırılmıştır. Norveç Dışişleri Bakanı Halvard M. Lange'ın aynı dönemde Birleşmiş Milletler tarafından İHEB temel alınarak hazırlanan taslak Sözleşme'den faydalanılması önerisini⁹² de dikkate alan Bakanlar Komitesi, Danışma Meclisi'ne gönderilen mektupta “Birleşmiş Milletler'in ilgili organları tarafından konuya ilişkin olarak yapılan

88 A.g.e., 222-224-230.

89 A.g.e., 178.

90 2 **Collected Edition of the TP** 138-140.

91 A.g.e., 274.

92 A.g.e., 290.

çalışmaların⁹³ dikkate alınması gerektiğini” de belirtmiştir.⁹⁴ Uzmanlar, Danışma Meclisi ve Birleşmiş Milletler taslağı üzerine karşılaştırmalı bir çalışma yapmışlar ve bu çalışmanın sonunda BM Sözleşmesi’nin 4. Maddesinde yer alan derogasyon maddesinin “Strasbourg taslağında yer alan genel sınırlama maddesi dolayısıyla gereksiz olduğu”ndan bahisle⁹⁵ spesifik bir derogasyon maddesine gerek olmadığı sonucuna ulaşmışlardır. Bununla birlikte, Birleşik Krallık’tan gelen uzman sınırlamanın çerçevesinin açıkça çizilmesini ve Birleşmiş Milletler’in derogasyon maddesiyle özdeş bir maddenin Avrupa Sözleşmesi’nde de yer alması gerektiğini savunmuştur.⁹⁶

Bu noktada uzmanlar her ne kadar fikir ayrılığına düşmüş olsalar da çok geçmeden derogasyon maddesinin olması gerektiğinde mutabık kalmışlardır. İlk olarak mevcut sınırlama maddesinin üzerinde küçük değişiklikler⁹⁷ yapılarak devam edilmesi tartışılmış; ancak 6 Mart 1950 tarihli oturumda Birleşik Krallık’ın konuya ilişkin detaylı önerisi Uzmanlar Komitesi’nin önüne gelmiştir. Bu öneride Birleşik Krallık Sözleşme’de hem bir detaylı bir derogasyon maddesi sunmuş hem de yargılama, din, ifade, toplanma ve ifade hürriyetlerine ilişkin maddelerin içerisine de “sınırlama yapılabilecek istisna haller” önermiştir.⁹⁸ Uzmanlar Komitesi, 16 Mart 1950 tarihinde Bakanlar Komitesi’ne sundukları raporda “iki taslaktaki sistemin esasen farklılık gösterdiğinden bahisle Birleşik Krallık tarafından sunulan (açık tanım ilkesi uyarınca) taslak ile Parlamenterler Meclisi (genel liste ilkesi uyarınca) taslağından bir sentez yapmanın mümkün olmadığını” belirtmiştir. Bu iki sistem arasında yapılacak seçimin hukukî değil politik olacağını ileri süren uzmanlar, herhangi bir tercihte bulunmadan her iki sisteme göre hazırlanmış taslakları Bakanlar Komitesi’ne (*Committee of Ministers*) sunmuşlardır.⁹⁹ Sözleşmenin geneli bakımından böyle bir ayrılık söz konusu olsa da

93 İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmesi ilk taslağı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu 5. Oturum Raporu, Mayıs-Haziran 1949.

94 2 **Collected Edition of the TP** 296.

95 3 **Collected Edition of the TP** 28.

96 **A.g.e.**, 188-190.

97 Türkiye delegesi Cevat Üstün’ün “kamu düzeni ve güvenliği” ifadelerinden sonra “milli birlik ve dayanışma” ibaresinin eklenmesi önerisi buna örnek gösterilebilir.

98 3 **Collected Edition of the TP** 280-288.

99 **A.g.e.**, s. 16

derogasyon maddeleri açısından bakıldığında her iki taslağın da neredeyse birbirinin aynısı olduğu görülecektir.¹⁰⁰

22 Nisan 1950 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, üye ülkelerin dışişleri bakanlarına gönderdiği mektupla haziran ayı başında Üst Düzey Devlet Görevlileri Konferansı düzenleneceğini haber vermiştir.¹⁰¹ 8-17 Haziran 1950 tarihleri arasında Strasbourg'ta düzenlenen konferansta üye ülkelerin üst düzey yetkilileri kendilerine sunulan taslakları birleştirmişlerdir. Bu aşamada her iki taslağın derogasyon maddelerinde de yer alan “ulusun çıkarlarını tehdit eden” ibaresi “ulusun varlığını tehdit eden” ibaresi ile değiştirilmiştir.¹⁰² Bu toplantıdan sonra derogasyon maddesi üzerinde cümle kurulumuyla ilgili olarak yapılan küçük değişiklikler dışında hiçbir değişiklik olmamıştır.¹⁰³ Bakanlar Komitesi, revize edilen Sözleşme metnini kabul etmiş ve Sözleşme 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da devlet ve hükümet temsilcileri tarafından imzalanmıştır.¹⁰⁴

¹⁰⁰ A.g.e., s. 56

¹⁰¹ A.g.e., s. 92-94

¹⁰² A.g.e., s. 280

¹⁰³ Örneğin maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında geçen “Devlet” ibareleri “Yüksek Sözleşmeciler Taraf” ifadeleriyle değiştirilmiştir.

¹⁰⁴ 7 **Collected Edition of the TP** 76-78-80.

2. AİHS VE MSHS ALTINDA YAPTIRIM MEKANİZMALARI VE DEROGASYON KURUMUNA ETKİLERİ

Yaptırım meselesi, ulusal hukuk açısından olduğu gibi uluslararası hukukun da en önemli konularından biri olagelmıştır. İç hukukta bir kuralın ihlal edilmesi halinde nasıl ki toplum tarafından bir tepki gösteriliyorsa aynı şekilde milletlerarası ölçekte de kurallar ihlal edildiği zaman uluslararası toplum da bu ihlale yönelik bir tepki göstermektedir. Ancak uluslararası anlamda gösterilen tepkinin ulusal tepkiden oldukça farklı bir nitelik arz edeceğini vurgulamak gerekir. Zira iç hukukta bir kural ihlal edildiğinde meşru şiddet tekeli olan devletin kolluk güçleri ve adli mercileri tarafından duruma müdahale edilirken devletlerden müteşekkil uluslararası toplum “rızaî” ya da “gönüllü” ilişkilere dayandığından böyle bir durum söz konusu değildir. Gerçekten de uluslararası toplumun kurallarını oluşturan andlaşmalar, sözleşmeler, kurallar ancak ve ancak devletlerin kendi rızaları ile kendilerini bağlayıcılık altına almaları sonucunda hukukîlik kesbetmektedir.

İç hukuk sistemlerinde olduğu ölçüde bir zorlayıcılığın ve bağlayıcılığın olmadığı uluslararası hukukta devletlerin kurallara uymasının çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bu bağlamda öncelikle devletlerin gün geçtikçe artan ihtiyaçları onları birbirleriyle işbirliği yapmaya sevk etmektedir. İşte bu karşılıklı bağımlılık, kaçınılmaz şekilde kendi kurallarını yaratmakta ve devletler de bu kurallara uymak zorunda kalmaktadır. Diğer taraftan milletlerarası arenada iç hukukta olduğu gibi hukuku tesis eden devletler üstü bir yasama ve yürütme organı bulunmadığından devletler kendi uyacakları kuralları kendileri belirlemektedir. Bu çerçevede bir nevi kendi öz ihtiyaçlarına hitap eden kuralları kayda geçirdikleri ve bunları ihtiyaçları doğrultusunda uyguladıkları söylenebilir. Üçüncü olarak milletlerarası hukuk kurallarının bir kısmı iç hukuka iktibas edildiğinden esasen uluslararası hukukun iç hukukta var olan yaptırımlardan istifade ettiği yorumu

yapılabilir.¹⁰⁵ Bu kapsamda aslında milletlerarası hukuku yaptırımsız bir alan olarak görmek devletlerin deyim yerindeyse istediğini yapabileceği kuralsız bir ilişkiler yumağı olarak tasavvur etmek doğru değildir.

Çalışmanın bu bölümünde AİHS ve MSHS sistemi altında devletlerin hangi yükümlülükler ile kendilerini rızaen bağladıkları, bu rızanın hangi ihtiyaca karşılık geldiği ve devletlerin kolektif bir şekilde insan haklarının korunması adına ortaya koydukları iradeyi izah eden rejim anlatılmaktadır. Bu minvalde, anılan sözleşmelerin genel karakteristiği ve düzenledikleri haklar üzerinde durulduktan sonra AİHS ve MSHS altında yaptırım ve denetim mekanizmalarının işleyişi analiz edilmektedir.

2.1 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi

2.1.1 Genel Bilgiler

4 Kasım 1950 tarihinde kabul edilen ve imzaya açılan, on AK üyesi devletin onay sürecinin tamamlanmasının ardından¹⁰⁶ 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da orijinal adıyla İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi¹⁰⁷, geniş bir temel haklar ve hürriyetler yelpazesi ile birlikte bireylere etkili bir hak arama mekanizması sunan bir Sözleşme olması bakımından yirminci yüzyılda uluslararası hukukun en önemli başarılarından birisi olarak gösterilmektedir.¹⁰⁸ Yürürlüğe girişinin üzerinden geçen yaklaşık 70 yılda AİHS, uluslararası bir insan hakları sözleşmesinden başta AK üyeleri olmak üzere bütün dünya açısından referans alınan, insan hakları ve hürriyetler alanında standart belirleyici “anayasa benzeri (*quasi-constitutional*)” bir yapıya evrilmiştir.¹⁰⁹ Nitekim Avrupa İnsan

¹⁰⁵ Konuya ilişkin bkz. Aslan Gündüz (R. Volkan Günel (Ed.)), **Milletlerarası Hukuk**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, 2018, ss. 10-13.

¹⁰⁶ AİHS'nin orijinal ilk metninin 66'ncı maddesinde Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi için on AK üyesi devletin onay sürecini tamamlayıp işbu onay belgelerini AK Genel Sekreteri'ne ulaştırması gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁰⁷ European Treaty Series (ETS) No. 5, Roma, 4 Kasım 1950.

¹⁰⁸ Oliver Dörr, “European Convention on Human Rights”, in **The Council of Europe: Its Law and Policies**, Stefanie Schmahl, Marten Breuer (ed.), Oxford University Press, New York, 2017, s. 465.

¹⁰⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için “Ulusalüstü Anayasa” tabiri kullanılması hakkında bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **a.g.e.**, cilt 2, s. 13

Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) kimi içtihatlarında bu hususa vurgu yapmıştır.¹¹⁰

İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden süreçte¹¹¹, bir grup Batı Avrupa devleti, Avrupa devletleri arasında şimdiye kadar hiç olmadığı kadar yakın siyasi ve hukuki bir birliktelik tesis etmek suretiyle Avrupa sathında yeni savaşların olmasını engelleyecek bir bölgesel yapı kurma düşüncesiyle bir araya gelmiştir. Avrupa'da yeni diktatörlüklerin doğmasına ve Avrupa'nın yok edici bir savaşın içine yeniden düşmesine engel olma düşüncesi¹¹², 1949'da Avrupa Konseyi'nin kurulmasına sebebiyet vermiştir.¹¹³ 5 Mayıs 1949 tarihinde kabul edilen¹¹⁴ Avrupa Konseyi Statüsü¹¹⁵, bireysel ve siyasi özgürlükler ile hukukun üstünlüğünün hakîkî demokrasinin temelini oluşturduğunu beyan eden,¹¹⁶ aynı zamanda insan haklarının ve temel hürriyetlerin idrak edilip korunmasını Konsey'in temel amaçlarından birisi¹¹⁷ yapan bir metindir. Konsey'e yalnızca "hukukun üstünlüğü ve kendi egemenliği altında yaşayan insanları temel hak ve hürriyetlerden faydalandırma prensiplerini kabul eden"¹¹⁸ Avrupalı devletlerin üye olabileceği; anılan prensipleri ciddi bir şekilde ihlal eden üye devletlerin ise Konsey'de temsil edilme haklarının askıya alınabileceği hatta söz konusu

¹¹⁰ AİHM'nin "Sözleşme'nin, Avrupa'nın kamu düzenine ilişkin anayasal bir metin olduğu" şeklindeki yorumları hakkında bkz. *Sargsyan v. Azerbaycan*, Başvuru No: 40167/06, Büyük Daire (Grand Chamber) Kararı, 16 Haziran 2015, HUDOC, para. 147; *Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 55721/07, Büyük Daire Kararı, 7 Temmuz 2011, HUDOC, para. 141; *Loizidou v. Türkiye*, Başvuru No: 15318/89, İlk İtirazlar Kararı, 23 Mart 1995, HUDOC, para. 75.

¹¹¹ Bu dönemde insan hakları ve barışın sürekliliğini sağlama girişimleri hakkında bkz. Hurst Hannum, S. James Anaya, and Dinnah L. Shelton, **International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice**, Aspen Publishers, 5th Edition, New York, 2011, s. 47-52.

¹¹² Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu**, TBMM Basımevi, Ankara, 1995, s. 90; Ömer Madra, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1981, s. 7-20.

¹¹³ David S. Weissbrodt, Fionnuala Ní Aoláin, Joan Fitzpatrick, Frank Newman, Fionnuala Ní Aoláin, **International Human Rights: Law, Policy and Process**, 4. Baskı, Lexis Publishing, 2009, s. 787.

¹¹⁴ İlk imzacılar, yani Avrupa Konseyi'nin kurucuları Belçika Krallığı, Danimarka Krallığı, Fransız Cumhuriyeti, İrlanda Cumhuriyeti, İtalya Cumhuriyeti, Lüksemburg Büyük Dükalığı, Hollanda Krallığı, Norveç Krallığı, İsveç Krallığı ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı'dır. Sonradan Statü'yü kabul edip üye olan devletlerle birlikte Avrupa Konseyi'nin 2019 yılı itibarıyla 47 üyesi bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>, ET: 27.4.2019.

¹¹⁵ ETS No.1, Londra, 5 Mayıs 1949.

¹¹⁶ A.g.e., Giriş, para. 2.

¹¹⁷ A.g.e., m. 1(b).

¹¹⁸ A.g.e., m. 3.

devletlerin Konsey üyeliğinden çıkarılabileceği¹¹⁹ düzenlenmiştir. Bu nedenle, Konsey'in Statü'de benimsenen değerler bakımından etkin bir yaptırım mekanizması öngördüğü söylenebilir.

Avrupa Konseyi her ne kadar temel hak ve hürriyetlerin korunmasını temel hedef olarak Statü'de beyan etmiş olsa da pozitif anlamda hak ve özgürlüklerin minimum standartlarının ne olacağı, bu anlamda üye devletlerin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin belirleneceği ve bunlara ilişkin olarak Avrupa Konseyi bünyesinde tesis edilecek gözetim ve denetim mekanizmasının somutlaştırılacağı bir “insan hakları sözleşmesi” ihtiyacı doğmuştur. Esasında Avrupa'da bir insan hakları belgesi oluşturulması fikri Avrupa Konseyi öncesine dayanmaktadır. Mayıs 1948'de Lahey'de toplanan Avrupa Kongresi, insan hakları konusunda Avrupa'da daha sonra kaydedilecek somut gelişmelerin başlangıç noktasını oluşturmuştur. Avrupa Kongresi, birleşik Avrupa'da kişilerin, fikirlerin, malların ve sermayenin serbest dolaşımı gibi bazı temel hakları ilan etmiştir.¹²⁰ Kongre'de Winston Churchill'in “bir araya gelişin merkezinde bir İnsan Hakları Şartı fikrinin yattığını”¹²¹ açıklaması 2 yıl sonra 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren¹²² AİHS'nin habercisi olmuştur.

2019 yılı itibariyle Avrupa Konseyi üyesi 47 devletin¹²³ kabul ettiği Sözleşme, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren farklı tarihlerde yürürlüğe giren

¹¹⁹ A.g.e., m. 8.

¹²⁰ Yücel Acer & İbrahim Kaya, a.g.e., s. 293.

¹²¹ Ed Bates, **The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights**, Oxford University Press, New York, 2010, s. 47.

¹²² Sözleşme'nin ilk imzacıları; Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İzlanda, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Saar Protektorası (Daha sonra Almanya'ya katılacaktır), Türkiye, Birleşik Krallık olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. **ETS No. 005**, 4 Kasım 1950, s. 17-18-19. Ancak Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi için yalnızca anılan devlet temsilcilerinin Sözleşme'yi imzalamaları yeterli olmamış; Sözleşme'nin “imza ve onay” kenar başlıklı 59'uncu maddesi uyarınca Sözleşme'nin 10 devlet tarafından onaylanması (kendi iç hukukuna göre) ve bu onay belgelerinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne ulaştırılması gerekmiştir. Bu bağlamda, 3 Eylül 1953 tarihinde Lüksemburg'un da onuncu ülke olarak Sözleşme'yi onay sürecini tamamlamasının ardından AİHS aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye ilişkin imza, onay, çekince, derogasyon vb. konulara ilişkin detaylı bilgi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> ET : 27.4.2019.

¹²³ Mevcut üyeler Almanya, Andorra, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Birleşik Krallık, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Fransa, Gürcistan, Hollanda, Hırvatistan, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, İzlanda, Karadağ, Kuzey Makedonya, Kıbrıs (*Güney Kıbrıs Rum Yönetimi*), Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Moldova, Monako, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, San Marino, Slovakya, Slovenya, Sırbistan, Türkiye, Ukrayna,

protokoller aracılığıyla değiştirilmiş veya genişletilmiştir.¹²⁴ Üye Devlet sayısının artması ile birlikte gelen sorunlarla etkin mücadele etmek¹²⁵ adına Sözleşme’yi değiştirmek suretiyle Sözleşme’nin mütemmim cüzü haline gelen protokoller¹²⁶ ile birlikte AİHS üç ana bölümden¹²⁷ oluşmaktadır. Sözleşme’nin birinci maddesi “Yüksek Sözleşmeci Taraf Devletler, kendi yetki alanları içerisinde bulunan herkesin, işbu Sözleşme’nin birinci bölümünde düzenlenen haklarını ve özgürlüklerini güvence altına alırlar” şeklinde olup imzacı devletlerin Sözleşme altındaki temel yükümlülüğünü ortaya koymuştur. Sözleşme’nin ikinci maddesinden itibaren başlayan birinci bölüm; yaşam hakkı (m. 2), işkence yasağı (m. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m.4), özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 5), adil yargılanma hakkı (m. 6), kanunsuz ceza yasağı (m. 7), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (m. 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 9), ifade özgürlüğü (m. 10), toplanma ve birlik kurma özgürlüğü (m. 11), evlenme hakkı (m. 12), etkili başvuru (*effective remedy*) hakkı (m. 13) ve ayrımcılık yasağı (m. 14) olmak üzere

Yunanistan’dan müteşekkildir. Ayrıca ABD, Japonya, Kanada, Meksika, Vatikan ve İsrail (AKPM: Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Nezdinde) olmak üzere 6 adet de gözlemci üye bulunmaktadır. Konsey Nezdinde Gözlemci Üye Statüsü ile alakalı detaylı bilgi için bkz. **Statory Resolution No. (93)26 on observer Status**, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 93. Oturum, 14 Mayıs 1993. AKPM Nezdinde Gözlemci Üye Statüsü için bkz. **Resolution 1202**, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 4 Kasım 1999.

¹²⁴ Hâlihazırda Sözleşme’yi –hak ve özgürlüklere dokunmadan işleyiş bakımından- değiştirmek suretiyle Sözleşme’nin mütemmim cüzü haline gelen Protokoller ve Sözleşme’nin orijinal metninde herhangi bir değişiklik yapmamakla birlikte Sözleşme’nin hak ve özgürlükler bakımından kapsamını genişleten Ek Protokoller olmak üzere toplam 17 adet Protokol bulunmaktadır. Bunlardan 15’i hâlihazırda yürürlükte olup birisi halen onay aşamasında (Protokol No. 15) bir diğeri (Protokol No. 14bis) 1 Haziran 2010 itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

¹²⁵ Örneğin başvuruların kabul edilebilirlik kriterleri, tekrar eden davaların ele alınışı gibi konularda değişiklikler getiren Protokol No. 14 yürürlüğe girdikten sonra Mahkeme önünde bekleyen davalarda kayda değer bir azalma yaşanmıştır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Avrupa Konseyi, **AİHM 2012 Yıllık Raporu**, Avrupa Konseyi, Fransa, Mart 2013.

¹²⁶ Sözleşme’nin orijinal metni 21 Eylül 1970 tarihinde yürürlüğe giren Protokol No. 2 (**ETS No. 44**) ve Protokol No. 3 (**ETS No. 45**), 20 Aralık 1971’de yürürlüğe giren Protokol No. 5 (**ETS No. 55**), 1 Ocak 1990’da yürürlüğe giren Protokol No. 8 (**ETS No. 118**), 1 Ekim 1994’te yürürlüğe giren Protokol No. 9 (**ETS No. 140**), 1 Kasım 1998’de yürürlüğe giren Protokol No. 11 (**ETS No. 155**, *Bu protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte Protokol No. 10 (ETS No. 146) henüz daha yürürlüğe girmeden amacını yitirmiş ve kadük kalmıştır.*) ve 1 Haziran 2010’da yürürlüğe giren Protokol No. 14 (**CETS No. 194**, *Bu protokolün yürürlüğe girmesinin akabinde Protokol No. 14bis (CETS No. 204) yürürlükten kalkmıştır*) ile değiştirilmiştir. 14’üncü Protokol hariç anılan diğer Protokoller ile yapılan değişiklikler Protokol No. 11 yürürlüğe girdikten sonra işlevsiz kalmıştır; Zira Protokol No. 11 Sözleşme’nin usule ilişkin maddelerini bütünüyle değiştirmiştir.

¹²⁷ Sözleşme’nin orijinal metni beş ana bölüm altında toplam 66 maddeden ibarettir. Bu çerçevede, AİHS m. 2-14 arası “esasa ilişkin hukuk”, m. 19-66 arasındaki toplam 48 maddesi ise “usule ilişkin hukuk” kategorisine giren niteliktedir. AİHS’nin kabulü, kapsamı, sınırlama ve sapma rejimleri hakkında bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **a.g.e.**, cilt 2, s. 12-24.

temel hak ve hürriyetleri düzenlemektedir.¹²⁸ Sözleşme'nin ikinci bölümünü oluşturan 19'uncu ve 51'inci maddeleri arası, "Taraf Devletlerin Sözleşme altındaki yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla"¹²⁹ kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işleyişine ayrılmıştır. Nihayet Sözleşme'nin üçüncü ve son bölümünde (m. 52-59 arası) ise Sözleşme'nin ülkesel uygulaması, çekinceler, fesih, imza ve onay gibi çeşitli hükümlere yer verilmiştir.

Ayrıca, muhtelif zamanlarda yürürlüğe giren Protokoller aracılığıyla da yeni hak ve özgürlükler koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda, 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe giren Ek Protokol¹³⁰ ile mülkiyetin korunması hakkı, eğitim hakkı ve gizli oyla serbest seçim hakkı; 2 Mayıs 1968'de yürürlüğe giren Protokol No. 4¹³¹ ile sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı hapis cezası yasağı, seyahat özgürlüğü, vatandaşların sınır dışı edilme yasağı, yabancıların topluca sınır dışı edilme yasağı; 1 Mart 1985'te yürürlüğe giren Protokol No. 6¹³² ile "savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller" hariç olmak üzere ölüm cezasına çarptırma yasağı; 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe giren Protokol No. 7¹³³ ile cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı, aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı, adli hata halinde tazminat hakkı, eşler (karı-koca) arasında haklar ve sorumluluklar bakımından eşitlik; 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren Protokol No. 12¹³⁴ ile ayrımcılık yasağı; 1 Temmuz 2003'te yürürlüğe giren Protokol No. 13¹³⁵ ile ölüm cezasının

¹²⁸ Tabii bu bölümde hak ve hürriyetlerin düzenlenmesinin yanı sıra olağanüstü hallerde derogasyon (m. 15), yabancıların siyasi etkinliklerinin kısıtlanması (m. 16), hakların kötüye kullanılması yasağı (m. 17) ile nihayet haklara ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamaların sınırlandırılması (m. 18) gibi hak ve özgürlüklerin kullanılmasını azami düzeyde garantiye almayı amaçlayan hükümlere de yer verilmiştir.

¹²⁹ ETS No. 5, AİHS, m. 19.

¹³⁰ Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No. 9, Paris, 20 Mart 1952.

¹³¹ Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, ETS No. 46, Strasbourg, 16 Kasım 1963.

¹³² Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty, ETS No. 114, Strasbourg, 28 Nisan 1983.

¹³³ Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No. 117, Strasbourg, 22 Kasım 1984.

¹³⁴ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No. 177, Roma, 4 Kasım 2000.

¹³⁵ Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, ETS No. 187, Vilnius, 3 Mayıs 2002.

bütünüyle kaldırılması; 1 Ağustos 2018 tarihinde yürürlüğe giren Protokol No. 16¹³⁶ ile Üye Devletlere AİHM'den AİHS altında korunan hak ve özgürlüklere ilişkin meselelerle alakalı görüş isteme¹³⁷ ve yine Üye Devletler ile Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'ne AİHM önündeki davalara katılma ve yazılı görüş sunma meseleleri düzenlenmiştir.

Görüleceği üzere, Avrupa Sözleşmesi altında genel olarak medenî ve siyasî haklar koruma altına alınmıştır.¹³⁸ Başlangıçta esasen demokratik bir toplum için gerekli addedilen haklar ve özgürlükler düzenlense¹³⁹ de sonraki yıllarda kabul edilen Protokollerle Sözleşme'nin esasına ve işleyişine ilişkin güncellemeler yapılmıştır.¹⁴⁰ Öte yandan, Sözleşme'de düzenlenen temel hak ve hürriyetler yalnızca Sözleşmeciler Devletler'in vatandaşlarına değil bu devletlerin hâkimiyeti altında veya yetkisi dâhilinde olan bütün insanlara karşı tanınmıştır.¹⁴¹ Yani vatandaşlıkları, hukukî statüleri veya ikametlerinin kısa ya da uzun oluşuna bakılmaksızın Sözleşmeciler Devletler'in egemen olduğu alanlarda bulunan bütün insanlar Sözleşme tarafından korunan haklardan ve özgürlüklerden faydalanabilir.¹⁴² Ancak, bu hak ve özgürlükler "hakların özüne dokunmamak"¹⁴³ kaydıyla kamu düzeni (örneğin m. 6/1), kamu güvenliği (m. 8/2), ulusal güvenlik (m. 10/2), sağlığın korunması (m. 11/2) vb. sebeplerle sınırlandırılabilir¹⁴⁴ ya da savaş veya ulusun varlığını tehdit eden

¹³⁶ Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, **CETS No. 214**, Strasbourg, 2 Ekim 2013.

¹³⁷ Nitekim Fransız Yargıtayı Ekim 2018'de AİHM'den ilk görüş isteyen devlet mahkemesi olmuştur. Bu konuda bkz. Council of Europe, **Annual Report 2018 of the European Court of Human Rights**, s. 9.

¹³⁸ David S. Weissbrodt, Fionnuala Ní Aoláin, Joan Fitzpatrick, Frank Newman, Fionnuala Ní Aoláin, **a.g.e.**, s. 788. Ancak, 20 Mart 1952 tarihli Ek Protokol'ün 2'nci maddesinde düzenlenen "eğitim hakkı" Sözleşme'nin medenî ve siyasî haklar kapsamını aşan bir istisna olarak görülebilir.

¹³⁹ Yücel Acer & İbrahim Kaya, **a.g.e.**, s. 294.

¹⁴⁰ Sözleşme'yi –hak ve özgürlüklere dokunmadan işleyiş bakımından- değiştirmek suretiyle Sözleşme'nin mütemmim cüzü haline gelen Protokoller ve Sözleşme'nin orijinal metninde herhangi bir değişiklik yapmamakla birlikte Sözleşme'nin hak ve özgürlükler bakımından kapsamını genişleten Ek Protokoller olmak üzere toplam 17 adet Protokol bulunmaktadır. Bunlardan 15'i hâlihazırda yürürlükte olup birisi halen onay aşamasında (Protokol No. 15) bir diğeri (Protokol No. 14bis) 1 Haziran 2010 itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁴¹ Bkz. AİHS m. 1: "...secure to everyone within their jurisdiction..."

¹⁴² Yücel Acer & İbrahim Kaya, **a.g.e.**, s. 295.

¹⁴³ Hakların ve özgürlüklerin özüne dokunmama ölçütüne ilişkin olarak bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **a.g.e.**, cilt 2, s. 21-23.

¹⁴⁴ AİHS altında hakların ve hürriyetlerin sınırlandırılması için bkz. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 4th Edition, Intersentia, Antwerpen-Oxford, s. 333-350; Rosalyn Higgins, "Derogations under Human Rights Treaties", **The British Yearbook of International Law 1976-1977**, Clarendon Press, Oxford, 1978, s. 281-320.

genel tehlike hallerinde durumun mutlaka gerektirdiği ölçüde deroje (m. 15) edilebilir.

2.1.2 Denetim ve Yaptırım Mekanizması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, başlangıçta, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetlemek bir başka tâbirle insan hakları ihlalleriyle etkili bir şekilde mücadele etmek adına Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) şeklinde iki temel organ ihdas etmiştir.¹⁴⁵ Protokol No. 11'in yürürlüğe girdiği tarihe kadar, AİHK Sözleşme altında devletlerin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi noktasında oldukça önemli bir fonksiyon üstlenmiştir. Nitekim devletler, Sözleşme'nin dibacesinde belirtildiği gibi insan haklarının ve temel hürriyetlerin "kolektif korumasının sağlanması" amacına matuf olarak Sözleşme'yi ihlal eden bir başka devleti Komisyon'a havale etmiştir.¹⁴⁶ Öte yandan, devletlerin yanı sıra, her birey, grup ya da sivil toplum kuruluşu da Sözleşme kapsamındaki hak ve/veya özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla Komisyon'a bireysel başvuruda bulunabilmiştir.¹⁴⁷ AİHS'nin ilk halinin 19'uncu maddesi Sözleşme'ye taraf devletlerin Sözleşme altındaki tutumlarını denetlemek ve Sözleşme altındaki hakları/hürriyetleri azamî derecede korumak adına Komisyon'a ve Mahkeme'ye farklı görevler vermiştir. Bu kapsamda, Komisyon'un ana amacı, bağımsız bir soruşturma yaparak dostane çözüm (*friendly settlement*) yolları aramak ve gerekirse olayı Mahkeme'nin önüne taşımaktır. Böylece, Komisyon'un varlık sebebi, bağımsız çalışmak sûretiyle Sözleşme altında Mahkeme'ye yardımcı olmaktır.¹⁴⁸

¹⁴⁵ AİHS'nin 1953'te yürürlüğe giren orijinal metnin 19'uncu maddesi, Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme altındaki yükümlülüklerini denetlemek adına AİHK ve AİHM'nin kurulmasını hükme bağlamıştır. Bununla birlikte, Sözleşme'nin yaptırım ve denetim mekanizmasında AK Bakanları Komitesi'nin ve AKPM'nin önemli rolleri bulunmaktadır.

¹⁴⁶ AİHS'nin 1953'te yürürlüğe giren orijinal metnin 24'üncü maddesi, devletler-arası (*inter-state*) başvuruların AİHK'ye havalesini düzenlemektedir.

¹⁴⁷ AİHS'nin 1953'te yürürlüğe giren orijinal metnin 25'inci maddesi, Komisyon'a bireysel başvuru hususunu hükme bağlamıştır. Düzenlemeye göre, bir devlet aleyhine bireysel başvuruda bulunulabilmesi için o devletin Komisyon'un bireysel başvuruları inceleme yetkisini tanıması gerekmektedir. Devletler Komisyon'un bu yetkisini tanıdığını deklare etmeli ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne diğer Taraf Devletlere gönderilmek üzere bildirmelidir. Bu deklarasyonlar süresiz olabileceği gibi belirli bir periyodu kapsayacak şekilde de yapılabilir.

¹⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'un kuruluşu, çalışma esasları ve AİHM ile olan ilişkisi hakkında bkz. Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 325-349.

Yirminci yüzyılın ikinci çeyreğinde, aynı konunun hem Komisyon hem de Mahkeme tarafından incelenmesi ve başvuruların sonuçlandırılmasının bu yüzden uzun zaman alması, Sözleşme'nin denetim mekanizmasında reform yapılmasını gündeme getirmiştir. İkili denetim mekanizmasının özellikle tüm Konsey üyelerinin bireysel başvuru yetkisini tanımasının akabinde gelen başvurular karşısında yetersiz kalması sonucunda, AKPM tarafından bu iki denetim organının birleştirilmesi gündeme getirilmiştir.¹⁴⁹ Meclis'in önerisi üzerine konu çeşitli üst düzey toplantılarda tartışılmış; neticede AKPM Hukuk ve İnsan Hakları Komitesi tarafından hazırlanan Rapor'un¹⁵⁰ kabul edilmesi sonucunda AKPM ikinci kez Bakanlar Komitesi'ne Komisyon ve Mahkeme'nin birleştirilmesini tavsiye etmiştir.¹⁵¹ Mesele, 1993 yılında Konsey tarihinde ilk kez gerçekleştirilen Viyana Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi'nde ele alınmış ve 9 Ekim 1993 tarihli Viyana Deklarasyonu ile "mevcut denetim organlarının yerine geçmek ve Sözleşme'nin ayrılmaz bir parçası olmak üzere tek bir Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi"¹⁵² kurulmasına karar verilmiştir. Bu direktif üzerine Protokol No. 11 hazırlanmış ve böylece anılan Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihinden itibaren Mahkeme-Komisyon sistemi sona ermiş, tek bir dâimî ve tam zamanlı Mahkeme sistemi tesis edilmiştir.

5 Mayıs 1949'da kurulan ve AİHS'nin (eski) 39'uncu maddesi uyarınca Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (eski adıyla "Danışma Meclisi")¹⁵³

¹⁴⁹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, "Improvement of the Procedures of the European Convention on Human Rights", **Recommendation 1087**, 1988.

¹⁵⁰ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, **Doc. 6659**, 15 Eylül 1992.

¹⁵¹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, "Reform of the control mechanism of the European Convention on Human Rights", **Recommendation 1194**, 1992.

¹⁵² Vienna Declaration, Appendix I, Reform of the control mechanism of the European Convention on Human Rights, 9 Ekim 1993. Deklarasyonda Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Konsey'in üye sayısının üç katına çıktığı, üye sayısının daha da artacağıının öngörüldüğü, bu bağlamda Sözleşme'nin kontrol ve denetim mekanizmasının daha etkinleştirilmesi amacıyla bir reform yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Komisyon ve Mahkeme'nin tek bir organ haline getirilmesiyle ulaşılmak istenen hedefin prosedürleri kısaltmak suretiyle hakların daha etkin korunmasını sağlamak ve mevcut kaliteyi sürdürmek olduğu belirtilmiştir.

¹⁵³ Danışma Meclisi, Şubat 1994'te Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (Committee of Ministers) tarafından değiştirilen adıyla Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM), Avrupa Konseyi Statüsü'nün 10'uncu maddesinde belirtildiği üzere, Komite ile birlikte Konsey'in iki asli organından birisidir. Konsey üyesi ülkelerin kendi parlamentolarında görevli milletvekillerince seçilen parlamenterlerden –nüfuslarına oranla sayıda- oluşan AKPM, Konsey'in müzakere organıdır ve Komite'ye "Tavsiye Kararları" sunar. Detaylı bilgi için bkz. **Statute of the Council of Europe**, m. 22-35.

tarafından 21 Ocak 1959 tarihinde ilk yargıçları seçilen AİHM, ilk kararını 14 Kasım 1960'ta vermiştir.¹⁵⁴ Mahkeme'nin yargıçları, her taraf devletin “en üstün ahlâkî vasıflarla donanmış ve yüksek yargısal görevleri icra için gerekli niteliklere sahip” kişiler arasından sunacağı üçer adaylık liste üzerinden Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğu ile 9 yıllığına seçilirler. Hâlihazırda 47 taraf devleti temsilen 47 hâkim AİHM'de görev yapmaktadır. Burada vurgulamak gerekir ki, taraf devletlerin Mahkeme üyeliğine aday göstereceği yargıçların ilgili devletin vatandaşı olması gerektiği yönünde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Nitekim Lihtenştayn şimdiye kadar Mahkeme'de üç İsviçre ve bir de Kanada vatandaşı yargıç tarafından temsil edilmiştir. Öte yandan San Marino'nun AİHM'deki yeri de 1998-2001 yılları arasında İtalyan bir yargıç tarafından doldurulmuştur.¹⁵⁵ Her ne kadar Lihtenştayn (4 kez) ve San Marino (1 kez) dışında başka hiçbir Konsey üyesi devlet, vatandaşı olmayan bir hâkimi Mahkeme'ye göndermeyi tercih etmemişse de AİHS vatandaşlık şartı aramamak suretiyle yargıçların Mahkeme'de kendi adlarına hareket etmelerini sağlamayı (m. 21/2) ve bu sayede bağımsızlıklarını güçlendirmeyi amaçlamıştır.

Protokol No. 11 ile getirilen, Protokol No. 14 ve Protokol No. 16 ile revize edilen sistemde AİHM, devletler-arası şikâyetleri (*inter-state cases*) ve vatandaşlar ve sivil toplum gibi devlet dışı aktörlerin bireysel başvuruları (*individual applications*) çözüme kavuşturmak¹⁵⁶; AK Bakanlar Komitesi'ne ve taraf devletlerin yüksek mahkemelerine (örneğin Anayasa Mahkemesi) – talep edilmesi halinde- Sözleşme ve Ek Protokollerin yorumlanmasına ilişkin olarak istişârî görüş (*advisory opinions*) vermekle görevlendirilmiştir.¹⁵⁷ AİHS

¹⁵⁴ Council of Europe, **Yearbook of the European Convention on Human Rights 1961**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1962, s. 88. Mahkeme'nin verdiği ilk karar, *Lawless v. Ireland* kararıdır.

¹⁵⁵ 1959'dan itibaren tüm AİHM yargıçları ve hangi devletleri temsil ettiklerine ilişkin liste için lütfen bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/List_judges_since_1959_BIL.pdf, ET: 28.04.2019.

¹⁵⁶ Bkz. AİHS m. 33-35, ETS No. 5.

¹⁵⁷ 2 Ekim 2013 tarihli Protokol 16'da getirilen ve üye devletlerin yüksek mahkemelerinin Sözleşme altında korunan haklara ilişkin davalarda AİHM'den istişari görüş istemesini öngören sistem neticesinde 5 Ekim 2015 tarihinde “Yüksek Mahkemeler Ağı (Superior Courts Network)” kurulmuştur. Yüksek Mahkemeler ile AİHM arasında temel hak ve hürriyetlerin daha iyi korunması amacıyla kurulan bu istişare ağı, Mart 2015'te üye devletlerin adalet bakanlarının ortak deklarasyonu (Brüksel Deklarasyonu) ile de desteklenmiştir. Halihazırda söz konusu ağa dahil olan 36 üye devletten 74 yüksek mahkeme bulunmaktadır. Türkiye'den de T. C. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay işbu ağın bir parçası olarak istişari görüş mekanizmasına dahil olmuştur. Söz konusu ağın işleyişi

sistemi altında tek yaptırım organı özellikle Protokol No. 11'in yürürlüğe girmesinden sonra AİHM olarak algılansa da Mahkeme kararlarının infazından Bakanlar Komitesi sorumludur.¹⁵⁸ Komite, Konsey'in icra organı niteliğinde olup Konsey üyelerinin dışışleri bakanlarından veya bunların temsilcilerinden (*Minister's Deputies*) müteşekkildir.¹⁵⁹ Mahkeme kararlarının uygulanması konusunda Komite deyim yerindeyse hayâtî öneme sahiptir. Zira Mahkeme tarafından tespit edilen ve icrası için Komite'ye gönderilen Sözleşme ihlalleri (AİHM kararları), "âdilâne tazmin"¹⁶⁰ ve/veya "bireysel/genel tedbirler"¹⁶¹ için Komite'nin gündemine alınır ve söz konusu devlet gerekli tazmini sağlayana ve/veya tedbirleri alana kadar da konuyu gündeminde tutmaya devam eder.

Diğer taraftan, AİHS m. 52 mucibince AK Genel Sekreteri, AKPM ve AK İnsan Hakları Komiseri¹⁶² aracılığıyla da üye devletlerin Sözleşme altındaki yükümlülükleri yerine getirip getirmediği düzenli olarak takip edilmekte ve Komite ile eşgüdömlü olarak AİHS altındaki temel hak ve hürriyetlerin azami derecede korunması konusunda çalışılmaktadır.

hakkında detaylı bilgi için bkz. Council of Europe, **Operational Rules of the Superior Courts Network, European Court of Human Rights**, 13 Nisan 2018.

¹⁵⁸ AİHS m. 46/2, ETS No. 5.

¹⁵⁹ Avrupa Konseyi Statüsü, m. 13-14, ETS No. 1. Uygulamada üye devletlerin dışışleri bakanları adına Komite toplantılarına (*Droit de l'Homme (DH) Meetings*) ilgili devletin Strazburg'ta bulunan Avrupa Konseyi nezdindeki daimi temsilcileri yani büyükelçiler katılmaktadır. Bunun dışında zaman zaman üye devletlerin dışışleri bakanları ya da diğer üst düzey temsilcileri de bir araya gelip önemli konuları karara bağlamaktadır.

¹⁶⁰ AİHS m. 41.

¹⁶¹ AK Bakanlar Komitesi İç Tüzüğü'nün 6(b) maddesi uyarınca bireysel tedbirler, Sözleşme kapsamında korunan hak ve özgürlükleri ihlal edilen mağdurun durumunun ihlal öncesindeki duruma getirilmesi ve bu vesileyle ihlalin giderilmesi adına ilgili devlet tarafından atılacak adımları ifade eder. Örneğin, AİHM kararına istinaden mağdurun haksız yere cezalandırılması neticesinde oluşan adli sicil kaydının silinmesi, haksız yere iptal edilen oturma izninin geri verilmesi veya mağdurun haksız yere cezalandırmasına ilişkin iç hukuk yargılamasının yenilenmesi gibi durumlar bireysel tedbirler kapsamında değerlendirilebilir. Öte yandan, yine Komite İç Tüzüğü uyarınca genel tedbirler, ihlalin tekrarlanmaması adına yapılacak mevzuat değişiklikleri veya idari işleyiş düzenlemelerini ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. Council, of Europe, **Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements**, adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies and amended on 18 January 2017 at the 1275th meeting of the Ministers' Deputies, Rule 3-7..

¹⁶² 1999 yılında kurulan İnsan Hakları Komiseri müessesesi, üye devletlerde insan hakları anlayışının geliştirilmesi konusunda eğitim vb. çalışmalarda bulunmak, insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve Sözleşme hükümlerinin azami derecede uygulanması konusunda tavsiyelerde bulunmak gibi konularda yetkilendirmiştir. Komiser, üye devletlere yapmış olduğu ziyaretler neticesinde elde ettiği bulgulara dayanarak AİHS m. 36 uyarınca AİHM önündeki davalara yazılı görüş sunabilir ve duruşmalara katılmak suretiyle Mahkeme heyetini bilgilendirebilir. Müessese hakkında detaylı bilgi için bkz. Council of Europe, **Resolution (99) 50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights**, Committee of Ministers, 104. Oturum, 7.5.1999.

Görüleceği üzere, AİHS sisteminde taraf devletler AİHM kararlarını uygulayıp uygulamama konusunda kendi hallerine bırakılmamıştır. Konsey'in karar organı Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararlarının uygulanması ve üye devletlerde insan haklarının korunmasının sağlanması amacıyla Meclis, Genel Sekreterlik ve Komiserlik ile koordinasyon halinde üye devletlere siyasî bir baskı oluşturmaktadır. Bu sayede, bir devletin Sözleşme'yi ihlali ve bu ihlalin giderilmesi konusu üye devletler tarafından AİHS dibacesinde belirtildiği üzere “kolektif” olarak ele alınmakta ve Sözleşme'yi ihlal eden devlete deyim yerindeyse hesap sorulmaktadır.

AİHS sistemi altındaki yaptırım ve denetim mekanizması, taraf devletlerin Sözleşme'nin “olağanüstü hallerde derogasyon” kenar başlıklı 15'inci maddesi uyarınca aldıkları tedbirler söz konusu olduğunda da AKPM ve İnsan Hakları Komiseri de dâhil olmak üzere tüm Avrupa Konseyi organları aracılığıyla yürütülmektedir. Nitekim son zamanlarda derogasyon bildiriminde bulunmak sûretiyle Sözleşme'nin 15'inci maddesi altında derogasyon hakkını kullanan Ukrayna (2015), Fransa (2015) ve Türkiye (2016) ile ilgili olarak AKPM 24 Nisan 2018 tarihli oturumunda, derogasyon uygulamalarına ilişkin olarak söz konusu devletlere ve AK Genel Sekreteri'ne tavsiyelerde bulunmuştur. Buna göre Meclis, bahsi geçen devletlere derogasyon tedbirlerini azamî derecede dikkatli ve son çare ilkesi çerçevesinde uygulamalarını ve derogasyon tedbirleri konusunda Genel Sekreteri düzenli olarak bilgilendirmelerini tavsiye etmiştir. Genel Sekreter'e ise söz konusu devletlerin derogasyon uygulamasının Sözleşme sınırları çerçevesinde gerçekleşmesi konusunda anılan devletlerle sürekli bir diyalog halinde olmasını önermiştir.¹⁶³

¹⁶³ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, **Resolution 2209 (2018): State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights**, 24.4.2018. Parlamenterler Meclisi, Ukrayna tarafından 9 Haziran 2015'te “Rusya Federasyonu tarafından finanse edilen silahlı grupların Ukrayna'ya karşı gerçekleştirdiği saldırılar” gerekçe gösterilerek Donetsk ve Luhansk bölgelerinde geçerli olmak üzere yapılan derogasyon bildirimini; yine Fransa tarafından 24 Kasım 2015 tarihinde “13 Kasım 2015'te Paris'te gerçekleştirilen geniş çaplı terör saldırıları” gerekçe gösterilerek yapılan derogasyon bildirimini; ve nihayet 21 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye tarafından “anayasal düzeni ve demokratik şekilde seçilmiş hükümeti alaşağı etmek üzere 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe girişimi” gerekçe gösterilerek yapılan derogasyon bildirimini ele almıştır.

Öte yandan, Türkiye’de 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi neticesinde olağanüstü hal tedbirlerinin uygulandığı süreçte (12 Ocak 2017) AİHS altındaki hakları ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM’ye başvuruda bulunan Mehmet Hasan Altan’ın davasına ilişkin olarak AK İnsan Hakları Komiseri davaya müdâhil olmuş ve Sözleşme’nin 36’ncı maddesi uyarınca başvuruya ilişkin olarak görüşlerini Mahkeme heyetinin dikkatine sunmuştur.¹⁶⁴ Görüleceği üzere, Konsey altında çalışan tüm organların kullanılması suretiyle taraf devletler tarafından yapılan derogasyon bildirimleri takip edilmiş ve taraf devletlerin içinde bulundukları olağanüstü halin sonlanması adına gerekli girişimlerde bulunulmuştur. Bununla birlikte, AİHS sisteminin denetim mekanizmasında özellikle çekinceler açısından bir boşluk olduğu unutulmamalıdır. Zira her ne kadar AİHS m. 15 olağanüstü hallerde derogasyon açısından net bir çerçeve çiziyor olsa da anılan maddeye yönelik taraf devletler tarafından AİHS m. 57 uyarınca bir çekince konulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örneğin Fransa, 15’inci maddenin birinci fıkrasına ilişkin olarak, “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde tedbirler” ibaresinin “Fransa Cumhurbaşkanı’nın durumun gerektirdiği ölçüde tedbir alma yetkisini sınırlamaması” yönünde bir çekince koymuştur.¹⁶⁵ Bu durumda, Fransa tarafından yapılan derogasyon bildirimleri açısından Konsey organlarının ya da AİHM’nin yapacağı incelemelerde bu çekinceyi nasıl değerlendirmesi gerektiği hususu tartışmalıdır.¹⁶⁶

Ayrıca, AİHM içtihatları aracılığıyla geliştirilen ve 24 Haziran 2013 tarihli Protokol No. 15’in onaylanmasıyla da Sözleşme’nin dibacesine eklenecek olan “takdir yetkisi (*margin of appreciation*)” doktrini¹⁶⁷, AİHS sisteminin denetim ve yaptırım mekanizmasının etkinliği açısından bir diğer tartışma konusudur.¹⁶⁸ Ulusal yetkililerin kendi ülkelerindeki hadiseleri AİHM’deki uluslararası hâkimlerden daha iyi değerlendirebileceği,

¹⁶⁴ İnsan Hakları Komiseri, anılan davada Türkiye tarafından yapılan derogasyon bildirimine ilişkin herhangi bir yorumda bulunmamıştır. Buna mukabil, Mahkeme Türkiye tarafından yapılan derogasyon bildirimini ve bu kapsamda alınan tedbirlerin AİHS m. 15 kapsamında olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmıştır. Bkz. ECHR, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Application No: 13237/17, 20.3.2018.

¹⁶⁵ Sözleşme’ye devletlerin koyduğu çekinceler hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>, ET: 29.4.2019.

¹⁶⁶ Bu hususa ilişkin olarak bkz. Pieter van Dijk et al., **a.g.e.**, s. 1071 vd.

¹⁶⁷ Protokol No. 15, **CETS No. 213**, m. 1. Protokol henüz taraf devletlerin tamamınca onaylanmadığı için yürürlükte değildir.

¹⁶⁸ Anılan doktrin hakkında detaylı inceleme için **Bölüm 3’e** bakınız.

dolayısıyla bu konuda devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olduğuna ilişkin olan doktrin; derogasyona ilişkin davalarda da gündeme gelmektedir. Nitekim Altan kararında AİHM, 15 Temmuz darbe girişiminin “ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hal” olup olmadığını değerlendirirken Türk makamlarına “geniş takdir yetkisi” tanınmasını dile getirirken¹⁶⁹ başvurucuya yönelik olarak alınan tedbirlerin AİHS m. 15 kapsamında “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” olmadığına “takdir yetkisi” doktrinini tartışmadan hükmetmiştir.¹⁷⁰ Bu bağlamda, m. 15 kapsamında alınan tedbirlere ilişkin devletlerin takdir yetkisinin sınırları, konuya ilişkin olarak her ne kadar son değerlendirme hakkı AİHM’de olsa da AİHS sisteminin etkinliği açısından soru işaretleri doğurmaktadır.

Yine de, AİHS sisteminin dünyanın en gelişmiş bölgesel insan hakları sistemlerinden birisi olduğu söylenebilir. Yalnızca 2018 yılında AİHM, 42.761 başvuruyu incelemeye almış ve –benzer olayları birlikte değerlendirmeye almak suretiyle- 14’ü Büyük Daire (*Grand Chamber*), 463’ü Daireler (*Chambers*) ve 537’si üç yargıçtan oluşan Komiteler (*Committees*) tarafından olmak üzere toplam 1014¹⁷¹; kuruluşundan 2018 yılı sonuna kadar ise toplam 21.651 karar vermiştir.¹⁷² Böylece, AİHM dünyadaki diğer bölgesel sistemlerden daha geniş bir içtihat geliştirmiştir. Buna ek olarak, AİHM, Sözleşme’nin 41’inci maddesi mucibince “ihlal kararı verilen duruma ilişkin olarak hakkı ihlal eden devletin iç hukukunun söz konusu ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıramama” ihtimaline binaen zarar gören taraf lehine “âdilâne tazmin (*just satisfaction*)” öngörerek hak ve hürriyet ihlallerinin giderilmesinde etkin rol almıştır. Daha da önemlisi, taraf devletlerin pek çoğunda Türkiye de dâhil olmak üzere¹⁷³ AİHS iç hukukun bir parçası haline

¹⁶⁹ *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, para. 91.

¹⁷⁰ Nitekim ad hoc yargıç Ergin Ergül kısmi karşı görüşünde bu hususu dile getirmiş ve olağanüstü dönemde Mahkeme’nin Türk yetkililerinin karşılaştıkları zorluk ve riskleri göz önünde bulundurmak suretiyle, derogasyon tedbirleri konusunda Türkiye’ye geniş takdir yetkisi tanınmasını gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda bkz. *Mehmet Hasan Altan v. Türkiye*, Kısmi Karşı Görüş, para. 21.

¹⁷¹ Council of Europe, **Annual Report 2018 of the European Court of Human Rights**, 2019, s. 161.

¹⁷² The European Court of Human Rights in Facts & Figures 2018, Mart 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2018_ENG.pdf, ET: 28.4.2019.

¹⁷³ Türkiye Cumhuriyeti 10 Mart 1954 tarihli ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun” ile AİHS’yi kabul etmiştir. Öte yandan, T. C. Anayasası, 90’ıncı maddesindeki “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında

getirilmiştir.¹⁷⁴ Böylelikle, taraf devletlerin ulusal mahkemeleri, hüküm tesis ederken ulusal mevzuata dayanarak karar verdikleri gibi AİHS'yi de dikkate alarak karar verebilirler. Somut ifadesiyle, AİHS bireylerin doğrudan kullanabilecekleri hakları içeren bir belge mesabesindedir.¹⁷⁵

2.2 Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi Sistemi

2.2.1 Genel Bilgiler

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli toplantısında¹⁷⁶ kabul edilen ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan Uluslararası Medenî ve Siyasî Hakları Sözleşmesi (MSHS), Sözleşme'nin onaylandığına dair otuz beşinci belgenin BM Genel Sekreteri'ne ulaşmasından üç ay sonra 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁷⁷ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) ile birlikte Uluslararası İnsan Hakları Manzumesi'nin¹⁷⁸ (*International Bill of Human Rights*) üçayağından birini oluşturan MSHS, BM Şartı ve İHEB'e atıf yapan¹⁷⁹ dibace kısmı dışında altı bölümden oluşmaktadır.

Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" düzenlemesiyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olan AİHS'yi yalnızca iç hukukuna almakla kalmamış uyuşmazlık halinde kanunlardan daha öncelikli kılmıştır.

¹⁷⁴ Örneğin, Birleşik Krallık 9 Kasım 1998 tarihli Human Rights Act ile AİHS altında güvence altına alınan hakları ve özgürlükleri kendi iç hukuk düzenlemesi haline getirmiştir. Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından kabul edilen *Human Rights Act* hakkında bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/introduction> ET: 29.4.2019.

¹⁷⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, **a.g.e.**, cilt 2, s. 24.

¹⁷⁶ BM Genel Kurulu 21. Oturumu 1496. Toplantısı, UN Doc. A/PV.1496, 16.12.1966.

¹⁷⁷ MSHS'nin 49'uncu maddesinde Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi için 35 imzacı devletin onay sürecini tamamlayıp işbu onay belgelerini BM Genel Sekreteri'ne ulaştırması gerektiği ve Sözleşme'nin 35'inci onay belgesinin Genel Sekretere ulaştırılmasından 3 ay sonra Sözleşme'nin yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte Sözleşme'nin İnsan Hakları Komitesi'ne "devletlerarası şikâyet başvuruları" bahsini düzenleyen 41'inci maddesi, ancak Sözleşme'ye taraf on devletin bu konuda İHK'nin yetkisini tanıdığına dair bildirimlerini BM Genel Sekreteri'ne iletmesinin akabinde yürürlüğe girer. Bu kapsamda Sözleşme'nin 41'inci maddesi 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. UNGA, **Resolution 2200 A (XXI)**, Karar Tarihi: 16.12.1966.

¹⁷⁸ MSHS hazırlık çalışmaları esnasında Sözleşme'yi hazırlayanlar en başında "Uluslararası İnsan Hakları Manzumesi" şeklinde tek bir belge hazırlama amacıyla masaya oturmuş; daha sonra İHEB gibi genel bir beyanname ile MSHS ve ESKHS gibi bağlayıcı sözleşme formunda iki ayrı belge olmak üzere toplam üç belge ortaya çıkmıştır. "Bill" kelimesinin bu belge üçlemesine özgü olarak "manzume" şeklinde çevrilmesi hakkında bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **a.g.e.**, Cilt 1, Aralık 2012, s. 226.

¹⁷⁹ Sözleşme'nin dibace/girizgâh/önsöz/başlangıç kısmında, "Birleşmiş Milletler Şartı'nda ilan edilmiş prensiplere uygun olarak, bütün insanların fitraten sahip oldukları onurları ile

Sözleşme'nin birinci bölümü altındaki tek madde (m. 1), bütün halkların kendi kaderini tayin etme hakkı ile kendi doğal zenginlik ve kaynaklarından özgürce yararlanma hakkını düzenlemektedir.¹⁸⁰ İkinci bölümde (m. 2 - 5) ise Sözleşme altında devletlerin üstlendikleri genel yükümlülükler yer almaktadır. Buna göre, Sözleşme'nin ikinci maddesi altında taraf devletler, kendi yetki sınırları içerisinde bulunan bireylerin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasî görüş, millî ya da toplumsal kimlik, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler bakımından ayrımcılık yapmaksızın Sözleşme altındaki haklarını tanımak ve saygı duymakla yükümlüdür. Bu kapsamda Sözleşme altında tanınan hakların korunması adına taraf devletler, kendi yetki alanında yasal ve idarî düzenlemeler yapmayı taahhüt etmektedir. Diğer taraftan ikinci madde taraf devletlere, kendi yetkisi altındaki bireylerin Sözleşme altındaki yükümlülüklerinin ihlali halinde etkili bir hukuk yolu, bir başka deyişle ihlali telâfi yolu güvencesi verme sorumluluğu yüklemiştir. Dolayısıyla Sözleşme'nin bu maddesiyle, Sözleşme altında düzenlenen haklara iç hukukta da işlerlik kazandırma açısından taraf devletlere, yasal düzenlemeler yapma daha net ifadesiyle tıpkı AİHS'de olduğu gibi Sözleşme'ye anayasal bir nitelik kazandırma görevi yüklediği söylenebilir.

Belirtmekte yarar vardır ki, MSHS'nin 28'inci maddesiyle kurulan ve Sözleşme'nin temel denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi (İHK), 29 Mart 2004 tarihli toplantısında ikinci maddeyle alakalı olarak Genel Yorum¹⁸¹ (*General Comment*) No. 31'i kabul etmiştir.¹⁸² GY No. 31, Sözleşme'nin ikinci maddesinin Sözleşme kapsamında taraf devletlerin negatif ve pozitif

eşit ve devredilemez haklarının tanınmasının dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu göz önünde bulundurularak" ve "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'yle uyumlu bir şekilde, medenî ve siyasî haklardan yararlanan ve korku ve yoksulluktan uzak özgür bireyler idealinin ancak ve ancak herkesin medenî ve siyasî haklar gibi ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan da yararlanabileceği ortamın sağlanmasıyla başarılabileceği kabul edilerek" ifadeleri yer almaktadır.

¹⁸⁰ Halkların kendi kaderini tayin hakkı ile ilgili olarak MSHS m. 47 ile birlikte yapılan analiz için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 241 vd.

¹⁸¹ Genel Yorumlar, İHK İç Tüzüğü'nün 76'ncı ve 77'nci maddelerinde (*Rule 76-77*) yer verilen ve İHK'nin Sözleşme ile İhtiyarî Protokolleri'nde yer alan spesifik konulara ilişkin olarak hazırladıkları, taraf devletlerin Sözleşme altındaki yükümlülüklerini yerine getirmelerine yardımcı olan görüşlerdir. Detaylı bilgi için bkz. HRC, **Rules of Procedure of the Human Rights Committee**, UN Doc. CCPR/C/3/Rev.11, 26.7.1989 (9 Ocak 2019'da güncellenmiştir.).

¹⁸² Human Rights Committee, **General Comment No. 31 (80), The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant**, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.5.2004.

yükümlülüklerini tanımladığını ve genel olarak Sözleşme ile getirilen yükümlülüklerin bütün taraf devletler açısından bağlayıcı olduğunu net bir şekilde ifade etmektedir. Bununla birlikte GY No. 31, 2'nci maddenin taraf devletlere hak ihlallerine yönelik “etkili bir telâfi yolu” sağlama yükümlülüğü getirdiği, bu noktada gerekli yargısal ve idari mekanizmalar kurmanın önemli olduğunu ve taraf devletin hak ihlallerini soruşturmamasının Sözleşme'nin ihlali anlamına geldiğini ortaya koymaktadır. GY No. 31 ayrıca, hakları ihlal edilen bireylerin durumunun telâfisinin, tazminat, rehabilitasyon ve özür, anma törenleri, tekrarlanmama güvencesi ile yasa ve uygulama değişiklikleri gibi tatmin edici adımlarla mümkün olabileceğini söylemek sûretiyle taraf devletlere uygulama açısından yol göstermektedir.

Öte yandan GY No. 31, ikinci maddede yer alan “Sözleşme’ye iç hukukta işlerlik kazandırma” yükümlülüğüne uymamanın, taraf devletin içinde bulunduğu siyasî, sosyal, kültürel ve ekonomik mülâhazalarla meşrulaştırılamayacağı belirtilmek sûretiyle esasen Sözleşme'nin bağlayıcı etkisini ortaya koymaktadır. Nitekim İHK, 21 Temmuz 1994 tarihli bir kararında¹⁸³, başvurucunun tutukluluk koşullarının Mahkûmlara Muamelede Asgari Standart BM Kuralları ile uyumlu bir şekilde yeterli yer, sağlık, yiyecek, kıyafet imkânlarının sağlanması şeklinde organize edilmesi gerektiğini, taraf devletin ekonomik kaygılarla bu şartları sağlamaktan kaçınamayacağını ve anılan minimum koşulların Komite tarafından her zaman gözetileceğini belirtmiştir. Anlaşılacağı üzere, İHK'nin GY No. 31'de belirttiği hususlar somut hadiselerle dayanmakta ve yıllar içerisinde hak ihlali yapan taraf devletlerin uygulamalarından kaynaklı sorunlara hitap etmektedir. Böylelikle, İHK Genel Yorumlar aracılığıyla taraf devletlerin uygulamalarından kaynaklanan meselelere ilişkin standartlar belirlemekte ve vaka incelemelerinde bu kıstaslar üzerinden değerlendirmeler yapmaktadır.

Sözleşme'nin ikinci bölümünde; Sözleşme altında korunan haklardan erkeklerle kadınların eşit yararlanmasının güvence altına alınması (m. 3), olağanüstü hallerde derogasyon (m. 4) ve Sözleşme'deki hakların Sözleşme'de öngörülenden daha fazla sınırlandırılmaması (m. 5) meseleleri

¹⁸³ Human Rights Committee, *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, Communication No: 458/1991, Views adopted on 21 July 1994, UN Doc. CCPR/C/51/D/458/1991, 10.8.1994.

düzenlenmiştir. Üçüncü bölümde (m. 6-27) ise MSHS, bir dizi medenî ve siyasî hakkı yani klasik hakları koruma altına almaktadır. Buna göre bu bölümde yaşam hakkı ve ölüm cezasının sınırlanması (m. 6); işkence, insanlık dışı muamele ve cezalandırma yasağı ile rızasız tıbbi ve bilimsel deneye tabii tutma yasağı (m. 7); kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 8); özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 9); özgürlüğünden mahrum bırakılanların insan onuruna uygun muamele görme hakkı (m. 10); sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hapis cezası verme yasağı (m. 11); seyahat etme, yerleşme, ülkeye girme ve çıkma hürriyeti (m. 12); yabancıların hukuka aykırı bir biçimde sınır dışı edilmesi yasağı (m. 13); adil yargılanma, aynı suçtan iki kere yargılanmama ve haksız mahkûmiyetten dolayı tazminat hakkı (m. 14); kanunsuz ceza yasağı (m. 15); hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı (m. 16); özel hayatın, ailenin, konutun ve haberleşmenin hukuka aykırı müdahaleden korunması hakkı (m. 17); düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 18); ifade özgürlüğü (m. 19); savaş ve ayrımcılık propagandası ile kışkırtıcılık yasağı (m. 20); barışçıl toplanma hakkı (m. 21); örgütlenme, sendika kurma ve sendikaya girme hakkı (m. 22); ailenin korunması ve evlenme hakkı ile eşlerin eşitliği (m. 23); çocuğun korunma, isim ve vatandaşlık sahibi olma hakkı (m. 24); kamu yönetimine katılma, kamu hizmetine girme, seçme ve seçilme hakkı (m. 25); ayrımcılık yasağı (m. 26) ve azınlıkların kültür, dil, din ve ibadet özgürlüğü (m. 27) düzenlenmektedir. Görüleceği üzere, MSHS büyük ölçüde İHEB'te düzenlenen klasik hakları tekrarlamaktadır.¹⁸⁴ Bu çerçevede MSHS'nin, İHEB'te yer alan hak ve özgürlüklerin sözleşme formunda yani hukuken bağlayıcı nitelikte olan bir belgede listelenmiş anlamına geldiği¹⁸⁵ söylenebilir.

Sözleşme'nin dördüncü bölümü (m. 28-45) İnsan Hakları Komitesi'nin kuruluş, görev ve işleyişini, beşinci bölümü (m. 46-47) Sözleşme maddelerinin yorumlanmasını ve nihayet altıncı bölümü (m. 49-53) ise Sözleşme'nin imzalanması, onaylanması ve değiştirilmesi konularını düzenlemektedir. Öte yandan, MSHS'ye ek iki ihtiyarî protokol bulunmaktadır. MSHS ile birlikte 16 Aralık 1966'da kabul edilen ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren İhtiyari Protokol, İnsan Hakları Komitesi'ne bireysel başvuru yapılabilmesine ilişkin

¹⁸⁴ Detaylı bilgi için bkz. UNGA, **Resolution 217 A**, Paris, 10.12.1948.

¹⁸⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 242.

usûl ve esasları düzenlemektedir. 15 Aralık 1989'da kabul edilen ve 11 Temmuz 1991'de yürürlüğe giren İkinci İhtiyarî Protokol¹⁸⁶ ise ölüm cezasının kaldırılmasını hükme bağlamakta ve taraf devletlere kendi yetki sahaları içerisinde ölüm cezasını kaldırma yükümlülüğü getirmektedir. Düzenlediği konu itibariyle İkinci İhtiyari Protokol selefine göre bir nebze tartışmalıdır.¹⁸⁷ Nitekim bu durum onaylayan devlet sayısına da yansımış durumdadır. Ağustos 2019 itibariyle onay sürecini tamamlayıp MSHS'ye taraf olan 173, İhtiyari Protokol'e taraf 116 ve nihayet İkinci İhtiyari Protokol'e taraf 87 devlet bulunmaktadır.¹⁸⁸

2.2.2 Denetim ve Yaptırım Mekanizması

İnsan Hakları Komitesi (İHK veya Komite), MSHS'nin yirmi sekizinci maddesi¹⁸⁹ uyarınca 20 Eylül 1976 tarihinde kurulmuştur. Sözleşmenin aynı maddesi uyarınca belirlenen on sekiz Komite üyesinin¹⁹⁰ görev süresi 1 Ocak 1977 itibariyle başlamış ve Komite'nin ilk toplantısı 21 Mart – 1 Nisan 1977 tarihleri arasında ABD'nin New York kentinde yapılmış,¹⁹¹ Ağustos 2019

¹⁸⁶ UNGA, **Resolution 44/128, Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights aiming at the abolition of the death penalty**, UN Doc. A/RES/44/128, 15.12.1989.

¹⁸⁷ Scott N. Carlson, Gregory Gisvold, **Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights**, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2003, s. 2.

¹⁸⁸ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en, ET: 1.5.2019.

¹⁸⁹ MSHS'nin 28'inci maddesi aşağıdaki gibi olup İHK'nin çerçevesini belirlemesi açısından önemlidir:

“1. Bir İnsan Hakları Komitesi kurulur (Bundan sonra “Komite” olarak anılacaktır). Komite 18 üyeden oluşur ve iş burada belirtilen görevleri yerine getirir.

2. Komite, hukuki tecrübeye sahip bazı kişilerin katılımının fayda sağlayacağı göz önünde bulundurularak, işbu Sözleşmeye Taraf Devletlerin vatandaşları arasından üstün ahlaki vasıfları haiz ve insan hakları alanında uzmanlığı herkesçe malum kişilerden oluşur.

3. Komite üyeleri seçimle belirlenir ve kendi adlarına görev yaparlar.”

¹⁹⁰ MSHS'nin 28'inci maddesinin ikinci fıkrası İHK üyelerinin sahip olması gereken en temel niteliklerin insan hakları uzmanı ve üstün ahlaklı kimseler olması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Diğer taraftan Sözleşme'nin 31'inci maddesinde, Komite içerisinde aynı milletten (*nationality*) birden fazla üye olamayacağı ve temsilde adalet gayesiyle Komite üyelerinin coğrafya, medeniyet ve hukuk düzeni bakımından dünyanın farklı yerlerinden gelen uzmanlardan oluşması gerektiği net bir şekilde ortaya konulmuştur (Ayrıca İHK İç Tüzüğü Rule 16'da cinsiyet eşitliğinden (*gender balance*) de bahsedildiğini not etmek gerekir). Diğer taraftan üyeler, Sözleşme'ye taraf devletlerin Genel Sekreter tarafından Birleşmiş Milletler Genel Merkezi'nde (New York City/ABD) yapacağı toplantıda dört yıllığına seçilmektedir. Bununla birlikte seçim yapılabilmesi için taraf devletlerin üçte ikisinin toplantıda hazır bulunması gerekmektedir. Komite üyelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda ayrıca bkz. UNGA, **Implementation of human rights instruments, Note by the Secretary-General, Annex I: “Guidelines on the Independence and impartiality of members of the human rights treaty bodies (“the Addis Ababa guidelines”)**, UN Doc. A/67/222, 2.8.2012.

¹⁹¹ Jacob Th. Möller and Alfred de Zayas, **United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2008 – A Handbook**, Nerbert Paul Engel Verlag, Kehl/Strasbourg, 2009, s. 8.

itibariyle ise İHK, 126 oturum gerçekleştirmiştir.¹⁹² Komite İç Tüzüğü'nün ikinci maddesi uyarınca İHK yılda üç kez bir araya gelmektedir.¹⁹³

İHK'nin temel görevleri; taraf devletler tarafından sunulan raporların incelenmesi ve bu raporlara ilişkin izlenimlerin açıklanması¹⁹⁴; bir taraf devletin diğer taraf devletin Sözleşme'yi ihlal ettiğine ilişkin iddialarının değerlendirilmesi (*inter-state applications* – devletlerarası başvurular)¹⁹⁵; taraf devletlerin MSHS altındaki yükümlülüklerini yerine getirirken dikkate almalarını teminen sözleşme maddelerinin içeriği ve uygulamaları hakkında “genel yorumlar” hazırlanması¹⁹⁶; İhtiyarî Protokol kapsamında MSHS altında korunan haklarının ihlal edildiğini düşünen bireylerin başvurularının değerlendirilmesidir (*communications from individuals* – bireysel başvurular).¹⁹⁷

Bireysel ve devletler-arası başvurular devletlerin İHK'nın bu konudaki yetkisini tanımasına bağlı olan “takdirî” birer denetim ve inceleme mekanizması olmasına rağmen Sözleşme'nin kırkuncı maddesiyle taraf devletler, Sözleşme altında korunan hak ve hürriyetlere ilişkin kendi ülkelerindeki mevcut durumu ve bu konudaki gelişmeleri “raporlama” ile yükümlü kılınmıştır. Bu kapsamda taraf devletler, Sözleşme'nin kendileri açısından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde bir “başlangıç”

¹⁹²https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1314&Lang=en, ET: 18.8.2019.

¹⁹³ HRC, **Rules of procedure of the Human Rights Committee**, UN Doc. CCPR/C/3/Rev.11, 26.7.1989 (9 Ocak 2019'da güncellenmiştir).

¹⁹⁴ MSHS m. 40.

¹⁹⁵ MSHS m. 41-43. Önemle vurgulamak gerekir ki, bu kapsamda yapılan şikâyetler, ancak Komite'nin yetkisini tanımış olan bir taraf devlet tarafından yapılması halinde ele alınıp incelenebilir. Komite, bu kapsamdaki yetkisini tanımamış olan bir taraf devleti ilgilendiren bir şikâyeti ele alamaz (m. 41/1).

¹⁹⁶ MSHS m. 40; İHK İç Tüzük Rule 76-77.

¹⁹⁷ Bkz. İhtiyari Protokol (16.12.1966) m. 1 ve İHK İç Tüzük Rule 78 vd. Bu noktada AİHM ile İHK arasındaki önemli bir farkı belirtmek gerekir. Daha önce belirtildiği üzere, AİHM'nin daireleri veya Büyük Daire bir taraf devlete ilişkin bir başvuruyu incelerken ilgili taraf devleti temsilen AİHM'de bulunan hâkim, söz konusu başvuruyu inceleyen heyetin re'sen (*ex officio*) üyesi olmaktadır. Ancak İHK, bir taraf devlete ilişkin bireysel başvuru veyahut raporu incelerken söz konusu taraf devletin milliyetine mensup Komite üyesi, o incelemede yer alamamaktadır. Hatta milliyet ilişkisi olmamakla birlikte söz konusu olayla alakalı olarak kişisel veya profesyonel bir çıkar çatışması tespit edilen üye, o incelemeye dâhil edilmemektedir. Bu konuda bkz. Rule 74 & 108, **Rules of procedure of the Human Rights Committee**, UN Doc. CCPR/C/3/Rev.11, 26 Temmuz 1989; Rule 24 & 26, **Rules of Court**, the European Court of Human Rights, 1.8.2018 (Amended on 3.6.2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf ET: 5.6.2019).

raporu ve daha sonra da İHK tarafından belirlenecek dönemlerde¹⁹⁸ “periyodik” raporlar sunmak durumundadır.¹⁹⁹ Bu raporlar, taraf devletler ile İHK arasında Sözleşme altındaki hak ve özgürlüklerin korunmasının sağlanması açısından oluşturulacak yapıcı işbirliği ve diyalog ortamının sağlanması bakımından oldukça önemlidir. Nitekim bu mekanizmanın öngörülme sebebi, taraf devletlerin raporlama esnasında kendi ülkelerinin durumunu görmelerini sağlamak, bu bağlamda devletlerin sivil toplum örgütleri ve kamu denetçileri gibi kurumlarla fikir teatisi yapmak suretiyle Sözleşme altındaki hak ve hürriyetlerin etkin bir şekilde korunduğu bir ortam tesis etmektir.²⁰⁰

Sözleşme’ye taraf devletler, yukarıda belirtildiği üzere Sözleşme’yi onayladıkları tarihten itibaren bir yıl içerisinde sunmakla yükümlü oldukları başlangıç raporlarında, kendi yetki sınırları dâhilinde insan haklarını ve temel hürriyetleri koruma altına alan anayasal hükümler, kanunlar, idarî uygulamalar, içtihatlar ve diğer bütün hususları belirtmek durumundadır. Bu bağlamda taraf devletlerden ayrıca Sözleşme’nin iç hukuka nasıl aktarıldığı hususuna da özellikle vurgu yapması beklenmektedir.²⁰¹ Öte yandan, “birbirini izleyen” ya da “periyodik” raporlar olarak kategorize edilebilecek raporlar ise daha önce taraf devletlerin her beş yılda İHK’ya sunduğu ancak İHK İç Tüzüğü’nde yapılan değişiklikler sonrasında İHK tarafından olay bazlı talep edilen raporlardır.²⁰² Bu bakımdan periyodik raporların taraf devletlerin İHK talep ettiğinde hazırlayıp Komite’ye sunduğu deyim yerindeyse kendilerini savunduğu belgeler olduğu söylenebilir. Nitekim periyodik raporlarda İHK’nın bir önceki periyodik raporda vurguladığı hususlara ilişkin olarak ve Sözleşme’nin maddelerinin uygulamasına yönelik yeni gelişmelerin detaylı bir analizinin yapılması beklenmektedir.²⁰³

Taraf devletlerce MSHS’nin kırkıncı maddesi kapsamında sunulan raporlar, İHK tarafından incelendikten sonra ilgili taraf devletin sunduğu

¹⁹⁸ Taraf devletlerin bir sonraki periyodik raporunu sunacağı tarih, İHK tarafından ilgili taraf devletin raporunu incelemesi akabinde hazırladığı Tespit Raporu’nda belirtilmektedir. Konu hakkında bkz. **Rules of procedure of the HRC**, Rule 68.

¹⁹⁹ **A.g.e.**, Rule 66-68.

²⁰⁰ Scott N. Carlson & Gregory Gisvold, **a.g.e.**, s. 5.

²⁰¹ **A.g.e.**, s.7.

²⁰² **Rules of procedure of the HRC**, Rule 66.

²⁰³ Carlson&Gisvold, **a.g.e.**

raporun inceleneceği oturum belirlenmekte ve taraf devlet kendisiyle alakalı raporun görüşüleceği oturuma davet edilmektedir. İHK bu oturumda taraf devletin sunduğu raporu masaya yatırmakta ve ilgili devletin oturuma katılan temsilcilerine rapordaki hususlarla alakalı sorular sormaktadır. Komite taraf devlet tarafından sunulan raporun Sözleşme'nin 40'ıncı maddesine uygunluğunu, verilen bilgilerin doğru ve yeterli düzeyde olup olmadığını ve Komite'nin ilgili devlete yönelik değerlendirmede temel alacağı konuları kapsayıp kapsamadığını incelemektedir. İşbu inceleme neticesinde İHK tarafından söz konusu raporda belirtilen hususlara ilişkin olarak taraf devletin Sözleşme'ye uyum çerçevesinde atması gereken adımları içeren bir "Nihai Mütalaa" açıklanmaktadır. Nihai mütalada belirtilen hususların taraf devletçe yerine getirilip getirilmediğini takiben bir veya daha fazla sayıda Komite üyesi Takip Raportörü olarak atanmakta ve bu raportör(ler) taraf devletin verdiği bilgileri yine taraf devletin faaliyetleriyle birlikte değerlendirmek üzere nihai mütalaya uyumu takip etmektedir.²⁰⁴

MSHS'nin 40'ıncı maddesi kapsamında taraf devletlerin rapor verme yükümlülüğünün Sözleşme'nin olağanüstü hallerde derogasyonu düzenleyen 4'üncü maddesi bakımından da etkin bir şekilde işletildiği görülmektedir. Komite'nin taraf devlet raporlarını incelerken derogasyona ilişkin hususlardaki değerlendirmelerini yalnızca Sözleşme'nin ilgili taraf devlette yürürlüğe girdiği zamandan sonrasına ilişkin hadiselerle sınırlamadığı anlaşılmaktadır. Nitekim rapor incelemeleri esnasında ilgili taraf devlet temsilcilerinin, geçmiş zamanlardaki olağanüstü hal uygulamalarına ilişkin sorulara sıklıkla muhatap olduğu vakidir.²⁰⁵ İHK incelemeler esnasında sorduğu güncel ve geçmiş uygulamalara ilişkin sorular aracılığıyla söz konusu taraf devletin derogasyon mekanizmasına ilişkin saptamalarda bulunmakta²⁰⁶ ve nihai mütalada ona göre bir değerlendirme yapmaktadır.

Diğer taraftan, İHK'nin taraf devletlerin Sözleşme'ye uyumunu incelemek adına kullandığı diğer mekanizma Birinci İhtiyarî Protokol ile

²⁰⁴ Detaylı bilgi için bkz. **Rules of procedure of the HRC**, Rules 66-75.

²⁰⁵ Summary Record of the 199th Meeting, HRC, UN Doc. CCPR/C/SR.199, 24.3.1980, para. 13; Summary Record of the 222nd Meeting, HRC, UN Doc. CCPR/C/SR.222, 17.7.1980, para. 49.

²⁰⁶ Summary Record of the 118th Meeting, HRC, UN Doc. CCPR/C/SR.118, 1.11.1978, para. 12.

getirilen bireysel başvuru mekanizmasıdır.²⁰⁷ Bu kapsamda Sözleşme'ye taraf devletlerin yetkisi dâhilinde yaşayan bireyler, söz konusu taraf devletin İhtiyarî Protokolü onaylamış olması halinde, Sözleşme altında korunan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle İHK'ya bireysel başvuruda bulunabilmektedir. İHK, bu başvuruları kabul edilebilirlik ve esas açısından kapalı oturumda incelemektedir. Kabul edilebilir bulunan bireysel başvurularla alâkalı olarak ilgili taraf devlet savunma yapmaya davet edilmekte ve yapılan savunma başvurucaya iletilmektedir. Başvurucunun, taraf devletin cevabına mahsuben yapacağı eklemelerin ve iddiaların ardından İHK taraflarca yapılan iddia ve savunmalar üzerinden bir karar vermektedir. İHK, şayet taraf devletin Sözleşme altında korunan hak ve özgürlüklerin ihlal ettiği görüşündeyse ilgili devletin söz konusu ihlali gidermesine yönelik olarak başvurucaya tazminat ödeme ve/veya konuya ilişkin yasal düzenleme yapma şeklinde ilgili devlete tavsiyelerde bulunmaktadır. Daha sonra kararın ilgili taraf devletçe uygulanıp uygulanmadığı, ihlalin giderilip giderilmediği tıpkı raporlama usulünde olduğu gibi Takip Raportörü tarafından izlenmektedir. Raportör, izleme sürecinde sivil toplum temsilcileri, insan hakları savunucuları ve hukukçular ile de görüşmek sûretiyle elde ettiği verileri Komite'ye raporlamaktadır.²⁰⁸ Raporlama neticesinde verilen nihâî mütalaalar gibi İHK'nın bireysel başvuruların akabinde verdiği kararlar/görüşler de taraf devletlerin Sözleşme'ye uyumunu sağlama konusunda yol gösterici mahiyettedir. Her ne kadar Komite bir mahkeme olmasa da Sözleşme ile yetkilendirilmiş bağımsız bir uzman heyeti olması hasebiyle Komite kararları devletler tarafından ciddiye alınmakta ve bu kararlar/görüşler taraf devletlerin insan hakları ve temel hürriyetlere ilişkin uygulamalarını şekillendirmektedir.²⁰⁹ Ancak bu noktada İHK'nın nihâî mütalaalar ve görüşler aracılığıyla ilgili devletin Sözleşme'ye uyumunu teşvik etmek dışında zorlayıcı herhangi bir yetkisi bulunmadığı söylenebilir.

Önemle vurgulamak gerekir ki, her ne kadar MSHS'nin 41'inci maddesi, bir taraf devletin başka bir taraf devlete karşı Sözleşme ihlali iddiasıyla yapacağı başvuruların incelenmesi prosedürünü öngörse de henüz hiçbir taraf

²⁰⁷ Birinci İhtiyarî Protokol, m.1.

²⁰⁸ **Rules of procedure of the HRC**, Rule 88 vd.

²⁰⁹ Scott N. Carlson and Gregory Givold, **a.g.e.**, s. 11.

devlet başka bir taraf devletin MSHS bağlamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle İHK'ya başvuruda bulunmamıştır.²¹⁰ Bunun sebebinin, anılan şekilde yapılacak bir başvurunun devletlerin kendi aralarındaki diplomatik ilişkileri tehlikeye düşüreceği ve dolayısıyla bir taraf devletin bir başka taraf devleti bu şekilde karşısına almak istemeyeceği olduğu söylenebilir. Ancak, MSHS altındaki yükümlülüklerini büyük ölçüde ve/veya istikrarlı bir şekilde ihlal eden bir taraf devlete karşı diğer taraf devletlerin deyim yerindeyse tepkisiz kalmasının Sözleşme'nin ruhu açısından ne derece doğru olduğu hususu tartışmalıdır. Nitekim Sözleşme'ye taraf devletlerin, Sözleşme'nin başlangıç kısmında belirtildiği üzere, insan haklarına ve özgürlüklerine her yerde saygı gösterilmesini sağlama ve bu haklara ve özgürlüklere uygun davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme kapsamındaki hak ve hürriyetlerin korunması adına MSHS'nin 41'inci maddesi altında taraf devletlerin kolektif bir sorumluluğu olduğu ve Sözleşme'ye aykırı davranan devlet aleyhine toplu bir şikâyet prosedürü öngörülmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, 2005 Birleşmiş Milletler Liderler Zirvesi Sonuç Belgesi'nde belirtilen “koruma sorumluluğu (*responsibility to protect*)”²¹¹ ilkesinin MSHS'ye taraf devletler açısından da geçerli olduğu açıktır.

BM sözleşmeleri ile kurulan diğer BM organları²¹² gibi İHK'nın da görüşlerine ve tavsiyelerine uymayan devletlere yönelik uygulayabileceği herhangi bir zorlayıcı mekanizma öngörülmemiştir.²¹³ Bununla birlikte Komite, Sözleşme'nin 40'ıncı maddesi kapsamında taraf devletlerin raporlarının incelemesini yaparken veya diğer oturumlarda İHK görüşlerine uymayan devletleri ifşa etmek ve BM Genel Kurulu'na sunulan yıllık raporlarda bu hususa yer vermek suretiyle söz konusu devletler üzerinde

210 Bu konuda bkz. UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Fact Sheet No. 15 (Rev.1), Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, May 2005, s. 27 vd. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf> ET: 1.5.2019; Möller and de Zayas, **a.g.e.**, s.9.

211 UNGA, 2005 World Summit Outcome: resolution / adopted by the General Assembly, UN Doc. A/RES/60/1, 24.10.2005.

212 BM Sözleşmeleri altında kurulan diğer BM oranlarına Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, Etkin/İrkî Ayrımcılığı Tasfiye Komitesi ve İşkencenin Önlenmesi Komitesi örnek verilebilir.

213 Cherif Bassiouni, “States of Emergency and States of Exception: Human Rights Abuses and Impunity Under Color of Law”, in **Non-derogable Rights and States of Emergency**, Daniel Prémont ed., Bruylant, Brüksel, 1996, s. 127.

psikolojik baskı yaratabilir (“*naming and shaming*”)²¹⁴. Bu noktada, BM’nin devletler üstü bir yapı olmaktan çok “devletlerarası” bir kuruluş olduğu gerçeği üzerinde durmak gerekir. Zira Uluslararası Adalet Divanı (UAD) da dâhil olmak üzere BM organları devletlerin kendi sınırları içerisinde mutlak egemen otorite olması ve bu egemenliğin sınırlandırılmayacağı prensibiyle çalışmaktadır. Dolayısıyla, devletler kendi iradeleri ve istekleri ölçüsünde uluslararası bir kuruluşun görüşlerine önem atfetmekte ve bu doğrultuda hareket etmektedir.

Her ne kadar İHK kararları bağlayıcı nitelikte olmasa da taraf devletlerin kararlara uyum konusunda oldukça hassas olduğu görülmektedir. Nitekim İHK kararları doğrultusunda taraf devletler, mevzuat değişikliği, mağdur vatandaşlarına tazminat ödenmesi, mahpusların salıverilmesi gibi adımlar atmaktadır.²¹⁵ Yani İHK kararlarının AİHM ya da UAD kararları gibi bağlayıcılığının bulunmaması hususu MSHS’ye taraf devletlerin İHK kararlarına ve/veya görüşlerine uyumunu önemli derecede etkilememektedir. Bu bağlamda, taraf devletler açısından asıl önemli unsurun yaptırım mekanizmasından ziyâde devletlerin kendi siyasî iradeleri olduğu söylenebilir. Öte yandan AİHM ya da Uluslararası Adalet Divanı gibi bir mahkeme olmamasına rağmen İHK’nin, MSHS’nin Birinci İhtiyari Protokolü altında icra ettiği bireysel başvuru mekanizmasına bakıldığında “yarı-yargısal” (*quasi-judicial*) bir fonksiyona sahip olduğu söylenebilir.²¹⁶ Nitekim İHK, başvuruların kabul edilebilirliği, kabul edilen başvuruların esasının incelenmesi, başvuru konusu olayda yer alan unsurların MSHS bağlamında herhangi bir ihlal teşkil edip etmediği gibi hususlarda kararlar vermektedir. Bu cihetten bakıldığında, İHK’nin bir yargı mercii gibi hareket ettiği şüphesizdir. Ayrıca, İHK’nin başvurunun esası hakkında verdiği kararlar²¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun (AİHK)²¹⁸ raporlarıyla benzerlik göstermektedir.

214 Möller and de Zayas, **a.g.e.**, s.6.

215 **A.g.e.**, s. 7.

216 **A.g.e.**

217 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi İhtiyarî Protokolünün 5’inci maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında İnsan Hakları Komitesi’nin başvurunun esası hakkında verdiği kararlar “Görüş” olarak ifade edilmektedir.

218 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Ek Protokol No. 11’in yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihine kadar Avrupa Konseyi sistemi içerisinde yer almıştır. Adı geçen protokol ile mevcut Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ilga edilmek suretiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yapısında reform gerçekleştirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz: **ETS No. 155**, Article 1.

Fakat 1 Kasım 1998'e kadar yürürlükte olan Avrupa Konseyi (AK) sisteminde, AİHK raporlarında yer verilen bulgular AK Bakanlar Komitesi (*Committee of Ministers*) ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından "bağlayıcı kararlar" haline dönüştürülebilirken²¹⁹ İHK görüşlerini hukuken bağlayıcı hale getirebilecek herhangi bir organ bulunmamaktadır.

Yine de, egemen bir devletin önce özgür iradesiyle İHK'nın MSHS bağlamındaki hak ihlalleri konusundaki yetkisini ve yetkinliğin kabul edip daha sonra Komite'nin bulgularını, kararlarını ve görüşlerini göz ardı etmesi muhtemel ve dahi makul bir durum değildir. İşte bu yüzden, Komite görüşleri hukuken bağlayıcılık arz etmese de, hakları ihlal edilen mağdurlara taraf devletler MSHS'nin 2'nci maddesinin üçüncü paragrafı kapsamında ihlalin giderilmesi için etkili bir çözüm yolu sunmakla yükümlüdür. Nitekim İHK Ekim 1994'ten beri, önüne gelen başvurulara ilişkin incelemenin ardından yayımladığı her görüşe MSHS'nin 2'nci maddesinin üçüncü paragrafı doğrultusunda şu ifadeleri dercetmektedir: *"İhtiyarî Protokol'e Taraf Devletler, Komite'nin Sözleşme kapsamında herhangi bir hak ihlali bulunup bulunmadığını belirleme konusunda yetkisi olduğunu kabul ederler. Ayrıca, Sözleşme'nin 2'nci maddesi uyarınca, Taraf Devletler kendi sınırları dâhilindeki ve yetki alanındaki bireylerin Sözleşme altındaki herhangi bir hakkının ihlal edilmiş olması durumunda, söz konusu bireylere etkili çözüm mekanizmaları sunma yükümlülüğü altındadır. Taraf Devletler, Komite Görüşü'nde yer verilen hususlara yönelik atılan adımlara ilişkin yüz seksen gün içerisinde Komite'ye bilgi verir."*²²⁰

Son olarak belirtilmelidir ki, İHK'nın MSHS altındaki ihlaller özellikle de olağanüstü hallerde derogasyon hususundaki yetkisi diğer BM organlarının denetim ve gözetim yetkisini işlevsizleştirmemektedir. Nitekim BM organlarının denetim yetkisi, yalnızca spesifik bir Sözleşme'den değil doğrudan BM Şartı'ndan kaynaklanmaktadır.²²¹ Nitekim İnsan Hakları

219Bu hususa ilişkin olarak 4 Kasım 1950 tarihli AİHS'nin ilk resmi metnine https://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf üzerinden erişilebilir ET: 17.03.2019.

220 Nitekim İHK, *Zinaida Shumilina et al. v. Belarus* başvurusuna yönelik 28 Temmuz 2017 tarihli Görüş'ün son sayfasına söz konusu ifadeyi yerleştirmiştir. Bahsi geçen görüş <http://juris.ohchr.org/Search/Details/2303> üzerinden erişilebilir (ET: 17.3.2019).

221 Jaime Oraá, "The Protection of Human Rights in Emergency Situations under Customary International Law", in **The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian**

Konseyi (eski adıyla İnsan Hakları Komisyonu)²²² raporlarında devletlerin ilân etmiş oldukları olağanüstü hallere ve bu bağlamda derogasyon uygulamalarına ilişkin detaylı analizlere yer vermiştir.²²³ Ayrıca, bazı durumlarda BM Genel Sekreteri olağanüstü hallerde derogasyon bildiriminde bulunan devletlerin almış oldukları tedbirlerin ölçüsüzlüğü şüphesiyle ilgili devletten detaylı bilgilendirme talep etmiştir.²²⁴ Dolayısıyla her ne kadar MSHS altında devletlerin yükümlülüklerinin denetlenmesi adına İHK görevlendirilmiş olsa da insan hakları ve temel hürriyetlerin dünya çapında korunmasının takibi ve denetiminin, kolektif olarak başta İnsan Hakları Konseyi olmak üzere diğer BM organlarınca da gerçekleştirildiği söylenebilir.



Brownlie, Guy S. Goodwin-Gill & Stefan Talmon ed., Oxford University Press, 1990, s. 426.

²²² 2006 yılında İnsan Hakları Komisyonu'nun yerini İnsan Hakları Konseyi almıştır. Detaylı bilgi için bkz. Resolution adopted by the General Assembly on 15 March 2006, UN Doc. A/RES/60/251, 3.4.2006.

²²³ Report of the Thirty-fifth Session (Report on Chile), Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/1310, 1.2.1979.

²²⁴ Report of the Fortieth Session (Report on Poland), Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/1984/26, 1.3.1984.

3. AİHS VE MSHS ALTINDA OLAĞANÜSTÜ HALLERDE DEROGASYONUN MEŞRUIYETİ SORUNU VE SINIRLARI

Devletin en temel görevlerinden biri, vatandaşlarının daha genel bir ifadeyle kendi egemenliği altında yaşayan insanların temel hak ve hürriyetlerini olağan veya olağanüstü hallerde koruma altına almaktır. Ancak, olağanüstü hallerde devletler her ne kadar bir taraftan güvenliği etkin bir şekilde sağlamaya, diğer taraftan insanların temel haklarını ve bireysel özgürlüklerini korumaya çalışsa da tarihsel örnekler göstermiştir ki büyük insan hakları ihlalleri olağanüstü hallerde gerçekleşmektedir. Anayasal düzeni tehlikeye sokan ekonomik, siyasî veya çevresel anlamda istisnâ/olağanüstü durumların anayasal garantilerin geçici olarak askıya alınması gibi istisnâ tedbirleri gerektirebileceği konusunda bir uzlaşma mevcuttur.²²⁵ Ancak, olağanüstü hallerde alınan tedbirler ve bu dönemde devletin tasarrufları konusunun belirli standartlara bağlanması gerektiği izahtan varestedir. İstisnâ tedbirlerin alınmasını gerektiren olağanüstü halin ilanından itibaren ilgili devleti meşru sınırlar içerisinde tutacak çeşitli maddî ve şeklî kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır. İşte insan hakları sözleşmelerindeki derogasyon maddeleri esasen bu ihtiyaca cevap vermek üzere kurgulanmıştır.

Sözleşmelerde (bu çalışma kapsamında AİHS ve MSHS) yer alan derogasyon maddeleri, devletleri yönetenlere aslında hukukun sınırları içerisinde kalarak insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırabilme olanağı sunmaktadır. İşte bu esneklik, olağanüstü hallerde otoriterleşme eğilimi gösteren hükümetlerin meşru bir şekilde sözleşme yükümlülüklerine aykırı davranışları konusunda bir sigorta görevi görmektedir. Kelimenin tam mânâsıyla devletlere “yükümlülüklerden kaçma” seçeneği sunan derogasyon maddeleri, sözleşmelerin daha geniş bir şekilde müzakere edilmesini ve daha

²²⁵ Kriszta Kovacs, “The State of Exception: A Springtime for Schmittian Thoughts?”, **Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica**, vol. 17, no. 2, December 2017, p. 167.

çok sayıda devlet tarafından imzalanmasını kolaylaştırmaktadır.²²⁶ Mamafih, derogasyon hükümlerinin devletlere “resmî” ve tabiatı itibariyle “meşrû” bir kaçış zemini sunmasının, insan hakları sözleşmeleri altındaki yükümlülüklerin devletler tarafından yeterince dikkate alınmaması sonucunu doğurma potansiyeli bulunmaktadır.²²⁷ Hatta mevzubahis “potansiyel suistimal” dolayısıyla derogasyon hükümlerinin insan hakları sözleşmelerinin varoluş gayesine (*raison d'être*) zarar vereceği ve bu nedenle bu hükümlerin çok sıkı uluslararası standartlara ve denetime tâbi olması gerektiği vurgulanmaktadır.²²⁸

İnsan hakları sözleşmelerinde yer alan ve olağanüstü hallerde derogasyon meselesini düzenleyen hükümler, görünüşte insan haklarının olağan dönemde olduğu gibi korunacağını garantisini verseler bile söz konusu korumanın nasıl yapıldığı ancak ve ancak sözleşme organlarının uygulamalarından ve devlet pratiklerinden anlaşılabilir. Gerçekten de deyim yerindeyse sözleşmelerde yer alan bu soyut düzenlemenin anlaşılabilmesi adına mevzubahis maddede yer alan ifadelerin muşahhaslaştırılması elzemdir. Bu itibarla, öncelikle hangi durumun olağanüstü hal ilânını meşrulaştıran bir olağanüstü hal teşkil edeceği ve bu konuya ilişkin olarak son sözün olağanüstü halden etkilenen devletin mi yoksa sözleşme denetim organlarının mı olduğu konusunun irdelenmesi gerekir. İkinci olarak, derogasyona sebebiyet veren olağanüstü hal ile mücadele kapsamında alınan tedbirlerin “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, ölçülülük ve orantılılık prensiplerinin sözleşme organları tarafından somut olayda nasıl değerlendirildiği ortaya konulmalıdır. Bu noktada, doğası gereği geçici nitelikte olması gereken olağanüstü halin bazen taraf devletler tarafından zaman konusunda açık uçlu addedilip bir nevi olağanüstü hali *de facto* sürekli hale getirmek suretiyle derogasyon tedbirlerini uygulamaya devam ettikleri

²²⁶ Emilie M. Hafner-Burton, Laurence R. Helfer, and Christopher J. Fariss, "Emergency and Escape: Explaining Derogations From Human Rights Treaties", **International Organization**, Vol. 65, Fall 2011, p. 678.

²²⁷ Krzysztof J. Pelc, "Seeking Escape: The Use of Escape Clauses in International Trade Agreements", **International Studies Quarterly**, Volume 53, Issue 2, June 2009, p. 350.

²²⁸ Sarah Joseph and Melissa Castan, **The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary**, 3rd edition, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 910-923.

vurgulanmalıdır.²²⁹ Yani olağanüstü halle mücadele kapsamında alınan derogasyon tedbirlerinin “gerekliliği” konusunda değerlendirme yapılırken bu tedbirlerin ve dolayısıyla olağanüstü halin süresi de önem arz etmektedir.

Öte yandan, hem MSHS hem de AİHS tarafından hazırlık çalışmalarından itibaren büyük önem atfedilen deroje edilemez (*non-derogable*) haklar bir başka deyişle dokunulmaz hakların kapsamının ne olduğu ve söz konusu listelerin eksiksiz mi yoksa dolaylı olarak başka hakların da dokunulmaz addedilip addedilemeyeceği meselesinin netleştirilmesi konunun daha iyi anlaşılması açısından önemlidir. Nitekim burada, her iki sözleşmenin derogasyon maddelerinde de dokunulmaz olarak zikredilmeyen²³⁰ ancak deroje edilemeyecek hakların etkili bir şekilde korunması için teminat niteliğinde olan birtakım usûlî ve maddî güvencelerin (*due process of law*²³¹) de tıpkı AmeİHS’te olduğu gibi dokunulmaz kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır. Mamafih, taraf devletlerin sözleşme altında korunan hakları ve özgürlükleri geniş bir sınırlamaya tâbi tutmasının önündeki en büyük engellerden biri olan hakları kötüye kullanma yasağını düzenleyen AİHS m. 17 ile MSHS m. 5’in her iki sözleşmede de dokunulmaz olarak sayılmamış olmasının esasen her iki sözleşme altında da deroje edilemez hakların eksiksiz olarak sayılmadığı, dolaylı olarak başka hakların da bu kategoriye dâhil edilmesinin kaçınılmaz olduğu²³² görülmektedir.

Bu bölümde, AİHS ve MSHS taraf devletlerin olağanüstü hallerde başvurmuş oldukları derogasyonun meşru olabilmesi gerekli şartlar,

²²⁹ Jaime Oraá, **Human Rights in States of Emergency in International Law**, Oxford University Press, New York, 1992, p. 22; Manfred Nowak, **U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, 2nd revised edition, N. P. Engel Publishers, Kehl, 2005, p. 84.

²³⁰ AmeİHS m. 27/2’de “...*the judicial guarantees essential for the protection of such rights*” denilmek suretiyle ikinci fıkrada sayılan dokunulmaz hakların korunması için gerekli olan yargısal garantileri sağlayan sözleşme maddelerinin de askıya alınamayacağı düzenlenmiştir.

²³¹ Due process kavramının Amerikan Anayasası’nın Ek 5’inci ve Ek 14’üncü maddelerinde düzenlenen ve amacı Federal Devlet’in hukuka uygun davranmasını temin etmek bir başka deyişle Anayasa’da belirtilen hak ve özgürlüklere yönelik bir nevi usûlî ve maddî garantör ilke olduğu konusunda bkz. Kerem Altıparmak, “Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 45 Sayı: 1-4, 1996, s. 219-250.

²³² Jost Delbrück, “Safeguarding Internationally Protected Human Rights in National Emergencies: New Challenges in View of Global Terrorism”, in **Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress**, Ed. Jürgen Bröhmer et al. (p. 35-46), Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2005, p. 41.

derogasyon maddelerinde belirtilen sistematikten hareketle ve aynı sırada incelenecektir. Söz konusu maddelerdeki ifadelerin tam olarak ne anlama geldiği, doktrin ve sözleşme makamlarının içtihatlarından hareketle ortaya konulacak ve nihayet sözleşme organlarının uygulamalarına ışık tutularak meşru bir derogasyon için oluşturulmuş standartlar analiz edilecektir.

3.1 Ulusun Varlığını Tehdit Eden Genel Tehlike Hali

3.1.1 Savaş veya Diğer Olağanüstü Haller

Ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike hali konusunda “savaş ya da diğer olağanüstü haller”²³³ ifadesini kullanan AİHS veya “savaş, genel bir tehlike ya da savaş”²³⁴ kavramlarına referans veren AmeİHS’nin aksine MSHS derogasyon bahsinde “savaş” mefhumunu kullanmamıştır. Nitekim hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) incelendiğinde savaş kelimesinin kasten kullanılmadığı ve bu durumun sembolik ama önemli bir endişeye istinaden olduğu görülecektir. MSHS hazırlık çalışmaları esnasında, savaş durumunun en önemli olağanüstü hallerden biri olduğu hususu kabul edilmekle birlikte ima şeklinde dahi olsa savaş ihtimalinin tasavvur edilmesinin savaşı önlemek amacıyla kurulan Birleşmiş Milletlerin amacıyla örtüşmediği vurgulanmak sûretiyle savaş kelimesi madde metnine dâhil edilmemiştir²³⁵. Ancak MSHS’de spesifik olarak savaş ibaresine referans verilmemesi, savaş zamanı derogasyon hakkının kullanılamayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır; zira savaş halinin ulusun varlığını tehdit eden en önemli hadiselerden olduğu aşîkârdır²³⁶.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde her ne kadar derogasyon maddesinde savaş ibaresinin kullanılıp kullanılmaması konusunda bir farklılaşma söz konusu olsa da derogasyondan söz edebilmek için olağanüstü halin ulusun varlığını/geleceğini tehlikeye düşürecek boyutta olması gerektiği konusunda gerek madde metinleri ve teori gerekse de uygulama açısından bir

²³³AİHS m. 15, Sözleşme’nin ve dahi AK organlarının resmi dillerinden biri olan İngilizce orijinal metinde “*in time of war or other public emergency*” ifadesini kullanmıştır. Bu çalışma kapsamında, söz konusu madde metni “ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike hali/olağanüstü hal” şeklinde kullanılmaktadır.

²³⁴AmeİHS m. 27, Sözleşme’nin orijinal İngilizce metninde “*in time of war, public danger, or other emergency*” ifadesini haizdir.

²³⁵UN Doc., A/2929, s. 67, para. 39.

²³⁶Thomas Buergenthal, “To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations”, in **The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights**, Louis Henkin (ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s.79.

birlik mevcuttur. Nitekim MSHS madde 4, bir devletin derogasyon hakkını tartışmaya mahal vermeyecek derecede kullanabilmesi için mevcut olağanüstü halin o ulusun varlığına tehdit oluşturması gerektiği görüşü üzerine bina edilmiştir.²³⁷ Yani, olağanüstü halden bahsedebilmek için ulusu tehdit eden ve hiçbir şekilde şüpheye yer bırakmayan bir hadisenin vuku bulmasının şart olduğu açıktır.

Öte yandan AİHS madde 15 açısından konuya bakıldığında, AİHM *Lawless Kararı*’nda ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hali, “ulusun tamamını etkileyen ve kamu düzenine tehdit teşkil eden bir istisnâî kriz veya tehlike durumu” şeklinde tanımlamıştır.²³⁸ Yine, *Yunan(istan) Davası*’nda AİHK bir olağanüstü halin ulusun varlığını tehdit edecek seviyeye ulaşması için sahip olması gereken karakteristik özellikleri sıralamıştır. Buna göre, mevzubahis olağanüstü hal, mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi ifade etmeli, tüm toplumu etkilemeli, kamu düzenini tehdit etmelidir ve söz konusu olağanüstü hali oluşturan kriz veya tehlike ile mücadele açısından Sözleşme’nin (AİHS) kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının korunması için öngördüğü normal tedbirlerin veya kısıtlamaların yetersiz kalması gerekir.²³⁹

Olağanüstü halin ulusun varlığını tehdit edecek boyuta ulaşması hususu değerlendirilirken özellikle vurgulamak gerekir ki söz konusu olağanüstülük durumunun bütün bir toplumu/milleti içine almasına gerek yoktur. Burada, somut tehdidin vuku bulduğu veya yayıldığı coğrafya ile tehdidin önem

²³⁷ UN Doc., A/2929, s. 67, para. 39.

²³⁸ AİHM 1 Temmuz 1961 tarihinde vermiş olduğu ve literatürde “*Lawless Kararı*” olarak bilinen kararında, İrlanda vatandaşı G.R. Lawless’ın İrlanda Hükümeti aleyhine açmış olduğu davada, ayrılıkçı İrlanda Cumhuriyet Ordusu’nun (IRA – *Irish Republican Army*) anayasal düzene aykırı faaliyetlerde bulunmasının, kendi amaçlarına erişmek için ülke içinde ve dışında şiddet içerikli eylemler gerçekleştirmesinin ve 1956 sonbaharından 1957 ortasına kadarki süre içerisinde endişe verici düzeyde artan terör faaliyetlerinin toplumun tamamını etkileyen bir kriz hali ve ulusun varlığına yönelik tehlike oluşturan bir olağanüstü hal oluşturduğunu net bir şekilde ifade etmiştir. Detaylı bilgi için bkz: Graham Zellik et al., **European Human Rights Reports (EHRR)**, cilt 1, European Law Centre Ltd., 1979-80, s. 15 vd.

²³⁹ Council of Europe, “The Greek Case”, **Yearbook of the European Convention on Human Rights – The European Commission and European Court of Human Rights**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1972, para. 153, s. 72. AİHK’nın olağanüstü halin “mevcut veya muhtemel” olması şeklindeki hükmünün AİHM’nin *Lawless* kararındaki “ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hal” tanımıyla örtüştüğü, söz konusu Karar’ın özgün Fransızca metninde yer alan “*danger exceptionnel et imminent*” ifadesi İngilizce’ye çevrilirken “*imminent*” ibaresinin çıkarıldığı hususunda detaylı bilgi için bkz: Greek Case, para. 52, s. 72-73.

derecesini birbirinden ayırmak elzendir. Nitekim ulusun varlığını tehdit eden bir olağanüstü hal yalnızca ülkenin bir kısmında örneğin bir veya birkaç ilinde, eyaletinde veya kantonunda gerçekleşebilir. Gerek AİHS gerekse de MSHS uygulamasında bu tip bölgesel olağanüstü hallerde devletin derogasyon hakkını kullanması meşru kabul edilmiştir.²⁴⁰ Aksi takdirde, bir devletin bölgesel tehlikelere örneğin merkeze uzak bir kentinde gerçekleşen silahlı ayaklanmaya karşı mücadele esnasında sırf ülkenin tamamına yönelik bir tehlike olmadığından bahisle olağanüstü hal ilân etmek suretiyle derogasyon hakkını kullanamaması gibi durum ortaya çıkar²⁴¹ ki bu durum devletlerin özellikle terörizmle mücadelesini sekteye uğratmak sûretiyle derogasyon maddelerinin ruhuna aykırılık teşkil eder.

3.1.2 Olağanüstü Hal İlânı

Avrupa ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmeleri'nin derogasyon maddelerinde yer verilmemiş olmamasına rağmen MSHS m. 4 ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü halin resmen ilân edilmesini şart koşturmuştur.²⁴² Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi MSHS'nin hazırlık çalışmaları esnasında “resmen ilân” ibaresinin “hukuken ilân” şeklinde değiştirilmesinin tartışılmış olmasıdır.²⁴³ Olağanüstü halin ilgili devletin anayasasına uygun bir şekilde hukuken ilan edilmesini savunanların aksine m. 4'ün hukukîlik denetimini ilgili devletin kendi iç hukuku çerçevesinde takdirine bırakılması taraftarlarının görüşü ağır basmış ve olağanüstü halin ilgili devletin yetkili otoritesi tarafından resmen ilân edilmesinin yeterli olduğu belirtilmiştir. Nitekim her devletin kendi ulusunun varlığını tehdit eden olağanüstü hali belirleme konusunda kendi kararını vermesi gerektiği; kanun ve nizamın sağlanması toplumun çıkarına olduğundan dolayı bu konuda devlete kesin bir takdir yetkisi verilmesinin önemli olduğu vurgulanmıştır.²⁴⁴

²⁴⁰ ECHR, *Ireland v. The United Kingdom*, Application No. 5310/71, Court (Plenary) Judgment, 18.1.1978, p. 87. AİHM bu kararında “...Söz konusu kriz 6 ilçede gerçekleşmiş olup bu yüzden madde 15'in alanına girmiştir” ifadesini kullanmış olup ulusun varlığını tehdit edecek düzeyde bir olağanüstü halin varlığı ne AİHK ne de AİHM tarafından bu olay bazında sorgulanmıştır.

²⁴¹ Thomas Buergenthal, **a.g.e.**, s. 80.

²⁴² UN Doc. E/CN.4/705, 16.4.1954, s. 66.

²⁴³ UN Doc. A/5655, 10.12.1963, s. 11-12, para. 48-49-50.

²⁴⁴ UN Doc. A/5655 bu noktada, AİHM'nin devletlerin egemenliği meselesiyle AİHS altındaki yükümlülüklerini dengeleme konusundaki genel yaklaşımı olan “devletin takdir yetkisi (*margin of appreciation*)” doktrinine referans vermiştir (UN Doc. A/5655, s.12).

İnsan Hakları Komitesi, MSHS'ye taraf devletlerin 4'üncü madde uygulamalarında rehber olması için kabul ettiği Genel Yorum No. 29'da²⁴⁵ olağanüstü halin resmi olarak ilân edilmesi hususunu ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike yani olağanüstü halin varlığıyla birlikte derogasyon uygulamasının ön şartı olarak ifade etmiştir. İHK, sonuçları MSHS'den doğan yükümlülüklerden sapmaya bir başka ifadeyle derogasyona sebebiyet verecek olağanüstü hal ilânlarında taraf devletlerin olağanüstü hali düzenleyen anayasa hükümleri ve diğer mevzuat çerçevesinde hareket etmesi gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. Bununla birlikte, Komite'nin anılan olağanüstü hal ilânı ve bu kapsamdaki olağanüstü hal uygulamalarının 4'üncü maddeyle uyumlu olup olmadığını denetleme konusunda yetkili olduğu; Komite'nin gözetim ve denetim fonksiyonunu tam mânâsıyla yerine getirebilmesi için derogasyona müracaat eden devletin MSHS'nin 40'inci maddesi kapsamında Komite'ye rapor sunarken olağanüstü hal mevzuatı ve uygulamalarına ilişkin net bilgi sunması gerektiği de vurgulanmıştır.²⁴⁶

3.1.3 Devletin Takdir Yetkisi (“*Margin of Appreciation*”)

Devletin takdir yetkisi, bir devletin kendi yetki alanı içerisinde cereyan eden bir olaya ilişkin olarak insan hakları sözleşmeleri altındaki yükümlülükleri bağlamında değerlendirme yaparken sahip olduğu serbestî veya özgürlük olarak tanımlanabilir.²⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından değerlendirildiğinde, devletin takdir yetkisi doktrini, bir devletin Sözleşme altındaki yükümlülüklerini yerine getirirken kendine has durum ve şartları göz önünde bulundurarak değerlendirme yapabilmesi konusunda o devlete tanınan takdir yetkisini ifade eder.²⁴⁸ Her ne kadar “devletin takdir yetkisi” kavramı, Fransız Danıştay (Conseil d'Etat) içtihadına (*margé*

²⁴⁵ Human Rights Committee, **CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency**, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31.8.2001.

²⁴⁶ GY No. 29, para. 2.

²⁴⁷ Oren Gross & Fionnuala Ní Aoláin, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of the Article 15 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 23, No. 3, August 2001, p. 626.

²⁴⁸ Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2001, s.2.

d'appréciation) dayandırılrsa²⁴⁹ da uluslararası anlamda devletin takdir yetkisi doktrininin AİHS hukukunda yer bulduğu ve dahi söz konusu doktrinin AİHK ve AİHM içtihatlarıyla büyük ölçüde geliştirildiği söylenebilir.²⁵⁰

Devletin takdir yetkisi doktrini ilk olarak (Birinci) Kıbrıs Davası'nda gündeme gelmiştir.²⁵¹ Taraflarca ileri sürülmemiş olmasına rağmen söz konusu davada AİHK, derogasyona başvuran devletin almış olduğu tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığını değerlendirirken, konuya ilişkin olarak söz konusu devletin belirli ölçüde bir takdir yetkisi bulunduğunu devletin takdir yetkisi doktrini şeklinde ifade etmiştir. Komisyon, derogasyon kapsamında devletlerin aldığı tedbirleri inceleme ve denetleme konusunda yetkili olduğunu kabul etmekle birlikte bu yetkinin taraf devletlere tanınan "takdir marjı/yetkisi" ile sınırlı olduğunu açıkça ortaya koymuştur.²⁵² Bu minvalde AİHK, derogasyon tedbirleri konusunda taraf devletlere bir takdir sınırı tesis etmiş ve bu sınırlar içerisinde taraf devletlere deyim yerindeyse serbestî tanımıştır. Komisyon'dan sonra Mahkeme de önüne gelen bireysel başvurulara ilişkin değerlendirme yaparken devletin takdir yetkisini göz önünde bulundurmıştır. Nitekim önüne gelen ilk bireysel başvuru olan *Lawless Davası*'nda AİHM, somut olayın derogasyonu gerektiren bir olağanüstü hal olup olmadığına ilişkin değerlendirme yaparken, ilgili devletin kendi sınırları içerisinde yaşayan insanları koruma yükümlülüğüne atıf yapmış ve bu bağlamda bir olağanüstü halin mevcut olup olmadığının ilgili devletin takdirine bırakılması gerektiğine hükmetmiştir.²⁵³

Çeşitli kültürel ve hukukî geleneklere sahip devletlerin bir araya gelerek oluşturdıkları bir toplulukta, Avrupa Konseyi'nde, insan hakları konusunda yeknesaklığı sağlamak kolay değildir. Dolayısıyla, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları gibi üstün değerlerin çatısı altında asgari müştereklerde birleşen üye devletlerin AİHS altındaki yükümlülükleri

²⁴⁹ R. St. J. Macdonald, "The Margin of Appreciation", in **The European System for the Protection of Human Rights**, Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Martin Nijhoff Publishers (Kluwer International), Hollanda, 1993, s. 83.

²⁵⁰ Yutaka Arai-Takahashi, **a.g.e.**, s.3.

²⁵¹ Detaylı bilgi için lütfen bkz. ECHR, *Greece v. The United Kingdom*, Application No. 176/56, Report of the European Commission of Human Rights, **1958-1959 Yearbook of the European Convention on Human Rights** 174.

²⁵² Oren Gross & Fionnuala Ní Aoláin, **a.g.e.**, p. 631 vd.

²⁵³ ECHR, *Lawless v. Ireland*, **European Convention on Human Rights (serie A)**, 1960-1961.

konusunda değerlendirmeler yaparken kendilerine has durumları dikkate alarak belirli ölçüde takdir yetkisi kullanmaları doğaldır. O kadar ki, devletin takdir yetkisi doktrininin, üye devletlerin egemenlik hakları ile Sözleşme altındaki yükümlülüklerini dengelemesi bakımından Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi tarafından geliştirilen en önemli teminatlardan birisi olduğu iddia edilmektedir.²⁵⁴ Gerçekten de Strasbourg makamlarının üye devletlerin egemenliklerine karşı göstermekte olduğu hassasiyet, üye devletlerin iyi niyet ve süregelen bir işbirliği içerisinde Sözleşme altındaki yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağladığı görülmektedir.

Bu bilgiler ışığında önemle vurgulanması gereken husus, devletin takdir yetkisi doktrininin, devletlerin ulusal insan hakları algısı ile insan hakları sözleşmeleri altında korunan değerlerin uygulanması konusundaki yeknesaklığı dengelemek için güdülen bir çaba sonucunda ortaya çıktığıdır. Nitekim söz konusu doktrin, Sözleşme'nin devletlerin ulusal insan hakları mekanizmalarının bir tamamlayıcısı mesabesinde olduğu yaklaşımına hizmet etmektedir. Bir başka deyişle, takdir yetkisi doktrini, üye devletlerin egemenlikleri ile Strasbourg makamlarının yetkileri arasındaki dengenin “doğal sonucu” olarak gelişmiştir.²⁵⁵ Bu bağlamda, üye devletleri kendi rızalarıyla yükümlülük altına sokan ve Avrupa çapında insan haklarının korunması amacıyla oluşturulan AİHS'nin uygulanması konusunda üye devletlere tanınan bir esneklik olması hasebiyle takdir yetkisi doktrini, Strasbourg makamlarıyla üye devletlerin karşı karşıya gelmesini engelleyen bir denge mekanizması olmuştur.²⁵⁶

Diğer taraftan öğretilde, takdir yetkisi doktrininin Sözleşme'nin istisna ve derogasyona ilişkin “belirsiz” bir dil kullanmasının taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi bıraktığı yönündeki iddialar mevcuttur. Sözleşme hükümlerinin çok genel ifadeler barındırmasından mütevellit esasen Sözleşme'nin taraf devletlerce “kendi kendine” yorumlayıp uyguladığı

²⁵⁴ Humphrey Waldoock, “The Effectiveness of the System Set up by the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Law Journal**, cilt 1, sayı 1, 1980, s.9.

²⁵⁵ Paul Mahoney, “Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, **Human Rights Law Journal**, Cilt: 11, Sayı: 57, s. 81.

²⁵⁶ R. St. J. Macdonald, **a.g.e.**, s. 123.

belirtilmektedir.²⁵⁷ Bu itibarla, “olağanüstü hal”, “ulusun güvenliğini tehdit”, “durumun gerektirdiği ölçüde” gibi kavramların “genel ifadeler” olduğu ve dolayısıyla “kötü niyetli” taraf devletlere bir kaçış rotası çizilebileceği konusunda endişe duyulmaktadır.²⁵⁸ Hatta şu ana kadar yalnızca 1960 yılındaki Yunan(istan) meselesi haricinde AİHM’nin derogasyon meselesine ilişkin içtihatlarında ulusun geleceğini tehdit eden bir olağanüstü halin varlığı meselesinin değerlendirmesini derogasyona başvuran devletin takdirine bıraktığı ve böylece olağanüstü halin var olup olmadığına ilişkin değerlendirme konusundan neredeyse tamamen feragat ettiğine yönelik değerlendirmeler mevcuttur.²⁵⁹ Ancak, AİHS ve MSHS’nin genel mantığına bakıldığında bu yorumlara katılmak mümkün değildir. Zira egemen devletler kendi iradeleriyle belirli yükümlülükler altına girdiklerinden ne AİHM ne de İHK egemen devletin iradesinden daha üstte konumlanamamaktadır. Yani bir nevi söz konusu denetim organları devletlerin kendilerine tanıdıkları alan ölçüsünde taraf devletlere yönelik iş ve işlemlerde bulunabilirler. Binaenaleyh aslında sözleşmedeki kavramların belirsiz bırakılmasının devlet egemenliği ve insan haklarının korunması dengesinin gözetilmesi amacına matuf olduğu değerlendirilmektedir. Devletlere hiçbir takdir yetkisi verilmemiş olsaydı taraf devletlerin sözleşme organlarının kararlarına uyumu konusunda oldukça büyük sorunlar ortaya çıkabilirdi.

3.2 Durumun Kesinlikle Gerektirdiği Ölçüde Tedbirler

Derogasyon kurumu, hem AİHS hem de MSHS bakımından sözleşmenin tarafı olan devletlere ancak ve ancak söz konusu durumun mutlak şekilde gerektirdiği ölçüde tedbirler almayı zorunlu kılmıştır. Bir başka deyişle, olağanüstü hallerde derogasyon yalnızca söz konusu olağanüstü durumun kesin gerektirdiği ölçüde tedbirler alındığı takdirde meşru sayılmaktadır.²⁶⁰ Gerek İHK gerekse de AİHM tarafından tedbirlerin “kesinlikle gerekli olması” koşuluna ilişkin bir değerlendirme yapılırken alınan tedbirin derogasyona

²⁵⁷ Humprey Waldock, **a.g.e.**, s. 1.

²⁵⁸ Aly Mokhtar, “Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 8, No. 1, pp. 65-87, Spring 2004, p. 72.

²⁵⁹ Triestino Mariniello, “Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court Should Raise Its Immunity System”, **German Law Journal**, vol. 20, no. 1, 2019, pp. 68.

²⁶⁰ Thomas Buergenthal, **a.g.e.**, s. 81.

sebebiyet veren tehditle başa çıkabilmek için gerekli ve tehdit karşısında ölçülü olması hususları göz önünde bulundurulmaktadır.²⁶¹ Bu açıdan bakıldığında, ölçülülük prensibi kapsamında değerlendirilen ve olağanüstü hal ile mücadele kapsamında alınan her bir tedbir için spesifik bir meşruiyet tesisi anlamına gelen “kesinlikle gerektirme” kıstasının derogasyon bildiriminde bulunan devletleri olağanüstü hal uygulamaları esnasında en çok sınırlayan ölçüt olduğu söylenebilir.²⁶² Gerçekten de her ne kadar ilgili devletin derogasyona müracaat edebilmesi için elverişli koşullar vuku bulmuş olsa da gerek MSHS m. 4 gerekse de AİHS m. 15 bakımından derogasyonun meşru kabul edilebilmesi ancak ve ancak alınan tedbirlerin ölçülü olmasına bağlıdır.

Bir hadisenin ulusun varlığını tehdit eden boyuta ulaşip ulaşmadığı, söz konusu tehditle mücadele etmek için hangi tedbirlerin alınacağı, sözleşmelerin hangi hükümlerinin deroje edileceği ve derogasyon kapsamında alınan tedbirlerin mutlak sûrette gerekli olup olmadığı öncelikle tabiatı gereği ilgili devlet tarafından değerlendirilmesi gereken hususlar olsa da anılan meselelere ilişkin olarak ilgili devlet tarafından yapılan değerlendirmeler derogasyonun meşruiyeti açısından tek başına yeterli kabul edilmemektedir.²⁶³ Nitekim anılan konular, doğrudan MSHS ve AİHS’nin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olduğundan İHK ve AİHM’nin yani uluslararası sözleşme organlarının incelemesine, denetimine ve dahi yaptırımına tâbidir. Nitekim hem MSHS kapsamındaki devlet raporlarının ve bireysel başvuruların incelenmesi hem de AİHS bağlamında açılan davaların karara bağlanması aşamasında sözleşme organlarının yapmış oldukları değerlendirmelerde ölçülülük prensibi önemli bir yer teşkil etmektedir.

Ölçülülük prensibine açık atıf niteliğinde olan durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde tedbirler alma şartı, İHK tarafından GY No. 29’da ele alınan ve çerçevesi belirlenen hususlardan biridir. Buna göre, İHK derogasyon kapsamında alınan tedbirleri değerlendirirken tedbirin süresini, etkili olduğu coğrafyayı ve olağanüstü durumun bizatihi içeriğinin ne olduğu gibi hususları

²⁶¹ Van Dijk et al., **a.g.e.**, s. 1062.

²⁶² Joan F. Hartman, **a.g.e.**, s. 105.

²⁶³ American Association for the International Commission of Jurists, **Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights**, UN Doc. E/CN.4/1985/4 Annex, Cenevre, Nisan 1985, para. 57.

dikkate almaktadır. Bu kapsamda bir Sözleşme'nin bir hükmüne ilişkin olarak derogasyonun mümkün olması, ilgili devletin bu derogasyonun mevcut durum açısından anılan kriterler doğrultusunda kesinlikle gerekli olduğunun meşrulaştırılması gereğini ortadan kaldırmamaktadır.²⁶⁴ İHK, meşrulaştırma gereğinin olağanüstü hal kapsamında deroje edilen hükümlerin ilgili devlet tarafından bütünüyle göz ardı edilmesini engelleyeceğini vurgulamakta ve MSHS m. 40 kapsamında Komite'ye sunulan raporlarda da taraf devletlerin bu hususa yeterince dikkat etmediği endişesini dile getirmektedir.²⁶⁵

Öte yandan Komite, her ne kadar deroje edilemeyecek hükümler açıkça 4'üncü maddede sayılmış olsa da bu hükümler dışında kalan hükümlerin de taraf devletlerce keyfî bir şekilde derogasyon konusu yapılamayacağını belirtmektedir. Yani Sözleşme altında korunan bazı hakların ve hürriyetlerin sınırlandırılması sûretiyle mevcut durumla mücadele etmek, mümkünse derogasyon yolunu seçmek Komite tarafından meşru kabul edilmemektedir. Nitekim GY No. 29'da açık bir şekilde ifade edildiği üzere, örneğin mevcut durum ile mücadele MSHS m. 12'de düzenlenen seyahat özgürlüğü ve m. 21 hükmü olan toplanma özgürlüğünün kısıtlanması ile gerçekleştirilebilecekse bu durumda derogasyon yolunu tercih etmek “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olarak değerlendirilmemekte ve meşru sayılmamaktadır.²⁶⁶ Bu açıdan bakıldığında, derogasyon bağlamında aranan ölçülülük prensibinin gerek ilgili taraf devlet gerekse de Komite tarafından Sözleşme'nin her bir maddesi bakımından somut olay bağlamında bir değerlendirmenin²⁶⁷ konusu olacağı söylenebilir.

İnsan Hakları Komitesi, derogasyon bağlamında alınan tedbirlerin mevcut olağanüstü hal ile mücadelede mutlak sûrette gerekli olması ölçütünü bir başka deyişle ölçülülük/orantılılık prensibini MSHS m. 40 kapsamında taraf devletlerce sunulan raporları incelerken ve İhtiyarî Protokol m. 5

²⁶⁴ GY No. 29, para. 4.

²⁶⁵ Nitekim Komite, MSHS m. 40 kapsamında 1988 yılında İsrail tarafından sunulan ülke raporuna ilişkin incelemesi neticesinde oluşturduğu Tespit Raporu'nda İsrail'in kuruluşundan itibaren uygulanmakta olan olağanüstü hal konusunda derin endişeler taşıdığını, bu olağanüstü halin sürekli bir şekilde yenilenmesinin ne derece gerekli olduğu konusunun gözden geçirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Human Rights Committee, **Concluding observations on Israel**, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, 18.8.1998, para. 11.

²⁶⁶ GY No. 29, para. 5.

²⁶⁷ A.g.e., para. 6.

kapsamında bireysel başvuruları değerlendirirken titizlikle göz önünde bulundurmuştur. Bu kapsamda yol gösterici nitelikte bir içtihat geliştiren İHK, ölçülülük/orantılılık prensibi konusunda genel nitelikte bir değerlendirme ve analiz yapılmasının doğru olmayacağını, bunun yerine her bir hadise için bu ölçüt bağlamında ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiğini ortaya koymuştur. Nitekim her bir durum için spesifik inceleme yapan ve sonrasında olağanüstü hal kapsamında alınan her bir tedbir için spesifik bir meşruiyet gerekçesi bekleyen İHK, ayrıca derogasyon tedbirlerinin istisnâî karakteri gereği geçici nitelikte olması gerektiğini değerlendirmektedir.²⁶⁸ Ancak taraf devlet uygulamaları göstermektedir ki olağanüstü hal tedbirlerinin geçici niteliğinin göz ardı edilmesi sûretiyle olağanüstü hali uzatarak tedbirlerin sürekli hale getirilmesi konusunda genel bir eğilim mevcuttur.²⁶⁹ Nitekim Komite, derogasyon süresinin ve tedbirlerinin uzatılması sebebiyle çeşitli zamanlarda Şili, Suriye, Kolombiya, Uruguay, Peru, El Salvador gibi bazı devletlere²⁷⁰ uyarılarda bulunmuştur. Komite, taraf devletlerin derogasyon tedbirlerini durumun şartlarına göre MSHS m.4'te yer alan kriterler doğrultusunda gözden geçirmesi ve daha da önemlisi bu tedbirlerin MSHS'nin ihlaline sebebiyet vermemesi gerektiği görüşünü savunmuştur.²⁷¹

Komite, diğer yandan İhtiyari Protokol m. 5 kapsamında kendisine yapılan bireysel başvuruları değerlendirirken de “durumun mutlak surette gerektirmesi” ölçütü kapsamında ölçülülük ve orantılılık ilkelerine vurgu yapagelmıştır. Nitekim Jorge Landinelli Silva ve Diğerleri başvurusunda²⁷²

²⁶⁸ A.g.e., para. 2.

²⁶⁹ Konuya ilişkin olarak İHK, MSHS'ye taraf çeşitli devletlerin özellikle otoriter rejimler eliyle olağanüstü hal tedbirlerini sürekli hale getirme eğilimlerini ilgili raporlarında vurgulamıştır. Nitekim 1979 yılı İHK Raporunda Şili'de darbeyi gerçekleştiren Cunta'nın aslında kendi sebep olduğu olağanüstü hale dayanmak suretiyle almış olduğu derogasyon tedbirlerini masaya yatırmıştır. Komite üyeleri, MSHS'nin 4'üncü maddesinin olağanüstü hale bizatihi sebebiyet veren yapıların ve/veya şahısların aksiyonlarını meşrulaştırmak için konulmadığını vurgulamıştır. Öte yandan, Şili hükümeti tarafından Ağustos 1976 tarafından Sözleşme'nin belirli hükümlerine ilişkin olarak belirli bir süreliğine yapılmış olan derogasyon bildiriminin söz konusu Cunta tarafından ülke genelinde hak ve özgürlükleri kısıtlama aracı olarak kullanıldığına dikkat çekilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. GAOR, Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/34/40, 1979, para. 78.

²⁷⁰ GAOR, Report of the HRC, UN Doc. A/34/40 (1979), para. 78 (Şili), para. 293 (Suriye); UN Doc. A/35/40 (1980), para. 247 (Kolombiya); UN Doc. A/37/40 (1982), para. 270 (Uruguay); UN Doc. A/38/40 (1983), para. 263 (Peru); UN Doc. A/42/40 (1987), para. 157 (El Salvador).

²⁷¹ HRC, **Concluding Observations on Algeria**, UN Doc. CCPR/C/DZA/CO/3, 12.12.2007, para. 14.

²⁷² HRC, *Jorge Landinelli Silva et al. v. Uruguay*, Communication No. 34/1978, Date of adoption of views: 8.4.1981, UN Doc. CCPR/C/OP/1, 1985, p. 65.

1966 ve 1971 genel seçimlerinde aday olan beş Uruguay vatandaşının siyasî haklarından 15 yıl süreyle mahrum edilmesi sûretiyle muhalefetin engellenmesinin derogasyon konusu mevcut olağanüstü hal ile mücadele için mutlak surette gerekli bir durum olmadığını belirtmiştir. İHK, Uruguay hükümetinin olağanüstü hal ilân etmesini söz konusu taraf devletin egemenlik hakkı çerçevesinde değerlendirmiş; ancak, bir taraf devletin yalnızca olağanüstü hal ilân etmek sûretiyle MSHS kapsamında taahhüt etmiş olduğu yükümlülüklerden kaçınamayacağını açıkça dile getirmiştir.²⁷³ Bu bağlamda Komite, Uruguay hükümetinin başvuruçuların siyasî haklardan mahrum edilmesinin hukukun üstünlüğü ve siyasî özgürlüklerin yeniden tesisi amacıyla başvuruçuların bir derogasyon tedbiri olduğu savunmasını kabul etmemiş ve başvuruçuların bir kararname marifetiyle 15 yıl süreyle siyasî haklardan yoksun bırakılmasının durumun mutlak sûrette gerektirdiği tedbirlerden olmadığı, orantılılık ilkesine aykırı olduğu ve dahi MSHS'nin “seçme-seçilme ve kamu hizmetlerine girme/katılma” haklarını koruyan 25'inci maddesinin ihlal ettiğine²⁷⁴ kanaat getirmiştir. Anlaşılacağı üzere, İHK taraf devletin derogasyon bağlamında almış olduğu tedbirler konusunda geçerli nedenler sunmak sûretiyle kendi eylemlerini meşrulaştırmasını ve bu vesileyle Komite'yi ikna etmesini beklemiştir.

İHK, 12 Mayıs 2017 tarihli *İsmet Özçelik ve Diğerleri* başvurusu²⁷⁵ kapsamında, ölçülülük ve orantılık prensibini 15 Temmuz 2016 darbe girişimi²⁷⁶ sonrasında yapılan derogasyon bildirimi kapsamında alınan tedbirler bakımından etraflıca incelemiştir. Komite, AYM ve AİHM kararlarına atıf yapmak sûretiyle darbe girişimi ve sonrasında yaşanan olayların Türk kamu düzeni ve güvenliğini ciddi bir şekilde tehdit etmek suretiyle MSHS m. 4 bağlamında ulusun yaşamını tehdit eden bir genel tehlike hali oluşturacak seviyeye ulaştığını kabul etmiş ve bu kapsamda 20 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye tarafından ilân edilen olağanüstü hali tanıdığını net bir

²⁷³ A.g.e., p. 66, para. 8.3.

²⁷⁴ A.g.e., p. 66, para. 9.

²⁷⁵ HRC, *İsmet Özçelik, Turgay Karaman and I.A. v. Turkey*, Communication No. 2980/2017, Date of adoption of views: 26.3.2019, UN Doc. CCPR/C/125/D/2980/2017, 28.5.2019. Başvuruçulardan I.A. 25 Eylül 2017 tarihinde İHK nezdindeki başvurusunu geri çekmiştir.

²⁷⁶ Konuya ilişkin detaylı bilgi için AİHM'de görülen *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, *Şahin Alpay v. Turkey* ve *Alparslan Altan v. Turkey* davalarına ilişkin değerlendirmelere bakınız.

şekilde ortaya koymuştur.²⁷⁷ Ancak bununla birlikte Komite, Türkiye'nin, içinde bulunmuş olduğu olağanüstü hal ile başvuruçular arasında bir illiyet bağı tesis etme veya başvuruçuların olağanüstü hal kapsamında ne tür bir tehdit arz ettiğini izah etme konusunda yetersiz kaldığını; dolayısıyla başvuruçuların 11 gün süreyle²⁷⁸ hâkim karşısına çıkarılmaksızın gözaltında tutulmalarının ve tutuklu yargılanmalarının orantısız olduğunu ve durumun kesinlikle gerektirdiği bir tedbir olmadığını²⁷⁹ belirtmiştir. İHK, bu kapsamda “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı”nı düzenleyen MSHS 9’uncu maddeye ilişkin olarak yayımlanmış olduğu GY No. 35’e atıf yapmak sûretiyle usûle uygunluk, öngörülebilirlik, nedensellik, gereklilik ve orantılılık kriterleri çerçevesinde²⁸⁰ Türkiye'nin keyfi hareket edip etmediği üzerinde durmuştur. Bir suç soruşturması kapsamında tutuklanan insanların söz konusu tutuklamanın sebebine ilişkin olarak derhal ilgisine bilgi vermesi gerektiğini²⁸¹ hatırlatan Komite, Türkiye'nin bu konuda başvuruçuların bilgilendirildiğine ilişkin herhangi bir gözaltı emri, tutuklama kararı ya da mahkeme tutanağı sunmadığını, başvuruçuların gözaltına alınmalarına ilişkin olarak herhangi yeterli bir delil ortaya konmadığını ve bu bağlamda başvuruçulara yönelik alınan tedbirlerin makul ve gerekli olmamasından bahisle konunun m. 4 kapsamında değerlendirilemeyeceği ve MSHS m. 9 kapsamında başvuruçuların özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edildiğine²⁸² karar vermiştir.²⁸³

²⁷⁷ HRC, **a.g.e.**, para. 8.8.

²⁷⁸ MSHS m. 9/2 uyarınca gözaltına alınan veya tutuklanan kimselerin “derhal” hâkim ya da yargı görevini icra etmek üzere kanunla görevlendirilmiş kişinin önüne çıkarılması gerekir. Komite, anılan maddede geçen derhal kelimesinin durumdan duruma değişebileceğini, ancak 48 saatten uzun sürelerin mutlak surette istisnai olduğu ve derogasyon kapsamında durumun kesinlikle gerektirdiği tedbirlerden olması halinde meşru olabileceğini ifade etmiştir (GY No. 35, para. 33). Halböyleyken, uzun gözaltı süresi durumun gerekleri doğrultusunda meşru kabul edilse bile, bu tedbirin gerekliliği muhtemel alternatifler ışığında periyodik olarak yeniden gözden geçirilmelidir (GY No. 35, para. 38)

²⁷⁹ HRC, **a.g.e.**, para. 8.8.

²⁸⁰ Human Rights Committee, **General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person)**, UN Doc. CCPR/C/GC/35, 16.12.2014, para. 12.

²⁸¹ HRC, **a.g.e.**, para. 9.4.

²⁸² HRC, **a.g.e.**, para. 9.4.

²⁸³ İHK'nin ayrıca Başvuruçuların AYM'nin etkili bir iç hukuk yolu olmadığı yönündeki iddialarını kabul ettiğini söylemekte yarar mülhaza edilmektedir. AYM'nin Kanun Hükmünde Kararnameler çerçevesinde alınan tedbirleri incelemeye yetkili olmaması, AYM'nin dava sonuçlandırma süresinin makul olmayan derecede uzunluğu ve Başvuruçuların AYM'ye bireysel başvuruda bulunmak için aradıkları hukuki desteği kendilerine sağlayacak avukat bulmakta güçlük çekmeleri iddialarına Türkiye tarafından Komite'yi ikna edici argüman sunulmaması, Komite'nin bu görüşü benimsemesinde etkili olmuştur. Komite, özellikle AYM önündeki davaların karara bağlanması süresinin uzunluğu

Durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde tedbirler alma kıstası, Strazburg makamlarının (Komisyon²⁸⁴ ve Mahkeme) AİHS m. 15 bağlamında geliştirdiği içtihadın önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Hazırlık çalışmalarında da açık ve net bir şekilde görüleceği üzere her ne kadar ölçülülük ilkesi “kesin bir gereklilik” testi yapılmasını öngörse de Strazburg makamları bu hususta devletlerin takdir yetkisini ön plana almaktadır.²⁸⁵ Nitekim Mahkeme konuya ilişkin değerlendirme yaparken ilgili devletin içinde bulunduğu olağanüstü hal ile mücadele esnasında alacağı tedbirlerin uygunluğunu değerlendirme noktasında daha iyi bir konumda olduğunu ve olağanüstü halle mücadele ile bireylerin hak ve hürriyetlerine saygı duyma meseleleri arasındaki dengenin kurulması hususunda da asıl sorumluluğun ilgili devlete ait olduğunu ifade etmiştir.²⁸⁶ Bununla birlikte taraf devletler derogasyon tedbirleri konusunda sınırsız bir takdir yetkisine sahip değildir ve Mahkeme bu konuda nihâî değerlendirme yapma yetkisini saklı tutmaktadır.

Mahkeme, gözetim ve denetim faaliyeti esnasında olağanüstü hale yol açan hadiseler, olağanüstü halin süresi ve bu kapsamda alınan tedbirlerden etkilenen hak ve hürriyetlerin doğası gibi çeşitleri unsurları dikkate almak sûretiyle bir değerlendirme yapmaktadır.²⁸⁷ Tedbirlerin gerekliliği noktasında Mahkeme öncelikle ilgili devlette yürürlükte olan mevcut yasalar çerçevesinde alınan önlemlerin söz konusu olağanüstü hal ile mücadelede yeterli olup olmayacağı hususuna odaklanmaktadır. Konuya ilişkin olarak *Lawless Davası*’nda AİHM, İrlanda hükümetinin IRA’nın (*Irish Republican Army – İrlanda Cumhuriyet Ordusu*) gizli ve terörist faaliyetleriyle başa çıkması,

mesalesine vurgu yapmış; konuya ilişkin olarak AYM’nin resmi internet sitesindeki başvuru/karar istatistiklerine atıf yapmıştır. Buna göre, AYM, 2014’te 20.578, 2015’te 20.376, 2016’da 80.576 ve 2017’de 40.530 bireysel başvuru almıştır. Bu dosyalara ilişkin 2014’te 10.926, 2015’te 15.416, 2016’da 16.102 ve 2017’de 89.653 davayı karara bağlamıştır (HRC, *İsmet Özçelik, Turgay Karaman and I.A. v. Turkey*, dipnot no. 6).

²⁸⁴ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun 1998 yılında Protokol No. 11’in yürürlüğe girmesiyle fonksiyonunu yitirdiğine ilişkin olarak 2.1.2’ye müracaat edilebilir.

²⁸⁵ Peter Kempees, **Thoughts on Article 15 of the European Court of Human Rights**, Wolf Legal Publishers, 2017, s. 83.

²⁸⁶ ECHR, *Marshall v. The United Kingdom*, Application No. 41571/98, Decision as to the Admissibility, 10.07.2001, HUDOC, p. 12. Mahkeme somut olayda Başvurucu’nun Birleşik Krallık otoriteleri tarafından yedi gün süreyle gözaltında tutulmasını ülkenin içerisinde bulunduğu tehditle mücadele kapsamında devletin takdir yetkisinin sınırları içerisinde kaldığını ifade etmiştir.

²⁸⁷ ECHR, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, Application No. 14553/89; 14554/89, Judgment, 25.05.1993, p. 17. Mahkemenin dikkate aldığı kriterler konusunda detaylı bilgi için bkz. Pieter van Dijk et al., **a.g.e.**, s. 1062 vd.

özellikle şüphelileri hakkında delil toplama konusunda normal veyahut özel yetkili mahkemelerin yetersiz kaldığını kabul etmiş; İrlanda hükümeti tarafından terörle mücadelede uygulanan mahkeme kararı olmaksızın gözaltında tutma tedbirinin söz konusu tehditle mücadelede etkili olduğunu belirtmiştir.²⁸⁸ Öte yandan Strazburg makamları Yunan(istan) Davası'nda da durumun gerektirdiği ölçüde tedbirler alma meselesini etraflıca ele almışlardır. AİHK 5 Kasım 1969 tarihli raporunda, Yunan otoriteleri tarafından AİHS madde 5 sınırları dışına çıkan özgürlükten mahrum bırakma uygulamalarının yapılması, olağanüstü savaş mahkemelerinin kurulması ve milli güvenlik ile kamu düzenine (*ordre public*) karşı işlenen suçlarda temyiz reddi gibi tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği tedbirlerden olmadığını ifade etmiştir.²⁸⁹

Öte yandan, MSHS kapsamında İHK'nın dikkate aldığı gibi AİHM de olağanüstü halin süresini, AİHS m. 15 altında alınan tedbirlerin gerekliliğini incelerken dikkate almaktadır.²⁹⁰ Ancak, olağanüstü hal süresinin önemli derecede uzun olması her zaman bizatihî derogasyonun geçerliliğini etkileyen bir neden olarak görülmemiştir. Nitekim Ağustos 1971'den Aralık 1975'e kadar süren derogasyonda (*İrlanda v. Birleşik Krallık*) AİHM, İngiliz

²⁸⁸ *Lawless v. Ireland*, Series A, No. 3, 1.7.1961, Graham Zellick et al., **a.g.e.**, s. 33, para. 36. Mahkemenin burada alınan tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olduğuna kanaat getirmesinde aslında İrlanda Hükümeti tarafından uygulamaya konulan 1940 tarihli Devlete Karşı İşlenen Suçlar Yasası'nda yer alan ve suiistimali önlemek amaçlı bazı hükümler etkili olmuştur. Nitekim söz konusu tedbirler eşzamanlı olarak Parlamento tarafından inceleme altında tutulmuş, "Gözaltı Komisyonu" adı altında bir komisyon kurulmuş ve herhangi bir yasadışı aktiviteye bulaşmadığını taahhüt eden kişilerin salıverileceği garanti edilmiştir. Nitekim anılan yasal düzenlemenin suiistimal edilme ihtimali düşünülerek öngörülen bu tip koruyucu önlemler Mahkeme'nin tesis ettiği hükmü hükümet lehine olumlu yönde etkilemiştir.

²⁸⁹ ECHR, *Denmark, Norway, Sweden, and the Netherlands v. Greece*, "The Greek Case" Application No. 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, **Yearbook of the European Convention on Human Rights – The European Commission and European Court of Human Rights**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1972, "Commission report of 5.11.1969", paras. 201-234. Greek Case olarak literatürde yerini alan bu dava, AİHM önüne hiç gelmemiştir. Zira o yıllarda mevcut bulunan AİHM-AİHK ikili sistemine göre (Detaylı bilgi için 2.1.1 numaralı bölüme bakılabilir), Komisyon Raporu Bakanlar Komitesi'ne sunulduktan sonraki 3 ay içerisinde davanın Komisyon ya da davanın taraflarınca Mahkeme'ye götürmesi gerekiyordu. Ancak somut olayda herhangi bir şekilde Mahkeme'ye götürme durumu söz konusu olmadı. Hal böyle olunca konuya ilişkin nihai karar Bakanlar Komitesi'ne kaldı ve Komite de Komisyon Raporu'nu kendi görüşü olarak resolüsyon şeklinde kabul etti. Detaylı bilgi için bkz. Council of Europe, **Resolution DH (70) 1 of the Committee of Ministers of the Council of Europe**, 15.4.1970.

²⁹⁰ Nitekim AİHM Brannigan ve McBride Davası'nda tedbirlerin gerekliliği konusunu irdelerken olağanüstü halin süresini de göz önünde bulundurmıştır. Detaylı bilgi için bkz. ECHR, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, Application No. 14553/89; 14554/89, Court (Pleary) Judgment, 25.5.1993, HUDOC, para. 43.

Hükümeti tarafından Sözleşme'nin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.²⁹¹ Dahası A. ve Diğerleri Davası'nda AİHM, İHK'nın pozisyonunun aksine derogasyonun "istisnâî ve geçici" olması şartının AİHS açısından bir gereklilik olmadığını net bir şekilde ortaya koymuştur.²⁹² Binaenaleyh, Türkiye ve Birleşik Krallık tarafından ilân edilen ve yıllarca süren olağanüstü haller AİHM'ye göre AİHS m. 15 kapsamında tek başına bir ihlal teşkil etmemektedir.

Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık Davası'nda Mahkeme, şüphelilerin 1984 tarihli Terörizmin Önlenmesi Yasası (*Prevention of Terrorism Act*) kapsamında yaklaşık yedi gün²⁹³ süreyle hâkim karşısına çıkarılmaksızın gözaltında tutulmasının on beşinci madde kapsamında hukuka uygun olduğunu değerlendirmiştir.²⁹⁴ AİHM, yine Kuzey İrlanda problemiyle alakalı olan söz konusu davada asıl odak noktasının gözaltı süresi değil gözaltının yargı müdahalesi olmaksızın²⁹⁵ uzatılması olduğunu vurgulamıştır.²⁹⁶ *Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası*'nda Mahkeme'nin Birleşik Krallık tarafından terörizm gerekçesiyle şüphelilere yönelik olarak uygulanan tedbirlerin AİHS'nin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "derhal hâkim karşısına çıkarılma" hükmünü ihlal ettiği sonucuna ulaşması üzerine²⁹⁷, Birleşik Krallık hükümeti 23 Aralık 1989

²⁹¹ *Ireland v. The United Kingdom*, HUDOC, para. 11.

²⁹² AİHM anılan davadaki incelemesinde, MSHS m. 4 uyarınca başvuru derogasyonun istisnai ve geçici karakterde olması gerektiği yönündeki İnsan Hakları Komitesi içtihadının aksine AİHM'nin "davanın görüldüğü ana kadar hiçbir şekilde ve açıkça" m. 15 kapsamındaki olağanüstü halin istisnai ve geçici karakterde olması gerektiği yönünde bir içtihadının bulunmadığını, yalnızca derogasyon tedbirlerinin ölçülülüğünün derogasyonun süresiyle ilişkilendirilmiş olabileceğini belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. ECHR, *A. and Others v. The United Kingdom*, Application No. 3455/05, Grand Chamber Judgment, 19.2.2009, HUDOC, para. 178.

²⁹³ Söz konusu gözaltı süreleri, Başvurucu Peter Brannigan için net 6 gün 14 saat 30 dakika, Patrick McBride için ise net 4 gün 6 saat 25 dakika olarak gerçekleşmiştir.

²⁹⁴ ECHR, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, Series A, No. 258-B, Application No. 14553/89, 14554/89, 26.5.1993, 17 EHRR 539, para. 66.

²⁹⁵ Burada, gözaltı süreleri uzatılan şüphelilerin avukatlarıyla görüştürülmemesi hususunda Birleşik Krallık Hükümeti, şüphelilerden elde edilen gizli bilgi ve belgelerin avukatlar aracılığıyla ifşa olabileceği savunmasını yapmış ve Mahkeme de bu konuda alınan tedbiri meşru kabul etmiştir. *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, HUDOC, para. 61.

²⁹⁶ *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, Series A, No. 258-B, Application No. 14553/89, 14554/89, 26.5.1993, 17 EHRR 539, para. 60.

²⁹⁷ ECHR, *Brogan and Others v. The United Kingdom*, Application No. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, Court Judgment, 29.11.1988, HUDOC, para. 62. AİHK, raporunda, AİHM/AİHK içtihadında normal olaylarda 4 gün, istisnai hadiselerde ise 5 gün hakim karşısına çıkarılmaksızın gözaltında tutulma konusuna müsamaha gösterildiğini bir başka deyişle anılan sürelerin AİHS m. 5/3 ile uyumlu olduğunun değerlendirildiğine atıf yapmıştır. Somut olayda, Başvurucuların tutuklanması ve terör hadiseleriyle alakalı olarak

tarihinde AK Genel Sekreteri'ne bir derogasyon bildiriminde bulunmuştur.²⁹⁸ Birleşik Krallık hükümeti bu derogasyon bildiriminde, *Brogan* Davası'na atıfla, terörle mücadele kapsamında Terörizmin Önlenmesi Yasası'nın öngördüğü tedbirlerin ve özellikle dava konusu gözaltı süresinin azaltılmasının gerek Parlamento gerek hükümet tarafından doğru bulunmadığı, bu kapsamda söz konusu hükümlerin uygulanması dolayısıyla AİHS'nin ihlal edilmesinin önüne geçmek için derogasyon yolunu tercih ettiğini açıklamıştır. Bu noktada, *Brannigan* Davası'nın *Brogan* Davası'nın bir sonucu olduğu ve İngiliz hükümetinin m. 15'e dayanmak suretiyle yapmış olduğu derogasyon bildiriminin terörle mücadele kapsamında müracaat ettiği tedbirlerin (uzun gözaltı süreleri vb.) Mahkeme tarafından AİHS kapsamında ihlal teşkil etmediğinin değerlendirilmesini netice vermiştir. Konuya ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmede AİHM, Birleşik Krallık hükümeti tarafından alınan tedbirlerin AİHS m. 5/3'e aykırı olduğu ve bu kapsamda bir ihlalin söz konusu olduğunu belirtmiş; ancak yapılan derogasyon bildiriminin AİHS m. 15 altında meşru olduğunun değerlendirilmesi neticesinde başvuruçuların AİHS m. 5/3'ün ihlali iddiasının geçersiz olduğuna hükmetmiştir.²⁹⁹

Görüleceği üzere, AİHS'ye taraf devletlerin derogasyon tedbirleri kapsamında almış oldukları tedbirlere ilişkin Strazburg makamlarınca yapılan değerlendirmelerin büyük çoğunlukla AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5'inci maddesi etrafında toplandığı görülmektedir.³⁰⁰ Konuya ilişkin olarak Komisyon Raporları ve Mahkeme Kararlarına bakıldığında ise, Birleşik Krallık'ın yanı sıra Türkiye'nin bölgesel veya ülke genelinde başvurmuş olduğu derogasyon tedbirlerinin Strazburg makamlarının önüne geldiği vakıadır. Bu anlamda, AİHS m. 15 bağlamındaki uygulamaları konusunda deyim yerindeyse Mahkeme'de hesap vermek zorunda kalan iki

çeşitli sorunların oluşmasına binaen Başvuruçuların soruşturulmasının sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesinin sağlanması amacıyla Birleşik Krallık hükümetinin şüphelilerin gözaltı sürelerini uzatmaları kısmen meşru kabul edilmiştir. Nitekim Komisyon, raporunda, Başvuruçucu McFadden'ın 4 gün 6 saat ve Başvuruçucu Tracey'nin 4 gün 11 saatlik gözaltı sürelerini AİHS m. 5/3'te yer alan "derhal (*promptly*)" şartını sağladığını; ancak Başvuruçucu Brogan'ın 5 gün 11 saatlik ve Başvuruçucu Coyle'ün 6 gün 16,5 saatlik gözaltı sürelerinin m. 5/3'ü ihlal ettiğini vurgulamıştır. Özellikle derhal hakim karşısına çıkarılma meselesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. *Brogan and Others v. The United Kingdom*, HUDOC, paras. 57-60.

²⁹⁸ *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, HUDOC, para. 31.

²⁹⁹ A.g.e., para. 74.

³⁰⁰ Konuya ilişkin özellikle terörizm bağlamında detaylı değerlendirme için bkz. Akif Emre Öktem, a.g.e., s. 304-330.

devlet Birleşik Krallık ve Türkiye olmuştur. Ancak, Türkiye'nin derogasyon kapsamında aldığı tedbirlerin meşrulaştırılması süreci bir başka deyişle olağanüstü haller kapsamında atılan adımların AİHS kapsamında meşru olduğuna Strazburg makamlarının ikna edilmesi hususu Birleşik Krallık kadar başarılı olamamıştır.³⁰¹ *Aksoy v. Türkiye* Davası'nda Mahkeme, Türkiye'nin güneydoğusundaki terör olaylarının AİHS m. 15 anlamında "ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hal" teşkil ettiğini kabul etmekle birlikte başvuru Zeki Aksoy'un Ağustos 1990'da yapılan derogasyon bildirimi sonrasında gelişen olaylar kapsamında 14 gün süreyle hâkim karşısına çıkarılmaksızın gözaltında tutulmasının durumun kesinlikle gerektirdiği tedbirlerden olmadığı sonucuna ulaşmıştır.³⁰² Hatta Mahkeme, yapmış olduğu inceleme üzerine tarihinde ilk kez bir taraf devlette işkence (*torture*) gerçekleştirildiği tespitinde bulunmuştur.³⁰³ Yani her ne kadar terörle mücadelenin kamu otoriteleri açısından güçlükler doğurduğu kabul edilse bile alınan tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olup olmadığı Strazburg organlarınca titizlikle ele alınmıştır.

AİHM, AİHS m. 5 kapsamında durumun mutlaka gerektirdiği ölçüde kesin tedbirler alma konusunda değerlendirme yaparken yalnızca uzun gözaltı sürelerini değil gözaltına alma konusunda makul şüphe ve yeterli delil olup olmadığı konusunu da detaylı bir şekilde incelemiştir. Nitekim Şahin Alpay

³⁰¹ Jean Allain, "Derogation from the European Convention of Human Rights in Light of Other Obligations under International Law", **European Human Rights Law Review**, Issue 5, 2005, p. 489.

³⁰² ECHR, *Aksoy v. Turkey*, Application No. 21987/93, Court (Chamber) Judgment, 18.12.1996, HUDOC, para. 78. *Aksoy* Davası, Türkiye'nin uzun gözaltı süreleri dolayısıyla eleştirildiği tek dava değildir. *Demir and Others v. Turkey* ve *Dikme v. Turkey* davalarında Mahkeme, 16 gün ila 23 gün arasında yargı gözetimi ve denetimi olmaksızın uzatılan gözaltı sürelerini m. 15'in suiistimal edilmesi olarak değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir (bkz. ECHR, *Demir and Others v. Turkey*, Application No. 71/1997/855/1062-1064, Judgment, 23.9.1998, HUDOC, para. 40). Yine *Nuray Şen v. Turkey* Davası'nda ise Mahkeme, 11 günlük gözaltı süresine ilişkin olarak değerlendirme yapmış ve terör hadiselerinin polise kayıtsız ve şartsız yetki (*carte blanche*) vermediğini, yapılan işlerin yargı denetimine tabi olması gerektiğini belirtmek suretiyle Türkiye'nin derogasyon bildiriminde bulunmuş olsa bile AİHS m. 5'i ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır (Bkz. ECHR, *Nuray Şen v. Turkey*, Application No. 41478/98, Judgment, 17.6.2003 (Final 17.9.2003), HUDOC, para. 23).

³⁰³ *Aksoy v. Turkey*, HUDOC, para. 58. Başvurucu, gözaltındayken polis tarafından yapılan sorguda gözlerinin bağlandığını, ellerinin arkadan bağlandığını, vücuduna elektrik verildiğini, dövüldüğünü ve kötü sözlere maruz kaldığını iddia etmiştir (para. 60). İddialarını kanıtlamak için ise Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi kayıtlarına atıf yapmıştır (para. 19). Başvurucu'nun bu iddiaları ve Komisyon'un Başvurucu'yla aynı yöndeki raporu Mahkeme'yi ikna etmiş; bu kapsamda AİHM, Türkiye'nin Başvurucu'ya işkence yaptığını deklare etmiştir (paras. 61-64).

Türkiye'ye Karşı³⁰⁴ ve Mehmet Hasan Altan Türkiye'ye Karşı³⁰⁵ davalarında Mahkeme, 26 Mayıs 2016³⁰⁶ ve 20 Temmuz 2016³⁰⁷ tarihli Milli Güvenlik Kurulu (MGK) Kararları aracılığıyla terör örgütü olduğu kamuoyuna duyurulan FETÖ/PDY (Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması) bağlantılı bir cunta tarafından organize edilen³⁰⁸ 15 Temmuz 2016 darbe girişimi dolayısıyla ilân edilen olağanüstü hal³⁰⁹ sonrasında başvurulmuş derogasyon kapsamında alınan tedbirlerin AİHS m. 15 kapsamında olduğu savunmasına karşın Türkiye'nin AİHS m. 5/1 kapsamında korunan "özgürlük ve güvenlik hakkı" ihlali yaptığına hükmetmiştir.³¹⁰ AİHM, anılan her iki davada da Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin

³⁰⁴ ECHR, *Şahin Alpay v. Turkey*, Application No. 16538/17, Judgment, 20.3.2018 (Final 20.6.2018).

³⁰⁵ *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Application No. 13237/17, Judgment, 20.3.2018 (Final 10.9.2018).

³⁰⁶ 26 Mayıs 2016 tarihli MGK Kararı'nda "*Vatandaşlarımızın huzur ve güvenliği ile kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen faaliyetler, terör ve teröristle mücadelede geline aşama, milli güvenliğini tehdit eden ve bir terör örgütü olan paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirler görüşülmüştür*" denilmek suretiyle darbe girişiminden yaklaşık 2 ay önce FETÖ/PDY ilk kez terör örgütü olarak nitelendirilmiş ve kamuoyunun bilgisine sunulmuştur (vurgu yazara aittir). Daha sonra bu nitelendirme yerel mahkemeler, soruşturma makamları ve AYM tarafından da benimsenmiş olup FETÖ/PDY şeklinde kullanılmaya başlanmıştır. Mili Güvenlik Kurulu'nun 20 Temmuz 2016 tarihli toplantı sonrası kamuoyuna yapılan açıklama hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://www.mgk.gov.tr/index.php/26-mayis-2016-tarihli-toplanti> ET: 6.6.2019.

³⁰⁷ 20 Temmuz 2016 tarihli Milli Güvenlik Kurulu (MGK) Kararı'nda "**Fetullahçı Terör Örgütü adı verilen bir ihanet çetesi, 15 Temmuz 2016 tarihinde, Türk Silahlı Kuvvetleri içindeki mensupları vasıtasıyla silahlı bir darbe girişimi başlatmıştır (vurgu yazara aittir). Bu örgüt, kuruluş aşamasından itibaren etkisi altına aldığı eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, medya kuruluşları, ticari kuruluşlar ve kamu görevlileri aracılığıyla milleti ve devleti kontrol altında tutmayı amaçlamaktadır. Türk Silahlı Kuvvetleri içerisinde yuvalanmış asker elbisesi içerisine girmiş eli kanlı terörist canilerini harekete geçirerek ülke yönetimine el koymaya çalışan Fetullahçı Terör Örgütü'nün bu girişimi, milletimizin feraseti, cesareti ve fedakârlığı ile güvenlik güçlerimizin kahramanca mücadelesi sayesinde başarısız olmuştur.**" ifadeleri kullanılmıştır. Mili Güvenlik Kurulu'nun 20 Temmuz 2016 tarihli toplantı sonrası kamuoyuna yapılan açıklama hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://www.mgk.gov.tr/index.php/20-temmuz-2016-tarihli-toplanti> ET: 6.6.2019.

³⁰⁸ 15 Temmuz 2016 günü TBMM'yi, Cumhurbaşkanı'nı ve Seçilmiş Hükümeti alaşağı etmek amacıyla darbe girişiminde bulunan cunta kendisini "Yurtta Sulh Konseyi (*Peace at Home Council*)" olarak tanımlamıştır. Bu konuda bkz. ECHR, *Alparslan Altan v. Turkey*, Application No. 12778/17, Judgment, 16.4.2019, HUDOC, para. 8.

³⁰⁹ MGK'nın 20 Temmuz 2016 tarihli tavsiye kararı göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu 20 Temmuz 2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı kararıyla "*Anayasanın 120 nci maddesi ile 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, ülke genelinde 21/7/2016 Perşembe günü saat 01.00'dan itibaren doksán gün süreyle olağanüstü hal ilan edilmesini*" kararlaştırmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Resmi Gazete, Sayı: 29777, Tarih: 21.7.2016. Konuya ilişkin Türkiye'nin yakın siyasi tarihini de göz önünde bulundurmak suretiyle yapılan geniş değerlendirme için bkz. Kathleen A. Cavanaugh, "Turkey's Hidden Wars", *Harvard Human Rights Journal*, 31, 2018, pp. 33-62.

³¹⁰ *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, HUDOC, para. 36; *Şahin Alpay v. Turkey*, HUDOC, para. 32.

vermiş olduğu kararlara³¹¹ atıf yapmak sûretiyle başvuruçuların herhangi bir somut olguya dayanmadan tutuklu yargılanmalarının durumun mutlak sûrette gerektirdiği tedbirlerden olmadığını ve Mahkeme'nin Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda hükmetmemesi hususunda Türk Hükümeti tarafından ikna edici herhangi bir delil sunulmadığını vurgulamıştır.³¹²

Son olarak AYM eski üyesi Alparslan Altan tarafından 16 Ocak 2017'de yapılan başvuruyu³¹³ 16 Nisan 2019 tarihinde karara bağlayan AİHM, Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay kararlarına atıf yapmak sûretiyle 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin hemen akabinde suçüstü halinin (*in flagrante delicto*) yargı mercileri tarafından geniş yorumlanması sûretiyle başvuruçunun makûl şüpheyeye dayanmaksızın silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmasının orantısız olduğunu³¹⁴, dolayısıyla durumun mutlak sûrette gerektirdiği bir tedbir olmadığını belirtmiştir.³¹⁵ AİHM, anılan kararında “suçüstü hali” meselesine odaklanmış; konuya ilişkin olarak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 16'ncı maddesi³¹⁶ ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 2'inci³¹⁷ ve 100'üncü³¹⁸ maddelerinin öngördüğü hükümler ile Yargıtay Ceza

³¹¹ Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, yazarlar Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay başvurularına ilişkin olarak aynı tarihte vermiş olduğu kararlarda, “suç işlendiğine dair kuvvetli belirti”nin yeterince ortaya konulmadığı gerekçesiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca anılan kararlarda AYM, Başvuruculara ilişkin olarak uygulanan tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlüklerine yönelik de bir müdahale teşkil ettiği, işbu müdahalenin hangi “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”tan kaynaklandığı ve demokratik toplum düzeninde neden gerekli olduğunun somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararlarının gerekçelerinden anlaşılamadığını vurgulamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Anayasa Mahkemesi, *Mehmet Hasan Altan Başvurusu*, Başvuru No. 2016/23672, Karar Tarihi: 11.1.2018, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 19.1.2018 - 30306; Anayasa Mahkemesi, *Şahin Alpay Başvurusu*, Başvuru No. 2016/16092, Karar Tarihi: 11.1.2018, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 19.1.2018 - 30306.

³¹² *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, HUDOC, para. 140; *Şahin Alpay v. Turkey*, HUDOC, para. 119.

³¹³ *Alparslan Altan v. Turkey*, 16.4.2019.

³¹⁴ **A.g.e.**, HUDOC, para. 148.

³¹⁵ **A.g.e.**, HUDOC, para. 119.

³¹⁶ Anılan hüküm, AYM Başkan ve Üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmanın “ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde” genel hükümlere göre yürütüleceğine ilişkindir. Somut olayda, uyumsuzluk temel olarak bu noktada düğümlenmektedir.

³¹⁷ CMK'nın “Tanımlar” kenar başlıklı 2'inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde suçüstü halinin “1. İşlenmekte olan suç, 2. Henüz işlenmemiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, 3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç” ifade ettiği belirtilmektedir (Detaylı bilgi için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf> ET: 10.6.2019).

³¹⁸ CMK'nın “Tutuklama nedenleri” kenar başlıklı 100'üncü maddesi uyarınca, somut olay bağlamında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan ve “suç işlemek amacıyla

Genel Kurulu'nun 10 Ekim 2017 tarihli kararı³¹⁹ başta olmak üzere başvurunun tutuklanmasına ilişkin sulh ceza hâkimliği kararını³²⁰ incelemeye almıştır. Mahkeme bu kapsamda, özgürlükten mahrum bırakma fiili açısından AİHS m. 5/1'de belirtilen şekilde “yasanın öngördüğü usule uygunluk” değerlendirmesi yapmış ve CMK'nın 2'inci maddesinde açıkça suçüstü hallerinin açıkça belirtilmesine rağmen Yargıtay içtihatlarında bu suçüstü kavramının çok geniş yorumlandığını, CMK m. 100 anlamında bir şüphenin varlığı halinde hiçbir somut delil veya suçun devam ettiğine ilişkin belirti bulunmasa bile suçüstü haline sokulabileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla AİHM, suçüstü halinin bu şekilde geniş yorumlanmasının yargı mensuplarının baskıya maruz kalmasını engellemek amacıyla kendilerine sağlanan usûlî korumaları boşa çıkardığı, somut olayda başvurucuya yönelik olarak uygulanan tedbirin yasalara aykırılığından bahisle durumun mutlak surette gerektirdiği bir tedbir olmadığı ve AİHS m. 5 anlamında ihlal gerçekleştiğine karar vermiştir.³²¹ Öte yandan, *ad hoc* yargıç Harun Mert “Kısmi Muhalefet Şerhi”nde, 15 Temmuz darbe girişimi ve sonrasında yaşananların Mahkeme tarafından yeterince titiz bir şekilde değerlendirilmediği, başvurunun konumu dolayısıyla delil karartma konusunda avantajlı pozisyonda bulunması ve olağanüstü hallerde terörle mücadelede şüphe unsurunun normal zaman ve suçlardan daha hassas değerlendirilmesi gerektiği, toplanan deliller sonucunda başvurunun 6 Mart

örgüt kurma suçu” ile “Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar”ın işlendiği konusunda kuvvetli şüphenin varlığı halinde tutuklama nedeni var sayılabilmektedir.

³¹⁹ Anılan kararda, Yargıtay'ın istikrar bulan ve süregelen kararlarına atıf yapılmak suretiyle silahlı terör örgütüne üye olma suçu mütemadi suçlardan kabul edildiği açıkça ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu suçtan şüpheli konumda bulunan yargı mensuplarının yakalandıkları anda “ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali”nin mevcut olduğu ve soruşturmanın genel hükümlere göre yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. T.C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas Numarası: 2017/1008, Karar Sayısı: 2017/401, Karar Tarihi: 10.10.2017. Söz konusu karar somut olayda, Başvurucu Alparslan Altan'ın işlediği iddia edilen silahlı terör örgütüne üye olma suçu dolayısıyla suçüstü hali kapsamında suç soruşturmasında AYM üyeliğinin kendisine vermiş olduğu özel statüden faydalanamamasına neden olması bakımından önemlidir.

³²⁰ Ankara 2. Sulh Ceza Hakimliği, Başvurucu'nun tutuklanmasına ilişkin vermiş olduğu kararında Başvurucu'nun işlediği hususunda şüphe bulunan suçun Yargıtay içtihatları uyarınca mütemadi bir suç olan silahlı terör örgütüne üyelik suçu – somut olayda FETÖ/PDY üyeliği- olması dolayısıyla ortada bir suçüstü halinin mevcut olduğu, bu nedenle Başvurucu'nun soruşturmasının genel hükümlere göre yürütüleceğini ifade ettikten sonra Başvurucu'nun kaçma ve delilleri karartma ihtimaline binaen adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı anlaşılmakla Başvurucu'nun CMK m. 100 ve devamı maddeleri gereğince tutuklanmasına karar vermiştir. Detaylı bilgi için bkz. Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliği, Karar Tarihi: 20.7.2016, Karar Sayısı: 2016/595 Sorgu.

³²¹ *Alparslan Altan v. Turkey*, HUDOC, paras. 94-119.

2019 tarihinde 11 yıl 3 ay hapse mahkûm edilmesinin şüpheleri haklı çıkardığı, yargıçlara sağlanan hukuki güvencenin FETÖ/PDY mensuplarının örgüt talimatıyla hareket etmesi gerçeği göz önünde bulundurularak değerlendirilmesinin önemli olduğu, bu bağlamda bilerek ve isteyerek örgüt üyesi olarak kalmanın mütemadi suç oluşturmasının CMK m. 2 anlamında suçüstü halini oluşturduğu ve dolayısıyla somut olayda AİHS m. 5/1'in ihlalinin söz konusu olmadığını belirtmiştir.³²²

3.3 Uluslararası Hukuktan Doğan Başka Yükümlülüklerle Tutarlılık

Taraf devletlerin derogasyon bildirimleri kapsamında almış oldukları tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükleriyle tutarsızlık teşkil etmemesi koşuluna, hem MSHS m. 4 hem de AİHS m. 15'te özdeş ifadeler kullanılmak sûretiyle yer verilmiştir.³²³ Mevcut bir olağanüstü hal ile mücadele esnasında durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde tedbirler alınırken taraf olunan diğer uluslararası andlaşmalar veya ikili andlaşmalarla uyumluluk şartının aranması prensip olarak uluslararası anlamda ilgili devletlerin altına girmiş oldukları yükümlülüklerin birbiriyle bağdaşmasını sağlamaktır.³²⁴ Böylece, taraf devletlerin üstlenmiş oldukları tüm yükümlülüklerin bütüncül olarak, bir başka ifadeyle birbirini tamamlayacak şekilde mevcut olağanüstü hal ile mücadele esnasında göz önünde bulundurulmasının insan hakları ve özgürlüklerinin daha iyi korunmasına imkân vermesi beklenmektedir.³²⁵

MSHS ve AİHS'nin derogasyon maddelerinde açıkça ifade edilmek suretiyle taraf devletleri uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerini de göz önünde bulundurmaya zorlayan hüküm, gerek İHK gerekse de AİHM içtihadında pek fazla yer bulmamıştır.³²⁶ *Lawless v. İrlanda, İrlanda v. Birleşik Krallık* ile *Brannigan ve McBride* davalarında gündeme gelen söz konusu

³²² **A.g.e.**, Partly Dissenting Opinion of Judge Mert.

³²³ Anılan koşul, AİHS m. 27'de de yer almaktadır. Bununla birlikte, Arap İnsan Hakları Şartı'nın derogasyonu düzenleyen 4'üncü maddesinde "uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı düşmeme" meselesi anılmamaktadır.

³²⁴ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23.6.1997, para.95.

³²⁵ Ralph Alexander Lorz, "Possible Derogations From Civil and Political Rights Under Article 4 of the ICCPR", **Israel Yearbook on Human Rights**, Vol. 33, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003, p. 100.

³²⁶ Nitekim İHK'nin MSHS uygulamalarına yönelik olarak hazırlamış olduğu ilk genel yorum olan GY No. 5'te, uluslararası yükümlülüklerle tutarlılık prensibine yer verilmemiştir (Detaylı bilgi için bkz. Human Rights Committee, **General Comment No. 5: Article 4 (Derogations)**, 31.7.1981). Ancak, GY No. 29'da bu konu üzerinde durulduğunu belirtmekte fayda mülahaza edilmektedir.

koşula ilişkin olarak AİHM, herhangi bir ihlalin söz konusu olmadığına hükmetmiştir. *Lawless Davası*’nda AİHK veya taraflardan herhangi birisi uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle ilişkin bir atıfta ya da iddiada bulunmamış olsa da AİHM, AİHS m. 19 altında kendisine verilen görev dolayısıyla bu koşulun söz konusu olayda yerine getirilip getirilmediğine ilişkin re’sen (*proprio motu*) inceleme yapmış ve İrlanda’nın m. 15 kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirdiğine kanaat getirmiştir.³²⁷ Bununla birlikte, Mahkeme, İrlanda Hükümeti’nin derogasyon kapsamında almış olduğu tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerini ihlal etmiş olabileceğine ilişkin olarak herhangi bir olgudan haberdar olmadığını da vurgulamıştır.³²⁸ Bu bakımdan, her ne kadar Mahkeme’nin söz konusu koşula ilişkin olarak taraflarca herhangi bir talep olmaksızın re’sen incelemesi mümkün olsa da ilgili devletin uluslararası hukuk altındaki tüm yükümlülüklerinin Mahkeme tarafından tespitinin güç olması, söz konusu koşula ilişkin iddia ve delillerin Mahkeme’ye taraflarca sunulmasının önemli olduğu aşîkârdır. Nitekim *İrlanda v. Birleşik Krallık Davası*’nda Mahkeme, Birleşik Krallık’ın uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerini ihlal ettiğine dair herhangi bir verinin mevcut olmadığını; daha net bir ifadeyle, İrlanda Hükümeti’nin konuya ilişkin olarak ileri sürmüş olduğu iddialara yönelik ne Komisyon’a ne de Mahkeme’ye detaylı bir açıklama/kanıt sunmadığını belirtmek sûretiyle Birleşik Krallık’ın m. 15 anlamında söz konusu yükümlülüğü ihlal etmediğine karar vermiştir.³²⁹

Gerek Strazburg makamları gerekse de İHK uygulamasında “diğer yükümlülükler” değerlendirilirken hangi uluslararası yükümlülüklerin göz önüne alınacağı hususu belirsizdir. Ancak, AİHM açısından bakıldığında diğer yükümlülükler konusunda kesin olarak dikkate alınacak uluslararası sözleşmelerin MSHS ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri olduğu söylenebilir.³³⁰ Zira AK üyesi ve AİHS’ye taraf tüm devletler aynı zamanda

³²⁷ ECHR, *Lawless v. Ireland (No. 3)*, Application No. 332/57, Court (Chamber) Judgment, 1.7.1961, HUDOC, paras. 39-41.

³²⁸ A.g.e., para. 41. Konuya ilişkin bkz. Anna-Lena Svensson-McCarthy, **The International Law of Human Rights and States of Exception with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs**, Kluwer Law International, the Netherlands, 1998, p. 630.

³²⁹ *Ireland v. The United Kingdom*, HUDOC, para. 222.

³³⁰ David John Harris, Michael O’Boyle et al., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 3rd Edition, 2014, s. 843-844.

hem MSHS hem de Cenevre Sözleşmelerine taraf olduğundan Mahkeme AİHS m. 15 bağlamında bir değerlendirme yaparken inceleme konusu devletin anılan sözleşmeler kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal edip etmediğini de tarafların konuyu gündeme getirmesini beklemeksizin re'sen tetkik edebilir. Öte yandan AK üyesi devletlerin bir kısmı Avrupa Birliği'ne (AB) de üye olduklarından özellikle ekonomik kaynaklı bir olağanüstü hal söz konusu olduğunda yapılan derogasyon bildirimi kapsamında alınan tedbirlere ilişkin olarak AB üyesi devletler açısından AB müktesebatının da uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olabilir.³³¹ Her durumda Sözleşme makamlarının somut olayda ilgili devletin almış olduğu tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle uyumlu olup olmadığını yorumlaması gerekmektedir.³³²

Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık Davası'nda, başvuruçular Birleşik Krallık'ın resmi olarak olağanüstü hal ilânında bulunmamasının söz konusu devletin taraf olduğu MSHS'nin 4'üncü maddesi altındaki yükümlülüğünü ihlal ettiğini dolayısıyla söz konusu derogasyon bildiriminin geçersiz olduğunu iddia etmişlerdir. Başvuruçular, MSHS m. 4'ün AİHS m. 15'te düzenlenen "uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler" kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve m. 4'te yer alan "resmî ilân" şartının Parlamento'da yapılan bir konuşma aracılığıyla karşılanamayacağını savunmuşlardır.³³³ Mahkeme, konuyu titizlikle ele almış ve her ne kadar MSHS m. 4 bağlamında olağanüstü halin resmî olarak ilânı meselesinin tam olarak ne anlama geldiğini belirleme gibi arayış içerisine giremeyeceğini açıkça belirtse de başvuruçuların ileri sürmüş olduğu iddianın herhangi bir temeli olup olmadığını değerlendirmek durumunda olduğunu ifade etmiştir.³³⁴ Bu bağlamda AİHM, Birleşik Krallık İçişleri Bakanı tarafından 22 Aralık 1988 tarihinde İngiliz Avam Kamarası'nda yapılan ve hükümetin Kuzey İrlanda bağlantılı terör olayları dolayısıyla derogasyon bildiriminde bulunma sebeplerini detaylı bir şekilde açıklayan konuşmayı "resmî nitelikte" ve "halka

³³¹ A.g.e., s. 844.

³³² Nitekim AİHS m. 53'te AİHS altında düzenlenen hiçbir hükmün, taraf devletlerin kendi yasaları ve taraf oldukları anlaşmalar kapsamında korunan insan hakları ve temel özgürlüklere herhangi bir sınırlama getiremeyeceği hükmü yer almaktadır.

³³³ *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, HUDOC, para. 68.

³³⁴ A.g.e., para. 72.

açık” olarak yapılmasından ötürü MSHS m. 4 anlamında bir “resmî olağanüstü hal ilânı” şartını sağladığına, dolayısıyla başvuruçuların bu kapsamdaki iddialarının temelsiz olduğuna hükmetmiştir.³³⁵

Yukarıda yer verilen içtihatlar ışığında, Mahkeme’nin uluslararası yükümlülüklerle aykırılık konusunda kendisini tam manasıyla yetkin görmediğini, ancak başvurunun bu kapsamda ilgili devletin ihlalde bulunduğunu ispatlayacak argüman ve delilleri sunması halinde söz konusu iddianın temeli olup olmadığına ilişkin bir araştırma ve değerlendirme yaptığı değerlendirilmesi yapılabilir.³³⁶ Dahası Mahkeme’nin, ilgili taraf devletin uluslararası hukuk altındaki diğer yükümlülüklerini ihlal ettiğine hükmetmesi halinde yaptırımın ne olacağı, yalnızca bu durumun ilgili taraf devletin derogasyon bildirimini gayrimeşru kılıp kılmayacağı hususunda net bir şey söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, AİHS bağlamında uluslararası hukuk altındaki diğer yükümlülüklerle tutarlılık şartını AİHS m. 15’ten daha geniş koruma sağlayan insan hakları sözleşmesi hükümlerini AİHS’ye dâhil edecek şekilde değerlendirmemek gerekir. Örneğin MSHS m. 1 kapsamında korunan kendi kaderini tayin hakkının söz konusu olduğu bir durumda AİHS m. 15 kapsamında ilgili devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerini yerine getirmediği yönünde iddiada bulunmak ve derogasyon kapsamında alınan tedbirin bu nedenle meşru olmadığını savunmak yanlış olacaktır.³³⁷ Nitekim Mahkeme’nin görevi uluslararası hukukun AİHS dışında kalan kısmına ilişkin olarak herhangi bir değerlendirme yapmak ya da hüküm vermek olmadığından taraf devletlerin AİHS dışındaki yükümlülüklerini izlemesi, denetlemesi ve değerlendirmesi oldukça zordur.

MSHS’nin olağanüstü hallerde derogasyonu konu alan 4’üncü maddesinde de uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle uyum/tutarlılık konusu tıpkı AİHS m. 15’te yer aldığı şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu tutarlılık prensibinin MSHS m. 4 kapsamında nasıl yorumlandığını ve/veya nasıl yorumlanması gerektiğini daha iyi saptayabilmek adına İHK tarafından

³³⁵ A.g.e., para. 73.

³³⁶ Anna-Lena Svensson-McCarthy, a.g.e., p. 632. Olağanüstü halin resmi olarak ilan edilmesi şartı dışında, MSHS m. 4 AİHS m. 15’ten farklı olarak ayrımcılık yasağını düzenlemiş ve deroje edilemeyecek hakları daha geniş tutmuştur. Ancak, AİHM önündeki davalarda bu hususlara ilişkin değerlendirmelere rastlanmamıştır.

³³⁷ Peter Kempees, a.g.e., 2017, p. 86.

olağanüstü hallere ilişkin olarak çıkarılan Genel Yorum No. 29’a başvurmak gerekmektedir. Nitekim GY No. 29’da GY No. 5’ten farklı olarak³³⁸ tutarlılık (*consistency*) prensibine ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunulmuştur. İHK GY No. 29’da uluslararası hukuk kavramından ne anlaşılabacağına ilişkin değerlendirme yaparken “özellikle uluslararası insancıl hukuk kuralları”³³⁹ ifadesini kullanmak sûretiyle hem taraf devletlere hem de İHK’ya bu kavramın yorumlanmasında göz önünde bulundurulacak uluslararası hukuk kurallarına atıfta bulunulmuştur. İHK, ilgili taraf devletin herhangi bir uluslararası anlaşma ya da genel uluslararası hukuktan doğan herhangi bir yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde m. 4 kapsamında yapılan derogasyon bildiriminin söz konusu ihlali meşrulaştırmayacağını da vurgulamıştır.³⁴⁰ Yani uluslararası insancıl hukuk tarafından tesis edilen asgari standartların MSHS m. 4 bağlamında alınacak tedbirler kapsamında deroje edilmesi mümkün değildir.³⁴¹

AIHM gibi İHK da belirli bir sözleşme kapsamında görev yapmak üzere kurulmuş olan bir sözleşme organı olmasından ötürü taraf devletlerin MSHS dışındaki diğer uluslararası andlaşmalar ve/veya sözleşmeler altındaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemekle iştigal etmemektedir. Bununla birlikte, MSHS kapsamındaki görevini yerine getirirken İHK, inceleme konusu taraf devletin yapmış olduğu derogasyon bildirimi kapsamında ilgili taraf devletin uluslararası diğer yükümlülüklerini göz önünde bulundurmaktadır.³⁴² Bu bağlamda Komite, taraf devletlerin MSHS m. 40 altındaki raporlama yükümlülüklerinin gereği olarak İHK’ya

³³⁸ Anna-Lena Svensson-McCarthy, **a.g.e.**, s. 628.

³³⁹ İHK, GY No. 29, para. 9. Uluslararası İnsancıl Hukuk, silahlı çatışmaların bir başka deyişle savaşların etkilerini sınırlamak amacıyla konulmuş olan kurallar manzumesidir. Bu kurallar aracılığıyla savaşın yöntemleri sınırlanmakta ve böylece savaşın içerisinde yer almayan insanların korunması sağlanmaktadır. Uluslararası İnsancıl Hukuk, ayrıca Savaş Hukuku ya da Silahlı Çatışma Hukuku olarak da anılmaktadır. Anılan kuralların büyük kısmı, dünyadaki devletlerin neredeyse tamamının taraf olduğu 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’nde yer almaktadır. 1949 tarihli sözleşmelere ek olarak 1977 tarihli Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Ek Protokollerle de Cenevre Sözleşmeleri genişletilmiştir. Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinin yanı sıra örneğin 1954 tarihli Kültürel Varlıkların Silahlı Çatışma Durumunda Korunması Sözleşmesi, 1972 tarihli Biyolojik Silahlar Sözleşmesi, 1980 tarihli Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi ve 1993 tarihli Kimyasal Silahlar Sözleşmesi’nde de uluslararası insancıl hukuk kuralları düzenlenmiştir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için lütfen bkz. Gerd Oberleitner, “Humanitarian Law as a Source of Human Rights Law”, **in The Oxford Handbook of International Human Rights Law** (edited by Dinah Shelton), Oxford University Press, New York, 2013, pp. 275-294.

³⁴⁰ İHK, GY No. 29, para. 9.

³⁴¹ Ralph Alexander Lorz, **a.g.e.**, p. 101.

³⁴² İHK, **a.g.e.**, para. 10.

sundukları raporlarda, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle özellikle de olağanüstü hallerde geçerli olan sorumluluklarına ilişkin bilgilere yer vermelerini beklemektedir.³⁴³ Görüleceği üzere, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle tutarlılık meselesi her bir taraf devlet açısından her bir durumun özelliklerine göre ayrı değerlendirme gerektiren bir kıstas olarak olağanüstü hallerde başvurulacak derogasyonların meşruiyetini etkilemektedir.

3.4 Derogasyonu Mümkün Olmayan (*Non-derogable*) Hükümler

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin olağanüstü hallerde derogasyon halini düzenleyen maddelerinde yer alan en önemli noktalardan biri deroje edilemeyen haklar konusudur. Nitekim bu husus sözleşmelerin hazırlık çalışmaları esnasında da oldukça geniş tartışmalara konu olmuş ve deroje edilemezlik “temel prensip”³⁴⁴ olarak nitelendirilmiştir. Deyim yerindeyse bu “hayatî” prensibe göre, derogasyonu meşru kılan bir olağanüstü hali mevcut olsa bile devletler sözleşmeler altında korunan bazı haklar ve/veya hürriyetler kapsamındaki yükümlülüklerini hiçbir şekilde azaltma yoluna gitme salahiyetine sahip değildir. Hem AİHS m. 15 hem de MSHS m. 4 ikinci fıkralarında deroje edilemeyen (*non-derogable rights*) “katalog” halinde saymak suretiyle belirli hakların etrafına şartlar ne olursa olsun dokunulmazlık bariyeri çekmiştir. Bununla birlikte, anılan sözleşmelerin hazırlık çalışmaları esnasında her ne kadar deroje edilemez hakların derogasyon maddesine dercedilmesi konusunda delegeler arasında görüş birliği sağlanmış olsa da bu hakların hangileri olacağı konusunda anlaşma sağlamak pek kolay olmamıştır.³⁴⁵ Bu durumun en önemli yansımalarından biriye, insan hakları sözleşmelerinde istisnâî durumlarda bile aykırı önleme konu olamayan hakların başka deyişle “dokunulmaz hakların”³⁴⁶ farklı bir şekilde listelenmesi olmuştur. Nitekim AİHS’nin 15’inci maddesinin ikinci fıkrası deroje

³⁴³ A.g.e., para. 10.

³⁴⁴ Hazırlık Çalışmaları esnasında deroje edilemeyen hakların kesinlikle derogasyon maddesinde yer alması gerektiği aksi takdirde devletlerin keyfi davranmak suretiyle tüm sözleşme yükümlülüklerinden kaçınabileceği yönündeki görüşler için lütfen bkz. UN Doc. E/CN.4/SR.195, paras. 69, 71, 87, 90.

³⁴⁵ Jaime Oraá, a.g.e., 1992, p. 87.

³⁴⁶ “Deroje edilemeyecek haklar (*non-derogable rights*)” kavramının “dokunulmaz haklar” ya da “hakların sert çekirdeği” şeklinde kategorize edilmesi hakkında bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, a.g.e., Cilt 2, s. 23.

edilemeyecek dört hakka³⁴⁷ işaret ederken MSHS'nin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasıysa bu konuda Sözleşme'nin yedi maddesine³⁴⁸ atıf yapmaktadır.³⁴⁹

İnsan hakları sözleşmelerinde deroje edilemeyecek haklar, diğer bir ifadeyle dokunulmaz haklar konusunda karşılaşılan en önemli problemlerden biri, sözleşmelerin derogasyon maddelerinde (AİHS m. 15 ve MSHS m. 4) dokunulmaz hakların nitelik ve nicelik bakımından farklılık arz etmesidir. Dokunulmaz haklara ilişkin olarak hazırlık çalışmaları tutanakları yeterince yol gösterici değildir.³⁵⁰ Bununla birlikte, özellikle MSHS hazırlık çalışmaları esnasındaki tartışmalardan yola çıkılarak deroje edilemeyecek hakların belirlenmesinde kullanılan iki kıstastan söz edilebilir. Birincisi, insanın korunması açısından mutlak sûrette temel, başka bir deyişle birinci derece önemli ve vazgeçilmez hakların dokunulmaz haklar olarak sınıflandırılmış olması muhtemeldir. İkinci olarak, deroje edildiğinde derogasyona konu olağanüstü hal ile mücadele açısından gerekli olduğu konusunda herhangi bir meşruiyet sebebi gösterilemeyecek olan, bir başka deyişle derogasyona konu olağanüstü hallerle doğrudan ilgisi bulunmayacak hakların dokunulmaz haklar arasında sayılması yoluna gidilmiş olabilir.³⁵¹

Burada dikkat edilmesi gereken nokta anılan her iki kriterin de derogasyon maddelerinde birlikte uygulanmamış olmasıdır. Örneğin, AİHS altında m. 2 (yaşam hakkı)³⁵², m. 3 (işkence yasağı), m. 4'ün birinci fıkrası

³⁴⁷ Her ne kadar AİHS'nin 15'inci maddesinin ikinci fıkrasında yalnızca dört madde zikredilmiş olsa da çeşitli dönemlerde kabul edilen Ek Protokoller de derogasyon konusuna çeşitli müdahalelerde bulunmuştur (Protokollere ilişkin geniş bilgi için lütfen bkz. “**2.1.1. Genel Bilgiler**”). Buna göre, Sözleşmenin ana metninde yer alan dört maddeye ek olarak, AİHS Protokol No. 6, Protokol No. 7'nin dördüncü maddesi ve Protokol No. 13 altındaki yükümlülüklerden sapma mümkün değildir.

³⁴⁸ MSHS'nin “ölüm cezasının kaldırılması” konusunu düzenleyen İkinci İhtiyari Protokolünün 6'ncı maddesinin ikinci fıkrası, söz konusu Protokol kapsamında getirilen idam cezası yasağının MSHS 4'üncü maddesi kapsamında deroje edilemeyeceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla her ne kadar MSHS'nin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında idam yasağı telaffuz edilmemiş olsa da İkinci İhtiyari Protokol'ün 6'ncı maddesiyle “idam edilmeme hakkı” da deroje edilemeyecek haklar arasına dâhil edilmiştir.

³⁴⁹ Konuya ilişkin olarak AmeİHS'nin 27'nci maddesinin ikinci fıkrası daha geniş bir düzenleme öngörmüş ve deroje edilemez 11 hakka işaret etmiştir.

³⁵⁰ Özellikle AİHS'nin hazırlık çalışmaları esnasında 15'inci maddenin ikinci fıkrasına yazılacak “dokunulmaz haklar” konusu enine boyuna masaya yatırılmamış; Birleşik Krallık tarafından sunulan ve MSHS'nin listesinin daha kısaltılmış bir versiyonu olan deroje edilemez haklar listesi herhangi bir değişikliğe uğramadan kabul edilmiştir. Konuya ilişkin bkz. Jaime Oraá, **a.g.e.**, 1992, p. 88-94.

³⁵¹ Joan F. Hartman, **a.g.e.**, s. 113-114.

³⁵² AİHS'nin ikinci maddesi her ne kadar deroje edilemeyecek haklar grubunda zikredilmiş olsa da m. 15/2 “meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölümler dışında” ibaresini

(kölelik ve zorla çalıştırma yasağı), m. 7 (kanunsuz ceza yasağı)³⁵³, Protokol No. 6 (savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller hariç olmak üzere ölüm cezasına çarptırma yasağı)³⁵⁴, Protokol No. 7 m. 4 (iki kez yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı) ve Protokol No. 13 (hiçbir surette ölüm cezasına çarptırılmama hakkı) deroje edilemez hükümler olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, AİHS’de anılan kriterlerden yalnızca birinin yani birinci derecede önemli ve vazgeçilmez hak prensibinin uygulandığı söylenebilir. Ancak, buradan yalnızca m. 15’in ikinci fıkrasında sayılan ve daha sonra da çeşitli protokoller eliyle revize edilen dokunulmaz haklar dışındaki hak ve özgürlüklerin “daha az” temel veya daha önemsiz olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim insan hak ve hürriyetlerinin bazılarının diğerlerine kıyasla daha önemli hatta daha “kutsal” olduğu düşüncesi oldukça tartışmalıdır. Her ne kadar yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi insan haklarının özü olduğu konusunda evrensel mânâda özel bir statüsü bulunan haklar mevcut olsa da diğer insan hak ve hürriyetlerinin de evrensel ve önemli olduğu, bu nedenle bazılarını “özel” statü bahşetmenin normatif anlamda insan hakları anlayışına yönelik bir risk oluşturabileceği değerlendirilmektedir.³⁵⁵

kullanmak suretiyle bu duruma “önemli” bir istisna hükmü yerleştirmiştir. Kaldı ki m. 2 kendi içerisinde değerlendirildiğinde de Sözleşmenin yaşam hakkına müdahaleyi mutlak manada sınırlandırdığını söylemek güçtür. Nitekim söz konusu maddede “mutlak manada zorunlu güç kullanımını aşmadığı sürece” bir kimsenin yasadışı faaliyetten korunmasının sağlanması, bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını veya kaçmasını önleme ya da bir isyanın ya da ayaklanmanın yasalara uygun olarak bastırılması gibi hallerde ölüm meydana gelmişse bu durumun ikinci maddenin ihlali olarak değerlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu açıdan bakıldığında özellikle “isyanın bastırılması” durumunun doğrudan olağanüstü hal tedbirleriyle alakası olabileceği düşünülürse, m. 2 deroje edilemeyecek haklar arasında sayılsa bile somut olay bağlamında ilgili devletin yaşam hakkının ihlali, olağanüstü halle mücadele kapsamında meşrulaştırılabilir. Nitekim bu tartışma, Kuzey İrlanda’da Birleşik Krallık tarafından güç kullanımı neticesinde ölümlerin meydana gelmesi hadisesinde AİHM’nin gündemine gelmiştir. Bu konuda bkz. David John Harris et al., **a.g.e.**, p. 845.

³⁵³ İşbu maddenin ikinci fıkrası da tıpkı m.2 (yaşam hakkı) gibi bir istisna hükmü içermektedir. Dolayısıyla, esasen AİHS m. 7’nin deroje edilememesi durumunun da tartışmalı olduğu not edilmelidir. Bu durumda (anılan protokoller ile birlikte) AİHS m. 3 ve m. 4’ün deroje edilemeyeceği, m. 2 ve m. 7’nin bahsedildiği üzere tartışmalı olduğu hakkında bkz. Rosalyn Higgins, **a.g.e.**, s. 306.

³⁵⁴ 28 Nisan 1983 tarihli işbu Protokol’ün üçüncü maddesi “Bu Protokol’ün hiçbir hükmü Sözleşme’nin (AİHS) 15’inci maddesi altında derogasyona konu edilemez” şeklindedir.

³⁵⁵ Konuyla ilgili olarak “çekirdek haklar (*core rights*)”, türev ve türev olmayan (derivative & non-derivative) haklar perspektifinden insan haklarının belirli bir hiyerarşiye diğer bir söylemle önceliklendirmeye tabi tutulmasına yönelik değerlendirmeler için bkz. Martin Scheinin, “Core Rights and Obligations”, in **The Oxford Handbook of International Human Rights Law** (ed. Dinah Shelton), Oxford University Press, New York, 2013, p. 527-540.

Bu itibarla, deroje edilemez haklar listesinde sayılmamış olan ancak anılan dokunulmaz haklar kadar önemli olan diğer hakların durumunun ne olacağı konusu değerlendirilmeye muhtaçtır. Nitekim derogasyon konusu olağanüstü hal ile mücadele esnasında alınan tedbirlerin “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” olması gerektiği izahtan varestedir. Bu açıdan bakıldığında, bir hakkın deroje edilemez haklar listesinde yer almıyor olması o hakkın ilgili devlet tarafından istenildiği zaman deroje edilebileceği anlamına gelmemektedir.³⁵⁶ AİHS m. 15’te zikredilmemesine rağmen deroje edildiğinde derogasyonun meşruiyetini etkileyen çeşitli maddelerin konu olduğu içtihatlar mevcuttur. Örneğin AİHS’nin 14’üncü maddesinde düzenlenen “ayrımcılık yasağı”, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ve diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, herhangi bir azınlığa aidiyet, gelir durumu, doğum yeri başta olmak üzere hiçbir şekilde ayrımcılık gözetilmemesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla her ne kadar 15’inci maddenin ikinci fıkrasında anılmamış olsa da 14’üncü madde altında düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlali AİHS altında bir devletin olağanüstü hal kapsamında almış olduğu tedbirlerin meşruluğunu etkilemektedir. Bir başka deyişle, m. 14 deroje edilemeyecek yani dokunulmaz hükümler arasında sayılmamış olsa bile taraf devletlerin m. 15 uygulamalarını önemli ölçüde sınırlandırmaktadır.³⁵⁷ Nitekim *İrlanda v. Birleşik Krallık Davası*’nda³⁵⁸ AİHM İrlanda Hükümeti’nin, Birleşik Krallık tarafından AİHS m. 5 uygulamasında cumhuriyetçi/milliyetçi şüphelilere yönelik olarak ayrımcılık

³⁵⁶ Yine de bunun ancak ve ancak güçlü bir denetim mekanizması eliyle mümkün olduğu, aksi takdirde deroje edilemez haklar listesinde yer alan hakların bile rahatlıkla derogasyon konusu edilebildiğine ilişkin yorum için bkz. Jaime Oraá, **a.g.e.**, 1992, p. 94-95.

³⁵⁷ Bu noktada AİHS’nin özellikle 17’nci ve 18’inci maddelerine de değinmek gerekir. Nitekim 17’nci madde “hakları kötüye kullanma yasağı”nı düzenlemek suretiyle, devletin Sözleşme altında tanınan hakların yok edilmesi veya Sözleşme’de öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasını amaçlayan bir fiile girişme hakkının bulunmadığını net bir şekilde ortaya koymaktadır. Yani her ne kadar 15’inci madde belirli hakları dokunulmaz kılmış olsa da diğer hakların otomatikman askıya alınamayacağı işbu maddeyle ortaya konulmuştur. Diğer taraftan, m. 18 “haklara getirilecek sınırlamaların kısıtlanması” kenar başlığıyla Sözleşme kapsamında sayılan hak ve hürriyetlerine Sözleşme hükümleriyle izin verilen kısıtlamaların öngörüldükleri amaç dışında uygulanamayacağını düzenlemektedir. Bu itibarla, m. 18 de tıpkı m. 17 gibi deyim yerindeyse taraf devletin elini kolunu bağlamaktadır. Deroje edilebilen hakları sınırlarken bir başka deyişle 15’inci madde vesilesiyle bu haklar altındaki yükümlülüklerini azaltırken devlet yalnızca 15’inci maddenin öngördüğü amacı gözetmek durumundadır.

³⁵⁸ *Ireland v. The United Kingdom*, HUDOC, para. 224-240.

yapıldığı iddiasını incelemeye almış ve neticede Birleşik Krallık Hükümeti'nin ayrımcılık yapmadığı kanaatine varmıştır.

Deroje edilemeyecek haklar belirlenirken kullanıldığı belirtilen iki kıstastan “birinci derecede önemli hak” kriterini kullanan AİHS'nin aksine MSHS tıpkı AmeİHS gibi her iki kriteri de kullanmıştır. Buna göre, MSHS'nin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan dokunulmaz haklar içerisinde hem “çekirdek haklar” prensibi doğrultusunda “temel haklar” hem de derogasyon konusu olayla ilişkilendirilemeyecek dolayısıyla devletlerin deroje etmeye ihtiyaç duymayacağı haklar listelenmiştir. Nitekim m. 4 kapsamında dokunulmaz haklar, yaşam hakkı ve ölüm cezasının sınırlandırılması (m. 6); işkence, insanlık dışı muamele ve cezalandırma yasağı ile rızasız tıbbî ve bilimsel deneye tâbi tutma yasağı (m. 7); kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 8/1-2); sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hapis cezası verme yasağı (m. 11); kanunsuz ceza yasağı (m. 15); hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı (m. 16); düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 18) ve idam yasağı (İkinci İhtiyari Protokol)³⁵⁹ olarak listelenmiştir. Her ne kadar olağanüstü hallerde tehdit altında olabilecek hakları listelemediği yönünde eleştirilse de MSHS, yaşam hakkı, işkence yasağı gibi birinci derecede önemli hakları dokunulmaz kılmakla birlikte diğer yandan hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı gibi olağanüstü hallerle doğrudan ilgili olmayan, bu yüzden de devletlerin deroje etmek için herhangi bir gereksinim duymayacağı hakları da deroje edilemeyecek haklar içerisinde saymıştır. Anlaşılacağı üzere, MSHS m. 4/2 hakları sıralarken hem birinci derecede önemli haklar hem de olağanüstü halle ilişkilendirilemeyecek haklar kıstaslarını kullanmıştır.³⁶⁰

Burada vurgulamak gerekir ki AİHS'de olduğu gibi MSHS'nin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan (ve İhtiyarî Protokol'de yer alan) sözleşme hükümlerinin bir başka deyişle haklar, özgürlükler veya yasakların

³⁵⁹ İkinci İhtiyari Protokol'ün 6'ncı maddesi, savaş zamanı rezervasyona imkân tanımakla birlikte, idam yasağının deroje edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

³⁶⁰ Konuya ilişkin olarak İHK'nın net pozisyonu konusunda detaylı bilgi için bkz. HRC, **General Comment 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant**, UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6, 11.4.1994, para. 10 (İHK, GY no. 24).

dokunulmazlığı mutlak değildir. Nitekim İHK'nın GY No. 29'da ortaya koyduğu üzere "Sözleşme hükümlerinin 'deroje edilemez' olarak nitelendirilmesi o hükümlere yönelik herhangi bir sınırlamanın hiçbir şekilde meşrulaştırılamayacağı" anlamına gelmemektedir.³⁶¹ Gerçekten de GY No. 29'da da örnek verilmek sûretiyle somuştırıldığı üzere MSHS'nin "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü"nü düzenleyen ve aynı zamanda 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında zikredilmek sûretiyle deroje edilemeyecek hükümler arasına dâhil edilen 18'inci madde incelendiğinde konu daha net anlaşılacaktır. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrası "kamu güvenliği, düzeni, sağlığı veya genel ahlâk ya da başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması" adına gerektiğinde bu hürriyetin kanunla sınırlanabileceğini hükme bağlamıştır. Buradan hareketle, derogasyona sebebiyet veren olağanüstü halin ya da bir başka ifadeyle ulusun güvenliğini tehdit eden genel tehlike halinin bertaraf edilmesi de doğrudan 18'inci maddenin üçüncü fıkrasında sayılan amaçla alakalı olacağından 18'inci maddenin mutlak mânâda deroje edilemez bir hüküm olmadığını kabul etmek gerekir.

Anlaşılacağı üzere, Sözleşme'nin münferid hükümlerinin kendi içerisinde izin verdiği sınırlamalar derogasyon meselesinden bağımsız ele alınmaktadır. Bununla birlikte, en ciddi olağanüstü hallerde bile ilgili devletin m. 18 çerçevesinde yapmış olduğu müdahalelerin m. 18/3 bağlamında meşrulaştırılması diğer bir ifadeyle gerekçelendirilmesi elzemdir.³⁶²

Diğer taraftan İHK, MSHS altında deroje edilemeyecek hükümlerin yalnızca 4'üncü maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla sınırlı olmadığını GY No. 29'da açık ve net bir şekilde ifade etmektedir.³⁶³ Buna göre İHK, taraf devletlerin her ne kadar "ayrımcılık yasağı"nı düzenleyen m. 26, deroje edilemeyecek hükümler arasında sayılmasa da m. 4/1 uyarınca, hiçbir şekilde 26'ncı madde hükmünü hatta m. 26 ile ilişkilendirilmek suretiyle m. 2, m. 3, m. 14/1, m. 23/4, m. 24/1 ve m. 25 hükümlerini³⁶⁴ deroje edemeyeceğini

³⁶¹ İHK, GY No. 29, para. 7.

³⁶² A.g.e.

³⁶³ Konuya ilişkin geniş değerlendirme için bkz. Clémentine Olivier, "Revisiting General Comment No. 29 of the United Nations Human Rights Committee: About Fair Trials and Derogations in Times of Public Emergency", *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, no. 2, June 2004, pp. 405-420.

³⁶⁴ MSHS m. 2, işbu Sözleşme hükümlerinin hiçbir ayrımcılık ayrımcılık yapmaksızın uygulanacağını; m. 3 kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğunu; m. 14/1 mahkemelerce

vurgulamaktadır.³⁶⁵ Görüldüğü üzere İHK, taraf devletlerin Sözleşme'yi uygularken rehber olarak kabul etmesi için yayınladığı genel yorumlarla deroje edilemeyecek maddelerin kapsamını genişletmektedir. Bu kapsamda İHK, özgürlüğünden yoksun bırakılan bütün insanların insan onuruna yakışır bir muamele görmeyi hak ettiğinden ve bu durumun Sözleşme'nin dibacesinde de açıkça yer aldığından bahisle, her ne kadar m. 10 dokunulmaz haklar arasında sayılmamış olsa bile, m. 10'un da derogasyona tâbi olmadığını ifade etmektedir.³⁶⁶ İHK herhangi bir insan hakkı ihlalinin meşrulaştırılması adına m. 4'ün kullanılamayağından bahisle, uluslararası insancıl hukukun veya insanlığa karşı suç işlemek sûretiyle uluslararası ceza hukukunun ihlaline yol açabilecek herhangi bir eylemin m. 4 perdesine sığınarak gerçekleştirilemeyeceğini vurgulamaktadır.³⁶⁷ Nihayet İHK, etkili hak arama/çözüm yolu tesis etme (m. 2/3), *habeas corpus* (m. 9/4), masumiyet karinesi ve âdil yargılanmanın diğer temel unsurları (m. 14) gibi belirli prosedürel garantilerin de derogasyon konusu yapılamayacağı görüşündedir.³⁶⁸

3.5 Bildirim ve Bilgilendirme Yükümlülüğü

Derogasyon yoluna giden bir devletin bu durumun keyfiyetine ilişkin olarak diğer taraf devletleri Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterleri aracılığıyla bilgilendirme yükümlülüğü hem MSHS hem de AİHS altında düzenlenmiştir.³⁶⁹ Nitekim olağanüstü hallerde derogasyon yoluna başvuran devletlere ilişkin sınırlamaların ancak ve ancak uluslararası bir gözetim ve denetim eliyle etkili olacağı değerlendirilmektedir. Bu noktada tekraren belirtmekte fayda vardır ki gerek MSHS gerekse de AİHS altında taraf devletlerin sorumluluğu yalnızca kendi sınırları ya da yetki alanları içerisinde sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek değil aynı zamanda

eşit muamelede bulunulacağını; m. 23/4 eşler arasındaki eşitliği; m. 24/1 çocukların herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan korunacağını ve m. 25 ise vatandaşların yönetime katılması konusunda "mantıksız" bir sınırlama yapılmayacağını garanti etmektedir.

³⁶⁵ A.g.e., para. 8.

³⁶⁶ İHK, m. 10'un deroje edilemeyecek hükümler arasında sayılan m. 7 ile yakın ilişkisine referansta bulunmuştur. Detaylı bilgi için bkz. A.g.e., para. 13(a).

³⁶⁷ A.g.e., para. 9-12.

³⁶⁸ A.g.e., para. 14-16. Ayrıca bkz. HRC, **Concluding Observation on Israel**, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 93, 18.8.1998, para. 21.

³⁶⁹ Söz konusu bildirim yükümlülüğü Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 27'nci maddesinin üçüncü fıkrasında da yer bulmaktadır. Buna göre, anılan sözleşmeye taraf devletler hakların askıya alınması bildirimini (AmelHS'te *suspension* ifadesi kullanılmaktadır) Amerikan Devletleri Örgütü Genel Sekreteri'ne yapmak zorundadır.

sözleşmeye taraf diğer devletlerin de sözleşmeye tam uyumunu sağlamaya çalışmaktır.³⁷⁰ Dolayısıyla derogasyon bağlamında sözleşme organları eliyle taraf devletleri bilgilendirme yükümlülüğünü sadece derogasyonu gerektiren olağanüstü halle mücadele etmek adına alınan tedbirlerin başlangıç tarihi konusunda bilgi vermek olarak değil derogasyon süreci boyunca alınan tedbirlerin keyfiyeti ve derogasyon tedbirlerinin uygulanmasının son bulacağı tarih konusunda da taraf devletleri aydınlatma yükümlülüğü olarak ele almak gerekir.³⁷¹ Nitekim, *AİHM Brannigan and McBride v. Birleşik Krallık Kararı*’nda³⁷², söz konusu sürekli bilgilendirme yükümlülüğünü ölçülülük prensibi kapsamında değerlendirmiş olup alınan tedbirlerin yerindeliği ve gerekliliği konusunda devamlı bir denetim sürecini ifade ettiğini vurgulamıştır.

Bildirim ve bilgilendirme yükümlülüğü, olağanüstü hallerde hakların ve hürriyetlerin korunması açısından en önemli araçlardan biri olarak kabul edilmektedir. O kadar ki taraf devletlerin derogasyon haklarını kötüye kullanmalarını engellemek adına alınmış bir önlem olarak görülmektedir.³⁷³ Ancak, gerek sözleşme makamlarının içtihatları gerekse de taraf devletlerin tutumları göstermektedir ki bildirim ve bilgilendirme yükümlülüğü derogasyonun esasına ilişkin bir koşul ya da derogasyon yetkisinin suiistimal edilmesini önleyecek bir prensip olmaktan daha ziyade şekli/usûlî bir şart olarak algılanmaktadır.

MSHS’nin 4’üncü maddesinde, söz konusu devletin “sözleşmenin hangi maddelerini ne gerekçelerle deroje ettiğine” ilişkin olarak diğer taraf devletleri “derhal” bilgilendirmesi gerekirken AİHS m. 15 altında bildirim yükümlülüğü düzenlenirken “derhal” ifadesi kullanılmamıştır. Derogasyon uygulamasının keyfiyetinin diğer taraf devletlere bildirilmesine ilişkin olarak herhangi bir

³⁷⁰ Nitekim AİHS’nin başlangıç kısmında taraf devletlerin “kolektif yaptırım”, MSHS’nin başlangıç bölümünde ise yine sözleşmeye taraf devletlerin hakların ve özgürlüklerin korunmasını “teşvik ve gözetim” konusunda gayret gösterme yükümlülüklerine atıf yapılmıştır. Bu konuda detaylı bilgi için lütfen **2. Bölüm**’e bakınız.

³⁷¹ Her ne kadar AİHS m. 15 açık bir şekilde taraf devletleri bilgilendirmekten bahsetmiyor olsa da Strazburg makamlarının içtihadı bu noktada tıpkı MSHS m. 4’te olduğu gibi taraf devletlerin de Genel Sekreter aracılığıyla bilgilendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu konuda bkz. William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford University Press, 1st Edition, New York, 2015, p. 603-604.

³⁷² *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, HUDOC, para. 54.

³⁷³ Piter van Dijk et al., **a.g.e.**, s. 1069.

zaman kaydı bildirilmemiş olması, AİHS m. 15 altındaki işbu bilgilendirme yükümlülüğünün Strasbourg makamlarının içtihatlarıyla belirlenmesine yol açmıştır. Nitekim derogasyon tedbirlerinin uygulanmaya başlayacağı tarihe ilişkin olarak AK Genel Sekreteri'nin bilgilendirilmesi konusunda AİHK *Lawless* Başvurusu'na ilişkin raporunda yapmış olduğu değerlendirmede “gecikme olmaksızın” bilgilendirme yapılması gerektiğini açıkça ifade etmiş; ancak söz konusu olayda bildirimin 12 gün gecikmeli olarak yapılması yine de İrlanda hükümetinin söz bildirim yükümlülüğüne uygun davrandığı şeklinde yorumlamıştır.³⁷⁴ Komisyon raporunda “elde olmayan, önlenemeyen, kaçınılmaz haller dışında gecikme olmaksızın” ifadesini³⁷⁵ kullanmak sûretiyle de olağanüstü haller kapsamında devletlerin maruz kaldıkları birtakım zorluklara da tolerans gösterilebileceğini ortaya koymuştur. Öte yandan *Yunan(istan)* Davası'nda gerçekleşen 4 aylık gecikme ise Komisyon tarafından çok uzun bir süre olmasından dolayı tolere edilmemiştir.³⁷⁶ Söz konusu davada Yunan otoriteleri, Genel Sekreter'e olağanüstü halle mücadele kapsamında mevcut yasalara ilişkin herhangi bir bilgi vermemiş ve dahi yargı kararı olmaksızın tutuklanan kimselerin sayısı da dâhil olmak üzere uygulanan idari tedbirlerle alakalı tatmin edici bir açıklama sunmamıştır. Bu açıdan bakıldığında Strazburg makamlarının her ne kadar olağanüstü halin getirdiği zorluklar dolayısıyla ilgili devlete özellikle bildirim zamanları konusunda belirli ölçüde esneklik sağlasa da bilgilendirme yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmesinin beklendiği görülmektedir. Strazburg makamlarının içtihadı, derogasyon konusunda alınan tedbirlerin gecikmeli de olsa tafsîlâtıyla bildirilmesi gerektiğini göstermektedir.

Öte yandan, İHK da GY No. 29'da konuya ilişkin olarak taraf devletlere rehberlik edecek nitelikte değerlendirmelere yer vermektedir. Bildirim ve bilgilendirme yükümlülüğü İHK tarafından derogasyonun meşruiyeti açısından şekli bir unsur olarak değil daha çok esasa etki eden bir unsur olarak ele alınmaktadır. Nitekim GY No. 29, söz konusu yükümlülüğün yalnızca İHK'nın derogasyondan haberdar olmasını sağlayan bir şart değil özellikle söz konusu devletin derogasyon kapsamında almış olduğu tedbirlerin durumun

³⁷⁴ *Lawless v. Ireland*, Report of the Commission of 19.12.1959, HUDOC, p. 75.

³⁷⁵ *A.g.e.*, p. 73.

³⁷⁶ *Greek Case*, Report of the Commission, 5.11.1969, p. 43. Komisyon Üyesi *Delahaye*'nin Karşı Görüşü için söz konusu raporun 43 ve 44'üncü sayfalarına bakınız.

mutlak sûrette gerektirdiği tedbirlerden olup olmadığının diğer taraf devletler tarafından denetlenebilmesi için gerekli bir yükümlülük olduğunu vurgulamıştır.³⁷⁷ Diğer taraftan Komite, GY No. 29'u kamuoyuyla paylaşmadan evvel kendisine yapılan derogasyon bildirimlerinde yapılan hataların tekrar edilmemesi adına taraf devletlere uyarılarda bulunmuştur. Bu bağlamda, derogasyon bildirimlerinde alınan tedbirlere ilişkin tafsilatlı bilgi sunulmasının ve bu tedbirlerin alınma sebeplerinin konuya ilişkin ulusal mevzuat çerçevesinde net olarak ortaya konulmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir.³⁷⁸ Nitekim *Guerrero v. Colombia* kararında Komite, Colombia hükümetinin derogasyon bildirimini, bildirimde atıf yapılan sözleşme maddelerinin mevcut olağanüstü halle mücadele ile ilgisi olmadığı gerekçesiyle meşru kabul etmemiştir.³⁷⁹ Aynı şekilde *Sakık ve Diğerleri v. Türkiye* kararında AİHM de AİHS'nin 5'inci maddesinin ihlalini, derogasyon bildiriminde yer almayan bir bölgede gerçekleşen olaylar bağlamında 15'inci madde kapsamında değerlendirmemiştir.³⁸⁰ Mahkeme, Türkiye'nin 5'inci maddeden derogasyonun ancak derogasyon bildiriminde açıkça yer verilen bölgeler açısından geçerli olduğunu vurgulamıştır.

Gerek MSHS'nin 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrası gerekse de AİHS'nin 15'inci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen yükümlülük daha önce de ifade edildiği üzere yalnızca bildirim değil bilgilendirmeyi de ifade etmektedir. Bu kapsamda, bir taraf devlet derogasyona ilişkin yapmış olduğu başlangıç bildiriminin akabinde tedbirlere ilişkin olarak zaman zaman sözleşme organlarının genel sekreterleri aracılığıyla diğer taraf devletleri bilgilendirmekle ve derogasyon tedbirlerinin uygulanmasına son verildiğindeyse bunu yine aynı şekilde taraf devletlere bilgilendirmekle yükümlüdür. Devletlerin bu yükümlülüğüne GY No. 29'da kesin vurguda

³⁷⁷ İHK, GY No. 29, para. 17. Ancak bu noktada İHK'nin daha önce önüne gelen bireysel başvurulara ilişkin vermiş olduğu kararlara muhalefet ettiği göze çarpmaktadır. Nitekim *Landinelli Silva v. Uruguay* davasında Komite, MSHS m. 4 bağlamında yapılan derogasyon bildiriminin esasa etki eden bir unsur olmadığını, taraf devletin derogasyon hakkına başvurmasının resmi derogasyon bildirimine bağlı olmadığını ifade etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. HRC, *Jorge Landinelli Silva et al. v. Uruguay*, para. 8.3.

³⁷⁸ İHK, a.g.e., para. 17.

³⁷⁹ HRC, *Pedro Pablo Carmargo on behalf of the husband of Maria Fanny Suarez de Guerrero v. Colombia*, Communication No. 45/1979, Views, 31.3.1982, para. 12.2.

³⁸⁰ ECHR, *Sakık and Others v. Turkey*, Application No. 87/1996/706/898-903, Judgment, 26.11.1997, HUDOC, paras. 33-39. Somut olayda, Türkiye'nin güneydoğusuna ilişkin bir derogasyon bildiriminde bulunulmuş olmasına rağmen dava konusu olay Ankara'da yani derogasyon bildiriminde belirtilen yer dışında bir bölgede gerçekleşmiştir.

bulunan İHK, taraf devletlerin başlangıç ve sona erme bildirimleri ile süreç bilgilendirmesi konusunda yeterince hassas davranmadığını belirtmiş; taraf devletlerin olağanüstü haller kapsamında kullanmış oldukları yetkilere ilişkin değişiklikler konusunda bilgi vermeyi ihmal ettiklerini belirtmiştir.³⁸¹ O kadar ki İHK, bazen taraf devletlerin kendisine sunmuş olduğu raporları incelerken “kazara” denk geldiğini GY No. 29’da açıkça belirtmiş; bununla birlikte İHK’nin denetim ve gözetim yetkisinin ilgili taraf devletin yaptığı bildirime bağlı olmaksızın mevcut bulunduğunu da vurgulamıştır.³⁸²

³⁸¹ Bkz. HRC, **Concluding Observations on Mexico**, UN Doc. CCPR/C/79/Add.109, 27.7.1999, para. 12; HRC, **Concluding Observations on India**, UN Doc. CCPR/C/79/Add.81, 4.8.1997, para. 19; HRC, **Consideration of Report, Comments on Cameroon**, UN Doc. CCPR/C/79/Add.33, 18.4.1994, para. 7.

³⁸² İHK, GY No. 29, para. 17.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Devletler, toplumsal karışıklıklarla mücadele etmek amacıyla bir şekilde olağanüstü tedbirlere başvurma ihtiyacı duymuşlardır. Söz konusu ihtiyaç, Birinci ve İkinci Dünya Savaşları esnasında da birçok hükümet tarafından hissedilmiş ve bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları ile birlikte derogasyon maddelerine de yansımıştır. Her ne kadar 1940'lı yıllara gelinene kadar olağanüstü tedbirler meselesi ulusal ve uluslararası hukuka yabancı değilse de olağanüstü hallerde derogasyon mefhumu, belirli kriterler çerçevesinde temel hak ve hürriyetleri garanti altına almak sûretiyle olağanüstü tedbirlere izin veren özgün ve yeni bir kavram olarak İkinci Dünya Savaşı sonrası belirgin bir şekilde uluslararası hukukta yerini almaya başlamıştır. Uluslararası insan hakları sözleşmeleri altındaki yükümlülüklerden olağanüstü hallerde derogasyon hakkına ilişkin mülâhazalarda bu noktanın vurgulanması zarurîdir.

İşbu çalışma, AİHS ve MSHS özelinde, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin olağanüstü hallere ilişkin koymuş olduğu spesifik kuralları düzenleyen derogasyon hükümlerini ve anılan sözleşme organlarının bu hükümlere yönelik yorumları ile uygulamalarını analiz etmiştir. Bu meyanda, bölgesel ölçekte AİHS küresel çapta ise MSHS'nin olağan durum olağanüstü hal ayrımı yapmaksızın her durumda uygulanabilir sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim olağan duruma ek olarak olağanüstü hal ilânı, kapsamı, uygulaması, alınan tedbirlerin sınırları, çerçevesi ve olağanüstü halin sonlandırılması gibi ilgili devletin karşılaştığı olağanüstü halde nasıl hareket etmesi gerektiğine ilişkin hususlar sözleşme metinlerinde “olağanüstü hallerde derogasyon” şeklinde yerini almıştır.

AİHS ve MSHS'nin olağanüstü hallere ilişkin hukukî rejimini analiz etme gayretinde olan bu çalışmanın ilk bölümünde, derogasyon kavramının “genel hüküm-özel hüküm”, “istisna”, “ilga” ve “ihlal” mefhumlarından farkı

izah edilmiş ve çalışma genelinde neden yabancı kökenli derogasyon kelimesinin kullanıldığı açıklanmıştır. Bu bağlamda, anılan kavramın literatürde Türkçe'ye sözleşme altındaki “yükümlülüklerin askıya alınması”, “yükümlülüklerin azaltılması”. “yükümlülüklerle aykırı davranma”, “hakların ve hürriyetlerin durdurulması” şeklinde çevrildiği, ancak tüm bu çevirilerin kavramın deruhte ettiği mânâyı karşılamadığı sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan her iki sözleşmenin de olağanüstü hallerde derogasyonu düzenleyen maddeleri, somut ifadesiyle AİHS m. 15 ve MSHS m. 4 büyük oranda benzer hükümler içermesinin sebepleri hazırlık çalışmalarında aranmıştır. Hakikaten neredeyse aynı ifadelerin kullanılmış olmasının her iki sözleşmenin hazırlık çalışmalarında devletleri temsilen yer alan delegelerin (özellikle Birleşik Krallık) önerileri olduğu; bu doğrultuda AİHS'nin 15'inci maddesinin MSHS m. 4 esas alınarak hazırlandığı sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, inceleme konusu sözleşmeler olan AİHS ve MSHS sistemine ilişkin genel bilgiler verilmiş, söz konusu sözleşmelerin hazırlanmasına ortam hazırlayan politik süreç aktarılmış, sözleşmelerin hangi hakları düzenlediği belirtilmiş ve sözleşmelerin işleyişine ilişkin izahatta bulunulmuştur. Bu kapsamda, sözleşmelerin kendi sistematığı içerisinde tesis edilen AİHM ve İHK gibi organlara ve bunların uygulamada kullandıkları karar, görüş, yorum ve tespitler gibi araçlara yönelik analizde bulunulmuştur. Yalnızca AİHM ve İHK değil aynı zamanda söz konusu organlara destek veren diğer AK ve BM organlarına da değinilmiştir. Hakikaten AİHS sistemi açısından bakıldığında kararların uygulanması konusu AİHM'nin değil Bakanlar Komitesi'nin uhdesindedir. Yine AK Parlamenterler Meclisi'nin, özellikle taraf devletlere yönelik politik baskı kısmında devreye girdiği görülmektedir.

Bu itibarla, çalışmadan çıkan genel sonuçları ifade etmek gerekirse AİHM, AİHS bağlamında kendisine gelen başvurulara ilişkin vermiş olduğu kararlar eliyle içtihatlar geliştirmekte, bir başka deyişle kararları aracılığıyla konuşmak sûretiyle AK üyesi devletlerin AİHS'ye uyumuna yardımcı olmaktadır. Oysa İHK, yalnızca İhtiyarî Protokol m. 5 kapsamındaki bireysel başvurulara ilişkin değerlendirmeleri vesilesiyle değil, MSHS m. 40 kapsamında devletlerin sunmuş oldukları raporlara ilişkin yapmış olduğu

tespitler ve diğer taraftan MSHS'nin her bir maddesine ilişkin olarak sürekli evrilen Genel Yorumlar vasıtasıyla MSHS'ye taraf devletlere yol göstermektedir. Bu anlamda, İHK'nin daha sürekli ve etkin bir rehberlik fonksiyonu olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, AİHM Avrupa Konseyi'nin politik baskı mekanizması sayesinde yaptırım mekanizması olarak daha etkin çalışmaktadır. Nitekim AİHM tarafından verilen bir karar ilgili taraf devlet tarafından uygulanmasını temin etmek üzere AK Bakanlar Komitesi'ne intikal ettirilmektedir. Böylelikle her hafta bir araya gelen taraf devletlerin AK Nezdinde Daimi Temsilcileri sığağı sığağına mevcut problemleri belirli bir gündem çerçevesinde tartışma fırsatı bulabilmekte ve bir başka deyişle AK üyeliğinin gerektirdiği başta AİHS altındaki yükümlülükleri yerine getirmek gibi konularda birbirlerine hesap sorma şansı yakalamaktadır.

Olağanüstü hallerin temel hak ve hürriyetlerin en çok tehlikede olduğu haller olduğu göz önünde bulundurularak, sözleşmelerin yaptırım ve denetim mekanizmalarının daha iyi hale getirilmesi ihtiyacı aşikârdır. Bu kapsamda, işbu çalışma kapsamında yapılan incelemelerde görülen eksiklikler ve sistemin daha etkili çalışmasını temin ihtiyacı çeşitli önerilerde bulunmayı gerektirmektedir. Öncelikle hem Avrupa Konseyi hem de Birleşmiş Milletler Genel Sekreterlerinin de derogasyona başvuran taraf devletlerden bilgi isteme konusunda deyim yerindeyse daha istekli davranması elzemdir. Bu kapsamda, yalnızca derogasyon hükümleri kapsamında ilgili devletlerin yapmış olduğu bildirimlerle yetinmeden belirli aralıklarla ilgili devletten olağanüstü hale ilişkin bilgi talep etmelerinin söz konusu devlet üzerinde baskı kuracağı ve bu kapsamda derogasyon tedbirlerini bir an evvel sonlandırmasına yardımcı olacağı değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan, bu öneriyle bağlantılı olarak AK Genel Sekreteri'nin AİHS altındaki yetki ve görevleri çerçevesinde tıpkı İHK uygulamasında olduğu gibi taraf devletlerden periyodik raporlar talep etmesi ve bu raporlara ilişkin tıpkı İHK'nin yaptığı gibi incelemelerde bulunup kamuoyuna duyurması büyük önem arz etmektedir. Nitekim İHK, devletler tarafından sunulan periyodik raporları inceleyip raporlara ilişkin bulgu ve yorumlarını kamuoyuna duyurmaktadır. Devletlerin kamuya açık bir şekilde eleştirilmekten çekindiği gerçeği, bu tekniğin bazen çok hızlı ve etkin netice

aldırdığını vurgulamak gerekir. Söz konusu tekniğin AİHS sistemine de uyarlanması derogasyon uygulamaları konusunda AİHS mekanizmasını daha etkin hale getireceği değerlendirilmektedir. Zira mevcut sistemde, bir devletin yapmış olduğu derogasyon bildirimi ancak ve ancak söz konusu derogasyonun AİHM önüne getirilmesi sonucunda masaya yatırılabilir. Oysa önerilen sistemde, Genel Sekreter’e sunulacak periyodik raporlar üzerine yapılacak değerlendirmeler, derogasyonun meşruiyetinin daha hızlı bir şekilde, AİHM önüne bile gelmeden sorgulanmasına ve diğer taraf devletlerce gerekli aksiyonun alınmasına imkân tanıyacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümü, devletlerin AİHS m. 15 ve MSHS m. 4’e başvurması için gerekli kriterleri ve AİHM ile İHK’nın uygulamalarıyla ortaya konulan standartları irdelemiştir. Bu bağlamda, bir derogasyonu meşru kılan “istisnâî durumun” ancak ve ancak “ulusun varlığını ve geleceğini tehdit eden bir olağanüstü hâl” mesabesinde olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim hazırlık çalışmalarında hazır bulunan delegeler, hiçbir şekilde istismara açık olmayan bir olağanüstü durum nitelemesi yapmaya çalışmışlar ve istisnâî durumları tek tek saymak yerine bu konuyu günün koşullarına uygun içtihatlar geliştirmek üzere sözleşme organlarına bırakmışlardır. Önemle vurgulanmalıdır ki, burada ulaşılan en önemli sonuçlardan biri de söz konusu olağanüstü halin her ne kadar bölgesel bir mahiyet arz etse de ulusun tamamını etkilemesi halinde derogasyonun meşruiyet kazanacağıdır. Nitekim sözleşme organları, bölgesel mahiyetteki olağanüstü hâllere ilişkin değerlendirme yaparken ulusun tamamını etkileme kriterini göz önünde bulundurmuşlardır.

Hülâsâ, bir derogasyonu meşru kılacak istisnâî halden bahsedilebilmesi için öncelikle mevcut veya olması yakın/muhakkak bir acil durum bulunması gerekir. Yani tehlikeyi önleme saikiyle başvuru derogasyon meşru değildir. İkinci olarak söz konusu acil durumun ulusun/toplumun tamamını etkilemesi şarttır. Ancak, burada etkileme kelimesinin kullanılmış olması önemlidir. Zira olağanüstü halin örneğin bir terör hadisesinin ülkenin yalnızca bir bölümünde gerçekleşiyor olması, o nedenle başvurulacak derogasyonun meşru olmayacağı anlamına gelmemekle birlikte ilgili devletin söz konusu bölgesel durumun tüm ulusu etkilediği yönünde sözleşmeye taraf devletleri ikna etmesi elzemdir.

Üçüncü olarak, ulusun varlığını tehdit eden tehlike hali, toplumun fiziksel birliğine, devletin toprak bütünlüğüne ya da devletin organlarının diğer bir ifadeyle anayasal düzenin işlemesine tehdit oluşturması gerekir. Dördüncü olarak, olağanüstü hâl ilanı ve dolayısıyla derogasyon tedbirlerine, mevcut tehlikeyle mücadelede ancak ve ancak normal yollarla mücadele imkanı olmadığında son çare prensibi olarak başvurulmalıdır. Nihayet, olağanüstü hal tedbirleri, geçici karakterde olmalı ve derogasyonu gerektiren durum sona erdiğinde olağanüstü hal de sonlandırılmalıdır. Belirtmekte fayda vardır ki bu konuya ilişkin olarak İHK'nın net tutumu “derogasyonun geçici karakterde olması gerektiği” şeklinde olsa da AİHM, derogasyon tedbirlerinin süresinin uzunluğunun tek başına derogasyonun meşruiyetini etkilemeyeceğini belirtmek suretiyle bu hususta net tavır ortaya koymamıştır.

Devamla, olağanüstü halin “resmî ilan” şartı, yalnızca MSHS'nin 4'üncü maddesinde yer almaktadır. AİHS veya daha geniş çerçevede bakıldığında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almayan bu şartı MSHS'ye koyulma sebebi, iç hukukta olağanüstü hal ilanına ilişkin gerekli prosedürlerin tamamlanmak suretiyle bir nevi devletin kendi iç kontrol mekanizmasını işletmek ve bu vesileyle *de facto* olağanüstü hallerin önüne geçmektir. Hakikaten de birçok iç hukuk sistemi, olağanüstü hal ilânını katı koşullara bağlamaktadır ve derogasyon hükmüne olağanüstü hâlin resmî ilanının şart olarak konulmamış olması ilgili devletin kendi iç denetimine ilişkin garantinin ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, AİHM ve AmeİHS her ne kadar açık bir şekilde resmî ilân ifadesini kullanmasa da sözleşme organları zaman zaman içtihatlarında olağanüstü halin resmen ilân edilmesine referansta bulunmuşlardır. Ancak, bu referansın devletlerin iç hukukuna uygun hareket etmesini sağlama amacından ziyade ilan edilmesi suretiyle olağanüstü halin kamuoyuna duyurulması gayesinden ibaret olduğu değerlendirilmektedir. Hakikaten de özellikle AİHS hazırlık çalışmaları incelendiğinde, resmî ilân konusunun derogasyon maddesine dercedilmemesinin ardında aslında devletlerin bu konuda kendi iç hukukuna uygun davranıp davranmadığının uluslararası bir mahkeme tarafından değerlendirilmesinin oldukça güç ve doğru olmayacağı düşüncesinden kaynaklandığı görülmektedir. Mamafih, zaman zaman Mahkeme'nin taraf devletleri kendi iç hukuklarına aykırı davrandıkları gerekçesiyle eleştirdiği

vakıdır. Ancak bu durum derogasyonun meşruiyetini etkileyecek nitelikte görülmemiştir.

Anlaşılabacağı üzere bu çalışma, üçüncü bölümünde analiz konusu her iki sözleşmenin de derogasyona ilişkin hükümlerini sözleşme organlarının içtihatlarından hareketle irdelemektedir. Bu kapsamda ölçülülük ve orantılılık prensipleri, derogasyona ilişkin değerlendirme yaparken sözleşme organlarının en çok dikkate aldıkları ilkeler olarak belirlemektedir. Ölçülülük ve orantılılık, derogasyon maddelerine “durumun mutlak surette gerektirdiği ölçüde tedbirler almak” şeklinde yansımıştır. Yani, meşru bir derogasyondan söz edilebilmesi için derogasyon kapsamında alınan tedbirlerin mevcut olağanüstü hal ile mücadele açısından gerekli ve tehdidin vahametiyle orantılı olması elzemdir. Burada önemle vurgulamak gerekir ki, bu prensip yalnızca tedbirlerin içeriği değil aynı zamanda derogasyon tedbirlerinin süreleriyle de ilişkilendirilmektedir. Hakikaten de sözleşme organları, derogasyonu gerektiren olağanüstü tehlikenin sona ermesiyle birlikte derogasyonun da nihayete erdirilmesi, bir başka deyişle Genel Sekreterler’e bildirimde bulunmak sûretiyle olağanüstü halin de sonlandırılması gerektiğini savunmuşlardır.

Olağanüstü hallerde derogasyon tedbirlerinin ölçülülük ve orantılılık cihetinden değerlendirilmesinin sözleşme organları açısından önemli derecede zorluk arz ettiği sonucuna ulaşan işbu çalışma, bu kapsamda derogasyonun meşruiyetini sağlayan standartları AİHS ve MSHS içtihatlarından yola çıkarak ortaya koymuştur. Buna göre, AİHS m. 15 ile MSHS m. 4 kapsamında derogasyona başvurulabilmesi ancak ve ancak sözleşmenin diğer maddeleri ve bu maddelerin içerisinde yer alan genel sınırlama hükümlerinin yetersiz kalması halinde mümkündür. İkinci olarak, sözleşmelerin derogasyon maddelerinde yer verilen mânâda bir olağanüstü halin mevcut olması, derogasyon maddelerinin izin verdiği bütün hükümlerden deroje edilebileceği anlamına gelmeyip mevcut tehditle mücadele için başvuru alan her bir derogasyon tedbirinin gerekli ve tehditle orantılı olması gerekir. Üçüncüsü, derogasyon kapsamında alınan her bir tedbir ile derogasyona sebebiyet veren olağanüstü hal ya da tehdidin maddi unsurları arasında ilişki kurulmalıdır.

Nihayet, derogasyon tedbirleri derogasyonu gerektiren olağanüstü hale sebep olan tehdidin bertaraf edilmesiyle sonlandırılmalıdır.

Öte yandan çalışma konusu her iki sözleşmenin derogasyon maddelerinin de ikinci fıkrasında yer verilen deroje edilemez haklar konusu da önemi itibariyle çalışmada geniş bir şekilde ele alınmıştır. Derogasyon hükümlerinin en önemli prensiplerinden birisi olan deroje edilemezlik bir başka deyişle dokunulmaz haklar konusu, ulusun geleceğini tehdit eden olağanüstü halin varlığında bile sözleşmenin belirli hükümleri altındaki yükümlülöklere aykırı davranılamayacağını ifade etmektedir. Her iki sözleşmenin de hazırlık çalışmaları esnasında, derogasyon hükümlerinin deroje edilemez birtakım hükümler içermesi konusunda delegeler arasında bir oybirliğı oluştüğü bilinmektedir.

Ne var ki, derogasyon maddelerinin hazırlık çalışmaları incelendiğinde “deroje edilemez haklar” kategorize edilirken yeterince iyi analiz yapılmadığı ve dolayısıyla belirli hakların dışarıda bırakıldığı görölmektedir. Öte yandan, derogasyon hükümlerinde sınırlı sayıda yer verilen dokunulmaz hakların hangi kriterlere göre sayıldığı hususu açık olmamakla birlikte “çekirdek haklar” ve “derogasyon ile ilgi kurulamayacak haklar” kıstaslarının baz alındığı değerlendirilmektedir. Bu kapsamda her iki sözleşmede de ortak olan deroje edilemez hükümlerin yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kölelik ve zorla çalıştırılma yasağı ve nihayet kanunsuz ceza yasağı olduğı vurgulanmalıdır. Anılan haklar, uluslararası hukukun emredici hükümleri arasında yer alması ve bu bakımdan hiçbir şekilde istismar edilmesine izin verilmemesi bakımından oldukça önemlidir. Maalesef sözleşme organları söz konusu hükümlerin de olağanüstü hallerde deroje edildiğine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Konuya ilişkin olarak ayrıca belirtmek gerekir ki, deroje edilemeyecek haklar sözleşmelerin ikinci fıkralarında sınırlı sayıda sayılan hükümlerle sınırlı değildir. Adil yargılanma hakkı ve ayrımcılık yasağı gibi hükümler de her ne kadar dokunulmaz hükümler içerisinde sayılmamış olsa da bu şekilde sözleşmelerin ruhuna içkin hükümlerin açık bir şekilde deroje edilemeyecek hükümlerin uygulaması açısından olmazsa olmaz kabul edildiğı yönündeki pozitif eğilim çalışmanın üçüncü bölümünde yansıtılmıştır.

Bu eğilim doğrultusunda deroje edilemez haklar konusuna yeni bir bakış açısı getirmenin gerekli olduğu değerlendirilmektedir. Sözleşme organlarının uygulamalarından anlaşılmaktadır ki derogasyon tedbirleri kapsamında dokunulmaz hükümler aslında derogasyon maddelerinde sayılanlarla sınırlı değildir. Mademki deroje edilemez haklar zaman içerisinde yorum yoluyla genişletilmektedir o halde derogasyon maddelerinin revize edilerek deroje edilemeyecek maddeler yerine deroje edilebilecek hükümleri sınırlı sayıda saymanın daha yerinde olduğu düşünülmektedir. Böylelikle, taraf devletler hangi hükümlerin deroje edilebileceğini daha net bir şekilde görüp olağanüstü hal kapsamında tedbirlerini ona göre alabileceklerdir.

Bu noktada ayrımcılık yasağına ilişkin birkaç noktayı belirtmekte fayda mülahaza edilmektedir. Söz konusu yasak, MSHS m. 4'te açık bir şekilde belirtilmesine rağmen AİHS m. 15'te kendisine yer bulamamıştır. Çalışma içerisinde her ne kadar ayrımcılık yasağına özel olarak başlık açılmamışsa da deroje edilemeyecek haklar altında ayrımcılık yasağına özel olarak değinilmiştir. Bu itibarla, AİHS'de bu şartın derogasyon maddesinde yer almamış olmasının herhangi bir öneminin olmadığı, genel ayrımcılık yasağına işaret eden AİHS m. 14'e dayalı AİHM ve AİHK uygulamalarından hareketle söz konusu yasağın olağan veya olağanüstü hal ayrımı yapılmaksızın her durumda göz önünde bulundurulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Öte yandan, inceleme konusu her iki sözleşme de derogasyona başvuran devlete bildirim ve bilgilendirme yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre olağanüstü hallerde derogasyona başvuran taraf devletler, AK ve BM Genel Sekreterleri aracılığıyla sözleşmelere taraf olan diğer devletleri sözleşmelerin hangi maddelerinden deroje edildiği ve bu durumun gerekçeleri hususunda bilgilendirmekle yükümlüdür. Mevzubahis yükümlülüğün arkasında yatan sebeplerden biri, her iki sözleşmeye taraf devletlerin de temel hak ve hürriyetleri koruma konusundaki kolektif hareket etme yükümlülüğünün bir neticesi olarak sözleşmelerde mevcut olan devletlerarası başvuru (*inter-state application*) kurumunun işletilmesini sağlamaktır. Böylelikle yalnızca derogasyon hakkına başvuran devletin yalnızca sözleşme organları değil sözleşmeye taraf olan diğer devletler tarafından da denetlenmesi söz konusu

olmaktadır. Ne var ki uygulamada her iki sözleşme arasında farklılıklar bulunmaktadır.

Devletlerarası başvurunun kabulü, bir devletin AİHS'ye taraf olmasının akabinde ek bir beyana gerek kalmaksızın bağlayıcılık arz etmektedir. Dolayısıyla, anılan prosedür AİHS altında oldukça rahatlıkla uygulanabilmiş ve hatta AİHM önüne söz konusu prosedür işletilmek suretiyle birçok dava getirilmiştir. Ancak MSHS altında bildirim ve bilgilendirme yükümlülüğünün taraf devletlerce yeterince ciddiye alındığını söylemek güçtür. Bu durumda, MSHS altındaki devletlerarası başvuru prosedürünün taraf devletler açısından işlerlik kazanabilmesi için AİHS'nin aksine ek bir beyan gerekmesinin payının büyük olduğu söylenebilir.

Uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmeme mevzuu da derogasyon maddeleri irdelenirken üzerinde durulması gereken konulardan birisidir. Her iki sözleşmede de aynı şekilde var olan söz konusu yükümlülük, esasında sözleşme organlarının üyelerine yani AİHM yargıçlarına ve İHK'da görev yapan uzmanlara büyük bir sorumluluk yüklemektedir. Hakikaten de derogasyona başvuran bir devletin uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşüp düşmediğini değerlendirebilmek için yalnızca uluslararası insan hakları hukukuna değil uluslararası insancıl hukuk da dâhil olmak üzere uluslararası hukuka geniş manada bir hâkimiyet gerektirmektedir. Dolayısıyla, böyle bir durumda sözleşme organlarının üyeleri ve sekreteryalarının sırf bu konuya ilişkin olarak geniş ve derin bir araştırma yapmaları iktiza etmektedir ki buna yönelik yeterli kaynak ve zaman bulmak her zaman mümkün olmayabilir. İşte bu nedenle çalışma kapsamında incelenen AİHM ve İHK içtihatları göstermektedir ki, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle ters düşmeme konusunda yapılan incelemeler derogasyon tedbirleriyle ilişkisi olabilecek belirli sözleşme hükümleri ile sınırlı kalmaktadır. Bu itibarla, hem sözleşme metinlerinde hem de mevcut içtihatlarda uluslararası hukuktan doğan hangi yükümlülükler, hangi sözleşmeler bağlamında bu konunun yorumlanacağı, sözleşme organlarının konuya ilişkin olarak hangi uluslararası ya da devletlerarası sözleşme ve/veya anlaşmaları baz alacakları konusu net değildir. Dolayısıyla, söz konusu koşulun netleştirilmek suretiyle "uluslararası hukukun emredici

hükümlerine ve genel prensiplerine ters düşmeme” şeklinde yeniden düzenlenmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

Nihayet sözleşme organlarının içtihatları ışığında bildirim ve bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında geliştirilen belirli kriterlerden söz etmek mümkündür. Buna göre ilk olarak, genel sekreterlere derogasyon bildirimini “makûl bir süre” içerisinde yapılmalıdır ki buna ilişkin olarak olağanüstü hal ilanından itibaren geçen on iki günlük süre kabul edilebilirken dört ay geçmesi makul karşılanmamıştır. İkinci olarak, derogasyon bildiriminde sözleşmelerin hangi hükümlerine aykırı tedbirler alınacağına ilişkin bilgiler bulunmalıdır. Ayrıca uygulamada genellikle ilgili devletler, derogasyon bildirimiyle birlikte iç hukuktaki olağanüstü hale ilişkin yasal mevzuatın ve buna dayanılarak çıkartılan olağanüstü hal kararnamelerinin birer kopyasını sunmaktadır. Üçüncü olarak, diğer taraf devletlerin durumun net bir şekilde anlayabilmesi ve derogasyona ihtiyaç olup olmadığını analiz edebilmeleri için derogasyona neden başvurulduğuna ilişkin gerekçeler sunulmalıdır. Son olarak, derogasyonun bitiş tarihi ve sözleşmelerin tamamıyla uygulanmaya başlanacağı tarih konusunda bilgilendirme yapılmalıdır. Görüldüğü üzere, bildirim ve bilgilendirme yükümlülüğü ilk bakışta derogasyon açısından formalite gibi görünse de aslında sözleşme organlarının ve dahi taraf devletlerin efektif denetim ve gözetimine hizmet etmesi bakımından oldukça önemlidir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE KİTAP BÖLÜMLERİ

Acer, Yücel, İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Şubat 2018.

Arai-Takahashi, Yutaka, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2001.

Gündüz, Aslan, (R. Volkan Günel (Ed.)), **Milletlerarası Hukuk**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, 2018.

Bassiouni, Cherif, “States of Emergency and States of Exception: Human Rights Abuses and Impunity Under Color of Law”, *in Non-derogable Rights and States of Emergency*, Ed. Daniel Prémont, Bruylant, Brüksel, 1996, ss. 125-139.

Bates, Ed, **The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights**, Oxford University Press, New York, 2010.

Bilgen, Pertev, **1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim**, İstanbul, 1976.

Bossuyt, Marc J., **Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International on Civil and Political Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985.

Buerghenthal, Thomas, “To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations”, *in The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Louis Henkin (ed.), Columbia University Press, New York, 1981.

Carlson, Scott N., Gregory Gisvold, **Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights**, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2003.

Cornu, Gérard, **Vocabulaire juridique**, Presses Universitaires de France, 1996.

Council of Europe, **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**, vol. 1-2-3-4-5-6-7-8, Council of Europe, Martinus Nijhoff, The Hague-Boston-London-Dordrecht-Lancaster, 1975-1985.

Council of Europe, **Yearbook of the European Convention on Human Rights 1961**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1962.

Çakmak, Cenap, **Uluslararası Hukuk: Giriş Teori ve Uygulama, Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı**, Ekin, Şubat 2014.

Delbrück, Jost, “Safeguarding Internationally Protected Human Rights in National Emergencies: New Challenges in View of Global Terrorism”, in **Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Röss**, Ed. Jürgen Bröhmer et al., Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2005, pp. 35-46.

Dörr, Oliver, “European Convention on Human Rights”, in **The Council of Europe: Its Law and Policies**, Stefanie Schmahl, Marten Breuer (ed.), Oxford University Press, New York, 2017, ss. 465-506.

Gemalmaz, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1-2, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2012.

Gözler, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Ekin, Bursa, Ekim 2018.

Grant, John P. ve J. Craig Barker, **Encyclopedic Dictionary of International Law**, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2009.

Hannum, Hurst, S. James Anaya, and Dinnah L. Shelton, **International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice**, Aspen Publishers, 5th Edition, New York, 2011.

Harris, David John, Michael O’Boyle et al., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 3rd Edition, 2014.

Joseph, Sarah, Melissa Castan, **The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary**, 3rd edition, Oxford University Press, New York, 2013.

Kelsen, Hans, **Essays in Legal and Moral Philosophy (Synthese Library - Monographs on Epistemology, Logic, Methodology, Philosophy of Science, Sociology of Science and of Knowledge, and on the Mathematical Methods of Social and Behavioral Sciences)**, Springer, Dordrecht, 1973, ss. 261-275.

Kempees, Peter, **Thoughts on Article 15 of the European Court of Human Rights**, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2017.

Locke, John, **Two Treaties of Government**, Thomas Tegg, London, 1823.

Macdonald, R. St. J., “The Margin of Appreciation”, in **The European System for the Protection of Human Rights**, Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Martin Nijhoff Publishers (Kluwer International), Hollanda, 1993, ss. 83-124.

Madra, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1981.

Möller, Jacob Th., Alfred de Zayas, **United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2008 – A Handbook**, Nerbert Paul Engel Verlag, Kehl/Strasbourg, 2009.

Murphy, Walter F., “Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity”, in **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment** (ed. S. Levinson), Princeton University Press, Princeton, 1995.

Nowak, Manfred, **U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, 2nd revised edition, N. P. Engel Publishers, Kehl, 2005.

Oberleitner, Gerd, “Humanitarian Law as a Source of Human Rights Law”, in **The Oxford Handbook of International Human Rights Law**, Ed. Dinah Shelton, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 275-294.

Oraá, Jaime, “The Protection of Human Rights in Emergency Situations under Customary International Law”, in **The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie**, Eds. Guy S. Goodwin-Gill & Stefan Talmon, Oxford University Press, 1999, pp. 413-437.

Oraá, Jaime, **Human Rights in States of Emergency in International Law**, Oxford University Press, New York, 1992.

Öktem, Akif Emre, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul, 2011.

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 12. Bası, Ankara, 2011.

Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

Schabas, William A., **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford University Press, 1st Edition, New York, 2015.

Scheinin, Martin, “Core Rights and Obligations”, in **The Oxford Handbook of International Human Rights Law** (edited by Dinah Shelton), Oxford University Press, New York, 2013, pp. 527-540.

Schmitt, Carl, **Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty**, The University of Chicago Press, Chicago, 2006.

Schmitt, Carl, **The Concept of the Political**, The University of Chicago Press, Chicago-London, 2007.

Svensson-McCarthy, Anna-Lena, **The International Law of Human Rights and States of Exception with Special Reference to the Travaux**

Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs, Kluwer Law International, the Netherlands, 1998.

Tanör, Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta, Tıpkı 18. Bası, İstanbul, 2019.

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

Van Dijk, Pieter, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 4th Edition, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.

Weissbrodt, David S., Fionnuala Ní Aoláin, Joan Fitzpatrick, Frank Newman, Fionnuala Ni Aolain, **International Human Rights: Law, Policy and Process**, 4th edition, Lexis Publishing, 2009.

Zellick, Graham, P.J.F. Duffy, A.E. Boyle, **European Human Rights Reports (EHRR)**, cilt 1, European Law Centre Ltd., 1979-80.

MAKALELER

Allain, Jean, “Derogation from the European Convention of Human Rights in Light of Other Obligations under International Law”, **European Human Rights Law Review**, Issue 5, 2005, pp. 480-498.

Altıparmak, Kerem, “Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996, ss. 219-250.

Cavanaugh, Kathleen A., "Turkey's Hidden Wars", **Harvard Human Rights Journal**, 31, 2018, pp. 33-62.

Çağa, Tahir, “Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 3. Sayı, 1991, ss. 366-375.

Donohue, Laura K., “Regulating Northern Ireland: The Special Powers Acts, 1922-1972”, **The Historical Journal**, Vol. 41, No. 4, Cambridge University Press, Aralık 1998, ss. 1089-1120.

Feyzioğlu, Metin, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 1, sayı 1-4, 1995, ss. 665-688.

Gross, Oren, Fionnuala Ní Aoláin, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of the Article 15 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 23, No. 3, August 2001, pp. 625-649.

Hafner-Burton, Emilie M., Laurence R. Helfer, and Christopher J. Fariss. "Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties", **International Organization**, Vol. 65, Fall 2011, pp. 673-707.

Hartman, Joan F., "Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision", **Human Rights Quarterly**, vol. 7, no. 1, 1985, ss. 89-131.

Higgins, Rosalyn, "Derogations under Human Rights Treaties", **British Yearbook of International Law**, Volume 48, Issue 1, 1976, ss. 281-319.

Kovacs, Kriszta, "The State of Exception: A Springtime for Schmittian Thoughts?", **Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica**, vol. 17, no. 2, December 2017, pp. 164-183.

Lorz, Ralph Alexander, "Possible Derogations from Civil and Political Rights Under Article 4 of the ICCPR", **Israel Yearbook on Human Rights**, Vol. 33, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003, ss. 85-103.

Mahoney, Paul, "Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", **Human Rights Law Journal**, Cilt: 11, Sayı: 57, 1990, ss. 57-89.

Mariniello, Triestino, "Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court Should Raise Its Immunity System", **German Law Journal**, vol. 20, no. 1, 2019, pp. 46-71.

Mokhtar, Aly, "Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights", **The International Journal of Human Rights**, Vol. 8, No. 1, Spring 2004, pp. 65-87.

Olivier, Clémentine "Revisiting General Comment No. 29 of the United Nations Human Rights Committee: About Fair Trials and Derogations in Times of Public Emergency", **Leiden Journal of International Law**, vol. 17, no. 2, June 2004, pp. 405-420.

Pelc, Krzysztof J., "Seeking Escape: The Use of Escape Clauses in International Trade Agreements", **International Studies Quarterly**, vol. 53, Issue 2, June 2009, pp. 349-368.

Waldock, Sir Humphrey, "The Effectiveness of the System Set Up by the European Convention on Human Rights", **Human Rights Law Journal**, Vol. 1, No. 1, 1980, pp. 1-12.

İÇTİHA TLAR & RESMİ BELGELER VE RAPORLAR

Anayasa Mahkemesi (AYM), *Mehmet Hasan Altan Başvurusu*, Başvuru No. 2016/23672, Karar Tarihi: 11.1.2018, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 19.1.2018 - 30306.

AYM, *Şahin Alpay Başvurusu*, Başvuru No. 2016/16092, Karar Tarihi: 11.1.2018, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 19.1.2018 - 30306.

Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliği, Karar Tarihi: 20.7.2016, Karar Sayısı: 2016/595 Sorgu.

European Court of Human Rights (ECHR), *A. and Others v. The United Kingdom*, Application No. 3455/05, Grand Chamber Judgment, HUDOC, 19.2.2009.

ECHR, *Aksoy v. Turkey*, Application No. 21987/93, Court (Chamber) Judgment, HUDOC, 18.12.1996.

ECHR, *Alparslan Altan v. Turkey*, Application No. 12778/17, Judgment, 16.4.2019.

ECHR, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, Application No. 14553/89; 14554/89, Judgment, 25.05.1993.

ECHR, *Brogan and Others v. The United Kingdom*, Application No. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, Court Judgment, HUDOC, 29.11.1988.

ECHR, *Demir and Others v. Turkey*, Application No. 71/1997/855/1062–1064, Judgment, HUDOC, 23.9.1998.

ECHR, *Denmark, Norway, Sweden, and the Netherlands v. Greece*, “The Greek Case” Application No. 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, Yearbook of the European Convention on Human Rights – The European Commission and European Court of Human Rights, Martinus Nijhoff, The Hague, 1972.

ECHR, *Greece v. The United Kingdom*, Application No. 176/56, Report of the European Commission of Human Rights, 1958-1959 Yearbook of the European Convention on Human Rights 174.

ECHR, *Ireland v. The United Kingdom*, Application No. 5310/71, Court (Plenary) Judgment, 18.1.1978.

ECHR, *Lawless v. Ireland (No. 3)*, Application No. 332/57, Court (Chamber) Judgment, 1.7.1961.

ECHR, *Lawless v. Ireland*, European Convention on Human Rights (serie A), 1960-1961.

ECHR, *Loizidou v. Türkiye*, Başvuru No: 15318/89, İlk İtirazlar Kararı, 23.3.1995.

ECHR, *Marshall v. The United Kingdom*, Application No. 41571/98, Decision as to the Admissibility, 10.07.2001.

ECHR, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Application No. 13237/17, Judgment, 20.3.2018 (*Final* 10.9.2018).

ECHR, *Nuray Şen v. Turkey*, Application No. 41478/98, Judgment, HUDOC, 17.6.2003 (Final 17.9.2003).

ECHR, *Şahin Alpay v. Turkey*, Application No. 16538/17, Judgment, 20.3.2018 (Final 20.6.2018).

ECHR, *Sakık and Others v. Turkey*, Application No. 87/1996/706/898-903, Judgment, 26.11.1997.

ECHR, *Sargsyan v. Azərbaycan*, Başvuru No: 40167/06, Büyük Daire (Grand Chamber) Kararı, 16.6.2015.

ECHR, *Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 55721/07, Büyük Daire Kararı, 7.7.2011.

Human Rights Committee (HRC), *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, Communication No: 458/1991, Views adopted on 21 July 1994, UN Doc. CCPR/C/51/D/458/1991, 10.8.1994.

HRC, **Concluding Observations on India**, UN Doc. CCPR/C/79/Add.81, 4.8.1997.

HRC, **Concluding observations on Israel**, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, 18.8.1998.

HRC, **Concluding Observations on Mexico**, UN Doc. CCPR/C/79/Add.109, 27.7.1999.

HRC, **Consideration of Report, Comments on Cameroon**, UN Doc. CCPR/C/79/Add.33, 18.4.1994.

HRC, **General Comment 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant**, UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6, 11.4.1994.

HRC, **General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency**, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31.8. 2001.

HRC, **General Comment No. 31 (80), The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant**, 26.5.2004.

HRC, **General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person)**, UN Doc. CCPR/C/GC/35, 16.12.2014.

HRC, **General Comment No. 5: Article 4 (Derogations)**, 31.7.1981.

HRC, *İsmet Özçelik, Turgay Karaman and I.A. v. Turkey*, Communication No. 2980/2017, Date of adoption of views: 26.3.2019, UN Doc. CCPR/C/125/D/2980/2017, 28.5.2019.

HRC, *Jorge Landinelli Silva et al. v. Uruguay*, Communication No. 34/1978, Date of adoption of views: 8.4.1981.

HRC, *Pedro Pablo Carmargo on behalf of the husband of Maria Fanny Suarez de Guerrero v. Colombia*, Communication No. 45/1979, Views, 31.3.1982.

HRC, **Concluding Observations on Algeria**, UN Doc. CCPR/C/DZA/CO/3, 12.12.2007.

T.C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas Numarası: 2017/1008, Karar Sayısı: 2017/401, Karar Tarihi: 10.10.2017.

American Association for the International Commission of Jurists, **Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights**, April 1985.

Committee of Ministers, **Statutory Resolution No. (93)26 on observer Status**, 14.5.1993.

Council of Europe, **“The Greek Case”**, *Yearbook of the European Convention on Human Rights – The European Commission and European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1972.

Council of Europe, **Annual Report 2018 of the European Court of Human Rights**, 2019.

Council of Europe, **Annual Report of the ECHR 2012**, March 2013.

Council of Europe, **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, European Treaty Series (ETS) No. 005, Roma, 4 Kasım 1950.

Council of Europe, **Operational Rules of the Superior Courts Network, European Court of Human Rights**, 13.4.2018.

Council of Europe, **Resolution (99) 50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights**, Committee of Ministers, 7.5.1999.

Council of Europe, **Resolution DH (70) 1 of the Committee of Ministers of the Council of Europe**, 15.4.1970.

Council of Europe, **Statute of the Council of Europe**, European Treaty Series No.1, Londra, 5.5.1949.

Council, of Europe, **Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements**, 10.5.2006.

HRC, **Rules of Procedure of the Human Rights Committee**, UN Doc. CCPR/C/3/Rev.11, 26.7.1989.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, **Establishment of a collective guarantee of essential freedoms and fundamental rights**, Doc. 77, 5.9.1949.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, “Improvement of the Procedures of the European Convention on Human Rights”, **Recommendation 1087**, 1988.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, “Reform of the control mechanism of the European Convention on Human Rights”, **Recommendation 1194**, 1992.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, “State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights”, **Resolution 2209 (2018)**, 24.4.2018.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, **Doc. 6659**, 15.9.1992.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, **Resolution 1202**, 4.11.1999.

T. C. Resmi Gazete, Tarih: 21.7.2016, Sayı: 29777.

T. C. Resmi Gazete, Tarih: 19 Mart 1954, Sayı: 8662.

T. C. Resmî Gazete, Tarih: 31 Mayıs 1961, Sayı: 10816.

T. C. Resmi Gazete, Tarih: 9 Kasım 1982, Sayı: 17863 Mükerrer.

UNGA, **Implementation of human rights instruments, Note by the Secretary-General, Annex I: “Guidelines on the Independence and impartiality of members of the human rights treaty bodies (“the Addis Ababa guidelines”)**, UN Doc. A/67/222, 2.8.2012.

UNGA, **Resolution 2200 A (XXI)**, 16.12.1966.

UNGA, **Resolution 217 A**, Paris, 10.12.1948.

UNGA, **Resolution 44/128, Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights aiming at the abolition of the death penalty**, UN Doc. A/RES/44/128, 15.12.1989.

BİRLESMİŞ MİLLETLER RAPORLARI

E/CN.4/SR.196, 26.5.1950.

U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, 1985.

UN Doc. A/2929, 1.7.1955.

UN Doc. A/34/40, 1979.

UN Doc. A/35/40, 1980.

UN Doc. A/37/40, 1982.

UN Doc. A/38/40, 1983.

UN Doc. A/42/40, 1987.

UN Doc. A/5655, 10.12.1963.

UN Doc. A/67/222, 2.8.2012.

UN Doc. A/C.3/SR.1261, 12.11.1963.

UN Doc. A/PV.1496, 16.12.1966.

UN Doc. A/RES/44/128, 15.12.1989

UN Doc. A/RES/60/1, 24.10.2005.

UN Doc. A/RES/60/251, 3.4.2006

UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31.8.2001.

UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.5.2004

UN Doc. CCPR/C/3/Rev.11, 26.7.1989.

UN Doc. CCPR/C/3/Rev.11, 9.1.2019

UN Doc. CCPR/C/51/D/458/1991, 10.8.1994.

UN Doc. CCPR/C/SR.118, 1.11.1978.

UN Doc. CCPR/C/SR.199, 24.3.1980

UN Doc. CCPR/C/SR.222, 17.7.1980.

UN Doc. E/CN.4/1310, 1.2.1979.

UN Doc. E/CN.4/170, 6.5.1949

UN Doc. E/CN.4/170/Add.1, 13.5.1949

UN Doc. E/CN.4/187, 16.5.1949

UN Doc. E/CN.4/188, 16.5.1949.

UN Doc. E/CN.4/1984/26, 1.3.1984.

UN Doc. E/CN.4/1985/4 Annex, 4.1985.

UN Doc. E/CN.4/21, 1.7.1947.

UN Doc. E/CN.4/324, 13.6.1949.

UN Doc. E/CN.4/325, 13.6.1949.

UN Doc. E/CN.4/335, 14.6.1949

UN Doc. E/CN.4/497, 16.5.1950.

UN Doc. E/CN.4/528, 2.4.1951.

UN Doc. E/CN.4/552, 24.4.1951.

UN Doc. E/CN.4/56, 11.12.1947.

UN Doc. E/CN.4/705, 16.4.1954.

UN Doc. E/CN.4/AC.1/4, 5.6.1947.

UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.21, 7.5.1948.

UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.22, 11.5.1948.

UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.34, 20.5.1948.

UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.8, 10.12.1947.

UN Doc. E/CN.4/SR.126, 17.6.1949.

UN Doc. E/CN.4/SR.127, 17.6.1949.

UN Doc. E/CN.4/SR.195, 29.5.1950.

UN Doc. E/CN.4/SR.330, 1.7.1952.

UN Doc. E/CN.4/SR.331, 25.6.1952.

UN Doc. E/CN.4/SR.365, 22.3.1950.

UN Doc. E/CN.4/SR.88, 19.5.1949.

UN Doc. E/CN.4/SR.89, 27.5.1949

UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23.6.1997.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1296 ET : 22.3.2019.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en ET : 1.5.2019.

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005> ET : 29.4.2019.

https://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf, ET : 17.3.2019.

https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2018_ENG.pdf ET : 28.4.2019.

https://www.echr.coe.int/Documents/List_judges_since_1959_BIL.pdf ET : 28.4.2019.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/introduction> ET : 29.4.2019.

<https://www.mgk.gov.tr/index.php/26-mayis-2016-tarihli-toplanti> ET: 6.6.2019.

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf> ET : 1.5.2019.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/IH_ve_Temel_Ozgurluklerin_Korunmasi.pdf ET : 25.4.2019.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf> ET : 24.8.2019.

<https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states> ET : 27.4.2019.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf> ET: 10.6.2019.

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf ET : 25.4.2019

<https://www.mgk.gov.tr/index.php/20-temmuz-2016-tarihli-toplanti> ET: 6.6.2019.

<http://juris.ohchr.org/Search/Details/2303> ET: 17.03.2019.

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> ET : 27.4.2019.

<https://digitallibrary.un.org> ET : 27.8.2019.

https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf ET: 5.6.2019.

ÖZGEÇMİŞ

Muhammed Fatih KAFADAR, 1992 Ankara doğumludur. Lise eğitimini Ankara Türk Telekom Sosyal Bilimler Lisesi'nde tamamlayan Kafadar, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. Galatasaray Üniversitesi'ndeki yüksek lisans eğitimi sırasında Université catholique de Louvain ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde akademik araştırmalar gerçekleştirmiştir. Halen Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nda avukat olarak çalışmaktadır.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Muhammed Fatih KAFADAR
Tez Başlığı : Olağanüstü Hallerde Derogasyon: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasî Haklar Sözleşmesinin Karşılaştırmalı İncelemesi
Savunma Tarihi : 09/09/2019
Danışmanı : Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM

Dr. Öğr. Üyesi Bleda Rıza KURTDARCAN

İmza



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

