

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRI TEDBİRLER ALABİLME YETKİSİNİN SINIRI OLARAK KEYFİLİK YASAĞI*

(PROHIBITION OF ARBITRARINESS AS THE LIMIT OF DEROGATION POWER IN
THE CONTEXT OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS)

Emre Birden**

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinde öngörölmüş olan ve devletin hak ve özgürlöklere yönelik olağan müdahale kapasitesini olağanüstü koşullarda arttıran yükümlölöklere aykırı tedbirler alabilme yetkisinin sınırını, geniş anlamda keyfilik yasağı oluşturur. Bu sınırı göstermek üzere, devletin, Sözleşme'yi kendi yetki alanında uygularken sahip olduğu olağan hak sınırlama yetkisinin genişlik derecesine de atıf yapan takdir marjı kavramı esas alınabilir. Buradan hareketle, 15. maddeye ilişkin Sözleşme'ye uygunluk incelemesinde üç denetim yoğunluğu kademesi ayırt edilebilir. Öncelikle, Mahkeme; bu maddenin kullanılmasına sebep olan genel tehlikenin varlığının saptanması konusunda ikincillik ilkesini öne çıkarmakta, devlete geniş bir takdir marjı tanımakta ve incelemesinin kapsamını aşıkay keyfilik hallerini denetlemekle sınırlamaktadır. Buna karşılık, 15. maddenin uygulanma kapsamına ilişkin olarak bazı mutlak sınırlar da bulunmaktadır. Takdir marjı kabul etmeyen bu alanda, Sözleşme'ye uygunluk denetimi azami seviyesine çıkar. Nihayet Mahkeme, orantılılık incelemesi bağlamında da bir ulusal takdir marjı tanımakta ve böylece devletin alınacak tedbirlere ilişkin araçsal tercihleriyle ilgili olarak açık keyfilik hallerini denetlemekle yetinmektedir. Bununla beraber, 2000'li yıllarla birlikte, Mahkeme, 15. madde bağlamındaki orantılılık denetimini etkinleştirmeye başlamış ve özellikle keyfi özgürlökten alıkoyma durumlarıyla ilgili olarak ihlal kararları vermiştir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 10.10.2016 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 15.11.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

** Dr.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 15. madde, olağanüstü hallerde yükümlülükler aykırı tedbirlerin alınması, insan haklarının sınırlandırılması, takdir marjı, keyfilik, ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike, dokunulmaz haklar, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler, amaçtan sapma, orantılılık, haklı gerekçe, suistimalleri önlemeye yönelik güvenceler

ABSTRACT

The derogation power, which is stipulated in Article 15 of the European Convention on Human Rights and increases the usual interference capacity of the State with the rights and freedoms in time of emergency, comes to its limit in the prohibition of arbitrariness largo sensu. In order to demonstrate this limit, the margin of appreciation concept, which also refers to the width of the ordinary limitation power that the State owns while it applies the Convention within its jurisdiction, can be used as a base. From this point of view, three levels regarding the intensity of the review can be identified in the examination of the conformity with the Convention with respect to Article 15. First, with regard to determination of the existence of the public emergency provoking the use of this Article, the Court puts forward the principle of subsidiarity, allows a wide margin of appreciation to the States and limits the extent of its review to the review of evident situations of arbitrariness. On the other hand, there are some absolute limits concerning the scope of applicability of Article 15. In this area, which does not accept a margin of appreciation, the review of the conformity with the Convention reaches its maximum level. Finally, the Court allows a national margin of appreciation in the proportionality context as well and settles for the review of the manifest arbitrariness situations regarding the instrumental choices of the State about measures to be taken. That being said, in the 2000s, the Court started to activate its proportionality review in the context of Article 15 and pronounced violations concerning arbitrary deprivations of liberty.

Keywords: *European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Article 15, derogations in time of emergency, limitation of human rights, margin of appreciation, arbitrariness, public emergency threatening the life of the nation, intangible rights, other obligations under international law, deviation from the purpose, proportionality, legitimate justification, safeguards for preventing abuses*

GİRİŞ

“Bazı durumlarda özgürlüğün üstüne, bir süreliğine, tanrıların heykellerini saklarcasına örtü örtmek gerekir”¹.

Montesquieu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (“Sözleşme” ya da “AİHS”) 15. maddesi, devletin, Sözleşme’de öngörülen bazı hak ve özgürlüklerin güvencelenmesine ilişkin uluslararası yükümlülüklerine aykırı tedbirleri, bazı şart ve koşullar dahilinde, iç hukuk düzeninde alabilmesini istisnaen mümkün kılmaktadır². Bu maddeye göre, devletler; savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlikenin ortaya çıkması halinde, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde kalarak, uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerine ters düşmeyecek şekilde ve bazı haklar hariç tutulmak kaydıyla Sözleşme’de öngörülmüş olan olağan hak sınırlama eşiğini aşan tedbirler alabilirler. Bilindiği üzere, Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkin olarak devletler tarafından olağan zamanda başvurulabilecek sınırlama sebepleri, sınırlama kabul eden hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddede ayrı ayrı belirtilmiştir³. Buna karşın, 15. madde, devletlerin olağan zamanda başvurabilecekleri sınırlama sebepleri aracılığıyla aşamayacakları büyük ulusal tehlike hal-

¹ C. S. MONTESQUIEU, De l’esprit des lois, deuxième partie, livre XII, chapitre XIX, J.-M. TREMBLAY (elekt.yay.), s.89. <http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/montesquieu.html>

² Sözleşme, Başlangıç kısmında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin (İHEB) öngördüğü haklardan bazılarını ortak bir güvenceye bağlamaya ilişkin olarak ilk adımları atmaya yöneldiğini ifade etmektedir. İHEB’deyse, AİHS’nin 15. maddesinin muadili bir olağanüstü hak sınırlama hükmü bulunmamaktadır.

³ Sözleşme’deki hak sınırlama rejiminin, birbirinden farklı olan çeşitli teknikleri içermesine ilişkin olarak, bkz.: J. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Réflexions sur les restrictions à l’exercice des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg”, in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 1983, s.264. Bu arada, AİHS ile İHEB arasında, olağan zamana değgin sınırlama sebeplerinin düzenlenişi açısından da fark vardır. AİHS’nin, her bir sınırlanabilir hak ve özgürlük için, bunları düzenleyen maddelerde özel sınırlama sebepleri öngörmesine karşılık; İHEB’in 29. maddesi, Bildirge’ye ilişkin genel bir sınırlama hükmü içermektedir.

lerine inhisar eden istisnai bir hak sınırlama rejimine ilişkin genel bir hüküm oluşturmaktadır. 15. madde, bu şekilde, iç hukuk düzenlerinde öngörülen olağanüstü yönetim usulleri ve/veya tedbirlerinin Sözleşme'yle bağdaşmasına olanak veren, özgül bir hukuki usul ihdas etmektedir. Buna karşılık, böylece devletin hak sınırlama kapasitesini arttıran 15. madde, hukuken çerçevelenmiş ve sınırlanmış bir yetkiyi içermekte ve tanımlamaktadır. Öyle ki, bu madde; ne Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin tamamına sirayet eden genel bir istisnai rejim kurar, ne ilişkin olduğu haklar açısından devletlere mutlak bir sınırlama yetkisi bahşeder⁴ ne de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ("AİHM" ya da "Mahkeme") başvuru hakkını herhangi bir şekilde sınırlar⁵. Bu anlamda, Mahkeme de, istisnai mahiyetteki yükümlülüklerle aykırı tedbirler alma hakkının icrasına ilişkin olarak 15. maddede sayılan koşulların somut olayda gerçekleşmiş olup olmadığını denetlemenin kendisine düştüğünü ifade etmektedir⁶.

15. maddenin usule ilişkin olan 3. fıkrası, devletin, yükümlülüklerine aykırı olarak aldığı tedbirler ve bunları gerektiren sebepler hakkında

⁴ Resmî Fransızca ve İngilizce metinlerde geçen "dérogation" ve "derogation" sözcüklerine karşılık olmak üzere Sözleşme'nin kimi Türkçe çevirilerinde başvurulan "askıya alma" tabiri, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin 15. maddenin uygulanma devresinde güvencelenmediğini anırtırması itibariyle aldatıcıdır. Bu arada, Fransız doktrininde de, 15. maddenin Fransızca dilinde "Dérogation en cas d'état d'urgence" olan orjinal başlığının aldatıcı olduğuna değinilmektedir. Zira, başlıkta kullanılan "dérogation" sözcüğünün tekil olmasına karşın, maddede, Sözleşme güvencelerine ilişkin olarak çoklu "dérogation" ların getirilebilmesi söz konusudur. G. GONZALEZ, "L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme", CRDF, n°6, 2007, s.93.

⁵ Sözleşme'nin hazırlanması safhasında, Bakanlar Komitesinin Sözleşme Projesi üzerine Hukuk Komisyonunun raporunda, bireysel başvuru hakkının 15. maddenin uygulanması devresinde yalnızca bu maddenin 2. fıkrasında sayılan haklara ilişkin olarak geçerliliğini sürdürmesi ve böylece Komisyonun yetkisinin bu haklara ilişkin olarak bertaraf edilememesi yönünde bir tavsiye getirilmiştir. Buna karşın, 15. maddenin kabul edilmiş hali, 2. fıkrada sayılmayan haklar bakımından bireysel başvuruya ilişkin bir sınır getirmemiştir. Bkz.: Travaux préparatoires de l'article 15 de la Convention européenne des Droits de l'homme, Document d'information rédigé par le greffe, Cour européenne des droits de l'homme, CDH (77) 5, 27 janvier 1977, Strasbourg, s.17-18 ve s.18, dipnot 1.

⁶ AİHM, Lawless/İrlanda (n° 3) kararı, 1 Temmuz 1961, başvuru n° 332/57, hukuki değerlendirme bölümü, §22.

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam olarak bilgi vermekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bu bildirim, devletin, 15. madde istisnasını, AİHM'nin önüne gelen davalarda geçerli olarak ileri sürebilmesinin ön koşulunu oluşturur⁷. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("AİHK" ya da "Komisyon"), Türkiye'nin, Kuzey Kıbrıs'taki askeri varlığı sebebiyle doğan uyuşmazlıklara ilişkin başvurular vesilesiyle, o bölgede Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında *ratione loci* (yer bakımından) yetkili olan Türkiye'nin, 15/3. madde çerçevesinde bir bildirim yapmamış olduğuna dikkat çekmiş ve sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilanı gibi şeklî ve kamusal bir işlemin yokluğuna da dayanarak, Sözleşme'nin 15. maddesinin söz konusu başvurularla ilgili olarak uygulanamayacağına kanaat getirmiştir⁸. Doğal olarak, 15. maddeye ilişkin bildirimini yürürlükten kaldırmak üzere devlet tarafından yeni bir bildirim yapılmış olması halinde de, bu düzenleme, yeni olaylar açısından uygulanamayacaktır⁹. Mahkeme, bu konuya ilişkin bir itiraz olmasa dahi, ilgili bildirim 15/3. maddenin bu şeklî koşulunu yerine getirip getirmediğini ve bu arada özellikle de ihtilafli hak sınırlamasını temellleyen tedbire ilişkin olarak yeterli ölçüde bilgi içerip içermediğini incelemeye re'sen yetkili olduğunu ifade etmektedir¹⁰. Mahkeme, yükümlülükler aykırı tedbirlere sebe-

⁷ Öte yandan, Mahkeme, Hassan davasında, Hükümetin, 15. maddeye ilişkin şeklî bir bildirim yapılmamış olmasının, somut olayda 5. maddenin yorumlanması ve uygulanması açısından insancıl hukuk bağlamını ve kurallarını dikkate almayı engelleme-yeceği görüşüne katılmıştır. AİHM, Hassan/Birleşik Krallık, 16 Eylül 2014, başvuru n° 29750/09, §103.

⁸ AİHK, Kıbrıs/Türkiye davası raporu, 10 Temmuz 1976, başvuru n° 6780/74 ve 6950/75, §§525-528; AİHK, Kıbrıs/Türkiye davası raporu, 4 Ekim 1983, başvuru n° 8007/77, §§66-68. Mahkeme ise, 15. maddenin uygulanabilirliği açısından, devletin olağanüstü bir yönetim usulü ilan etmiş olması şeklinde bir koşul öngörmemektedir.

⁹ Bu anlamda, bkz.: AİHM, Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, 29 Kasım 1988, başvuru n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 ve 11386/85, §48. Bkz. *infra* s.433.

¹⁰ AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, 18 Aralık 1996, başvuru n° 21987/93, §86. Buna karşın, Mahkeme, bu davada, ihtilafli müdahalenin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşmış olduğunu tespit ederek 5/3. maddenin ihlaline hükmettiğinden, Türkiye'nin yaptığı 15. madde bildirimini, ihtilafli tedbire ilişkin olarak yeterli ölçüde bilgi içerip içermediği meselesini çözmesinin gerekli olmadığına hükmetmiştir. Şu halde, Mahkeme, 15. madde bağlamındaki incelemesinin esasa ilişkin ayağında ihlal saptadığında, inceleme sırası açısından aslında daha önce irdelenmesi beklenebilecek şeklî şartın yerine getirilip getirilmediği meselesini atlayabilmektedir. Bunun sebebi, Mahkemenin, ihlal kararını gerekçelendirirken, kendisine daha yavan ve tartışmalı bir zemin sunma potansiyeli olan şeklî bağlam yerine, konunun özüne ilişkin olması

biyet veren mevzuat metninin ve alınan tedbirlerin amacına ilişkin kısa bir açıklamanın aktarılmasını yeterli addedebilmektedir¹¹. Komisyon ise, her ne kadar 15/3. madde, yükümlülüklerle aykırı tedbirlerle ilgili mevzuat metninin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne iletilmesi gereğini özel olarak ifade etmese de; bu metinlerin devlet tarafından aktarılan bilginin içinde yer almasının, Sözleşme'nin tatmin edici bir şekilde işlemesi açısından temel önemde olduğunu belirtmektedir¹². Uygulamada, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, ilgili mevzuatı hükümetten açık şekilde talep edebilmektedir¹³.

15. maddeye, Sözleşme tarihinde, kimileri birden fazla defa olmak üzere toplam dokuz farklı Avrupa Konseyi üyesi devlet başvurmuştur¹⁴. Düzenlemenin, 2000'li yıllarda, artan şekilde siyasi ve hukuki güncellik

itibariyle daha ikna edici bir temel sağlayabilecek olan esasa ilişkin inceleme alanını tercih etmesidir.

¹¹ Bu anlamda, bkz.: AİHM, Lawless/İrlanda (n° 3) kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §47. Gölcüklü-Gözübüyük, 15/3. maddedeki bu şekli koşul konusunda, Komisyonun “nispeten katı ve sert tutumu”na karşı, Mahkemenin “daha yumuşak ve esnek” davranmış olduğuna haklı olarak işaret etmişlerdir. A.F. GÖLCÜKLÜ, A.Ş. GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.408.

¹² AİHK, Yunanistan/Birleşik Krallık davası raporu, 26 Eylül 1958, başvuru n° 176/56, §158. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (KSHS) 4. maddesi uyarınca yapılan yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilme bildiriminde yer alması gereken bilgi kapsamında ilgili olarak, bkz.: The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Commission on Human Rights, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4, Annex, §45. KSHS'nin sınırlamalarla ve yükümlülüklerle aykırı tedbirler almayla ilgili düzenlemelerini konu alan Siracusa ilkeleri, 1984 yılında, İtalya'nın Siracusa şehrinde, hükümet dışı örgütler tarafından toplanan uluslararası bir konferans aracılığıyla belirlenmiştir.

¹³ Bkz.: Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Thorbjørn Jagland'ın, Türkiye'nin Avrupa Konseyi Daimi Temsilcisi'ne 25 Temmuz 2016 tarihli mektubu, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680695789> Bu arada, Mahkeme, 15/3. madde çerçevesindeki bilgilendirmenin, Sözleşme'deki olağan yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin alınmasından on iki gün sonra yapılmasını bir gecikme olarak görmemektedir. AİHM, Lawless/İrlanda (n° 3) kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §47.

¹⁴ 2016 yılının Ekim ayı itibariyle, 15. maddeye başvurmuş olan devletler alfabetik sırayla şunlardır: Arnavutluk, Birleşik Krallık, Ermenistan, Fransa, Gürcistan, İrlanda, Türkiye, Ukrayna ve Yunanistan.

kazandığı görülmektedir. 15. maddeye, 2001 ila 2016 arasında tam beş devlet başvurmuştur¹⁵. Bunlardan üçü de, bildirimlerini; 2015 yılıyla, 2016 yılının ilk üç çeyreğini kapsayan devrede yapmışlardır¹⁶. Sözleşme tarihinde 15. maddeye başvurmuş olan devletlerin yeknesak bir profil taşımadığı ve maddenin işletilmesinin, insan hakları sicili özellikle kötü olan ya da haritada coğrafi homojenlik gösterecek şekilde konumlanmış özgül bir devlet kategorisine inhisar etmediği görülmektedir¹⁷. Değişik tarih ve kültürlerin ürünü olan farklı karakterdeki devletlerin, başta terör tehdidi olmak üzere küreselleşen dünyada giderek karmaşıklaşan toplumsal tehlikelerle mücadele etmek amacıyla 15. maddeye başvurdukları gözlemlenmektedir¹⁸.

15. maddenin olağanüstü hak sınırlama rejimini irdelerken, onun, konusu ve amacı insan haklarının korunması olan bir metinde konumlandığı dikkate alınmalıdır¹⁹. Genel olarak, insan haklarına ilişkin sınırlamaların sınırsız olamayacağı aşıkardır²⁰. Öyle ki, demokratik bir hukuk devleti, olağanüstü durumlarla karşılaştığında dahi, *necessitas non habet legem*²¹ düsturunun ardına saklanamaz. Bir hukuk devleti için, bizatihi zarureti hukukla karşılamak bir zaruret oluşturur. Kamusal erkin olağanüstü durumlarda artan hak sınırlama yetkisi, hukuken çerçevelenmiş ve

¹⁵ Bu veri, 2016 yılının Ekim ayına ilişkindir.

¹⁶ Bu arada, Sözleşme'ye taraf devlet sayısının zaman içindeki yükselişine koşut olarak, 15. madde bildirimi yapabilecek hukuki statüdeki devlet sayısının da zaman içinde artmış olduğu ortadadır.

¹⁷ Buna karşılık, coğrafi açıdan bakıldığında, 2016 yılının Ekim ayı itibariyle, 15. maddeye; Avrupa Konseyi haritasının batı, doğu ve güney uçlarında yer alan devletlerin müracaat etmiş oldukları belirtilebilir.

¹⁸ Devletlerin Sözleşme'nin 15. maddesine başvurma sebepleriyle ilgili olarak bkz. *infra* s.426-427.

¹⁹ Mahkeme, Sözleşme'yi, insanları koruma aracı olarak tanımlamaktadır. AIHM, Mamatkoulov ve Askarov/Türkiye kararı, 4 Şubat 2005, başvuru n° 46827/99 ve 46951/99, §101.

²⁰ A. BLECKMANN, M. BOTHE, "General report on the theory of limitations on human rights", *in* The limitation of human rights *in* comparative constitutional law - La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé, A. de MESTRAL ve diğerleri (der.), Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1986, s.107.

²¹ Zaruretin kanunu yoktur.

gelenmiş bir yetkidir²². İşte insan hakları teorisi açısından, devletin hak sınırlama kapasitesini istisnai olarak arttırmasına olanak veren 15. madde rejimiyle ilgili temel meseleyi de, bu artan yetkinin ne şekilde sınırlanacağı konusu oluşturur. Böylece, 15. madde rejimini incelerken temel alınacak ana hukuki sorunsal, şu şekilde ortaya konabilir: Devletin, AIHS'nin 15. maddesi uyarınca sahip olduğu yükümlülükler aykırı tedbirler alabilme yetkisinin sınırını ne oluşturur?

Perelman'ın da işaret ettiği üzere, hukukta hiç bir yetki, keyfi olarak, bir başka deyişle makul olmayan şekilde icra edilemez²³. Bir makama ya da bir özel hukuk kişisine bırakılan bir hak ya da yetki, makul olmayan şekilde icra edildiğinde, bu hak ya da yetki müeyyidelendirilir²⁴. Souvignet'nin de belirttiği gibi, keyfilik, hukukun üstünlüğünün antitezi olarak da değerlendirilebilir²⁵. Gerçekten de keyfilik, hem biçimsel hem de maddi anlamda hukuk devletine aykırılık oluşturur. Açık-tır ki, hukuk düzeninin tamamı açısından büyük bir önem taşıyan keyfiliğin engellenmesi meselesi, en doğrudan ve ivedi şekilde temel hak ve özgürlükleri ilgilendirir. O kadar ki, Haarscher, keyflikle mücadeleyi

²² Esasen, Sözleşme hukukunun temel kavramlarından birisini oluşturan “takdir marjı” tabirindeki “marj” sözcüğünün bizzat kendisi de, devlete tanınan yetkinin sınırlılığı fikrini içerir.

²³ C. PERELMAN, *Ethique et Droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990, s.674. Gerçekten de, keyfilik, hukukun hiç bir alanında mazur görülemez. Örneğin, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 32/b maddesi, “Genel Yorum Kuralı” başlıklı 31. madde uyarınca yapılan yorumun absürd olan ya da makul olmayan bir sonuca götürmesi halinde, anlamın ortaya çıkarılması için tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulması gereğini öngörmek suretiyle, makul olmayan hukuki yorumları kategorik şekilde dışlamaktadır. Başka bir örnek vermek gerekirse; Perrin, değişik içerikli hukuk kavramlarını uygulayan kararların gerekçelerinin uymakla mükellef oldukları negatif şartın, keyfi olmamak olduğuna işaret etmektedir. J.-F. PERRIN, “Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? Quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code civil suisse”, *in* Les notions à contenu variable en droit, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (der.), Bruylant, Bruxelles, 1984, s.230.

²⁴ C. PERELMAN, *Ethique et Droit*, *op.cit.*, s.512. “Makul” ve “makul olmayan” kavramları için, bkz.: s.511-522.

²⁵ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, doktora tezi, Université Paris I, Paris, s.244.

insan haklarının biçimsel amacı olarak tanımlamaktadır²⁶. AİHM de, devletin keyfî davranmamış olmasını ya da keyfiliğe karşı güvenceler öngörmüş bulunmasını, olağan zamandaki eylem ve işlemlerinin Sözleşme'ye uygunluğuna dair asgari bir koşul olarak dikkate almaktadır²⁷. İşte bir anlamda “hukuk” kavramının tanım eşiğine de işaret eden keyfilik hali, devletin hak sınırlama kapasitesinin 15. madde aracılığıyla eriştiği mümkün en yüksek seviyenin ve Sözleşme'nin olağanüstü durumlardaki uygulanışının hukukiliğinin de sınırını çizer. Bu çerçevede, 15. madde açısından keyfilik yasağının kapsamını tanımlarken, Mahkemenin, “keyfî” ve “makul” sözcüklerini ve bunların semantik türevlerini kullanmak suretiyle keyfilik kavramına doğrudan ya da dolaylı olarak operasyonel bir ölçüt olarak başvurduğu hallerle beraber, Sözleşme'nin keyfiliğe maddi anlamda ve mutlak sınırlarla karşı çıkan normatif hükümlerini de dikkate alan geniş bir perspektiften hareket etmek uygun olacaktır²⁸. Buradan hareketle, yukarıdaki soruya bu makalede verilecek yanıt şöylece ifade olunabilir: Devletin, AİHS'nin 15. maddesi uyarınca sahip olduğu yükümlülükler aykırı tedbirler alabilme yetkisinin sınırını, geniş anlamda keyfilik yasağı oluşturur.

15. madde, Sözleşme nezdindeki bazı olağan yükümlülükleri hafifletme imkanını tanımak suretiyle, devletin haklara müdahale kabiliyetini

²⁶ Yazar, insan hakları felsefesine ilişkin kitabında şöyle bir alt başlığa yer vermiştir: “İnsan Haklarının Biçimsel Amacı: Keyfilikle Mücadele”. Bkz.: G. HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, 4^e éd. revue, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1993, s.25 vd.

²⁷ Bkz. mesela: AİHM, Eriksson/İsveç kararı, 22 Haziran 1989, başvuru n° 60437/08, §60; AİHM, Varbanov/Bulgaristan kararı, 5 Ekim 2000, başvuru n° 31365/96, §47 ve §53; AİHM, Pretty/Birleşik Krallık kararı, 29 Nisan 2002, başvuru n° 2346/02, §76; AİHM, Perrin/Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, 18 Ekim 2005, başvuru n° 5446/03, hukuki değerlendirme bölümü, B; AİHM, Dickson ve Dickson/Birleşik Krallık kararı (Daire), 18 Nisan 2006, başvuru n° 44362/04, §35 ve §§39-40; AİHM, V.D. & C.G./Fransa kabul edilemezlik kararı, 22 Haziran 2006, başvuru n° 68238/01, hukuki değerlendirme bölümü, B-1-b. Yine vurgulanabilir ki, verili bir alanda Avrupa konsensüsünün bulunmaması da, devleti keyfilikten kaçınma yükümlülüğünden bağışık kılmaz. Bkz.: AİHM, Alexeiev/Rusya kararı, 21 Ekim 2010, başvuru n° 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, §83.

²⁸ Andora, Fransa, İspanya ve Türkiye'nin 15. maddeye ilişkin olarak koymuş oldukları çekinceler, Mahkeme tarafından incelenmemiştir. Bu itibarla, geçerlilikleri tartışmalı olan bu çekinceler, bu makalede ele alınmayacaktır. Bu konuda bkz.: G. GONZALEZ, “L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme”, *op.cit.*, s.94-95.

arttırmaktadır. Bu sebeple, 15. maddenin tanıdığı yetkinin sınırını oluşturan keyfilik yasağını ortaya koymak üzere, Sözleşme'nin uygulanılmasında devletin sahip olduğu yetki kapsamına atıf yapan takdir marjı kavramının²⁹ genişliğine ilişkin derecelenmeyi nirengi noktası olarak almak, verimli bir izlek oluşturacaktır. Bu analiz şablonuna ilişkin olarak, Mahkemenin genel içtihadındaki metodolojisiyle de uyumlu bulunan iki nokta peşinen saptanabilir. İlk olarak, Sözleşme'nin 15. maddesinin somut duruma uygulanması için yapılması gerekli olan değerlendirmenin olgusal ve/veya siyasal niteliği ağır bastıkça, tanınan ulusal takdir marjının arttığı ve Mahkeme denetiminin katılık derecesinin düştüğü söylenebilir. İkinci olarak da, Mahkeme tarafından tanınan takdir marjı arttıkça, keyfilik durumunun kanıtı olarak kabul edilebilecek delile ilişkin yeterlilik eşiğinin yükseldiği görülür. Bir başka deyişle, takdir marjının yoğunluk derecesi, Sözleşme ihlaline dayanak olarak yeterli addedilebilecek delilin önem seviyesini koşullandırmaktadır. Bu iki noktayı örneklemek üzere, Komisyonun *Yunanistan/Birleşik Krallık* davasındaki yaklaşımı anılabilir. Komisyon, davada söz konusu olan yargı kararı olmadan gerçekleşmiş özgürlükten alıkoymaların durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşmış olup olmadığını incelerken, masumiyetlerinin tespiti için

²⁹ Delmas-Marty, takdir marjının, devletlere sınırsız bir takdir yetkisi atfetmeden, Mahkemenin belirlediği bağdaşma sınırları içerisinde bazı farklılıklara olanak tanıdığını belirtmektedir. M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Éditions du Seuil, Paris, 1994, s.162. Böylece, “özdeşlik” ve “uygunluk” ikilisinin yerine, bir derecelenme ölçüğüne gönderme yapan ve bir karar eşiğinin belirlenmesine ilişkin olan “yakınlık” ve “bağdaşma” ikilisinin geçtiğine işaret etmektedir. s.160. İchtihat kökenli bir kavram olan takdir marjı, 24 Haziran 2013 tarihli Sözleşme'ye Ek 15 numaralı Protokol'ün 1. maddesi aracılığıyla, Sözleşme'nin Başlangıcı'na dahil edilmiştir. Bu Protokol'ün, yürürlüğe girebilmesi için, tüm taraf devletlerce imzalanıp, onaylanması gerekmektedir. Takdir marjı kuramının, Mahkeme içtihadındaki ilk zamanlarının bir tarihçesi için, bkz.: P. LAMBERT, “Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité”, in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*. Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, F. SUDRE (der.), Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 1998, s.63-89. Takdir marjı hakkında genel olarak örneğin bkz.: E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996; F. TULKENS, L. DONNAY, “L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?”, RSC, 2006/1, s.3-23; B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2009.

tutulan kişilere sunulmuş başvuru yollarının daha iyi hale getirilmemesi hususundaki şüphelerini belirtmiştir. Bununla birlikte, Komisyon, EO-KA örgütünün eylem yaptığı Kıbrıs'ta var olan “*çok ciddi durum*”u dikkate almış ve söz konusu şüphelerinin, Birleşik Krallık Hükümetinin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyle ilgili değerlendirmesine ilişkin münasip sınırları aştığını göstermek açısından yeterli olmadıklarını ifade etmiştir. Görüldüğü üzere, Kıbrıs'taki duruma ilişkin ciddiyet, şu halde olgusal bir analiz alanının söz konusu olması, ulusal takdir marjını genişletmiş; öte yandan da, geniş takdir marjı, Sözleşme ihlali açısından kabul edilebilir delilin önem seviyesini yükseltmek suretiyle, Komisyonun konuya ilişkin şüphelerini yetersiz kılmıştır³⁰.

15. madde rejiminin devletin hak sınırlama kapasitesindeki artışa yönelik olarak öngördüğü keyfilik yasağı sınırı, Mahkeme denetiminin yoğunluk seviyelenmesine ilişkin üçlü bir şablonla kavranabilir³¹. Mahkeme; 15. maddenin uygulanma sebebinin tespiti konusunda devlete geniş bir takdir marjı tanımakta, olgusal bir değerlendirmeyi içeren bu hususla ilgili olarak yalnızca aşıkâr keyfilik hallerini denetlemektedir (I). Buna karşın, yükümlülükler aykırı tedbirler, konu ve amaçları açısın-

³⁰ AİHK, Yunanistan/Birleşik Krallık davası raporu, *op.cit.*, §318.

³¹ Bu arada, işaret edilmelidir ki, 15. madde, kanunilik ilkesini, yükümlülükler aykırı tedbirlerin Sözleşme'ye uygunluk ölçütlerinden birisi olarak anmış değildir. Buna karşın, hukukun üstünlüğü ilkesinin, 15. maddenin içerdiği bildirim yükümlülüğünün kapsamında yer alması beklenebilecek yükümlülükler aykırı tedbirlere ilişkin mevzuatı iletme alt yükümlülüğünün ve devlete 15. madde bağlamında alabileceği tedbirlerle ilgili olarak tanınan geniş ulusal takdir marjının sınırını oluşturan keyfilik yasağının; kanunilik ilkesini, zımnen ve dolaylı olarak, 15. madde rejimine dahil ettiği düşünülebilir. Esasen, kamusal yetkilerin suistimal edilmesi ihtimali, olağanüstü tedbirlerin alınabildiği devrelerde olağan zamanlara göre daha fazla olduğu için, kanunilik ilkesinin zaten taşıyor olduğu temel önemin böyle zamanlarda daha da pekiştiği söylenebilir. KSHS'ye ilişkin 64. Siracusa ilkesi de, kanunilik ilkesinin, devletin istisnai nitelikteki bir genel tehlike halinde aldığı yükümlülüklerine aykırı tedbirler açısından da geçerlilik taşıdığına dikkat çekmektedir. The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, *op.cit.*, §64. AİHM'nin 15. madde denetiminde, inceleme metodolojisine biçimsel olarak ve bağımsız şekilde dahil edilmiş bir kanunilik testi bulunmamaktadır. Buna karşın, Mahkeme, suistimal risklerine karşı güvencelerin öngörülüp öngörülmediğini denetlerken, ihtilaflı özgürlükten alıkoyma tedbirlerinin kanuniliğinin iç hukuk düzeninde incelenmesi imkanını, hukuki bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Bkz. örneğin: AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, 26 Mayıs 1993, başvuru n° 14553/89 ve 14554/89, §63; AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, *op.cit.*, §83.

dan; aşılamaz kimi mutlak yasaklarla, keyfilik ihtimalini kategorik olarak ortadan kaldıracak şekilde ve herhangi bir ulusal takdir marjına yer olmadan sınırlanmıştır (II). Son olarak, Mahkeme, 15. madde bağlamında alınabilecek istisnai tedbirlerin orantılılığını, açık keyfilik hallerini müeyyideliyecek şekilde denetlemektedir (III).

I) 15. Maddeyi Uygulama Sebebi Açısından Aşık Keyfilik Hali Denetimi

AİHM, ulusal makamların, yerel ihtiyaç ve koşullarla ilgili olarak değerlendirme yapmak bakımından uluslararası yargıca göre doğrudan bir demokratik meşruiyete ve daha iyi bir konuma sahip olduklarını vurgulamaktadır³². Bu itibarla, örneğin, 10. maddeye ilişkin gereklilik incelemesinde dayandığı bir test olan buyurucu toplumsal ihtiyacın gerçekliği üzerine hüküm vermenin, asıl olarak ulusal makamlara düştüğünü ifade etmektedir³³. Bu şekilde maddi anlamda ikincillik ilkesine önem atfeden Mahkeme, genel bir metodolojik düstur olarak, Sözleşme uygulamasının olgularla ilgili saptama ya da değerlendirme yapmayı gerektirdiği durumlarda, devlete bir takdir marjı bırakmaktadır³⁴. Bu durum, olgusal tehlikelere ilişkin bir değerlendirmeyi içeren 15. maddeye başvurma sebebi konusu açısından da böyledir. O kadar ki, Sözleşme'nin 15. maddesinin 3. fıkrası, yükümlülükler aykırı tedbirler alma imkanını devlet açısından “hak” olarak nitelemektedir. İşte konusu ve amacı insan haklarının korunması olan bir metinde kullanılan bu atipik ve detone ifadenin 15. maddeye ilişkin olarak ima ettiği esaslı takdir marjı, en saf haliyle, bu maddenin işletilmesi için gerekli maddi koşulun tespiti meselesinde kendisini göstermektedir. Mahkeme, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

³² Bkz. örneğin: AİHM, Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, 8 Temmuz 2013, başvuru n° 36022/97, §97; AİHM, Draon/Fransa kararı, 6 Ekim 2005, başvuru n° 1513/03, §108.

³³ AİHM, Handyside/Birleşik Krallık kararı, 7 Aralık 1976, başvuru n° 5493/72, §48.

³⁴ Sözleşme’de düzenlenen hakların sınırlanılmasında devletin dayandığı toplumsal ahlak normunun olgusal gerçekliğinin Mahkeme tarafından kural olarak tartışmaya açılmaması hususunda, bkz.: E. BİRDEN, La limitation des droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Institut Universitaire Varenne, 2015, s.64 vd.

“Ulusun varlığını bir “genel tehlike”nin tehdit edip etmediğini... belirlemek, öncelikle, “ulusun(un) varlığı”ndan sorumlu olan her bir taraf devlete düşer. O esnadaki zorlayıcı gerçeklerle doğrudan ve devamlı şekilde temasta olan kamusal makamlar, ilke olarak, böyle bir genel tehlikenin var olup olmadığı konusunda... hüküm vermek bakımından, uluslararası yargıçlara göre daha uygun bir konumda bulunurlar. 15. maddenin ilk fıkrası... bu konuda onlara geniş bir takdir marjı bırakır”³⁵.

Mahkemenin yalnızca aşikar keyfîlik hallerini denetlemesine yer bırakan bu geniş ulusal takdir marjı, 15. maddenin işletilebilmesini sağlayacak genel tehlikenin takdirinde olduğu gibi (A), bu tür bir tehdidin zaman ve mekandaki konumlanışının değerlendirilmesi açısından da (B) geçerlidir.

A) Ulusun Varlığını Tehdit Eden Genel Tehlikenin Tespiti

15. maddede olağanüstü bir hak sınırlama rejiminin öngörülmüş olması, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklere keyfî sebeplerle ek sınırlamalar getirilebileceği anlamına gelmez. Eğer devletler, Sözleşme’deki yükümlülüklerine aykırı tedbirleri herhangi bir amaçsal sınıra tabi olmadan, diledikleri her durumda ve hiç bir denetime tabi olmadan alabilirdi; olağan ve olağanüstü hak sınırlama rejimleri arasında fark kalmaz ve Sözleşme’nin temel yorum ilkelerinden birisi olan hakların etkililiği ilkesi etkinliğini yitirirdi³⁶. Bu itibarla, konusu ve amacı insan haklarının korunması olan Sözleşme, bünyesinde öngördüğü olağanüstü hak sınırlama rejiminin devreye sokulabilmesi koşulu olarak, bu konu ve amacıyla bağdaşabilecek sınırlı bir amaçsal zemin çerçevesi öngörmektedir. Bu istisnai hak sınırlama rejimini Sözleşme bağlamında mümkün kılacak sebep profilini, 15/1. madde tarif etmiştir. Buna göre, devletin yükümlülüklerine aykırı tedbirler alabilmesi, ancak “savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde” söz konusu olabilecektir. Böylece Sözleşme metni, devletin, 15. maddeye başvur-

³⁵ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, 18 Ocak 1978, başvuru n° 5310/71, §207. Bkz. aynı şekilde: AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §43; AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, 19 Şubat 2009, başvuru n° 3455/05, §173; AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, *op.cit.*, §68; AİHM, Nuray Şen/Türkiye kararı, 17 Haziran 2003, başvuru n° 41478/98, §25.

³⁶ Hakların etkililiği ilkesinin Mahkeme tarafından dikkate alınmasına ilişkin bir örnek için, bkz.: AİHM, Airey/İrlanda, 9 Ekim 1979, başvuru n° 6289/73, §24.

mak aracılığıyla hak sınırlama kapasitesini arttırması imkanını, geniş bir kavramsal çerçeve temelinde olsa da, sınırlamış ve keyfiliğe karşı sebep unsuru açısından asgari bir güvence getirmiştir.

Buna karşılık, 15. maddeyi hukuken harekete geçirebilecek ciddiyetteki sebepleri takdir etmede devlete tanınan geniş takdir marjı, konunun esas itibariyle siyasi bir boyut taşınmasıyla ilgilidir. Gerçekten de, nasıl olağanüstü hal yönetim usullerine geçilmesi kararı iç hukuk düzenlerinde kural olarak siyasi bir mahiyet taşımaktaysa, AIHS'nin 15. maddesini devreye sokma kararı da aynı şekilde siyasi kapsamda bir iradeyi ön varsaymaktadır. Sözleşme'nin uygulanması bakımından doğurduğu önemli sonuçlara rağmen böyle hassas bir kararın alınması hususunda asli takdir yetkisinin devlete tanınması, maddi anlamda ikincillik ilkesinin kaçınılmaz bir tezahürüdür. Üstelik yukarıda da işaret edildiği üzere, 15. maddesinin 3. fıkrası, yükümlülükler aykırı tedbirler alabilme imkanını devlet açısından bir "hak" olarak nitelemektedir. Şu halde, karşılaştığı ciddi tehditler karşısında kendisine tanınmış olan bu imkanı kullanıp kullanmama kararını, demokratik meşruiyet taşıyan organları aracılığıyla bizzat devlet verecektir. Mahkeme, devletin bu konudaki yaklaşımının geçersizliğine ancak aşık bir takdir hatasının varlığı halinde hükmedebilecektir.

Ulusal bir kriz durumuyla karşılaşan devlete böyle bir hukuki hareket alanı bırakan 15. maddenin, esasen bizzat Sözleşme sisteminin varlığı ve devamlılığı açısından da önem taşımakta olduğu ifade olunabilir. Şöyle ki, eğer muadili olan olağanüstü yönetim usulleri bir çok taraf devletin iç hukuk düzeninde öngörülmüş bulunan bir 15. madde³⁷ Sözleşme'ye konulmuş olmasaydı, devletler, ciddi ulusal kriz hallerinde kendilerine geçici bir siyasi ve hukuki hareket esnekliği tanımayan bir sözleşmeyi imzalamamayı yahut ondan çıkmayı tercih edebilirlerdi. Aynı şekilde, uluslararası yargıcın devlet tarafından hassas güvenlik konularına ilişkin olarak alınan ve ciddi siyasi sorumluluk içeren kararlara katı bir merkezci bakış açısıyla yaklaşması da, önce kendi yargısal meşruiyetini ve son tahlilde de taraf devletlerin Sözleşme'nin öngördüğü hak koruma mekanizmasına olan bağlılıklarını örseleyebilirdi. Öte yandan,

³⁷ Altı Avrupa ülkesinin olağanüstü hal yönetim usullerine ilişkin mevzuatları hakkında karşılaştırmalı bir rapor için, bkz.: L'état d'urgence, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, n° LC 156, Janvier 2006.

ulusun varlığını ciddi şekilde tehdit eden genel bir tehlikenin ortadan kaldırılması, Sözleşme’ce tanınan hak ve özgürlüklerin devlet tarafından korunmaya devam edilebilmesini sağlamak açısından da önem taşıyabilecektir. Esasen insan haklarının toplumsal hayatta güvencelelenebilmesi, belirli bir kamu düzeni altyapısını ön varsayar. İHEB’in bu yaklaşımı ifade eden 34. maddesi, insan haklarının tam olarak gerçekleşeceği bir düzen hakkını öngörür: “*Herkesin, işbu Beyanname’de derpiş edilen hak ve hürriyetlerin tam tatbikini sağlayacak bir sosyal ve milletlerarası nizama hakkı vardır*”. Gerçekten de, Picard’ın da değindiği üzere, bir tür “*kamu düzeni hakkı*” bulunduğu dahi bahsedilebilir³⁸. Böylece, ulusun varlığını tehdit eden gerçek bir genel tehlikenin bastırılması, devletin Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri kendi yetki alanında sağlama yükümlülüğünü (m.1) yerine getirmeye devam edebilmesi açısından da bir ön koşul oluşturabilir³⁹. Görüldüğü üzere, istisnai boyuttaki ulusal tehditleri aşmak amacıyla taraf devletlere olağanüstü bir hak sınırlama usulü sunan 15. madde, insan haklarının güvenceleme derecesinin kısa vadede düşürülmesini belirli şartlar dahilinde mümkün kılarken, Sözleşme’nin *ratione loci* ve *ratione temporis* (zaman bakımından) devamlılığı açısından koruyucu bir işlev görme potansiyelini de taşımaktadır. Bu itibarla, 15. madde, suistimal edilmemek kaydıyla, AİHS’nin insan haklarını koruma konu ve amacına dolaylı olarak ve uzun vadede katkı sağlama olanağına kuramsal olarak sahiptir.

15/1. maddeye göre, yükümlülükler aykırı tedbirler, ancak “*savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hali*” nde alınabilir. Şu halde, 15. maddeye başvuru sebebi “*ulusun varlığını tehdit eden... bir genel tehlike hali*”dir ve “*savaş*” hali de, onun en bariz bir tezahürü olarak düzenlemede açıkça anılmıştır. 15. maddenin uygulan-

³⁸ E. PICARD, “Introduction générale: la fonction de l’ordre public dans l’ordre juridique” in *L’ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux. Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*, M. J. REDOR (der.), Bruylant, Bruxelles, 2001, s.31.

³⁹ Buna karşın, Sözleşme’nin 53. maddesi, ilgili Mahkeme içtihadı ve yine 15. maddede kullanılan “hak” sözcüğü dikkate alındığında; devletin, kamu düzeninin sağlanması amacıyla yönelik olarak 15. maddeye başvurma yönünde objektif bir yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilemeyeceği aşıkardır. Sözleşme’nin, düzenlediği hak ve özgürlükleri sınırlama imkanlarını kullanmak üzere devletleri zorlamaması hususunda bkz.: AİHM, Handyside/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §54. Bir başka deyişle, devlet, 15. maddeye başvurmama kararı açısından mutlak olarak yetkilidir.

masına dayanak teşkil eden somut gerekçenin hukuki geçerliliğinin incelenmesi, Sözleşme’de tanınmış hak ve özgürlüklerden birisinin, 15. madde uygulaması dahilinde alınmış bir tedbir sebebiyle ihlal edilmiş olduğu savıyla Mahkemeye başvurulması halinde mümkün olmaktadır⁴⁰. Mahkeme, “ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike” sözcüklerinin normal ve alışıldık manasının 15/1. maddenin genel bağlamında yeterince açık olduğunu ve “toplumun bütününi etkileyen ve devleti oluşturan topluluğun örgütlü yaşamı için bir tehdit oluşturan istisnai ve yakın bir kriz ya da tehlike durumu” anlamına geldiğini belirtmektedir⁴¹. Komisyon, dört ülke tarafından askerî cunta altındaki Yunanistan’a karşı yapılan başvuruya ilişkin raporunda, böyle bir genel tehlikenin taşıyacağı dört niteliği tanımlamıştır. Buna göre, tehlike mevcut veya yakın olmalıdır; tehlikenin etkileri, ulusun tamamına tesir etmelidir; tehlike, toplumun örgütlü yaşamının devamlılığını tehdit etmelidir; söz konusu kriz ya da tehlike, Sözleşme’nin kamu emniyeti, sağlığı ve düzeninin idamesi adına mümkün kıldığı olağan tedbir ve kısıtlamaların açık şekilde yetersiz kalması anlamında, istisnai bir nitelik taşınmalıdır⁴². Görüldüğü üzere,

⁴⁰ Sözleşme tarihinde, 2016 yılının Ekim ayı itibariyle, Sözleşme organları tarafından 15. madde bağlamında dört farklı devletle ilgili başvurular incelemiştir. Söz konusu ülkeler şunlardır: Birleşik Krallık, İrlanda, Türkiye ve Yunanistan. Birleşik Krallık’la ilgili olarak, farklı genel tehlikelere ilişkin olarak yapılmış 15. madde bildirimleriyle ilgili farklı davalar söz konusu olmuştur.

⁴¹ AİHM, Lawless/İrlanda (n° 3) kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §28; AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §176. Yargıç Maridakis ise, söz konusu kavramı şöyle tanımlamaktadır: “ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike’den, yurттаşların yasal şekilde tezahür etmiş iradesine uygun şekilde oluşturulmuş kamu düzeninin olağan işleyişini, sınırların içerisindeki durumla olduğu kadar yabancı devletlerle olan ilişkilerle de ilgili olarak, tehlikeye atan ya da atması muhtemel olan, bütünüyle istisnai bir durum anlaşılır”. Yargıç Maridakis’in Lawless/İrlanda (n° 3) kararına ek bireysel görüşü. AİHM, Lawless/İrlanda (n° 3) kararı, *op.cit.*

⁴² AİHK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan davası raporu, 5 Kasım 1969, başvuru n° 3321/67, 3322/67, 3323/67 ve 3344/67, §153. Siracusa ilkelerinden 39’uncusuna göre, taraf devletlerin KSHS’nin 4. maddesine başvurabilmesi için, istisnai ve mevcut ya da yakın bir tehlike oluşturan bir durumun ulusun varlığını tehdit etmesi gerekir. Ulusun varlığına yönelik tehdidin, bir yandan toplumun tamamına ve devletin toprağının bütününe ya da bir kısmına karşı yönelmiş olması; öte yandan da toplumun fiziki bütünlüğünü, devletin siyasi bağımsızlığını ya da toprak bütünlüğünü veyahut KSHS tarafından tanınan haklara uyulmasını sağlamak ve onları korumak için gerekli olan kurumların varlığını ya da temel işlevlerini tehdit etmesi gerekir.

Sözleşme organları, değişken içerikli bir kavram⁴³ oluşturan 15. maddeye başvuru sebebinin, belirledikleri ölçütlerle asgari bir kavramsal çerçeveye oturtmuşlardır. Bununla beraber, söz konusu “ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike” sözcük öbeği, bu alanda devletlere tanıyan geniş takdir marjı çerçevesinde dar olarak değil, geniş şekilde yorumlanır. Gerçekten de, Mahkeme, *A. ve diğerleri* davasında, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığının kabulü için ülkenin siyasi kurumlarının ya da medeni bir toplum olarak devletin varlığının tehlikeye atılmış olmasının gerektiği görüşünü kabul etmemiş, önüne gelen önceki davalarda bu açıdan çok daha geniş bir etkenler yelpazesini dikkate aldığını belirtmiştir⁴⁴. Gerçi, Mahkeme, bu arada, 15. madde dahilinde devletin takdir marjının sınırsız olmadığına ve kendisi tarafından gerçekleştirilen bir denetimin varlığına da işaret etmektedir. Bununla birlikte, kararlarında bu görüşünü ifade ettiği paragrafın içerisinde, bu alandaki denetimini asıl olarak durumun kesinlikle gerektirdiği ölçünün aşılıp aşılmadığı incelemesinde yapacak olduğunu açıkça beyan etmek suretiyle, *a contrario*, ulusun varlığını tehdit eden genel tehlikenin tespitinin esas olarak devletin tasarruf alanında bulunduğunu teyit ediyor olmaktadır⁴⁵. Böylece, Mahkemenin, devletçe öne sürülen tehlikenin 15. madde anlamında bir genel tehlike olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin incelemesi, apaçık takdir hatalarını denetlemekle sınırlı, düşük yoğunluklu bir denetim oluşturur. Mahkeme, 15. maddeyle ilgili davalarda devletlerce gösterilen sebepler arasında “genel tehlike” kavramının aşıkâr şekilde dışında kalacak bir keyfilik durumu tespit etmemiş, önüne gelen hiç bir davada 15. maddenin uygulanabilirliğini geçerli sebep yokluğu sebebiyle reddetmemiştir⁴⁶.

The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions *in* the International Covenant on Civil and Political Rights, *op.cit.*, §39.

⁴³ Değişken içerikli kavramlar için bkz.: C. PERELMAN, R. VANDER ELST (der.), *Les notions à contenu variable en droit*, *op.cit.*

⁴⁴ AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §179.

⁴⁵ Bkz.: AİHM, *İrlanda/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §207; AİHM, *Aksoy/Türkiye kararı*, *op.cit.*, §68; AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §173.

⁴⁶ Bu arada, metodolojik açıdan bakıldığında, 15. maddenin uygulanabilmesi için gerekli maddi sebebin varlığı, kural olarak, yükümlülükler aykırı tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşıp aşmadığının ve ilgili devletin uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerine aykırılık taşıyıp taşımadığının incelenebilmesi ba-

Sözleşme tarihinde doğrudan savaş durumuna dayanılarak yapılmış bir 15. madde bildirim bulunmamaktadır⁴⁷. 15. maddeye 1954 ve 1966 arasında dokuz defa Birleşik Krallık tarafından, kolonilerinde ve himayesi altındaki topraklarda ilan edilmiş olağanüstü hal yönetimleri ve/veya öngörülmuş olağanüstü hak sınırlama yetkileri sebebiyle; 1957’de İrlanda tarafından, IRA eylemleri sebebiyle; 1957’de Birleşik Krallık tarafından, Kuzey İrlanda’daki terör eylemleri sebebiyle; 1961’de Türkiye tarafından, askerî yönetim koşullarında; 1963’de Türkiye tarafından, ülkede gerçekleşmiş olan darbe girişimi sebebiyle; 1967’de askerî cunta yönetimindeki Yunanistan tarafından, kamu düzenini ve devletin güvenliğini tehdit ettiği belirtilen iç tehlikeler sebebiyle; 1976’da İrlanda tarafından, ülkedeki terör eylemleri sebebiyle; 1970’le 1980 arasında yedi defa Türkiye tarafından, çeşitli illere ilişkin olarak yapılmış sıkıyönetim ilanları sebebiyle; 1980’de Türkiye tarafından,

kımından da ön koşul oluşturur. Bkz.: AİHK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan davası raporu, *op.cit.*, §217 ve §229.

⁴⁷ Kıbrıs’a yönelik askeri harekâtı sonrasında kimi illerinde sıkıyönetim ilan eden Türkiye, bu çerçevede 23 Temmuz 1974 tarihinde yaptığı 15. madde bildiriminde, sıkıyönetim ilanı kararının, Sözleşme’nin 15. maddesinde öngörülmuş olan savaşı “gerekli kılabilen bir durum” sebebiyle alınmış olduğunu ifade etmekle yetinmiştir. Türkiye’nin Avrupa Konseyi Daimi Temsilciliği’nin 23 Temmuz 1974 tarihli mektubu, n° 879/161. Bildirim metni için bkz.: Council of Europe, Yearbook of the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff, The Hague, 1974, s.25-26. Ukrayna’nın 2015 ve 2016 yılında yaptığı 15. madde bildirimleri de, söz konusu Hükümet tarafından kullanılan kimi ifadelerin muğlaklığına rağmen, savaş sebebine dayanıyor olarak değerlendirilemez. Ukrayna, Donetsk ve Luhansk oblast’larında patlak veren olaylar sebebiyle 5 Haziran ve 4 Kasım 2015 tarihlerinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne 15. maddeye ilişkin bildirimler yaptıktan sonra, aynı konuyla ilgili olarak yaptığı 29 Haziran 2016 tarihli bildiriminde şöyle söylemiştir: “Rusya Federasyonu’nun Ukrayna’ya karşı halihazırdaki silahlı saldırısı ve ona ek olarak, hem Rusya Federasyonu’nun düzenli silahlı kuvvetleri ve hem de Rusya Federasyonu’nca yönlendirilen, kontrol edilen ve finanse edilen yasadışı silahlı gruplar tarafından işlenen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar; Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi’nin 15. maddesinin 1. fıkrası anlamında ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike oluşturmaktadır”. Notification de déclaration, JJ8172C Tr./005-190, Strasbourg, STE n° 005 Rés./Décl. Ukraine., 01/07/2016, s.1. Bildirimde Rusya’ya yönelik olarak yer alan ithamların ton ve kapsamına rağmen, Ukrayna, son tahlilde, 15. maddeyi işletmek için, açık şekilde, ulusun varlığını tehdit eden özgül bir genel tehlike türü olarak savaş haline değil ama yalnızca ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığına atıf yapmıştır.

ülkede gerçekleşen askeri darbe sonrasında; 1985’de Fransa tarafından, 1984’ün Kasım ayındaki yerel meclis seçimleri sonrasında Yeni Kaledonya’da patlak veren şiddet olayları sebebiyle; 1988’de Birleşik Krallık tarafından, Kuzey İrlanda’daki terör eylemleri sebebiyle; 1990’da Türkiye tarafından, Güneydoğu Anadolu Bölgesi’ndeki PKK eylemleri sebebiyle; 1997’de Arnavutluk tarafından, halkın bir kısmının parasının banker krizi sonucunda batması sonrasında başlayan olaylar sebebiyle⁴⁸; 2001 tarihinde Birleşik Krallık tarafından, El-Kaide kaynaklı uluslararası terör riski sebebiyle; 2006’da Gürcistan tarafından, Helvaçauri’de ortaya çıkmış olan kuş gribinin ülkede daha fazla yayılmasını engellemek amacıyla; 2007’de Gürcistan tarafından, darbe girişimi olarak nitelediği olaylı hükümet karşıtı gösteriler sebebiyle; 2008’de Ermenistan tarafından, muhaliflerin Erivan’daki sokak eylemleri sebebiyle; 2015’te Ukrayna tarafından, Donetsk ve Luhansk’ta yaşanan çatışmalar sebebiyle⁴⁹; 2015’de Fransa tarafından, aynı yılın Kasım ayında Paris’te gerçekleşen terör saldırıları sebebiyle ve 2016’da da Türkiye tarafından, ülkede gerçekleşmiş olan darbe girişimi sebebiyle başvurulmuştur⁵⁰.

Devletler tarafından gösterilen 15. maddeyi işletme sebeplerinin Mahkeme tarafından esnek bir yaklaşımla geçerli addedilmesi olgusuna çeşitli örnekler verilebilir. Mahkeme, *Lawless/İrlanda (n° 3)* davasında, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığının, İrlanda Hükümeti tarafından, bazı unsurların hep birlikte dikkate alınmasıyla makul şekilde saptanmış olduğunu tespit etmiştir. Söz konusu unsurlar, şunlardır: İrlanda Cumhuriyeti toprağında, anayasal düzenin dışında hareket eden ve amaçlarına ulaşmak için şiddete başvuran gizli bir ordunun bu-

⁴⁸ Arnavutluk Hükümeti, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne yaptığı 4 Mart 1997 tarihli 15. madde bildiriminde, söz konusu olaylarda terörist grupların da yer aldığını ifade etmiştir. Bildirim metnine şu sayfa aracılığıyla ulaşılabilir: <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-reservations-and-declarations>

⁴⁹ Her ne kadar Ukrayna, 15. maddeye başvururken sebep olarak terör tehdidini öne sürmüş olmasa da, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine 29 Haziran 2016’da yaptığı yeni bildirimde, Rusya tarafından yönlendirilen teröristlerin, Minsk Anlaşması’na öngörülen ateşkes ve ağır silahların geri çekilmesi yükümlülüklerini açık şekilde ihlal etmeye devam ettiklerini ifade etmiştir. Bkz.: Notification de déclaration, JJ8172C Tr./005-190, *op.cit.*, s.2.

⁵⁰ Kimi devletler, yaptıkları ilk 15. madde bildiriminin ardından, aynı konuyla ilgili olarak yeni bildirimler yapmışlardır. Örneğin Birleşik Krallık, Kuzey İrlanda’daki terör eylemleri sebebiyle 1957’yle 1975 arasında toplam altı bildirim yapmıştır.

lunması; bu ordunun, aynı zamanda, devletin toprağının dışında da faaliyet göstermesi ve bu suretle de İrlanda'nın komşu devletle ilişkilerini ciddi şekilde tehlikeye atması; terör eylemlerinin, 1956 sonbaharından itibaren ve 1957'nin ilk yarısı boyunca kademeli ve endişe verici şekilde ağırlaşması⁵¹. Mahkeme, *İrlanda/Birleşik Krallık* kararındaysa, kısaca, genel tehlikenin, davada söz konusu olan ve kararda da özetlenmiş olaylar itibariyle apaçık olduğunu ve de ne Komisyon ne de Mahkeme önünde buna itiraz edilmediğini belirtmekle yetinmiştir⁵². *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararındaysa, *Lawless/İrlanda (n° 3)* ve *İrlanda/Birleşik Krallık* kararlarını hatırlatmış ve Kuzey İrlanda'daki ve Birleşik Krallık'ın başka kısımlarındaki terör şiddetinin kapsamı ve etkileriyle ilgili olarak sahip olduğu verilerin bütününe dikkate alarak, davada, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığı konusunda bir şüphenin bulunmadığını ifade etmiştir⁵³. Mahkeme benzer şekilde akıl yürüttüğü *Aksoy* davasında da, PKK'nın terör eylemleri sebebiyle Türkiye'nin Güneydoğusunda böyle bir genel tehlikenin belirmiş olduğunu kabul etmiştir⁵⁴. *A. ve diğerleri* davasındaysa, her ne kadar El-Kaide tehdidine maruz kalan devletler arasında 15. maddeye başvuran yegane taraf devletin Birleşik Krallık olmasını şaşırtıcı bulsa da, sorumlusu olduğu toplumun güvenliğinin güvencesi olan her hükümetin, olayları, sahip olduğu bilgilerin ışığında kendi başına değerlendirmekte serbest olduğunu vurgulamıştır. Yürütmenin ve Britanya Parlamentosu'nun görüşünün bu konuda önem taşıdığını, tehlikenin varlığına ilişkin kanıtları değerlendirmek açısından AİHM'den daha iyi konumda olan iç yargı mercilerinin görüşüne de yine büyük bir önem atfetmenin uygun olduğunu ifade ederek, yüksek mahkeme olarak inceleme yapmış olan Lordlar Kamarası'nın çoğunluğunun, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin bulunduğu görüşüne katılmıştır⁵⁵.

Bu arada, yukarıda anılan *Brannigan ve McBride* davasındaki başvurular, ihtilafli 15. madde bildirimiminin, yeni ya da değişmiş bir du-

⁵¹ AİHM, *Lawless/İrlanda (n° 3)* kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §28.

⁵² AİHM, *İrlanda/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §205. Bununla beraber, bkz. ayrıca: §212.

⁵³ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §47.

⁵⁴ AİHM, *Aksoy/Türkiye* kararı, *op.cit.*, §70. Bkz. mutatis mutandis: AİHM, *Bilen/Türkiye* kararı, 21 Şubat 2006, başvuru n° 34482/97, §46.

⁵⁵ AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §§180-181.

ruma gerekli bir yanıt oluşturmayıp, *Brogan ve diğerleri* kararının sonuçlarından kurtulmayı hedeflediğini savlamaktaydılar. Birleşik Krallık, 15. maddenin uygulanmadığı *Brogan ve diğerleri* davasında, gözaltındaki başvuru sahipleri derhal hâkim önüne çıkarmamış olduğu için Sözleşme'nin 5/3. maddesinden mahkum olmuştu. Mahkeme, *Brogan ve diğerleri* kararının, Hükümeti, ihtilafli 1984 tarihli kanunun 12. maddesi uyarınca alınan tutulma kararlarına ilişkin olarak yargısal bir denetim öngörmekle, bu konuyla ilgili olarak yükümlülükler aykırı tedbirler alma bildirimini yapma arasında bir tercihte bulunma durumuna getirmiş olduğunu gözlemlemiştir. Terör suçlarının soruşturulması ve bastırılmasına ilişkin özgül zorluklar sebebiyle Hükümet tarafından 5/3. maddeyle uyulan yargısal bir denetimin oluşturulabilmesi mümkün görülmediğinden, yükümlülükler aykırı tedbirler alma bildirimini kaçınılmaz hale gelmiştir. Böylece, yargı kontrolünden muaf şekilde uzatılmış gözaltılar yapabilme yetkisinin ve ilgili 15. madde bildirimini açık şekilde olağanüstü durumun devam etmesinden kaynaklandığı görüşünde olan Mahkeme, yükümlülükler aykırı tedbir alınmasının bu duruma verilmiş olan gerçek bir yanıt oluşturmadığını gösteren herhangi bir bulgunun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁵⁶.

Sözleşme organları nezdinde, 15. maddeye başvuru sebebi olarak devletçe öne sürülen gerekçenin kabul edilmediği yegane örneği, askerî cunta yönetimindeki Yunanistan'a karşı yapılmış olan devletlerarası başvuruya ilişkin Komisyon raporu oluşturur. Komisyon, Yunanistan'ın cuntacı hükümetinin 1967 yılında 15. maddeyi işletme girişimine karşı, öncelikle, bir devrim sonrasında ortaya çıkan bir hükümetin de Sözleşme'nin 15. maddesine başvurabileceğini ifade etmiştir⁵⁷. Buna karşın, Hükümet tarafından 21 Nisan 1967 tarihi itibarıyla ulusun varlığını tehdit eden faktörler olarak ileri sürülen komünistlerin yönetimi zorla ele geçirmeleri tehdidi, kamu düzeninin durumu ve anayasal kriz faktörlerinin, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığına tekabül etmediği sonucuna ulaşmıştır⁵⁸. Komisyon; 21 Nisan 1967'den sonraki devreye ilişkin olarak Hükümetin atıf yaptığı sık sık tekrar eden bombalama olaylarının, sabotaj eylemlerinin ve kimi yasadışı örgütlerin kuru-

⁵⁶ AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §49 ve §51.

⁵⁷ AİHK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan davası raporu, *op.cit.*, §60.

⁵⁸ AİHK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan davası raporu, *op.cit.*, §§152-165.

lup eylemlerde bulunması olgusununsa Yunan ulusunu tehdit edecek bir seviye taşımadığını belirlemiştir⁵⁹. Böylece Komisyon, antidemokratik bir cunta iktidarı tarafından yapılan “genel tehlike” yorumunu aşikar bir keyfilik hali olarak değerlendirmiş ve bu itibarla da, bu alanda tanınmış olan geniş takdir marjının aşıldığına kanaat getirmiştir.

Genel tehlikenin tespitine ilişkin bu geniş ulusal takdir marjı, söz konusu tehlikenin zaman ve yer açılarından değerlendirilmesi bakımından da geçerlidir.

B) Ulusun Varlığını Tehdit Eden Genel Tehlikenin Zaman ve Yer Bakımından Değerlendirilmesi

Devletin sahip olduğu geniş takdir marjı, ulusun varlığını tehdit eden genel tehlikenin zaman ve yer boyutları açılarından tanımlanması bakımından da geçerlidir. Genel tehlikenin ulusal takdir marjı bağlamında zaman açısından tanımlanması, iki bakımdan söz konusu olabilir. İlk olarak, Mahkeme, genel tehlikenin ortaya çıkma anının tespiti konusunda devletin takdir marjının içinde değerlendirmektedir. *Lawless/İrlanda (n° 3)* kararının yukarıda da anılan formülüne göre, genel tehlike kavramının varlığı açısından, söz konusu kriz ya da tehlike durumunun “yakın” olması aranır⁶⁰. Ancak tehlikenin yakınlığını takdir hususunda da öncelikle devlet yetkilidir. Bu açıdan anılabilecek *A. ve diğerleri* davası, 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleştirilmiş terör saldırıları sonrasında Britanya toprağında bulunan, uluslararası terörist olduklarından şüphelenilen ancak gönderilecekleri ülkelerde kötü muamele görme riskleri yüzünden sınırdışı da edilemeyen yabancı kişilerin özgürlüklerinden alıkonulmalarına ilişkindi. Mahkeme, bu davada, yakınlık ölçütünü geniş şekilde yorumlamıştır. Bu doğrultuda, her ne kadar 15. madde El-Kaide’nin henüz Britanya toprağında bir terör saldırısı yapmamış olduğu bir anda devreye sokulmuş olsa da, o devrede sahip oldukları bilgilerin ışığında yakında bir saldırı olacağına kanaat getirmiş

⁵⁹ AİHK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan davası raporu, *op.cit.*, §§206-207.

⁶⁰ AİHM, *Lawless/İrlanda (n° 3)* kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §28. Kararın İngilizce versiyonunda, Fransızca metindeki “imminent” sözcüğünün muadili bulunmamaktadır. Bu durumda, asıl olan Fransızca metnin esas alınması gerekir. Bkz.: AİHK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan davası raporu, *op.cit.*, §152.

olan ulusal yetkililerin bu sebeple kınanamayacaklarını ifade etmiştir. Mahkeme, tehlikenin yakınlığı gerekliliğinin, devletleri, bir felaketin ortaya çıkmasını önleyecek tedbirleri almak için onun ortaya çıkışını beklemek zorunda bırakacak ölçüde dar bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir⁶¹.

İkinci olarak, devletin, 15. maddenin uygulandığı bu istisnai nitelikteki devrenin bitiş tarihini belirleme konusunda da bir takdir marjı bulunmaktadır. 15. maddenin 3. fıkrası uyarınca, devlet, yükümlülüklerine aykırı olarak alınmış tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin yeniden tam olarak uygulanır hale geldiği tarihi Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirmekle mükelleftir. Sözleşme'de ya da Mahkeme içtihatlarında, 15. maddenin uygulanabileceği devreye ilişkin azami bir süre sınırı bulunmamaktadır. Sözleşme'ye taraf devletlerin yüzleşmek durumunda oldukları tehditlerin kapsam ve koşulları bir durumdan diğerine değiştiği için, 15. madde uygulamasına ilişkin olarak bu çeşit suni bir sürenin öngörülmesi yerinde olmazdı. Mahkeme, açıkça, yükümlülüklerine aykırı tedbirleri geri çekme kararının ilke olarak devletin takdir yetkisine tabi olduğunu ifade etmektedir⁶². Şu halde, devletin 15. maddeyi işletmeyi haklı kılan genel tehlikenin sona ermiş olup olmadığına ilişkin değerlendirmesi de esas olarak ulusal takdir marjının içinde yer alır.

Bu çerçevede anılabilecek *Marshall* davasında, başvuru, maruz kaldığı gözaltı sırasında Kuzey İrlanda'daki güvenlik durumunun aslında düzelmiş halde olduğunu ve ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehli-

⁶¹ AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §177. Mahkeme, söz konusu terör tehdidinin gerçekliğini, Temmuz 2005'de Londra'da meydana gelmiş saldırıların ve saldırı girişimlerinin göstermiş bulunduğu işaret etmiştir. Ulusun varlığına yönelik tehdidin gerçekliğinin, 15. maddeye başvurma devresinde bilinen olgular itibarıyla değerlendirilmesinin gerektiğini ifade eden Mahkeme, buna karşın, kendisinin, daha sonra ortaya çıkmış olan verileri de dikkate alabileceğini belirtmiştir. Mahkemenin buradaki yaklaşımı, devletin 15. maddeye potansiyel bir saldırı sebebiyle başvurabileceğini kabul etmesinden dolayı, "göreceli olarak çekingen" olarak nitelenmiştir. A. LAMBERT, L. BRACONNIER, "La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH ?", *La Revue des Droits de l'Homme, Actualités Droits-Libertés*, janvier 2016, §23. Makaleye şu siteden ulaşılabilir: <http://revdh.revues.org/>

⁶² AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §47.

kenin o esnada artık bulunmadığını savlamıştır. Buna karşın Mahkeme, yetkililerin, etki alanı azalmış olmakla beraber terör tehdidiyle karşılaşmaya devam ettiklerini ve başvurucunun gözaltında tutulmasının öncesi-ne denk gelen haftalarda da bu bağlamda bir şiddet olgusunun var olduğunu gözlemlemiştir. Bu itibarla, durumun, aynı konuyla ilgili *Brannigan ve McBride* kararının verildiği tarihten sonra da normale dönmüş olmadığını belirtmiş ve genel tehlikenin var olup olmadığı konusunda öncelikle devleti yetkilendiren maddi ikincilik ilkesini hatırlatmıştır⁶³. *A. ve diğerleri* davasındaysa, başvurucular, söz konusu El-Kaide tehdidinin geçici mahiyette olmamasını, onun, ulusun varlığını tehdit eden bir genel tehlike oluşturamayacağına ilişkin bir kanıt olarak ileri sürmüşlerdi. Söz konusu yükümlülüğe aykırı tedbiri oluşturan on beş aylık özgürlükten alıkoyma, bu sürenin sonunda Parlamento tarafından yıllık olarak yenilenebiliyordu. Genel tehlikenin ve yükümlülükler aykırı tedbirlerin geçici olmaması meselesini birlikte irdeleyen Mahkeme, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin, KSHS bünyesinde alınabilen yükümlülükler aykırı tedbirlerin “*istisnai ve geçici*” bir nitelik taşımasının gerektiğine dair görüşünü hatırlatmıştır. Buna karşın, her ne kadar AİHS bağlamında, ileri sürülen tehlikenin devam ettiği süre, buna verilen yanıtın orantılılığı konusunda dikkate alınabilse dahi; Mahkeme, kendisinin, tehlikenin geçici mahiyette olması gerektiğine daha önce açık şekilde hükmetmiş olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca, Kuzey İrlanda'daki olağanüstü halle ilgili önceki davaların, 15. madde anlamındaki genel tehlikenin yıllarca sürebileceğini gösterdiğini de ifade etmiştir. Buradan hareketle de, Parlamento tarafından her yıl yeniden incelenen ihtilafli yükümlülükler aykırı tedbirlerin, geçici olmamaları sebebiyle geçersiz addedilemeyecekleri sonucuna varmıştır⁶⁴. Bununla birlikte, Mahkemenin bu konudaki esnekliğinin, istisnai bir nitelik taşıyan olağanüstü hak sınırlama rejimlerinin doğasında geçicilik özelliğinin yer aldığı tespitini bütünüyle gözardı etmek raddesine ulaşmaması gerekir⁶⁵. Bu

⁶³ AİHM, Marshall/Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, 10 Temmuz 2001, başvuru n° 41571/98, hukuki değerlendirme bölümü, B.

⁶⁴ AİHM, *A. ve diğerleri*/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §178.

⁶⁵ Gerçekten de, Boyar'ın da işaret ettiği üzere, olağanüstü yönetim usullerinin amacı, kendilerine yol açan sorunu en kısa sürede ortadan kaldırmak suretiyle anayasal düzenin olağan işleyişine geri dönmektir. O. BOYAR, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, *in* İnsan Hakları Avru-

itibarla, her ne kadar bu konuda soyut olarak bir zaman eşiği öngörmek mümkün olmasa da, 15. maddenin uygulanma süresinin kayda değer ölçüde uzadığı durumlarda Mahkemenin genel tehlikenin devamına ilişkin denetimini titizleştirmesi, bu düzenlemenin amacından saptırılması tehlikesine karşı asgari bir yargısal güvence oluşturabilir.

Bu arada, açıktır ki, Sözleşme hükümleri, 15. maddenin uygulanması kararının Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapılan bir bildirimle resmî olarak geri çekildiği tarihten sonra gerçekleşen olaylar açısından tam olarak uygulanır. Mahkeme, *Brogan ve diğerleri* davasında, Birleşik Krallık Hükümetinin Kuzey İrlanda'daki olağanüstü halle ilgili olarak yapmış olduğu 15. madde bildirimini 22 Ağustos 1984 tarihinde geri çekmiş olduğuna işaret etmiştir. Bu itibarla, Kuzey İrlanda'daki terör eylemleriyle ilgileri oldukları şüphesiyle 1984 yılının Eylül ve Ekim ayında gözaltına alınmış olan dört başvurucunun başvurularıyla ilgili olarak, Birleşik Krallık'ın Kuzey İrlanda'daki terör sebebiyle 15. madde bağlamında yükümlülüklerine aykırı tedbirler alma olanağının bulunup bulunmadığını incelemeye gerek olmadığını ve başvurucular tarafından öne sürülen Sözleşme maddelerinin davada bütünüyle uygulanacağını ifade etmiştir⁶⁶. Gerçekleşme ihtimali son derece zayıf olmakla beraber, tahayyül edilebilecek bir ihtimal, devletin, 15. maddeye başvurmasına yol açan sebepten ötürü kendi iç hukuk düzeninde geçmiş olduğu olağanüstü yönetim usulünü sonlandırıp, buna karşın, 15. madde çerçevesinde yapmış olduğu bildirim Avrupa Konseyi nezdinde geri çekmemesi durumudur. Böyle bir halde, olağanüstü yönetim usulünün iç hukuk düzeninde sonlandırılmasından sonra uygulanan yükümlülüklerle aykırı tedbirlerle ilgili davalarda, Mahkeme, devletin 15. maddeye ilişkin bildirimini geri çekmemiş olmasını bu alandaki geniş takdir marjının aşılmasına tekabül eden bir keyfîlik hali olarak niteleyebilecek ve bu durumu aşikar bir takdir hatası olarak kendisine isnat edebilecektir. Böyle bir değerlendirme ilke olarak ikincillik ilkesiyle çelişmeyecektir; zira bu Sözleşme ihlali varsayımında, iç hukuk düzeninde olağanüstü yönetim usulünden çıkmak suretiyle söz konusu genel tehlikenin kalktığını itiraf

pa Sözleşmesi ve Anayasa. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Sibel İnceoğlu (der.), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.97.

⁶⁶ AİHM, *Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §48. Davadaki olaylarla ilgili olarak, bkz.: §§11-24.

etmiş olan devletin kendi tanıklığına ve tutarsızlığına dayanılıyor olmaktadır.

Genel tehlikenin ulusal takdir marjı bağlamında yer açısından tanımlanması, devletin, 15. maddenin, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamındaki yetki alanının tamamında ya da bir kısmında uygulanacak olmasına dair kararına ilişkindir. Bu açıdan, öncelikle işaret etmek gerekir ki, her ne kadar devletin Sözleşme nezdindeki yetki alanı esas olarak topraksal olsa da⁶⁷, 15. madde istisnaen ülke toprağının dışında da uygulanabilir. Komisyon, 1975 tarihli *Kıbrıs/Türkiye* kabul edilebilirlik kararında, taraf devletlerin, otoritelerine ve sorumluluklarına gerçekten tabi olan her kişiye -söz konusu otorite ister kendi topraklarında ister yabancı bir ülkede gerçekleşsin- Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri sağlamakla mükellef olduklarını vurgulamıştır⁶⁸. Bu itibarla, Komisyon, yukarıda da işaret edildiği üzere, Türkiye'nin Kıbrıs'ın kuzeyindeki askeri varlığından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin incelemelerinde, o bölgede Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında *ratione loci* yetki sahibi olan Türkiye'nin 15/3. madde çerçevesinde yükümlülükler aykırı tedbirler alma bildirimini yapmamış olduğunu dikkate almış ve Sözleşme'nin 15. maddesinin söz konusu başvurularla ilgili olarak uygulanamayacağına kanaat getirmiştir⁶⁹. Mahkeme de, 1995 yılındaki *Loizidou* kararında, gerçekleştirdiği askeri bir harekâtın ardından ulusal toprağının dışındaki bir alanda etkili şekilde kontrol sağlamış olan bir devletin, o bölge açısından, Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri güvenceleme yükümlülüğünde olduğunu ifade etmiştir⁷⁰. Şu halde, devletin, yetki alanının kendisine doğru genişlediği bu yeni alana ilişkin olarak da 15. maddeye başvurma yetkisi bulunmak gerekir.

⁶⁷ AİHM, *Soering/Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1989, başvuru n° 14038/88, §86; AİHM, *Banković ve diğerleri/Belçika ve diğer 16 taraf devlet kabul edilemezlik kararı*, 12 Aralık 2001, başvuru n° 52207/99, §§66-67; AİHM, *Al-Skeini ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, 07/07/2011, başvuru n° 55721/07, §131.

⁶⁸ AİHK, *Kıbrıs/Türkiye kabul edilebilirlik kararı*, 26/05/1975, başvuru n° 6780/74 ve 6950/75, hukuki değerlendirme bölümü, §8.

⁶⁹ Bkz. *supra* s. 413. Yukarıda da işaret edilmiş olduğu üzere, Komisyon, ayrıca, sıkı yönetim veya olağanüstü hal ilanı tarzında şekli ve kamusal bir işlemin yokluğunu da bu açıdan bir ölçüt olarak kullanmıştır.

⁷⁰ AİHM, *Loizidou/Türkiye kararı*, 23 Mart 1995, başvuru n° 15318/89, §62. Bkz. ayrıca: AİHM, *Al-Skeini ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §§138.

Buna karşılık, devletin ulusal toprağının dışındaki alanda etkili bir kontrol sağlaması haline tekabül etmeyen çatışma varsayımlarında, Mahkeme, Sözleşme'nin 1. maddesindeki yetki alanı kavramının temelinde topraksal olan tanımına geri dönmektedir. 17 taraf devlete karşı yapılmış olan başvuruları içeren *Banković* ve diğerleri davası, NATO'nun Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne Kosova savaşı sırasındaki hava müdahalesi esnasında gerçekleşmiş olan, 16 kişinin ölümüne ve 16 kişinin de ağır yaralanmasına yol açmış bulunan Sırp Radyo-Televizyonu'nun bombalanması olayına ilişkindir. Başvuruculara göre, ülke toprağı dışındaki savaş ve olağanüstü durumlara da uygulanmaması halinde, Sözleşme'nin 15. maddesi anlamdan yoksun kalır. Bu sebeple, onlara göre, 15. madde çerçevesinde yapılmış bir yükümlülükler aykırı tedbirler alma bildirimlerinin yokluğunda, Sözleşme, bu tür durumlarda da uygulanır⁷¹. Mahkeme ise, topraksal olmayan istisnai bir yetki alanı dayanağının kabulünün, ancak davanın özel koşullarında bu açıdan özel olarak haklı bir sebebin bulunmasıyla mümkün olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, daha önce kendi toprağı dışında askeri harekâtlara katılmış olan taraf devletlerden hiç birisinin, bir 15. madde bildirimini yapmak suretiyle, kendi toprağı dışındaki eylemlerinin Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında yetki alanına ilişkin bir erk icrası oluşturduğu görüşünü benimsemiş olmadığına dikkat çekmiştir. Geçmişte savunmacı devletlerden Türkiye ve Birleşik Krallık tarafından yapılan 15. madde bildirimlerinin kimi iç çatışmalara ilişkin olduğunu hatırlatan Mahkeme, başvurucular tarafından ileri sürülen, 15. maddenin, taraf devletlerin topraklarının içinde olduğu kadar dışında gerçekleşen savaş ve olağanüstü durumları da kapsayacağı iddiasını kabul etmeyi mümkün kılacak herhangi bir verinin bulunmadığını ifade etmiş ve 15. maddeyi, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamındaki yetki alanı kavramının ışığında yorumlamanın gerekli olduğunu belirtmiştir⁷². Davada yetki alanı kavramının alışıldık topraksal anlaşılışının ötesine geçilmesini gerektirecek özel bir dayanağın da bulunmaması sebebiyle, Mahkeme, söz konusu başvuruları kabul edilemez bulmuştur. Görüldüğü üzere, devletin ulusal toprağının dışındaki alanda etkili bir kontrolünün yokluğunu içeren tipteki bir askeri

⁷¹ AİHM, *Banković ve diğerleri/Belçika ve diğer 16 taraf devlet kabul edilemezlik kararı*, *op.cit.*, §49.

⁷² AİHM, *Banković ve diğerleri/Belçika ve diğer 16 taraf devlet kabul edilemezlik kararı*, *op.cit.*, §§61-62.

harekât varsayımında, 15. maddenin *ratione loci* uygulanabilirliği ulusal toprağın ötesine taşınmamaktadır.

Devlet, karşı karşıya olduğu genel tehlikenin, yetki alanının bir kısmını mı yoksa tamamını mı tehdit ettiğini belirleme ve 15. maddenin uygulanışına ilişkin olarak yetki alanının içinde *ratione loci* bir sınırın koyulup koyulmayacağı hususunda karar verme yetkisine sahiptir. Bu itibarla, Mahkeme, yükümlülükler aykırı tedbir bildirimının devlet tarafından yer bakımından sınırlı olarak yapılması olgusunun, *Lawless* kararındaki genel tehlike tanımı ölçütlerinden tehlikenin toplumun bütününe etkilemesi kıstasıyla bağdaştığı düşüncesindedir. Devletlerin 15. madde uygulamalarına bakıldığında, kimi defalar maddenin uygulanmasına ilişkin olarak herhangi bir coğrafi sınırın öngörülmediği ve yükümlülükler aykırı tedbirlerin devletlerin topraksal yetki alanlarının tamamına ilişkin olarak alınmış olduğu görülür. Buna karşın, diğer kimi 15. madde bildirimlerindeyse, devletler, yükümlülükler aykırı tedbirleri alacakları bölgeleri sınırlı şekilde belirtmişlerdir. Örneğin, 15. maddeye Birleşik Krallık, 1955’de Kıbrıs Kolonisi ve 1957 ve 1988’de Kuzey İrlanda açısından; Türkiye, 1990’da Güneydoğu Anadolu Bölgesi açısından; Gürcistan, 2006’da Helvaçauri açısından; Ermenistan, 2008’de Erivan açısından ve Ukrayna da 2015’de Donetsk ve Luhansk *obslat*’larının Hükümet denetiminde olan kısımları açısından başvurmuşlardır. Açıktır ki, devletler, yükümlülükler aykırı tedbirlerin ilişkin olduğu topraksal yetki alanının sınırlarını, mücadele ettikleri genel tehlikenin mahiyet ve kapsamına göre belirleyeceklerdir. Son olarak anılan Ukrayna bildiri bu durumu açıkça örneklemektedir. Bu ülke, 15. maddenin *ratione loci* uygulama alanını, ülkenin idari bölümlenme birimini oluşturan *obslat*’ları esas olarak tanımlamamıştır. Bunun yerine, somut koşullar çerçevesinde, söz konusu Donetsk ve Luhansk *obslat*’larının kendi kontrolünde olan münferit kısımlarının dökümünü, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne 15. maddenin uygulanma alanı olarak iletmiştir. Buna karşın, Ukrayna, söz konusu *obslat*’ların Rusya Federasyonu’nun kontrolünde olduğunu ifade ettiği diğer kısımlarında insan haklarının korunmasına ilişkin sorumluluğunsa, bu ülkeye ait olduğu görüşünü ileri sürmüştür⁷³.

⁷³ Note verbale, JJ8034C Tr./005-186, 05/11/2015, s.1-3; Notification de déclaration, JJ8172C Tr./005-190, *op.cit.*, s.4-5

Mahkemenin; genel tehlikenin varlığının *ratione loci* bir sınırla tespit edilmek yerine devletin takdir hatası sonucunda ülkenin bütününe ilişkin olarak saptanmış olduğunu belirlemesi, ihtilafli yükümlülüğe aykırı tedbirinse esasen genel tehlikeye maruz kalmamış bir bölgeye ilişkin olarak alınmış olduğunu gözlemlemesi ve bu itibarla da 15. maddenin uygulanabilirliğini önüne gelen davada reddetmesi ihtimali oldukça zayıftır. Öyle ki, ülkenin bir bölümünde ortaya çıkan ciddi bir tehdidin ülkenin diğer kısımlarına ne ölçüde ve hangi kapsamda sirayet edebileceği konusundaki değerlendirmenin de, ikincillik ilkesi uyarınca, esas itibariyle devletin takdir marjına girdiği düşünülebilir. Öte yandan, Mahkeme, 15. maddenin uygulama alanının yer bakımından genişliğine ilişkin olası şüphelerini, her *hâlikârda* orantılılık incelemesi bağlamında dikkate alabilecektir.

Pek tabiidir ki, 15. maddeyi coğrafi sınır koymak suretiyle işleten bir devlet, yetki alanının 15. maddenin uygulanmadığı bölgelerinde gerçekleşen işlem ve eylemleriyle ilgili Sözleşme ihlali isnatlarına karşı 15. madde istisnasını öne süremeyecektir. Mahkeme, *Sakık ve diğerleri*, *Sadak*, *Yurttaş* ve *Abdülsamet Yaman* davalarında, ihtilafli yakalama ve gözaltı tedbirlerinin Türkiye tarafından Avrupa Konseyi'ne yapılan bildirimde belirtilen kanun hükmünde kararnamele uygulandığı olağanüstü hal bölgesi olan Güneydoğu Anadolu Bölgesi illerinin dışında kalan ve bildirimde belirtilmemiş Ankara ve Adana illerinde gerçekleşmiş olmalarından ötürü, 15. maddenin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme, yükümlülükler aykırı tedbirlere ilişkin bildirim etkilerini, ülke toprağının bu bildirimde açıkça kapsamadığı bir kısma genişletmenin, Sözleşme'nin amacına ve konusuna ters düşeceğini belirtmiş ve söz konusu 15. madde bildirimde davanın olaylarına *ratione loci* uygulanamaz olduğunu ifade etmiştir⁷⁴.

⁷⁴ AİHM, *Sakık ve diğerleri/Türkiye* kararı, 26 Kasım 1997, başvuru n° 23878/94, 23879/94, 23880/94 ve diğerleri, §39; AİHM, *Sadak/Türkiye* kararı, 8 Nisan 2004, başvuru n° 25142/94 ve 27099/95, §56; AİHM, *Yurttaş/Türkiye* kararı, 27 Mayıs 2004, başvuru n° 25143/94 ve 27098/95, §58; AİHM, *Abdülsamet Yaman/Türkiye* kararı, 2 Kasım 2004, başvuru n° 32446/96, §69. Aynı anlamda, bkz.: AİHM, *Bilen/Türkiye* kararı, *op.cit.*, §44-45. Mahkemenin, burada anılan paragraflarda ayrıca durumun kesinlikle gerektirdiği ölçü ölçütüne atıf yapmasıysa yerinde değildir. Zira, *ratione loci* bağdaşmazlık, orantılılık incelemesinin bir unsuru olmadığı gibi varlığıyla onu metodolojik açıdan da gereksiz kılar. *Ratione loci* bağdaşmazlığı saptaması üzerine bu davalarda 15. maddeye ilişkin gerekliliklerle ilgili bir inceleme yapmasına

Genel tehlikenin tespitine ilişkin olarak varolan bu geniş ulusal takdir marjının karşısında, devletin 15. madde rejimi dahilinde dahi aşamayacağı kimi mutlak sınırlar bulunur.

II) 15. Maddenin Uygulanma Kapsamının Mutlak Sınırları Açısından Keyfilik Azami Denetimi

15. madde rejimi, devletin olağanüstü hak sınırlama yetkisinin tabi olduğu kimi mutlak sınırlar içerir. Söz konusu sınırlar, maddenin uygulanma kapsamını kesin olarak çerçevelemekte ve ulusal takdir marjını Sözleşme uygulamasından koşulsuz ve kategorik şekilde dışlamaktadır. Bu itibarla, Mahkemenin bu bağlamdaki keyfilik denetimi azami düzeydedir. 15. maddenin uygulanma kapsamına ilişkin olarak çizilmiş bu kesin sınırları, maddenin uygulama alanına ilişkin sınırlar (A) ve amaçtan sapma yasağı (B) başlıkları altında incelemek mümkündür.

A) 15. Maddenin Uygulama Alanına İlişkin Sınırlar

Sözleşme metni, 15. maddenin uygulama alanıyla ilgili olarak bazı mutlak sınırlar getirmektedir. Gerçekten de, Sözleşme tarafından doğrudan ya da dolaylı şekilde korunan bir grup hak ve özgürlüğe değgin yükümlülükler, 15. madde aracılığıyla dahi azaltılamaz. Bu normatif çerper, 15. madde rejiminin devletçe bir keyfilik aracına dönüştürülmesi riskine karşı, Sözleşme'nin asgari aksiyolojik paydasını temsil eder. 15. madde uygulamasından etkilenmeyen, ulusal takdir marjının etkisinden vareste olan ve böylece devleti kesin olarak bağlayan bu normlar bloğu; Sözleşme'nin kendi bünyesinde koruduğu dokunulmaz haklardan ve Sözleşme'nin insan haklarını korumaya ilişkin asgari koruma standardı olma niteliği itibariyle dolaylı olarak koruduğu normatif kapsamdan oluşur.

Öncelikle, Sözleşme'de düzenlenen kimi haklar, 15. madde bağlamında dahi sınırlanamaz nitelikte olan dokunulmaz mahiyette haklardır⁷⁵ ve Sözleşme'nin çekirdek normatif alanını oluşturan ilke ve norm-

gerek kalmadığını (haklı olarak) belirtmiş olan Mahkeme, orantılılığa yönelik olarak yapmış olduğu yersiz atıf sebebiyle kendi kendisiyle çelişmiştir. Bkz.: AİHM, Sakık ve diğerleri/Türkiye kararı, §39; AİHM, Sadak/Türkiye kararı, §57; AİHM, Yurttaş/Türkiye kararı, §59; AİHM, Abdülsamet Yaman/Türkiye kararı, §70.

⁷⁵ 15/2. maddedeki haklarla ilgili olarak “dokunulmaz” ifadesini, bizzat Mahkeme de kullanmaktadır. Bkz. mesela: AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §204.

lar bütününi ifade eden Avrupa kamu düzeni kavramının kapsamına dahildir⁷⁶. 15. madde, devletin olağan yükümlülüklerine aykırı tedbirlerle sınırlayabileceği Sözleşme haklarını tek tek saymamıştır. Bunun yerine, 15. madde uygulaması dahilinde dahi sınırlanamayan haklar, bu maddenin 2. fıkrasında ve ilgili Sözleşme'ye Ek Protokollerde teker teker belirtilmiştir. Sudre'ün de işaret ettiği üzere, hakların dokunulmazlık niteliği ancak Sözleşme'ye dayanabilir⁷⁷. 15. madde uygulamasının devlete atfettiği olağanüstü hak sınırlama yetkisi, Sözleşme metninde açık bir istisnaya bu maddenin uygulama alanının dışında bırakılmamış olan hak ve özgürlüklerle sınırlıdır⁷⁸.

15. madde uygulaması dahilinde dahi kendilerine aykırı tedbirlerin alınmadığı bu haklar ve onlarla ilgili düzenlemeler şunlardır: Meşru savaş fiillerinin sonucunda meydana gelen ölüm hali hariç olmak üzere yaşam hakkı (m.2)⁷⁹ ve ölüm cezasının kaldırılmasına ve ölüm cezasının

Sudre, kimi haklara ilişkin olarak 15. maddede yükümlülükler aykırı tedbir almaya ilişkin açık bir yasağın varlığını, dokunulmaz hakları ayırt etmek açısından nesnel bir ölçüt olarak tanımlamaktadır. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^e édition mise à jour, PUF, Paris, 2012, s.213.

⁷⁶ Avrupa kamu düzeni kavramına Mahkemece yapılan atıflar için, bkz.: AİHM, De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, 18 juin 1971, başvuru n° 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, §65; AİHM, Deweer/Belçika, 27 Şubat 1980, n° 6903/75, §49; AİHM, Loizidou/Türkiye kararı, *op.cit.*, §75; AİHM, Al-Skeini ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §141.

⁷⁷ F. SUDRE, "Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: Y a - t - il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme ?", *in Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1995, s.393.

⁷⁸ 15. maddenin uygulanmadığı olağan zamanda sınırlama kabul etmeyen 14. madde (ayrımcılık yasağı) ve yargılamanın aleniliği ayağı hariç olmak üzere 6. madde (adil yargılanma hakkı), 15. maddenin uygulanma devresinde yükümlülükler aykırı tedbirlere kapatılmamıştır.

⁷⁹ 2. maddede öngörülmuş olan istisnalar ve 15/2. maddede de meşru savaş fiilleri sonucunda meydana ölüm hallerinin dışarıda tutulmuş bulunması sebebiyle, yaşam hakkının, *stricto sensu* bir dokunulmaz hak olmadığı söylenebilir. Delmas-Marty de, insan haklarını korumaya ilişkin metinlerde olağan zaman ya da savaş hali için idam cezası istisnası bulunduğundan, yaşam hakkına dokunulmaz hak olma vasfını atfetmemektedir. M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op.cit.*, s.275. Yazara göre yaşam hakkı, 8.-12. maddelerdeki ve Sözleşme'ye Ek 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesindeki haklara kıyasla, "kuvvetli nisbi koruma"dan yararlanan bir haktır. M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, tome 1, Éditions du Seuil, Paris, 2004, s.129. Dar anlamda dokunulmaz hak profiline sahip olmasa da, mahiyeti ve kendisine ilişkin istisnaların kapsamı, yaşam hakkını, hukuki

her durumda kaldırılmasına dair yükümlülükler (6 numaralı Ek Protokol, m.1 ve m.3; 13 numaralı Ek Protokol, m.1 ve m.2), işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutma yasağı (m.3), kölelik yasağı (m.4/1)⁸⁰, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi (m.7), aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (7 numaralı Ek Protokol, m.4). Mahkeme, bu hakların, 15. madde uyarınca yükümlülükler aykırı tedbirlere konu olamayacaklarına işaret ederek; onları, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerleri arasında görmektedir⁸¹. Ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike her ne mahiyette olursa olsun, devletlerin anılan hak ve özgürlükleri koşulsuz şekilde koruma yükümlülükleri baki kalır. Buradaki sınırın mutlak niteliğini, Mahkemenin 3. maddeye ilişkin müteakip paragrafıyla da teyit etmek mümkündür:

“Devletlerin toplumlarını terör şiddetine karşı korurken karşılaştıkları zorlukların tamamıyla bilincinde olan Mahkeme, bu durumda, 3. maddenin demokratik toplumların temel değerlerinden birisini koruduğunu vurgulamak için ek bir sebep görür. Bu düzenleme, sınırlama öngörmemesi itibarıyla Sözleşme'nin ve 1 ve 4 numaralı Protokollerin normatif hükümlerinin çoğunluğuyla tezat oluşturur ve ulusun varlığını tehdit eden bir genel tehlike olduğunda dahi, yükümlülükler aykırı tedbir kabul etmez. Sözleşme, terörle mücadele gibi en zor koşullarda dahi

rejimi kimi açılardan dokunulmaz haklarına benzeyen, özgün bir hak profiline oturtmaktadır.

⁸⁰ 15. madde, dokunulmaz hak alanına 4. maddenin 2. fıkrasında öngörülen zorla çalışma ya da zorunlu çalışma yasağını dahil etmemiştir. Esasen 4. maddenin 3. fıkrası da, hangi durumların bu yasağın kapsamına girmediğini numerus clausus belirtmek suretiyle, bu yasağın uygulanabilirliğini *ratione materiae* (konu bakımından) sınırlamaktadır.

⁸¹ 2. madde için örneğin bkz.: AİHM, Giuliani ve Gaggio/İtalya kararı (Büyük Daire), 24 Mart 2011, başvuru n° 23458/02, §174. 13 numaralı Ek Protokol'ün 1. maddesi için bkz.: AİHM, Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık kararı, 2 Mart 2010, başvuru n° 61498/08, §118. 3. madde için örneğin bkz.: AİHM, Soering/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §88. 4. madde için bkz.: AİHM, Rantsev/Kıbrıs ve Rusya kararı, 7 Ocak 2010, başvuru n° 25965/04, §283. Ayrıca 7. maddeyle ilgili olarak örneğin bkz.: AİHM, S.W./Birleşik Krallık kararı, 22 Kasım 1995, başvuru n° 20166/92, §34.

ve ilgili kişinin davranışları her ne olursa olsun, işkenceyi ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve cezaları mutlak ifadelerle yasaklar”⁸².

Devletler, 15. maddenin uygulama alanına girmeyen bu haklara ilişkin olarak yükümlülüklerine aykırı tedbirler alma bildirimini yapamazlar. Ulusal takdir marjına kapalı bulunan bu haklara karşı, Mahkeme önünde 15. madde istisnası ileri sürülemez. Bu hakların kapsamı ve hukuki rejimi, 15. maddeden etkilenmeyerek, Sözleşme’nin *ratione temporis* uygulanabilirliği boyunca sabit kalır⁸³.

İkinci olarak, 15. maddenin ilk fıkrası uyarınca, devletler, AİHS’deki yükümlülüklerine aykırılık taşıyan tedbirleri uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık oluşturacak bir kapsamda alamazlar. Sözleşme dışı normatif kaynaklara atıf yapan bu yasak, Sözleşme hukukunun bütünü açısından iki alt kapsamda analiz edilebilir. Yasağın ortak normatif kapsamı, tarihin belirli bir anında taraf devletlerin tamamını bağlayan ve böylece 15. madde çerçevesinde alınabilecek yükümlülüklerine aykırı tedbirlerle ilgili olarak Sözleşme hukuku açısından objektif ve genel sınırlar getiren uluslararası yükümlülük alanıyla belirlenir. Söz konusu ortak kapsam, bir yandan uluslararası hukukun ilgili genel ilkelerinden ve öte yandan da AİHS’ye taraf olan devletlerin tamamının taraf olduğu Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi gibi uluslararası insan haklarıyla alakalı sözleşmelerin içerdiği ilgili yükümlülüklerden oluşur. Yasağın değişken normatif kapsamıysa, AİHS’ye taraf devletlerden en az birisinin taraf olup, en az birisinin de taraf olmadığı insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin

⁸² AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §126. Bu arada, Mahkeme, 5/3. maddeye ilişkin yükümlülüklerine aykırı tedbirlerle ilgili orantılılık incelemesinde, özgürlükten alıkoyma durumunda yargının devreye girme gerekliliğinin önemini pekiştiren bir dayanak olarak, yargısal denetime tabi olmayan özgürlükten alıkoymaların 3. madde açısından doğurduğu potansiyel riske de atıf yapmaktadır. Bu anlamda bkz. *infra* s.462-463.

⁸³ Lambert’in de ifade ettiği üzere, kendilerine ilişkin yükümlülüklerine aykırı tedbirlerin alınmadığı bu dokunulmaz haklar, bu doğaları gereği, ulusal takdir marjından evleviyetle bağışıktır. P. LAMBERT, “Marge nationale d’appréciation et contrôle de proportionnalité”, *op.cit.*, s.72. Buna karşın, dokunulmaz hakların, uygulanabilmeleri için, her hukuk normu gibi yorumlanmaları gerekir. Tavernier, bu açıdan, 3. madde uygulamasındaki “mutlak yasaklama ve göreceli değerlendirme» olgusunda, bir paradoks bulunduğu kanaatindedir. Bkz.: P. TAVERNIER, “Conclusions générales”, in La portée de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme, C.-A. CHASSIN (der.), Bruylant, Bruxelles, 2006, s.272-276.

içerdiği ilgili yükümlülüklerle belirlenir. Uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler aykırılık yasağının ortak ve değişken normatif kapsamı; yeni bir devletin Sözleşme'ye taraf olması, AİHS'ye taraf bir devletin AİHS'ye taraf diğer devletlerin tamamının taraf olduğu başka bir uluslararası sözleşmeye taraf olması ya da AİHS'ye taraf bir devletin AİHS'ye taraf olan tüm devletlerin taraf olduğu başka bir uluslararası sözleşmeye taraf olmaktan çıkması gibi sebeplerle zaman içinde farklılaşabilir. Uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler kavramına ilişkin bu soyut ve bütünsel analiz perspektifinden somut ve bireysel yargısal incelemeye geçildiğinde, 15. maddeyle ilgili olarak önüne gelen davada Mahkeme'nin, ihtilaflı yükümlülükler aykırı tedbirin yalnızca söz konusu savunmacı devletin üstlenmiş olduğu uluslararası yükümlülükler aykırılık taşıyıp taşımadığını inceleyeceğine işaret edilebilir. Bu açıdan, ilgili uluslararası yükümlülüğün taraf devletlerin tamamı ya da bir kısmınca paylaşılıyor olmasının hukuki bir önemi olmayacaktır.

Uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler aykırılık yasağı, iki tür sınırlama şablonuyla ortaya çıkar. Bunlardan birincisi, AİHS'nin 15. maddesi açısından dokunulmaz nitelikte olmayan bir hakkın ilgili devletin taraf olduğu başka bir uluslararası sözleşme tarafından dokunulmaz olarak nitelenmesi durumunda, söz konusu hakkın AİHS açısından da dolaylı olarak dokunulmaz hale gelmesi halidir⁸⁴. Bunlardan ikincisiyse, taraf olduğu insan haklarına ilişkin başka bir uluslararası sözleşmenin söz konusu devlete ilgili konuda ancak daha hafif bir sınırlama olanağı tanıdığı bir durumda, AİHS'nin 15. maddesinin aynı konuda daha ağır bir sınırlama getirmeyi yasaklamasıdır.

Burada söz konusu olan yasağın anlamı, 15. maddenin, Sözleşme'yi, insan haklarının olağanüstü rejimlerde korunması bakımından uluslararası insan hakları hukukunun asgari standardı olarak tanımlamasıdır⁸⁵. 15. madde uyarınca alınabilen yükümlülükler aykırı tedbirlere getirilen bu sınır, Sözleşme hükümlerinden hiçbirinin, devlet tarafından, taraf olduğu başka bir sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hak-

⁸⁴ Bu anlamda, bkz.: İ. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku 1. İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, Yenilenmiş 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s.107.

⁸⁵ KSHS'nin 4/1. maddesi, bu Sözleşmeyi, tıpkı AİHS'nin 15/1. maddesinin kendisi açısından yaptığı gibi, insan hakları alanında asgari uluslararası standart olarak tanımlamaktadır. Keza Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Güvencelerin Askıya Alınması" başlıklı 27/1. maddesi de, aynı yönde bir hüküm içermektedir.

larını ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek şekilde yorumlanamayacağını ifade eden Sözleşme'nin 53. maddesindeki genel ilkenin, olağanüstü durum rejimine uygulanışına karşılık gelmektedir.

Mahkeme, *Lawless/İrlanda (n° 3)* davasında, bu koşula uygunluğu Sözleşme'nin 19. maddesi uyarınca re'sen denetlemesi gerektiğini ifade etmiştir⁸⁶. Mahkeme, bu davada, İrlanda Hükümetinin almış olduğu yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık oluşturduğunu düşündürecek herhangi bir veriye sahip olmadığını belirtmekle yetinmiştir⁸⁷. Bu konuyla ilgili bir ihtilaf, *Brannigan ve McBride* davasında, uluslararası hukuktan kaynaklanan usuli bir gerekliliğe ilişkin olarak belirmiştir. Davanın başvuru-cuları, davalı Birleşik Krallık'ın taraf olduğu KSHS'nin 43. maddesinin, bu metinde öngörülen yükümlülüklerle aykırı mahiyetteki tedbirleri alabil-meyi, genel tehlikenin resmî bir işlemle ilan edilmesine tabi kılıyor ol-masına değinmişlerdir. Olayda böyle bir ilanın gerçekleşmemiş oldu-ğunu düşündüklerinden, AİHS'ye ilişkin yükümlülüklerle aykırı tedbirler alımının, Birleşik Krallık'ın uluslararası hukuktan doğan başka bir yü-kümlülüğüyle bağdaşmadığını ileri sürmüşlerdir. Buna karşın Mahkeme; İçişleri Bakanı'nın Avam Kamarası önünde Hükümetin ilgili kararına ilişkin sebepleri ayrıntılı şekilde izah etmiş olmasını, AİHS'nin 15. maddesi ve KSHS'nin 4. maddesi uyarınca yükümlülüklerle aykırı ted-birler alma bildirimlerinin yapılacak olduğunu ifade etmiş bulunmasını ve Kuzey İrlanda'nın Birleşik Krallık'taki durumuna bağlı olan terör itibariyle de adı geçen düzenlemeler anlamında bir genel tehlikenin va-rolduğunu belirtmiş olmasını dikkate almıştır. Mahkeme, bu temelde, biçimsel bir nitelik taşıdığını ve Hükümetin yükümlülüklerine aykırı tedbirler almaya ilişkin niyetini duyurduğunu belirttiği söz konusu açıklamanın resmî ilan kavramına uygun düştüğünü ifade etmiştir⁸⁸. *Mars-hall* davasıdaysa, başvuru, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komite-si'nin Kuzey İrlanda'da genişletilmiş gözaltı yetkileri veren düzenleme türündeki olağanüstü hal düzenlemelerinin aşırı olduğuna ve yükümlü-lüklerle aykırı tedbirler alma bildiriminin KSHS'nin 4. maddesi uyarınca hızlı bir şekilde geri çekilmesinin düşünülmesi gerektiğine dair gözlem-lerine atıf yapmış, Hükümet tarafından bu yönde bir adım atılmamış

⁸⁶ AİHM, *Lawless/İrlanda (n° 3)* kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §40.

⁸⁷ AİHM, *Lawless/İrlanda (n° 3)* kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §41.

⁸⁸ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §§67-73.

olduğuna işaret etmiştir. AİHM ise, Hükümetin, yükümlülükler aykırı ihtilaflı tedbiri 1995'ten sonra da sürdürmesi itibariyle, KSHS'ye dair yükümlülüklerini ihlal ettiğini düşündürecek bir bulgu tespit etmemiş ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine aykırı bir durum saptamamıştır⁸⁹. Mahkemenin, 15. madde bağlamında önüne gelmiş bulunan davalar itibariyle, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler aykırılık yasağının çiğnenmesinden ötürü verdiği herhangi bir ihlal kararı bulunmamaktadır.

15. maddeye başvuran devlet, bu düzenlemenin uygulama alanı açısından olduğu gibi, onun uygulanma amacı bakımından da keyfî şekilde davranamaz.

B) 15. Madde Uygulamasında Amaçtan Sapma Yasağı

Sözleşme, 18. maddesiyle, düzenlediği hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ancak öngörülükleri amaç için uygulanabileceklerine işaret etmektedir. Sözleşme'deki hakların sınırlandırılmasında amaçtan sapma yasağını genel olarak düzenleyen bu düzenleme, olağan dönemde olduğu gibi 15. maddenin uygulanma devresinde de geçerlilik taşır. Esasen devletin yükümlülükler aykırı tedbirler alma yetkisinin kapsamı, Sözleşme'nin hak ve özgürlük içeren kimi normatif düzenlemeleriyle sınırlıdır. Buna karşılık, 15. maddenin kaleme alınış şekli, hukukun üstünlüğü ve iyi niyet ilkeleri ve yine 17. ve 18. maddelerin konu ve amaçları dikkate alındığında, devletlerin 17. ve 18. maddeler uyarınca üstlendikleri genel yükümlülükler aykırılık oluşturacak tedbirler alabilmeleri düşünülemez. Aksine, olağanüstü devrelerde, gürbüzleşmiş olan kamusal yetkileri kötüye kullanma riskinin olağan zamanlara nispetle daha da artması ölçüsünde, 17. ve 18. maddelerin Sözleşme uygulamasındaki öneminin pekiştiği dahi söylenebilir. Ayrıca 18. maddenin devletin "hak"ından bahseden 15. maddenin uygulanması esnasında gündeme gelmesi, bir nevi, 17. maddenin içerdiği hakların kişilerce kötüye kullanılması yasağının simetrik şekilde devlete izafe edildiğini de anırtır⁹⁰.

⁸⁹ AİHM, Marshall/Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, B.

⁹⁰ Esasen, 17. maddenin kendisi de, Sözleşme hükümlerinin, devletler açısından, Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlüklerin orada öngörülmüş olan sınırlamalardan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da o yönde

18. madde uyarınca, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklere 15. madde uygulaması dahilinde getirilen sınırlamaların gerçekten de ulusun varlığını tehdit eden somut genel tehlikeye karşı koymaya yönelik olarak kullanılmaları gerekir. İşaret edildiği üzere, 15. maddeye başvuru gerekliliği bir kez kabul edildikten sonra, düzenlemenin izin verdiği yükümlülükler aykırılıkların kötüye kullanılmasına yönelik olarak denetim yapmak güçleşmektedir⁹¹. Buna karşılık, amaçtan sapma yasağına saygı, 15. madde rejiminin asgari bir meşruiyet koşuludur ve icap ettiğinde ihtilaflı tedbirler üzerinde mümkün merteye titiz bir yargısal denetimin yapılmasını gerektirir. Devletin yükümlülükler aykırı tedbirleri meşruiyetlerini borçlu oldukları amaçtan başka bir amaca yöneltmesi varsayımında, 15. madde bildiriyle alakasız olması itibariyle Sözleşme ihlali ne yol açacak olan bu amacın nitelik ve kapsamı önem taşımaz. Zira, bir hukuk devletinde, hiçbir amaç keyfî usullerle kullanılamaz⁹². Ancak bilindiği üzere olağanüstü hallerle ilişkin en açık suistimal tehlikesi, yürütmeye tanınan yetkilerin mevcut iktidarı sağlamlaştırmak amacıyla siyasi muhalefeti ortadan kaldırmaya yönelik olarak kullanılması riskidir⁹³. İşte özellikle bu tür bir tehdidin karşısında saf tutan amaçtan sapma yasağı, 15. maddenin, devlet tarafından toplumsal çoğulculuğu ortadan kaldırmak ve demokratik muhalefeti susturmak gibi gayrimeşru amaçları aklamak için bir bahane ya da araç olarak kullanılamayacağını altını çizer.

Komisyon, 18. maddeye açıkça atıf yapmadığı *Yunanistan/Birleşik Krallık* davasında, ihtilaflı sokağa çıkma yasağı mevzuatının gerçekten de bir güvenlik tedbiri olarak mı uygulandığı, yoksa aslında başka amaç-

bir eylemde bulunmaya ilişkin herhangi bir hakkı içeriyor olduğu şeklinde yorumlanamayacağını belirtir.

⁹¹ D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on human rights*, 2nd edition, Oxford University Press, 2009, s.618.

⁹² O kadar ki, 18. madde uyarınca, devlet, daha önce yapmış olduğu bir 15. madde bildiri çerçevesinde almış olduğu bir yükümlülükler aykırı tedbiri, kendisiyle ilgili olarak 15. madde bildiri yapmış olmadığı ve ulusun varlığını tehdit ettiği düşüncesinde olduğu yeni bir genel tehlikeye karşı koymak için dahi kullanamaz. Böyle yeni bir durumla ilgili olarak 15. maddeyi işletmeyi isteyen bir devletin, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yeni bir bildirim yapması gerekir.

⁹³ Bu anlamda, bkz.: M. O'BOYLE, "Emergency Government and Derogation under the ECHR", Lecture given to the Law Society, Dublin, on 15 March 2016, s.4. Metne şu siteden ulaşılabilir: <https://www.lawsociety.ie/>

lar için mi kullanıldığı meselesini ele almıştır. Başvuru sahibi Yunanistan Hükümeti, söz konusu mevzuatın, cezalandırma ve intikam gibi başka amaçlara yönelik olarak kullanıldığı düşüncesindeydi. Komisyon, sokağa çıkma yasağının ya da sokağa çıkma yasağının devam ettirildiği zaman uzunluğunun her bir durumda yalnızca güvenlik sebeplerine dayandığı hususunda bir şüphenin söz konusu olabileceğini ve kimi durumlarda bir cezalandırma kastının olup olmadığını belirlemenin zor gözüktüğünü ifade etmiştir. Buna karşın, Komisyon, sokağa çıkma yasağının ya da sokağa çıkma yasağının devam ettirilmesinin kimi zamanlar toplumu cezalandırmaya yönelmiş olması varsayımında dahi, bunun yegane ya da belirleyici amacı oluşturmamış olacağına işaret etmiştir. Komisyon böylece, sokağa çıkma yasağı uygulaması sırasındaki bazı durumlarda bir cezalandırma niyetinin ne ölçüde devreye girdiğine ilişkin olarak kesin bir sonuca varabilecek durumda olmadığını belirtmiştir. Buradan hareketle de, sokağa çıkma yasağı mevzuatının, genellikle kötüye kullanma anlamına gelecek bir şekilde uygulanmış olduğunun kesin olarak kanıtlanamadığı sonucuna ulaşmıştır⁹⁴. Komisyonun analizinde görülen aşırı yargısal ürkeklik, Sözleşme'nin 18. maddesinin taşıdığı temel önemle taban tabana zıttır. Öncelikle işaret etmek gerekir ki, 18. madde değerlendirmesi açısından, meşru amaç dışındaki amacın yegane amaç olmaması, kural olarak, belirleyici bir nitelik taşımamalıdır. Gayrimeşru sebebin illiyet bağına dahil edilmesiyle birlikte, söz konusu yükümlülükler aykırı tedbirlere ilişkin amaçsal meşruiyet zemininin çürüdüğünü ve 18. maddeye aykırılık oluşturan bir keyfilik halinin ortaya çıkmış olduğunu kabul etmek gerekir. Kaldı ki, böyle bir sebeysel eklektizm varsayımında, meşru sebeple ihtilafli tedbir arasında varlığı öne sürülen illiyet bağı genellikle gayrimeşru sebebi gizlemeye yönelik stratejik bir işleve indirgenmiş olacaktır. Öte yandan da, devreye giren gayrimeşru sebep, hemen her zaman orantılılıkla ilgili aşırılıklara yol açacaktır. Ayrıca Komisyonun, sokağa çıkma yasağının genellikle suistimal oluşturacak bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı sorusunu incelemesinde merkeze alması da uygun değildir. 18. maddenin 15. madde bağlamında ihlali tespiti, yükümlülükler aykırı tedbirin verili bağlamında amacından “genellikle” saptırılmış olmasını asgari bir koşul olarak gerektirmez. Genellikle amacına uygun olarak uygulanan yükümlülükler

⁹⁴ AİHK, Yunanistan/Birleşik Krallık davası, *op.cit.*, §287.

aykırı bir tedbirin amacından saptığı istisnai durumların da 18. madde ihlali oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Komisyonun *Yunanistan/Birleşik Krallık* davasındaki raporunu denetim görevine başladığı ilk yıllarda ve incelediği ilk devletlerarası başvuruya ilişkin olarak yazmış olması, bu yargısal ihtiyatını açıklayan bir sebep olarak okunabilir.

18. madde, 15. maddeye ilişkin Mahkeme incelemesi açınsındansa *Lawless/İrlanda (n° 3)* davasında devreye girmiştir. Mahkeme, bu davada, ilgili 1940 tarihli kanunla Hükümete tanınan yetkiye dayanan ihtilaflı göztaltının Sözleşme'ye uygun olduğuna hükmederken, onun, 18. madde anlamında öngöröldüğü amaç dışında başka bir amaç için kullanılmış olduğunu gösteren herhangi bir bulgunun bulunmadığı tespitini de yapmıştır. Söz konusu tedbirin 18. maddeye uygunluğu saptamasını, ihtilaflı özgürlükten alıkoymanın durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşmamış olduğu gözlemiyle beraber gerçekleştirdiği paragrafta, Mahkeme; yakalandığı Temmuz 1957'de başvuruçunun halen IRA eylemlerinin içinde yer aldığından çok ciddi şekilde şüphelenmeyi mümkün kılan olgular bulunduğuna dair Komisyon değerlendirmesini, ilgili mevzuata uyacağını taahhüt etmesi halinde özgürlüğüne kavuşacağını Hükümetin başvuruçuya bildirmiş olmasını ve son tahlilde de başvuruçunun bu yoldan faydalanarak özgürlüğüne kavuşmuş olmasını dikkate almıştır⁹⁵. Buna karşın, 15. maddeyle ilgili olarak önüne gelen davalarda, 18. maddeye uygunluğun Mahkeme tarafından sistematik olarak incelenmediği görölmektedir. Esasen, 15. madde söz konusu olsun ya da olmasın, 18. madde incelemesi hiç bir zaman Mahkeme denetiminin zorunlu bir biçimsel ögesi değildir. Bu durumsa, normaldir; zira, hukuken aslıolan devletin iyi niyetidir. Şu halde, amaçtan sapma yasağına dair inceleme, ancak bu yönde somut bir şüphe başvuruçular tarafından gündeme getirildiğinde ya da Mahkeme tarafından re'sen dikkate alındığında, gerçekleştirilecektir. Geçmişte Mahkemenin önüne gelmiş olan davalarda 18. maddeye takılacak bir uygulamaya rastlanılmamıştır. Buna karşın, Sözleşme hukukunda 15. madde uygulanmazken de son derece cılız bir uygulaması olan 18. maddenin, Mahkemenin önüne gelecekte olağanüstü hal durumuyla ilgili amaçtan sapmış tedbir örneklerinin gelmesi halinde, istisnai nitelikteki 15. madde rejimi bünyesinde kendisine verimli bir etkinlik alanı bulabileceği öngörülebilir. Böyle bir perspektif açınsından,

⁹⁵ AİHM, *Lawless/İrlanda (n° 3)* kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §38.

Komisyonun *Yunanistan/Birleşik Krallık* davasına ilişkin raporundaki denetim yumuşaklığının aşılmasının elzem olduğuysa aşıkardır.

Mahkeme, genel tehlikeye karşı koymak üzere alınacak tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşıp aşmadığına dair orantılılık incelemesindeyse devlete bir takdir marjı bırakmakta, ancak açık keyfilik hallerinde Sözleşme ihlali saptamaktan da imtina etmemektedir.

III) 15. Madde Bağlamında Alınan Tedbirlerin Orantılılığı Açısından Açık Keyfilik Hali Denetimi

Devletin 15. madde bağlamında ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike olarak ileri sürdüğü sebebin geçerliliği, alacağı olağan yükümlülüklerle aykırı tedbirleri kendiliğinden meşrulaştırmaz⁹⁶. Devlet, Sözleşme’de yer alan olağan yükümlülüklerine aykırı tedbirleri ancak “*durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde*” alabilir. Bu sınır, özgürlüğün kural ve hak sınırlamasınınsa istisna olduğu şeklindeki temel özgürlükçü ilkenin⁹⁷, Sözleşme’nin olağanüstü hak sınırlama rejiminde de geçerli olduğunu ifade eder. İhtilaf konusu tedbiri durumun kesinlikle gerektirip gerektirmediğine ilişkin Mahkeme denetimi, bir orantılılık incelemesi olarak analiz edilebilir⁹⁸. Orantılılığın, 15. madde rejiminde teknik açıdan en hassas inceleme safhasını oluşturduğu söylenebilir. Mahkemenin orantılılık incelemesinin kapsamına bakıldığında, öncelikle, hangi yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin alınacağıının belirlenmesi bakımından devletin sahip olduğu takdir marjı gözler önüne serilir (A). Bununla be-

⁹⁶ Tıpkı meşru amaç açısından olduğu gibi, sırf kanunilik ilkesine riayet edilmesi de, yine 15. madde bağlamında yükümlülüklerle aykırı tedbirleri meşrulaştırmaya elvermez. Gerçekten de, bir gözaltının salt iç hukuka uygun oluşu, 5/3. maddedeki yükümlülüklerle aykırı olarak alınan tedbirlerin 15. madde bağlamında haklılaşmasını sağlamaz. AİHM, Demir ve diğerleri/Türkiye kararı, 23 Eylül 1998, başvuru n° 21380/93, 21381/93 ve 21383/93, §52.

⁹⁷ Hükümet Komiseri Corneille, Fransız Danıştay’ında görülen Baldy davasında yazdığı görüşünde, bu fikri şöyle ifade eder: “Kamu hukukuna ilişkin her tartışmanın, genel ilkelere uymak amacıyla; özgürlüğün kural, kolluk sınırlamanınsa istisna olduğu bakış açısından hareket etmesi gerekir”. Conclusions du commissaire du gouvernement Corneille sur CE, 10 août 1917, Baldy, Leb. s.640.

⁹⁸ 15. maddenin ilk fıkrasında, Sözleşme’nin 8. ila 11. maddelerinin 2. fıkralarında kullanıldığı şekilde “gerekli” (“nécessaire”, “necessary”) tabiri kullanılmamış, orantılılık fikrini doğrudan şekilde ima eden “ölçü” (“mesure”, “extent”) sözcüğüne başvurulmuştur.

raber, Mahkemenin orantılılık incelemesinin zaman içerisinde geliştiği ve etkili hale gelmeye başladığı söylenebilir. Devletin bu alanda tanınmış olan yetkisi, sınırını, Mahkemenin 2000’li yıllarda artan bir özenle denetlemeye ve müeyyidelendirmeye başladığı açık keyfilik halinde bulur (B).

A) Yükümlülükler Aykırı Tedbirlere İlişkin Orantılılık İncelemesinin Kapsamı

Orantılılık ilkesi, Mahkemenin Sözleşme’ye uygunluk denetiminde genel olarak başat bir yer tutar. Orantılılık, 8. ila 11. maddelerdeki hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçüt bloğunda yer alan demokratik toplumda gerekli olma testinin, “*buyurucu toplumsal ihtiyaç*” ile beraber içerdiği iki alt testten birisidir⁹⁹. Yine Mahkemenin 14. maddedeki ayrımcılık yasağıyla ilgili incelemesinde, benzer durumda olan insan kategorileri arasında Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden birisine ilişkin bir muamele farklılığının saptanması halinde, o hak ya da özgürlüğe ilişkin maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlaline hükmedilmemesi için, ihtilafli ayırımın nesnel ve makul bir gerekçeye dayanıyor olması gerekir. Bu son ölçütse iki alt test içerir: İlgili ayırımın gerisinde meşru bir amaç var olmalı ve kullanılan araçlarla takip edilen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmalıdır¹⁰⁰.

Mahkeme denetiminde genel olarak büyük önem taşıyan orantılılık ilkesi, kullanılan aracın izlenen meşru amaç bakımından taşıdığı elverişliliği, Sözleşme’ye uygunluk açısından yeterli bir koşul olarak görmez. Bunun ötesinde, araçla amaç arasında, özgürlükçü bir perspektif temelinde bir denge ilişkisi bulunması gerekliliğine işaret eder. Bu özgürlükçü denge, yetkili kamu otoritesine, aynı sonucu sağlayacak alternatifler arasından özgürlüğü en az kısıtlayacak olan tedbiri seçmesi ödevini izafe eder¹⁰¹. Mahkeme böylece, Sözleşme hukukuna ilişkin genel bir ilke

⁹⁹ Örneğin bkz.: AİHM, Sunday Times/Birleşik Krallık (n°1) kararı, 26 Nisan 1979, başvuru n° 6538/74, §62.

¹⁰⁰ AİHM, Marckx/Belçika kararı, 13 Haziran 1979, başvuru n° 6833/74, §33; AİHM, arrêt Kurić ve diğerleri/Slovenya kararı, 26 Haziran 2012, başvuru n° 26828/06, §386.

¹⁰¹ Ergec’in de işaret ettiği üzere, orantılılık açısından, özgürlüğün sınırlandırılmasının meşru amaca ulaşmak için elverişli tek araç olarak belirmesinin gerekmesinin yanında, olası bir çok tedbir içerisinde, yetki sahibinin en az sınırlayıcı olan tedbiri yeğle-

olarak, devletin, temel hakları sınırlarken, söz konusu haklar açısından en az sınırlayıcı olan araçları tercih etmek yükümlülüğünde olduğunu belirtmektedir¹⁰². Bu özgürlükçü orantılılık anlayışı, liberal demokrasilerin hak sınırlama rejimlerinin bir nevi mütemmim cüzünü oluşturur¹⁰³. Aynı amaca ulaştıracak alternatif araçlar içerisinde daha ağır olunanın

mesi de gerekir R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 2^e éd. refondue, Bruylant, Bruxelles, 2006, s.176. Devletin aldığı tedbire nazaran daha az sınırlayıcı bir alternatifin bulunması meselesi üzerine bkz.: S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, s.205-219.

¹⁰² AİHM, İsviçre Raelien Hareketi/İsviçre kararı (Büyük Daire), 13 Temmuz 2012, başvuru n° 16354/06, §75. Mahkeme, en az sınırlayıcı aracı seçme yükümlülüğünü, farklı Sözleşme maddeleri bağlamında zikretmektedir. 5. madde bağlamında bkz.: AİHM, Witold Litwa/Polonya kararı, 4 Nisan 2000, başvuru n° 26629/95, §78. Bkz. mutatis mutandis: AİHM, Enhorn/İsveç, 25 Ocak 2005, başvuru n° 71555/01 §44. 8. madde açısından, bkz.: AİHM, Nada/İsviçre kararı, 12 Eylül 2012, başvuru n° 10593/08, §183; AİHM, Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya kararı, 6 Haziran 2013, başvuru n° 38450/05, §133 ve §145. 10. madde bağlamında bkz.: AİHM, Informationsverein Lentia ve diğerleri/Avusturya kararı, 24 Kasım 1993, başvuru n° 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 ve 17207/90, §39; AİHM, Women On Waves ve diğerleri/Portekiz kararı, 3 Şubat 2009, başvuru n° 31276/05, §41. 11. madde bağlamında bkz.: AİHM, Fáber/Macaristan kararı, 24 Temmuz 2012, başvuru n° 40721/08, §43. 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde bağlamında bkz.: AİHM, Karner/Avusturya kararı, 24 Temmuz 2003, başvuru n° 40016/98, §41; AİHM, X ve diğerleri/Avusturya kararı, 19 Şubat 2013, başvuru n° 19010/07, §140; AİHM, Vallianatos ve diğerleri/Yunanistan kararı, 7 Kasım 2013, başvuru n° 29381/09 ve 32684/09, §85. Buna karşın, Mahkeme, bu ölçüte 1 numaralı Ek Protokol'ün 1. maddesi bağlamında başvurmamıştır. Bkz.: AİHM, James ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, 21 Şubat 1986, başvuru n° 8793/79, §51; AİHM, Tre Traktörer Aktiebolag/İsveç kararı, 7 Temmuz 1989, başvuru n° 10873/84, §§61-62; AİHM, Mellacher ve diğerleri/Avusturya, 19 Aralık 1989, başvuru n° 10522/83, 11011/84 ve 11070/84, §53.

¹⁰³ Örneğin Kanada Yüksek Mahkemesi de, üç alt testli bir orantılılık incelemesi gerçekleştirmektedir. Baş Yargıç Dickson tarafından kaleme alınan R. c. Oakes kararında ifadesini bulduğu şekliyle, bu incelemenin kapsamı şöyledir: Söz konusu sınırlayıcı tedbirin amaçla rasyonel bir bağı olmalı; söz konusu tedbir, ilgili hak ya da özgürlüğü mümkün olan en az derecede sınırlıyor olmalı ve hak ya da özgürlüğü sınırlayan tedbirin etkileriyle, yeterli ölçüde önemli addedilen amaç arasında orantılılık olmalıdır. Kanada Yüksek Mahkemesi, R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, 28 Şubat 1986, §70.

seçilmesi, keyfiliğe işaret eder ve bir hukuk devletinde hiç bir koşulda kabul edilemez.

15. maddenin lafzındaki “*kesinlikle*” ibaresinin, düzenlemenin olağanüstü hak sınırlamalarına imkan veren gerilimli ve riskli doğasını dengelemek adına, en az sınırlayıcı aykırı tedbire başvurulması testinin titiz bir şekilde uygulanmasını evleviyetle içerecek sıkı bir yargısal denetimi kurguladığı, ilk bakışta düşünülebilir¹⁰⁴. Öyle ki, örneğin buradaki “*kesinlikle*” ibaresi ya da herhangi bir muadili, 8. ila 11. maddelerin 2. fıkralarında öngörülen olağan hak sınırlama rejimi şablonunun içerdiği demokratik toplumda gerekli olma ölçütü açısından kullanılmamıştır¹⁰⁵. Bununla birlikte, 15. maddenin amacı, devlete, yaşadığı istisnai nitelikteki tehlikeyi aşabilmesi amacıyla belirli bir ek hareket alanı açmaktır. Bu itibarla, olağanüstü bir durumla boğuşmakta olan devletin araçsal tercihlerinin, ikincillik ilkesinin egemen olduğu bir uluslararası hak koruma düzeninde konumlanan uluslararası yargıç tarafından azami bir katılıkla ve ödünsüz şekilde sorgulanması; 15. maddenin devlete tanımayı öngördüğü ek esneklikle, şu halde bu maddenin kendi konu ve amacıyla çelişebilir¹⁰⁶. Ayrıca, olağanüstü durumlar esnasında söz konusu olacak aşırı bir denetim katılığı, Mahkemenin devletler nezdindeki yargısal meşruiyetinin örselenmesine de yol açabilir. Bu vaziyetin ayırında olan Avrupa yargıcı, genel bir tehlike ulusun varlığını tehdit ettiğinde, o tehlikeye son verebilmek için ne kadar ileri gitmenin gerektiğini belirlemenin, öncelikle, ulusunun varlığından sorumlu olan devlete düşüğünü belirtir ve şöyle devam eder:

“O esnadaki zorlayıcı gerçeklerle doğrudan ve devamlı şekilde temasta olan kamusal makamlar, ilke olarak,... [böyle bir genel tehlikeyi] engellemek için gerekli olan Sözleşme yükümlülüklerine aykırı tedbirlerin mahiyet ve kapsamı konusunda hüküm vermek bakımından, uluslara-

¹⁰⁴ Bu arada, Siracusa ilkelerinin 63’üncüsü, istisnai genel tehlike durumunda yükümlülüklerle aykırı tedbirlere izin veren KSHS düzenlemelerinin dar şekilde yorumlanacağını belirtir. The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, *op.cit.*, §63.

¹⁰⁵ Bu konuda bkz.: AİHM, Handyside/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §48.

¹⁰⁶ Kaboğlu da, azami yargısal denetimin, olağanüstü yönetimin amacıyla bağdaşmayacağına işaret etmektedir. İ. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku 1. İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, *op. cit.*, s.101.

*rası yargıçlara göre daha uygun bir konumda bulunurlar. 15. maddenin ilk fıkrası... bu konuda onlara geniş bir takdir marjı bırakır*¹⁰⁷.

Mahkeme, genel tehlikeye karşı koyabilmek için gerekli olan araçların belirlenilmesi açısından devlete tanıdığı bu yetkiyi *Brannigan ve McBride* kararında da vurgulamıştır. Buna göre, Mahkeme, karşılaşılan krize karşı koyacak en uygun ya da elverişli araçlar konusundaki kendi görüşünü, terörle mücadele için etkili tedbirleri almakla bireysel haklara saygı arasında bir denge kurmaktan doğrudan mesul olan Hükümetin görüşünün yerine geçirmemelidir¹⁰⁸. Mahkeme, bu şekilde, ikincillik ilkesine saygılı bir şekilde, yargısal ihtiyatlılığı ön plana almaktadır. Bu doğrultuda, en az kısıtlayıcı olan aracın seçilmiş olup olmadığı hususunda katı bir denetim uygulamak yerine, takdir marjını öne çıkaran ve ancak aracın amaçla belirgin bir dengesizlik ilişkisi içerisinde bulunduğu açık keyfilik hallerini müeyyidelendirmeye yönelmiş bulunan bir orantılılık incelemesi gerçekleştirmeyi tercih etmektedir. Kuşkusuz ki, bu durum, 15. maddenin, devleti, insan haklarına bağlı bir hukuk düzeninin *sine qua non* bir unsuru olan en az sınırlayıcı aracı seçme yükümlülüğünden bağışık tuttuğu şeklinde yorumlanamaz. Buna karşın, bu denetim yoğunluğu sınırlaması uyarınca, devletin, verili amaç açısından en az sınırlayıcı olan elverişli aracın hangisi olduğuna ilişkin görüşü, sadece açık bir takdir hatasının varlığı halinde tartışmaya açılabilmektedir.

Bu itibarla, Mahkemenin gösterdiği empatinin sınırını, takdir marjının devlet tarafından makul olmayan bir şekilde, bir başka deyişle, keyfilik oluşturacak tarzda kullanılması hali oluşturur. Perelman'ın da işaret ettiği üzere, "*makul [sözcüğü], tek bir çözüme gönderme yapmayı, mümkün çözümlerin çokluğunu içerir. Ancak bu hoşgörünün bir sınırı vardır. Kabul görmeyecek olan, makul olmayandır*"¹⁰⁹. Mahkeme-

¹⁰⁷ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, *op. cit.*, §207. Bkz. aynı şekilde: AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §43; AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §173; AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, *op.cit.*, §68; AİHM, Nuray Şen/Türkiye kararı, *op.cit.*, §25.

¹⁰⁸ AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §59.

¹⁰⁹ C. PERELMAN, *Ethique et Droit*, *op.cit.*, p.515. Bkz. ayrıca: s.520. Yargıç Zupančič de, akla uygun olmayana tespit etmenin, akla uygun olanı belirlemekten daha kolay olduğunu ifade etmektedir. Yargıç Zupančič'in Chassagnou ve diğerleri/Fransa kararına ek kısmen uyumlu ve kısmen muhalif görüşü. AİHM, Chassagnou ve diğerleri/Fransa, 29 Nisan 1999, başvuru n° 25088/94, 28331/95 ve 28443/95.

nin Sözleşme yorumundaki genel yaklaşımı, ulusal takdir marjının varlığı halinde, devleti, ideal ve objektif bir makul çözüme zorlamamak ve kendisini, onun makul olmayan bir tercih yapmadığını kontrol etmekle sınırlamaktır. Bu minvalde, Yargıç Bernhardt'ın, *Wingrove* davasında söz konusu olan ve yasaklanmasının gerekli olduğuna kişisel olarak kanaat getirmemiş olduğu *Visions of Ecstasy* adlı video filmine ilişkin değerlendirmesi manidardır. Yargıç Bernhardt, ulusal takdir marjının mahiyeti gereği, bir görüş farklılığı söz konusu olduğunda, uluslararası yargıcın, ancak iç hukuk düzeninde alınan kararın makul bir gerekçesinin olmaması halinde müdahale edebileceğini belirtmiştir. Bu çerçevede de, bu davada, oyunu, konuyla ilgili aksi yöndeki şahsi görüşüne rağmen, 10. madde ihlali yokluğu yönünde kullanmıştır¹¹⁰.

Mahkemenin orantılılık incelemesi, 15. madde uygulaması bakımından iki açıdan devreye girer. Orantılılık testi, ilk olarak, karşılaştığı tehlikeye, daha az sınırlayıcı olan olağan zaman mevzuatıyla karşı koyabilecek bir devletin, 15. madde çerçevesinde alacağı yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin haklılık taşımayacağına işaret eder. Siracusa ilkelerinden 53'üncüsü de, yükümlülüklerle aykırı tedbirin KSHS'de öngörülmuş olan özel sınırlamalar dahilindeki olağan tedbirlerin ulusun varlığını tehdit eden tehlikeye karşı koymak için yeterli olacağı bir durumda alınmasının, o tedbirin, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde alınmadığı anlamına geleceğini ifade eder¹¹¹.

Olağan mevzuatın söz konusu tehlike durumu açısından yetersiz kalıp kalmadığı meselesi, Sözleşme organları tarafından kimi davalarda incelenmiştir. Komisyon, *Yunanistan/Birleşik Krallık* davasında, yargı kararına dayanmayan ihtilafli tutmaların savunmacı hükümetin takdir marjı çerçevesinde durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü geçmemiş olduğunu tespit ederken; Kıbrıs halkını kaplayan aşırı yılgınlık olgusunun, EOKA teröristleriyle bağlantıları olduğundan şüphelenilen kişilere

¹¹⁰ Yargıç Bernhardt'ın *Wingrove/Birleşik Krallık* kararına ek uyumlu oyu. AİHM, *Wingrove/Birleşik Krallık* kararı, 25 Kasım 1996, başvuru n° 17419/90. Yargıç Bernhardt'ın görüşü, burada, salt metodolojik mahiyette bir hassasiyetle anılmıştır. Buna karşın, *Wingrove* kararı; çoğaltılabilir iletişim araçlarıyla kullanılan ifade özgürlüğünün sınırı olarak başkalarının dini duygularının korunmasını öne çıkarırken benimsediği aşırı genişlikteki yatay zarar tehlikesi anlayışı ve bunun yol açtığı anti-demokratik ahlaki konformizmi sebebiyle, eleştiriyi hak etmektedir.

¹¹¹ The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, *op.cit.*, §53.

karşı olağan ceza usulünün uygulanmasını imkansız hale getirmiş olmasını ve ayrıca Kıbrıs Hükümetinin alternatif tedbirlerin ve prosedürlerin Kıbrıs'taki özel durum bağlamında yetersiz kaldığına ilişkin görüşünü dikkate almıştır¹¹². Mahkeme ise, terör eylemlerine katılmayı istediklerinden şüphelenilen kişilerin hâkim önüne çıkarılmadan tutulmalarıyla ilgili *Lawless/İrlanda* (n° 3) davasında, yürürlükteki olağan mevzuatın, İrlanda Hükümetince IRA örgütünün ve IRA'dan ayrılanlarca oluşturulan grupların eylemlerine karşı koyulabilmesi açısından yeterli olacağı savını kabul etmemiştir. Mahkeme, olağan mevzuatın uygulanmasının, İrlanda Cumhuriyeti'ni 1957'de tehdit eden tehlikenin büyümesini frenlemeye olanak vermemiş olduğunu; genel yetkili ceza mahkemelerinin, özel yetkili ceza mahkemelerinin ve askeri mahkemelerin kamusal barışı ve düzeni yeniden sağlamaya yetmediklerini ifade etmiştir. Ayrıca, devletin, ihtilafli yükümlülüğe aykırı tedbir yoluna başvurmak yerine İrlanda Cumhuriyeti'yle Kuzey İrlanda'nın sınırını tamamıyla kapatabileceği görüşü karşısında da, Mahkeme, böyle bir tedbirin, toplumun bütünü açısından olağanüstü halin gerektirdiği seviyeyi aşacak çok ağır sonuçları olacağına işaret etmiştir. Böylece, bahis konusu tedbirlerin İrlanda'da 1957 yılında var olan duruma etkili bir şekilde karşı koymaya olanak veremeyecek olmasından ötürü, terör eylemlerine katılmayı istediklerinden şüphelenilen kişilerin ihtilafli düzenleme uyarınca idari kararlarla tutulmaları, ağırlığına rağmen, Mahkeme tarafından koşulların gerektirdiği bir tedbir olarak kabul edilmiştir¹¹³. *İrlanda/Birleşik Krallık* davasında da, yine IRA'yla mücadele çerçevesinde, yargı kararına dayanmayan özgürlükten alıkoyma uygulamaları gündeme gelmişti. Mahkeme, karşılaşılan yoğun şiddet ve yıldırma dalgasının karşısında, Kuzey İrlanda Hükümetinin ve 1972'de doğrudan idareye geçilmesiyle beraber de Birleşik Krallık Hükümetinin, olağan mevzuatın sunduğu çarelerin terörle mücadelede yeterli olmadığını ve yargı kararı olmadan vukubulan özgürlükten alıkoymalar aracılığıyla olağan mevzuatı aşan tedbirlere başvurmalarının gerektiğini düşünmelerini makul bulmuştur¹¹⁴. *Marshall* davasındaki başvuru da, yetkililerin, davada söz konusu edilen şiddet olgu-

¹¹² AİHK, Yunanistan/Birleşik Krallık davası raporu, *op.cit.*, §318.

¹¹³ AİHM, *Lawless/İrlanda* (n° 3) kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §§35-36. Bu arada Mahkeme, kötüye kullanılma riskine karşı öngörölmüş kimi güvenceleri de dikkate almıştır. Bkz. §37. Bkz. *infra* s.469.

¹¹⁴ AİHM, *İrlanda/Birleşik Krallık* kararı, *op. cit.*, §212.

sunu olağan ceza hukuku araçlarıyla kontrol altına alabileceklerini savlamıştı. Ayrıca, Birleşik Krallık'ın başka kısımlarında karşılaşılan benzer ölçekteki şiddete, yargısal prosedüre ilişkin güvencelere dokunulmadan yanıt verildiğini ifade etmişti. Buna karşın, başvuruyu kabul edilemez bulan Mahkeme, başvurucunun akıl yürütmesinin, Kuzey İrlanda'daki şiddetin özgül mahiyetini ve olağanüstü durumun arka planını oluşturan siyasi ve tarihsel değerlendirmeleri yeterince hesaba katmadığına işaret etmiştir¹¹⁵.

Belirtmek gerekir ki, anılan davalarda savunmacı devletlerin lehine sonuçlanmış olan bu incelemenin, Mahkeme tarafından bir Sözleşme ihlaline dayanak yapılması ihtimali son derece zayıftır. Zira, olağan mevzuatın yetersizliğine ilişkin söz konusu orantılılık incelemesinin yapılabilmesinin ön koşulu, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığının Mahkeme tarafından kabul edilmiş olmasıdır. Böyle bir kabulse, zımnen, olağan zaman mevzuatının, söz konusu istisnai tehlikeyi bertaraf etmekte yetersiz kalacağı fikrini içerir. Daha önce aktarıldığı üzere, Komisyon, cuntacı Yunanistan Hükümetine karşı yapılan devletlerarası başvuruyla ilgili raporunda, 15. madde anlamındaki genel tehlikenin taşıyacağı dört nitelikten birisinin, ilgili tehlikenin, Sözleşme'nin olanak verdiği olağan tedbir ve kısıtlamaların açık şekilde yetersiz kalması manasında, istisnai bir nitelik taşıması olduğuna işaret etmiştir¹¹⁶. Komisyon, bu davada, yükümlülükler aykırı kimi tedbirlerin 21 Nisan 1967'den sonra kaldırıldığını ya da yumuşatıldığını ama buna rağmen sıkıyönetimin devam ettiğini gözlemiştir. Hükümet tarafından, bu açıdan, 1967 yazından beri sık sık tekrar eden bombalama olayları ve sabotaj eylemlerinin varlığına ve yine 1967 Nisan'ından itibaren kimi yasa dışı örgütlerin kurulup eylemde bulunması olgusuna dayanılmıştır. Buna karşın Komisyon, Hükümet tarafından öne sürülen bu etkenlerin, olağan tedbirlere başvuran kamu yetkililerinin kontrolü dışında olmadığını yahut Yunan ulusunu tehdit edecek bir derecede bulunmadığını saptamıştır¹¹⁷. Komisyon böylece, Hükümet tarafından tehlike olarak değerlendirilen

¹¹⁵ AİHM, Marshall/Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, B.

¹¹⁶ AİHK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan davası raporu, *op.cit.*, §153. Bkz. *supra* s.424.

¹¹⁷ AİHK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan davası raporu, *op.cit.*, §§206-207.

etkenlere karşı olağan tedbirlerle karşılık verilebileceği ölçütünü, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin var olmadığının kanıtı olarak kullanmıştır¹¹⁸. Komisyonun bu makul akıl yürütmesinin kabulü, davada öne sürülen genel tehlikenin 15. madde anlamındaki geçerliliğini onaylamak suretiyle orantılılık incelemesi safhasına geçmiş olan Mahkemenin, genel tehlikeye karşı koymak açısından olağan zaman tedbirlerinin yeterli olmasına rağmen alındıkları gerekçesiyle ihtilaflı yükümlülükler aykırı tedbirleri orantısız adderek Sözleşme'ye aykırı görmesi halini tutarsız ve çelişkili kılacaktır. Ayrıca eklemek gerekir ki, Mahkeme, önüne gelen davalarda maddi olguların belirlenmesine ve iç hukukların yorumuna ilişkin yetkinin ikincillik ilkesi uyarınca ilke olarak yalnızca ulusal makamlara ait olduğunu ve onların bu konulara ilişkin görüşlerini ancak aşık ve apaçık keyfilik halinde ve istisnai olarak sorgulayabileceğini belirtmektedir¹¹⁹. İç hukukun yorumunda kamu makamlarına atfedilen bu yetki karşısında, Mahkemenin, devlete, genel tehlikeyle mücadele etmek açısından olağan mevzuatının yetersiz olduğunu düşünürken hatalı bir yorum yaptığı yönünde bir isnatta bulunması ihtimali de yine son derece küçüktür¹²⁰. Şu halde, tutarlılık gereği ve ikincillik ilkesi uyarınca, Mahkemenin, daha az sınırlayıcı olan olağan zaman mevzuatının yerine daha fazla sınırlayıcı olan 15. madde rejimini kullanmış olmasını bir ihlal sebebi olarak devlete izafe etme ihtimali çok zayıftır¹²¹.

Orantılılık ilkesi, ikinci olarak, 15. madde bağlamında izlenen meşru amacı Sözleşme haklarına daha az aykırılık getirecek bir tedbirle sağlamak mümkünken, daha fazla aykırılık getiren tedbirin tercih edilmesinin, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşmak olacağına işaret

¹¹⁸ Raporun anılan kısmında devreye giren söz konusu ölçütün işlevinin orantılılıkla ilgili olmayıp, 15. madde anlamında genel bir tehlikenin bulunmadığını göstermekle alakalı olduğu tespitinin teyidi için, bkz.: AİHK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan davası raporu, *op.cit.*, §217.

¹¹⁹ AİHM, Mirolubovs ve diğerleri/Letonya kararı, 15 Eylül 2009, başvuru n° 798/05, §91.

¹²⁰ Bu durum, 15. maddeye başvuran devletin kendi ülkesinde de olağanüstü bir yönetim usulüne geçtiği varsayımda, özellikle böyledir.

¹²¹ Bununla birlikte, böyle bir durum teorik olarak imkansız değildir. Özellikle, devletin olağan mevzuatta işlevsel muadilleri olmayan kimi yükümlülükler aykırı tedbirleri almış olduğu ama bunların yanında, kendisinden beklenen faydayı esasen olağan zaman mevzuatındaki bir tedbirin sağlayabileceği açıkça ortada olan başka bir tedbiri de almış olduğu bir varsayımda, Mahkemenin bu son tedbirin orantısızlığını göstermek üzere onun olağan zaman mevzuatındaki muadiline atif yapabilme ihtimali vardır.

eder. Burada, önceki varsayımda olduğu gibi olağan ve olağanüstü zaman mevzuatları karşılaştırılmamakta; olağanüstü devrede alınmış tedbirlerin orantılılıkları, kendi bağlamlarındaki alternatifleriyle kıyaslanmak suretiyle değerlendirilmektedir. Bu açıdan da devreye giren ulusal takdir marjı, öncelikle, ihtilafli tedbire ilişkin bağlam ve koşulların Mahkeme tarafından kuvvetli bir empatiyle devlet lehine dikkate alınmasını sağlar. Davanın özel koşullarının göz önüne alınması, esasen Sözleşme'nin yorumunda dayanılan genel bir metodolojik gerekliliktir¹²². Bunun yanında, 15. maddedeki “*durumun kesinlikle gerektirdiği*” ifadesi de, orantılılığın tehlikeyi yaratan duruma nazaran tespit edileceğini açıkça göstermektedir. Mahkeme, böylece 15. madde incelemesinde olağanüstü durumu yaratan koşullara gereken önemi vermesinin icap ettiğini ifade etmektedir¹²³. *İrlanda/Birleşik Krallık* davasında, herhangi bir suçtan ya da kamu barışına ve düzenine karşı zararlı bir entrikadan suçlanmayan kişilerin, yalnızca üçüncü kişilerle ilgili olarak bilgi edinilmesi amacına yönelik olarak yakalanılması tedbiri de tartışılmıştı. İhtilafı Kuzey İrlanda'daki bağlamına oturtan Mahkeme, çok sayıda tanımın, büyük riskler almadıkça özgür şekilde ifade verememesi olgusunu dikkate almıştır. Bu itibarla, yetkili makamların, ifadelerini göreceli güvenlik koşullarında alabilmek ve misillemeye uğramalarına yol açmak için ilgilileri yakalamanın kaçınılmaz olduğuna kanaat getirmeleri itibarıyla takdir marjlarını aşmadıklarını belirtmiştir¹²⁴. Mahkeme yine *Brannigan ve McBride* davasında da, Kuzey İrlanda'daki terör tehdidinin mahiyetine ve Sözleşme'deki yükümlülüklerle aykırılığa ilişkin olarak ileri sürülen gerekçelere önem atfetmiştir. Bu temelde de, Hükümetin, yargı denetimden muaf olan ihtilafli gözaltı tedbirinin durumla ilgili kesin gerekliliklere yanıt oluşturduğuna kanaat getirirken ulusal takdir marjını aşmamış olduğu sonucuna varmıştır¹²⁵.

Mahkeme, yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin zaman içerisinde bireyin özgürlüğüne saygı yönünde yumuşatılmasını da, devletin takdir marjını kullanım şeklinin Sözleşme'ye uygunluğu lehine bir delil olarak

¹²² Bkz. örneğin: AİHM, Alexeiev/Rusya kararı, *op.cit.*, §108.

¹²³ AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §43; AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, *op.cit.*, §68; AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §173; AİHM, Demir ve diğerleri/Türkiye kararı, *op.cit.*, §43.

¹²⁴ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §212.

¹²⁵ AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §66.

dikkate almaktadır. *İrlanda/Birleşik Krallık* davasında, 5. maddenin 2., 3. ve 4. fıkralarındaki yükümlülükler aykırı çeşitli tedbirlerin Sözleşme'ye uygunluğu incelenmişti. Bu tedbirler, adli ya da idari başvuru imkanından yoksun şekilde 48 ya da 72 saati geçmeyen gözaltılardan, bir kaç yıl süren kapatma ve tutulmalara varan, farklı kapsamlarda çeşitli özgürlükten alıkoyma uygulamalarından oluşmaktaydı. Mahkeme, bu muhtelif tedbirlerle ilgili olarak; adli mahiyette olmayan Danışma Komitesi'nin, komiserlerin ve oluşturulan istinaf mahkemesinin bir ölçüde koruma sağladıklarını ve ayrıca imkan belirlediğinde de mahkemelerin *common law*'a dayanmak suretiyle sınırlı bir denetim temin edebildiklerini gözlemlemiştir. Mahkeme, bir bütün olarak incelendiğinde, ihtilaflı mevzuatın ve uygulamanın, bireyin özgürlüğüne artan şekilde saygı göstererek geliştiğini ifade etmiştir. Daha en baştan, daha tatmin edici adli ya da en azından idari güvencelerin öngörülmüş olmasının arzu edilir olduğunu, ancak başlangıç devresini, ardından gelen aşamalardan yalıtmanın gerçekçi olmayacağını belirtmiştir. Ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikeyle mücadele eden bir devletten her şeyi aynı anda yapmasını ve benimsediği her bir yönteme, kamu erklerinin işleyişine ve toplumsal barışın yeniden tesis edilmesine ilişkin öncelik taşıyan zorunluluklarla bağdaşabilir tüm teminatları daha en başta eklemesini istememin, onu savunmasız bırakacağına işaret etmiştir. Böylece, 15. maddeye ilişkin yorumun, devletçe alınan tedbirlerin koşullara uyarlanarak kademeli şekilde geliştirilmesine olanak tanınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, doğrudan idareye geçildikten sonra Britanya Hükümetinin ve Parlametosunun, uygulanan düzenlemelerin ilk hallerindeki sertliklerini, kimi açılardan gecikmeksizin yumuşattıklarını belirtmiş; buna karşın, Kuzey İrlanda'yı oluşturan altı kontluğun geçirdikleri ağır kriz itibarıyla, Hükümetin ve Parlamentonun bunları daha fazla yumuşatmalarının gerekmiş olmadığını ifade etmiştir. Böylece, ulusal takdir marjını da dikkate alarak, Birleşik Krallık'ın durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşmadığı sonucuna varmıştır¹²⁶. Mahkeme, 1978 tarihli bu kararında son derece hoşgörülü şekilde ifa ettiği bu orantılılık incelemesinde, iç hukuktaki oldukça mütevazî kimi güvenceleri de dikkate alarak, devletin, 5. maddeye ilişkin yükümlülükler aykırılıkları evrimsel şekilde yontup, yumuşatması için zamana sahip olduğu görüşünü benimsemiştir. Mah-

¹²⁶ AIHM, *İrlanda/Birleşik Krallık* kararı, op. cit., §§216-220.

keme, mevzuatını zaman içerisinde yumuşatma olgusunun, devletin, meşru amaca, zaman içerisinde kişi özgürlüğüne yönelik daha hafif müdahalelerle ulaşabilme yönündeki bir arayışına denk düştüğüne kanaat getirmiş ve bu durumu da, geniş ulusal takdir marjının dikkat ve özenle kullanılmış olduğunun bir delili olarak değerlendirmiştir.

Mahkeme, devletin, öngördüğü yükümlülüğe aykırı tedbiri zaman içinde ortadan kaldıracak yeni bir hukuki yol geliştirme iradesini henüz 15. madde bildirimini esnasında ifade etmesini, onun, orantılılıkla ilgili hassasiyetinin bir emaresi olarak değerlendirmektedir. *Brannigan ve McBride* davasında, başvuruçular, Hükümetin 23 Aralık 1988 tarihinde yaptığı 15. madde bildirimının kapsamının, aslında onun kesin ve kararlı bir görüşe varmamış olduğunu, düşünmek ve istişare için ek bir süre istediğini gösterdiğini ve İçişleri Bakanı'nın 14 Kasım 1989'da bir parlamentere yazdığı ve yükümlülük azaltımını teyit ettiği yazılı yanıtı kadar da, 15. maddenin yükümlülükler aykırı tedbirlere müsaade etmediğini iddia etmekteydiler¹²⁷. 15. maddeye başvurma iradesini gerçekte açıkça ifade ettiği bildiriminde, Hükümetin, gözaltı süresinin uzatılması kararına karşı başvuru yapılabilmesini ve gerektiğinde de söz konusu süre uzatımına bir hâkim veya adli görev yapan başka bir yetkili tarafından izin verilmesini mümkün kılacak bir adli usulü gelecekte oluşturma iradesi de görülüyordu¹²⁸. Mahkeme, söz konusu 15. madde bildiriminin geçerliliğini şu şekilde ifade etmiştir:

*“Yükümlülüğe aykırı tedbirin geçerliliğine, sırf Hükümetin, Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülükler daha iyi bir şekilde uygunluk sağlama yolunu gelecekte tasarlama imkanını incelemeye karar vermiş olması sebebiyle itiraz edilemez. Esasen böyle bir sürekli düşünme süreci, istisnai tedbirlerin gerekliliğinin devamlı olarak yeniden incelenmesini buyuran 15. maddenin 3. fıkrasıyla ... uyuşmakla kalmaz, üstelik, zımnen, tam olarak orantılılık kavramına tekabül eder”*¹²⁹.

Devlete tanınan geniş takdir marjı, ayrıca, yükümlülükler aykırı tedbirlerin yöneldikleri amacı sağlamak bakımından uygulamada etkisiz kalışlarının, tedbirlerin orantısızlığına ilişkin mutlak bir kanıt olarak değerlendirilmesini de engeller. *İrlanda/Birleşik Krallık* davasında, baş-

¹²⁷ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §52.

¹²⁸ Bkz.: AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §31.

¹²⁹ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §54.

vurucu İrlanda Hükümeti, yargı kararına dayanmayan ihtilaflı özgürlükten alıkoymaların uygulamada etkisiz olduğunu, terörü ortadan kaldırmayıp aksine arttırdığını savlamıştı. Bunun yanında, Britanya Hükümetinin, doğrudan yönetime geçiş sonrasında, büyük bir şiddet kol gezmeye devam ederken ve olağanüstü hal düzenlemelerinde değişiklik yapan kanun da yürürlükte kalmışken, ihtilaflı uygulamaları değişik derecelerde yumuşatıp, sonra da kaldırdığını vurgulamıştı. Başvurucu Hükümete göre, bu durum, yargı kararına dayanmayan ihtilaflı özgürlükten alıkoymaların aslında mutlak bir gerekliliğe karşılık gelmemiş olduğunu göstermekteydi. İrlanda Hükümeti böylece, Britanya Hükümetinin öngördüğü yükümlülükler aykırı tedbirlerden, *ceteris paribus*, vazgeçmesinin, onların önceden de etkisiz ve gereksiz olduklarını gösterdiğini iddia etmekteydi. Buna karşın, Mahkeme, Britanya Hükümetinin terörle mücadeleyle ilişkin en makul ya da yararlı yolun hangisi olabileceğine ilişkin değerlendirmesinin yerine başka bir değerlendirmeyi geçiremeyeceğini belirtip, kendisini ihtilaflı tedbirlerin Sözleşme nezdindeki hukukiliğini denetlemekle sınırlamasının gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede de, ilgili tedbirlerin etkililiğini salt geçmişe yönelik şekilde incelemek suretiyle değil ama söz konusu tedbirlerin başta alındığı ve sonra da uygulandığı şart ve koşulları dikkate almak yoluyla hüküm vermesinin gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, kendisi açısından zorunlu olduğuna işaret ettiği bu bakış açısını esas alarak, Birleşik Krallık'ın, yargı kararı olmadan gerçekleştirilen ihtilaflı özgürlükten alıkoymaları gerekli addederek suretiyle 15. maddenin ilk fıkrasının devletlere bıraktığı takdir marjının sınırlarını aşmadığını belirlemiştir¹³⁰.

Görüldüğü üzere, 15. madde bünyesinde alınan tedbirlerin, Sözleşme'ye uygun sayılabilmek açısından mutlak bir etkililik yükümlülükleri yoktur¹³¹. Mahkeme burada da, ihtilaflı tedbirlerin Sözleşme'ye uygunluğunu, son tahlilde, ulusal takdir marjına yaptığı göndermeyle tasdik etmektedir. Buna karşın, Mahkemenin, yükümlülükler aykırı tedbirlerin orantılılığı incelemesinde devlete gösterdiği bu engin hoşgörünün sınırını, devletin tercihlerinin makullük alanının dışına çıkması, bir başka deyişle, açık şekilde keyfî bir nitelik taşıması hali oluşturur.

¹³⁰ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, op. cit., §214.

¹³¹ Bununla birlikte, öngörülen tedbirlere ilişkin olarak mutlak bir etkililik gerekliliğinin olmayışı, Mahkemenin, elverişlilikle ilgili açık takdir hatalarını ihlal sebebi olarak değerlendirmesine mani değildir. Bu konuda, bkz. *infra* s.465-467.

B) Yükümlülüklerle Aykırı Tedbirlerin Orantılılık Testine Bağlı Sınırları

15. madde bağlamında sınırsız bir yetkiye sahip olmayan devletin, kriz durumuyla ilgili zorunlulukların kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşmış olmadığına karar verme yetkisi, Mahkemeye aittir¹³². Komisyonun da ifade ettiği üzere, kendisine bir takdir marjının tanınması, hükümet tarafından 15. madde bağlamında alınan tedbirlerin gerekliliği lehine bir karineye tekabül etmez¹³³. Siracusa ilkelerinden 57'ncisine göre de, yükümlülüklerle aykırı bir tedbirin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde alınmış olup olmadığını belirlemek açısından, ulusal makamların değerlendirmesi belirleyici addedilemez¹³⁴. Bu itibarla, devletin karşılaştığı sorun ne kadar önemli olursa olsun, orantılılık incelemesi baki kalacaktır. Bu anlamda, Mahkeme, örgütlü terörün yurttaşların yaşamı ve demokratik toplumun bütünü açısından bir tehdit teşkil ettiğini ve terör suçlarıyla ilgili soruşturmaların yetkilileri özgül sorunlarla karşılaştırdığını kabul etmektedir. Buna karşılık, soruşturma makamlarının, terörle ilgili bir durumun her ileri sürülüşünde, şüphelileri sorguya çekmek için yerel mahkemelerin ve daha sonra da Sözleşme'nin denetim organlarının etkili bir denetiminden bağışık olacak şekilde 5. madde bağlamında açık bir çeke sahip olmadıklarını da belirtmektedir¹³⁵.

Kökeninde ve teoride, 15. madde bağlamında devletin makul olmayan araçsal seçimlerini ve keyfi tasarruflarını müeyyidelendirmek yoluyla ulusal takdir marjının kullanımına ilişkin aşırılıkları törpülemeye yönelmekle sınırlı bir inceleme olsa da; devleti asgari bir rasyonelliğe ve dengeliliğe çağıran bir orantılılık testi, 2000'li yıllarda Sözleşme hukukunda etkisini hissettirmeye başlamıştır. 15. madde bağlamında özellikle Türkiye'yle ilgili kararların da gösterdiği üzere, her ne kadar bu alanda devletlerin kayda değer bir takdir marjı bulunsa da, yıllar içinde yükselmiş yargısal meşruiyetinin sağladığı özgüvenle hareket eden Mahkeme,

¹³² AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §173; AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, *op.cit.*, §68. Bkz. mutatis mutandis: AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §207.

¹³³ AİHK, Yunanistan/Birleşik Krallık davası raporu, *op.cit.*, §318.

¹³⁴ The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, *op.cit.*, §57.

¹³⁵ Bkz.: AİHM, Murray/Birleşik Krallık kararı, 28 Ekim 1994, başvuru n° 14310/88, §58; AİHM, Nuray Şen/Türkiye kararı, *op.cit.*, §23.

önüne açık keyfîlik hali oluşturan olayların gelmesi halinde Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varabilmektedir. Mahkemenin, yürütmenin suistimal araçlarını pekiştiren olağanüstü hak sınırlama imkanlarını denetlerken aktif bir rol üstlenmeye başlaması büyük önem taşımaktadır. Belirtildiği üzere, böyle durumlarda ulusal yargı mercilerinin yükümlülükler aykırı tedbirlerin kötüye kullanılması halini düzeltme olanakları sıklıkla baltalanmış olacağından, uluslararası kuruluşların güvenilirliği daha yüksek olmaktadır¹³⁶.

Sözleşme tarihinde, 15. madde, sıklıkla, 5. maddede öngörülen özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin olağan yükümlülükler aykırı yakalama ve tutma tedbirleriyle gündeme gelmiştir. 15. madde uygulamasının esas itibarıyla Sözleşme'nin 8. ila 11. maddeleri gibi kapsamlı özel sınırlama sebepleri tanımlamış maddelerine yönelmiş olmamasının temel nedeni, bu maddelerdeki olağan sınırlama sebeplerinin genel tehlike kavramıyla ilgili çoğu durumda ilgili hakkın sınırlandırılmasına zaten olanak tanıyacak oluşudur¹³⁷. Sözleşme'ye uygunluk denetimini yapacağı konular, önüne gelen davaların kapsamıyla çizilen Mahkemenin orantılılık incelemesi de, bu koşullarda, esas itibarıyla 5. maddenin farklı fıkralarında öngörülmüş haklara ilişkin normatif bağlama odaklanmıştır. Bu davalarda, 15. madde bağlamında tanınan ulusal takdir marjının keyfîlik yasağında somutlaşan sınırını açık şekilde tanımlamaya olanak vermiştir; zira, 5. maddenin temel amacı, tam da kişi özgürlüğünü devletin keyfî müdahalelerine karşı korumaktır:

“Mahkeme, 5. maddenin ... Sözleşme sistemindeki önemini vurgular: Bu madde, insanın temel bir hakkını, devlet tarafından özgürlüğüne yönelik keyfî müdahalelere karşı bireyin korunmasını düzenler. Yürütmenin bu tip bir müdahalesinin yargısal kontrolü, keyfîlik riskini en aza indirmek ve hukukun üstünlüğünü sağlamak için tasarlanmış olan 5. maddenin 3. fıkrası ... güvencesinin temel bir unsurunu oluşturur ... Ayrıca hızlı bir yargısal müdahale ... Sözleşme tarafından mutlak ifadelerle yasaklanmış olan ve yükümlülükler aykırı tedbir konusu olamayan

¹³⁶ D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, Law of the European Convention on human rights, *op.cit.*, s.618.

¹³⁷ D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, Law of the European Convention on human rights, *op.cit.*, s.620.

ağır mahiyetteki kötü muamelelerin ortayı çıkarılmasını ve engellenmesini sağlayabilir"¹³⁸.

5. maddedeki yükümlülükler aykırı olarak alınan tedbirlere ilişkin orantılılık incelemesi metodolojisine bakıldığında, Mahkemenin, önce tedbirin haklı bir gerekçesi olup olmadığını inceleyip, ardından da keyfiliğe ve suistimallere karşı yeterli ölçüde güvencenin öngörülmesi olup olmadığını tetkik ettiği görülür¹³⁹. İlk koşulu oluşturan haklı gerekçe yükümlülüğü, hiç kuşkusuz ki 15. madde çerçevesinde alınacak her bir yükümlülüğe aykırı tedbir açısından, hangi Sözleşme maddesi söz konusu olursa olsun geçerlilik taşıyacak genel bir koşuldur. Varlık sebeplerine ve meşruiyetlerine yönelik olarak asgari bir izah getirilemeyen tedbirlerin makul olmayıp, keyfîlik taşıdığı kabul edilir ve bu tip tedbirler 15. madde tarafından himaye edilmez. Mahkeme, yükümlülüğe aykırı tedbirin haklı bir gerekçesi olup olmadığını, çeşitli parametre ve testler aracılığıyla değerlendirmektedir. Mahkeme, bu çerçevede; olağanüstü durumun süresine ve onu yaratan koşullara¹⁴⁰, karşılaşılan tehdidin mahiyetine¹⁴¹, yükümlülükler aykırılığına ilişkin olarak ileri sürülen gerekçelere¹⁴², yükümlülükler aykırı tedbirin olağanüstü hale gerçek bir yanıt oluşturmaya¹⁴³, yükümlülükler aykırı tedbirin durumun özel koşulları bakımından bütünüyle haklılık taşımasına¹⁴⁴, alınan tedbirlerden etkile-

¹³⁸ AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, *op.cit.*, §76. Bkz. mutatis mutandis: AİHM, Nuray Şen/Türkiye kararı, *op.cit.*, §22.

¹³⁹ Bkz.: AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §§55-65.

¹⁴⁰ AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §43; AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, *op.cit.*, §68; AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §173; AİHM, Demir ve diğerleri/Türkiye kararı, *op.cit.*, §43.

¹⁴¹ AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §66. 15. madde bağlamında kabul edilebilir olan yükümlülüğe aykırılık seviyesi, karşılaşılan genel tehlikenin ciddiyet seviyesi nispetinde yüksek olabilecektir. Bu anlamda, bkz.: D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on human rights*, *op.cit.*, s.635.

¹⁴² AİHM, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §66.

¹⁴³ AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §184. Bkz. ayrıca: AİHM, Marshall/Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, B.

¹⁴⁴ AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §184. Bkz. ayrıca: AİHM, Marshall/Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, B.

nen Sözleşme haklarının mahiyetine¹⁴⁵, Sözleşme'deki yükümlülüklerle aykırılığın kapsamının sınırlı oluşuna¹⁴⁶ ve istisnai tedbirlerin gerekliliğinin devamlı olarak yeniden incelenmesi yükümlülüğüne¹⁴⁷ önem atfetmektedir.

Haklı gerekçe yükümlülüğüyle ilgili olarak anılabilecek *Aksoy* davasında, Mahkeme, terör suçlarıyla ilgili soruşturmaların yetkilileri özgül sorunlarla karşılaştırdığının bilincinde olmakla beraber, bir şüpheliyi yargı müdahalesi olmadan on dört gün boyunca gözaltında tutmanın kabul edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁴⁸. Bu açıdan, Hükümetin, Türkiye'nin Güneydoğusunda terörle mücadelenin hangi sebeple her türlü yargı müdahalesini olanaksız kıldığını izah eden ayrıntılı sebepler göstermediğine işaret etmiştir¹⁴⁹. Mahkeme, *Demir ve diğerleri* davasında da, uzun gözaltı süreleri söz konusu olduğunda, genel olarak terörden kaynaklanan zorluklara ve soruşturmanın ilişkin olduğu kişi sayısına atıf yapmanın yeterli bir açıklama oluşturmadığını belirtmiştir. Davadaki ihtilafli gözaltıların yargısal denetiminin, davaya ilişkin somut koşullarla ilgili hangi sebeplerle soruşturmanın ilerlemesini tehlikeye attığı hususunun yanıtsız kaldığını ifade etmiştir¹⁵⁰. Buna karşılık, Mahkeme, *Aksoy* kararında da değindiği üzere, yargı denetimine tabi olmayan ihtilafli gözaltı tedbirine ilişkin olarak Sözleşme ihlali saptamadığı *Brannigan ve McBride* kararında, haklı gerekçe oluşturan kimi somut unsurları dikkate almıştır. Gerçekten de bu davada, çeşitli raporların, terör suçlarına değgin soruşturma ve kovuşturmaların içerdiği zorluklardan ötürü, yargısal denetime tabi olmayan gözaltı süresinin uzatılmasının gerektiğine işaret etmesine önem vermiştir. Mahkeme ayrıca, Hükümetin, böyle süre uza-

¹⁴⁵ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §43; AİHM, *Aksoy/Türkiye* kararı, *op.cit.*, §68; AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §173; AİHM, *Demir ve diğerleri/Türkiye* kararı, *op.cit.*, §43.

¹⁴⁶ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §66.

¹⁴⁷ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §54. Bkz. *infra* s.467-468.

¹⁴⁸ Mahkeme, yargı denetimi olmadan dört gün ve altı saat sürmüş bir gözaltının, 5/3. maddenin zamanla ilgili olarak öngördüğü katı sınırlara aykırı olduğunu ifade etmektedir. AİHM, *Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §62. Şu halde, dört gün ve altı saat ve daha uzun bir süre boyunca yargısal denetim olmadan gerçekleşen özgürlükten alıkoymaların, 15. madde uyarınca haklı kılınabilmeleri gerekir. Bu anlamda bkz.: AİHM, *Nuray Şen/Türkiye* kararı, *op.cit.*, §24.

¹⁴⁹ AİHM, *Aksoy/Türkiye* kararı, *op.cit.*, §78.

¹⁵⁰ AİHM, *Demir ve diğerleri/Türkiye* kararı, *op.cit.*, §52.

tımlarına ilişkin kararlara dayanak olan kimi bilgileri tutulan kişiye ve onun hukuk danışmanına aktarmaya mani olmanın temel önemde olduğunu düşündüğünü gözlemlemiştir; *common law*'ın çekişmeli sisteminde, hâkimlerin ya da yargı fonksiyonu ifa eden başka kamu görevlilerinin süre uzatımı kararlarının alınmasında ya da onaylanmasında devreye girmeleri halinde, yargı erkinin bağımsızlığının tehlikeye düşeceği görüşünde olmasını göz önüne almıştır. Mahkeme, bu itibarla, Hükümetin, adli yapının küçük olduğu ve terör saldırılarına karşı kırılgan bulunduğu Kuzey İrlanda bağlamında, kamu tarafından yargının bağımsızlığına duyulan güven konusuna büyük önem atfetmesinin anlaşılabilir olduğunu ve ihtilaf tedbir açısından takdir marjını aşmış olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir¹⁵¹. Böylece, haklı gerekçe dayanaklarının somut olarak söz konusu olduğu *Brannigan ve McBride* davasının aksine, savunmacı Hükümetin somut olarak ve tatmin edici şekilde haklı gerekçe gösteremediği *Aksoy ve Demir ve diğerleri* davalarındaysa, Mahkeme, Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Şu halde, yükümlülüğe aykırı tedbire ilişkin olarak soyut bir sebebe dayanmak yeterli olmamakta; ihtilaf tedbirin, olay bağlamının özgül koşullarında hangi somut sebeplerle gerekli olduğuna dair bir gerekçenin tatmin edici şekilde gösterilmesi gerekmektedir.

Mahkemenin haklı gerekçeye ilişkin incelemesi açısından iki noktaya daha işaret edilebilir. İlk olarak, Mahkeme, aracın amaç açısından taşıdığı açık elverişsizliği, haklı gerekçenin yokluğunun özgül bir görünümü olarak mahkum etmektedir. Uluslararası teröristler olduklarından şüphe edilen yabancı kişilerin özgürlüklerinden alıkonulmalarına ilişkin *A. ve diğerleri* davasına ilişkin iç hukuk sürecinde, Lordlar Kamarası, o zamanki yargısal fonksiyonuna istinaden¹⁵², İçişleri Bakanının yükümlülüklerine aykırı tedbirler almaya ilişkin kararını iptal etmiş ve orantısız olması ve uluslararası terörist oldukları varsayılan kişilere karşı ayrımcı bir tutma rejimi oluşturmasından ötürü de, ihtilaf konusu kanun maddesinin AİHS'nin 5/1. ve 14. maddelerine aykırı olduğunu ilan etmişti¹⁵³. Hükmedildiği davada taraf olanlar hakkında bağlayıcı olmayan ve onla-

¹⁵¹ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §§58-60.

¹⁵² 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu uyarınca, Lordlar Kamarası'nın ve onun yargıç lordlarının adli nitelikteki fonksiyonlarını, 1 Ekim 2009 tarihinde göreve başlamış olan Birleşik Krallık Yüce Mahkemesi devralmıştır.

¹⁵³ AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §23.

rın mağduriyetini ortadan kaldırmayan bu bağdaşmazlık tespitinden sonra, konuyla ilgili olarak ayrımcı olmayan yeni bir denetim mekanizması oluşturulmuş, daha sonra da, Hükümet, 15. madde bildirimini kaldırmıştı¹⁵⁴. AİHM, 15. maddeye ya da AİHM'nin içtihadına ilişkin bir uygulama ya da yorum hatası yaptığına dair bir kesinlik olmadıkça ya da varlığı hukuki sonuç açıkça makul olmayan bir nitelik taşımadıkça, orantılılık meselesi hakkında savunmacı devletin yüksek mahkemesi olan Lordlar Kamarası'nın görüşünü izlemesinin gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁵. Mahkeme, Lordlar Kamarası'nın haklı olarak, ihtilafli tedbirlerin yabancılarla vatandaşlar arasında ayırım yapmayı haklı kılacak yabancılar hukukuna değil ama aslında daha ziyade ulusal güvenliğe ilişkin olduğuna kanaat getirdiğine işaret etmiştir. İlgili düzenlemenin, Britanya vatandaşlarından olduğu kadar yabancılardan da kaynaklanan gerçek ve ivedi terör saldırıları tehdidine karşı gelmek amacını taşıdığını belirtmiştir. Temelde güvenlikle ilgili bir konuyu ele almak için yabancılar hukukuna ilişkin bir tedbire başvuran yürütmenin ve Parlamento'nun; meseleye uygun olmayan bir çözüm getirmiş olduklarına ve terörist olduklarından şüphelenilen bir grup insanı, orantısız ve ayrımcı şekilde, belirsiz süreli bir tutulma riskine maruz bıraktıklarına dikkat çekmiştir¹⁵⁶. Mahkeme, terör tehdidinin temel kaynağının yabancılar olduğu düşüncesinde olan Hükümetin, Lordlar Kamarası'nın ihtilafli muamele farklılığının haklı gerekçeye dayanmadığı görüşünden ayrılmayı gerektirecek herhangi bir veri iletmediğini ve ayrıca iç yargı merciilerinin de yabancıların Britanyalı yurttaşlardan daha tehlikeli oldukları görüşünü inandırıcı bulmadıklarını belirtmiştir¹⁵⁷. Mahkeme, bu şekilde, Britanyalı yurttaşlarla yabancılar arasında haklı gerekçeye dayanmayan bir ayırım yapan ihtilaf konusu tedbirlerin orantısız olduklarını tespit etmek suretiyle, davadaki dokuz başvurucunun durumuyla ilgili olarak Sözleşme'nin 5/1. maddesinin ihlal edildiğini saptamıştır¹⁵⁸. Bu karar uyarınca, meşru

¹⁵⁴ AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §§82-85.

¹⁵⁵ AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §174 ve §182.

¹⁵⁶ AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §186.

¹⁵⁷ AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §189.

¹⁵⁸ AİHM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §190. Mahkeme, 15. madde çerçevesinde alınan tedbirler söz konusu tehdide göre orantısız olduğunda ve sonuçları açısından da ayrımcı bulunduğu, bu tedbirlerin uygulamaya koyuluş biçimle-

amaç açısından belirgin şekilde elverişsiz olan ve ayrımcı nitelik taşıyan tedbirlerin, Mahkeme tarafından orantılı olarak kabul edilmediği tespit edilebilir. *A. ve diğerleri* kararı, savunmacı devletin kendi Yüksek Mahkemesinin orantılılık konusundaki yaklaşımını özellikle öne çıkarmak suretiyle de olsa¹⁵⁹, yükümlülükler aykırı tedbirlerin elverişliliğiyle ilgili açık takdir hatalarının Mahkeme tarafından müeyyidelendirilebildiğini göstermesi açısından önemlidir. Kararda 14. maddeye açıkça atıf yapılmış olmasa da, yükümlülükler aykırı tedbirlerin elverişliliklerine tesir eden mahiyette bir ayrımcılık, Mahkeme tarafından bir değerlendirme ölçütü olarak dikkate alınmıştır¹⁶⁰.

İkinci olarak, yukarıda da işaret edildiği üzere, devletin, aldığı yükümlülüğe aykırı tedbirlerin gerekliliğini devamlı olarak yeniden incelemeye dair bir yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁶¹. Bu yeniden inceleme gerekliliği, özellikle, süresiz şekilde öngörülmuş tedbirler açısından önem taşımaktadır. Mahkeme, *A. ve diğerleri* davasında, Parlamento'nun yıllık yeniden incelemesine tabi yükümlülükler aykırı tedbirlerin, geçici olmamaları sebebiyle geçersiz addedilemeyeceklerini belirtmiştir¹⁶². Mahkeme, bu kararında, söz konusu özgürlükten alıkoyma tedbirlerinin, on beş aylık ilk devrenin ardından yıllık olarak inceleniyor olmasını, ilgili tedbirlerin süresiz niteliği açısından dengeleyici bir etken olarak dikkate almıştır. Yine *Marshall* davasında da, başvuruçunun hâkim önüne çıkarılmadan maruz kaldığı yedi günlük tutulmanın dayandığı yükümlülüğe aykırı tedbiri devam ettirmenin gerekli olup olmadığı hususunun yetkililer tarafından ciddi bir şekilde incelenmediği görüşünü

rini her durum açısından ayrı ayrı incelemenin gereksiz olduğunu ifade etmiştir. AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §185.

¹⁵⁹ Mahkeme, Lordlar Kamarası'nın, orantılılık meselesinin iç hukuk düzeninde son tahlilde yargının yetki alanına ilişkin olduğu görüşüne katılmıştır. Her halükarda da, yargıç lordların davada çözülmesi gereken meselelerle ilgili olarak gösterdiği ihtimamı dikkate almış ve onların, yürütmenin ve Parlamento'nun görüşüne hak ettikleri önemi atfetmediklerinin söylenemeyeceğini ifade etmiştir. AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §184.

¹⁶⁰ Lordlar Kamarası, ayrımcı olan ilgili mevzuatın 14. maddeye aykırı olduğunu ifade ederken, bu maddeye ilişkin olarak yükümlülükler aykırı tedbirler alabilme bildirimini yapılmamış olduğunu da ifade etmişti. AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §21.

¹⁶¹ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §54.

¹⁶² AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §178.

kabul etmemiştir. Mahkeme, meselenin yeterli bir sıklıkla ele alındığı kanaatine varırken; ilgili mevzuata ilişkin uygulama hakkında yıllık bir incelemenin yapıldığını, Parlamento'nun söz konusu mevzuatın yenilenmesine yönelik olarak yapılan önerileri yıllık olarak tartıştığını ve Kuzey İrlanda'daki siyasi durumla ve güvenlikle ilgili gelişmeleri de dikkate almak suretiyle yetkililerin ilgili mevzuatın işleyişini irdelediklerini belirtmiştir. Bu itibarla da, Hükümetin, yükümlülüklerle aykırı ilgili tedbiri Şubat 2001'de geri almış olmasını dikkate almıştır¹⁶³. Bu bağlamda altı özellikle çizilecek olan husus, soyut olarak belirlenemeyecek olan yeniden inceleme dönemselliğinin gerekli sıklık ölçüsünün, Mahkeme tarafından *Marshall* kabul edilemezlik kararında bir “yeterli sıklık” standardına bağlanmış olmasıdır¹⁶⁴. Yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin gerekliliğini dönemsel olarak inceleme yükümlülüğüne aykırılıktan ötürü verilmiş bir ihlal kararı örneğiye, Sözleşme tarihinde bulunmamaktadır¹⁶⁵.

5. maddedeki yükümlülüklerle aykırı tedbirlere ilişkin orantılılık incelemesi metodolojisinin ikinci ayağı olarak, Mahkeme, özgürlüğünden alıkoyma kişileri suistimallere karşı koruyan güvencelerin bulunup bulunmadığını bir Sözleşme'ye uygunluk ölçütü olarak incelemektedir¹⁶⁶. 5. maddedeki yükümlülüklerle aykırı tedbirler, suistimal riskine karşı iki tür güvencenin devlet tarafından sağlanılmasını gerektirir: Özgürlükten alıkoyma tedbirinin denetlenmesi ve sonlandırılmasına ilişkin olarak bir tür iç hukuk perspektifi ve mekanizması bulunmalıdır. Ayrıca, tutulan kişinin suistimallere ve özellikle de 3. maddeye aykırı muamelelere maruz kalmaması için gerekli tedbirlerin alınması gerekir.

Orantılılık incelemesinin bu ikinci ayağı açısından da pedagojik değeri yüksek olan *Aksoy* davasında, Mahkeme, Kuzey İrlanda'da etkili güvencelerin, keyfî davranışlara ve gizli gözaltılara karşı kayda değer bir koruma sağladığını *Brannigan ve McBride* kararında tespit etmiş oldu-

¹⁶³ AİHM, *Marshall/Birleşik Krallık* kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, B.

¹⁶⁴ Hukukta “standart” kavramı için, bkz.: S. RIALS, “Les standards, notions critiques du droit”, *in* Les notions à contenu variable en droit, *op.cit.*, s.39-53.

¹⁶⁵ Bu bilgi, 2016 yılının Ekim ayı itibarıyla verilmiştir.

¹⁶⁶ AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §66; AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §184. Bkz. ayrıca: AİHM, *Marshall/Birleşik Krallık* kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, B.

ğunu hatırlatmıştır. Bu bağlamda, *habeas corpus* başvurusunun, baştaki yakalamanın ve gözaltının kanuniliğinin denetlenmesine olanak verdiğini; yakalanmadan 48 saat geçtikten sonra, yargısal bir başvuruyla talep edilebilecek şekilde bir avukata danışmaya ilişkin mutlak bir hakın bulunduğunu; gözaltından bir akrabayı ya da arkadaşı haberdar etme hakkının tanınmış olduğunu ve yine bir doktor tarafından muayene edilme hakkının var olduğunu vurgulamıştır¹⁶⁷. Mahkeme yine *Lawless/İrlanda (n° 3)* davasında da, hâkim önüne çıkarılmadan tutulmanın durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşmadığını tespit ederken, kötüye kullanmaları engellemek için kimi güvencelerin öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir: İlgili kanun Parlamento'nun daimi denetimi altındaydı; iki üyesi hâkim olan üç kişilik bir Gözaltı Komisyonu, başvuru üzerine, Hükümeti bağlayacak şekilde ilgili kişinin salınması yönünde görüş bildirebiliyordu; olağan yargı merciileri, söz konusu Komisyonu görevini yapmaya zorlayabiliyorlardı ve ayrıca, ilgili 1940 tarihli kanun uyarınca tutulanlar, söz konusu mevzuata uymaya ilişkin bir tür taahhülle salınabiliyorlardı¹⁶⁸.

Mahkeme, buna karşılık, uzun süre gözaltında tutulmuş olan *Aksoy* davasındaki başvurucununsa, yeterli güvencelerden yararlanamadığını belirtmiştir. Başvurucunun bir avukata, doktora, akrabaya ya da arkadaşına ulaşmaktan yoksun olması ve ayrıca gözaltının kanuniliğinin denetimi amacıyla bir mahkeme önüne çıkarılmaya ilişkin hiç bir gerçekçi imkânın da bulunmaması, onun, tamamen gardiyanların lütfuna bırakılmış olması anlamına geldiğini saptamıştır¹⁶⁹. Bu istisnai derecede uzun süren, başvurucuyu, yalnızca özgürlük hakkına keyfî müdahalelere değil, aynı zamanda da işkenceye maruz bıraktığını ifade etmiştir¹⁷⁰. Mahkeme, Türkiye'nin Güneydoğusundaki terör sorununun ciddiyetini ve devletin terörle mücadeleye yönelik olarak etkili tedbirler alma konusunda yaşadığı zorlukları dikkate aldığını belirtmiş; buna karşın durumun, terör

¹⁶⁷ AİHM, *Aksoy/Türkiye kararı*, *op.cit.*, §82. Bkz.: AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı*, *op.cit.*, §§62-64. Bkz. ayrıca: AİHM, *Marshall/Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı*, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, B.

¹⁶⁸ AİHM, *Lawless/İrlanda (n° 3) kararı*, *op.cit.*, hukuki değerlendirme bölümü, §37.

¹⁶⁹ AİHM, *Aksoy/Türkiye kararı*, *op.cit.*, §83. Bkz. aynı şekilde: AİHM, *Demir ve diğerleri/Türkiye kararı*, *op.cit.*, §§55-56.

¹⁷⁰ AİHM, *Aksoy/Türkiye kararı*, *op.cit.*, §78. Mahkeme, bu davada, Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin olarak da bir ihlal saptamıştır.

suçlarına katıldığından şüphe edilen başvurucunun en az on dört gün boyunca bir hâkimin ya da adli görev yapmaya yetkili kılınmış başka bir kamu görevlisinin önüne çıkma imkanı olmadan gizli şekilde gözaltında tutulmasını gerektirmediğine işaret etmiş¹⁷¹ ve Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu saptamıştır¹⁷². Yine *Demir ve diğerleri* davasında da, gözaltındaki ilgililerin gözaltılarının başında ve sonunda Adli Tıp Kurumu'nca 16 ve 23 gün arayla gerçekleştirilmiş tıbbi muayenelerinin, gözaltılarının aşırı sürelerini haklılaştırmaya elverecek yeterlilikte güvenceler oluşturmadığını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca, gizli şekilde tutulan başvurucuların avukatlarıyla her türlü temastan yoksun bir halde oldukları dikkate alındığında, ihtilafli gözaltı kararlarını veren Emniyet Müdürüne karşı avukatları tarafından şikayette bulunulabilmiş olmasının keyfiliğe karşı etkili bir güvence oluşturamayacağını belirtmiştir¹⁷³. Öte yandan, Mahkeme, ilgililerin kendilerine isnat edilmiş olan fiiller sebebiyle daha sonra terör suçundan mahkum olmuş olmalarının da, geriye dönük olarak, 5/3. maddenin engellemeyi hedeflediği keyfiliğe ilişkin riskler içeren uzun gözaltı sürelerini haklılaştıramayacağını ifade etmiştir¹⁷⁴. Mahkeme, böylece, yargısal denetimden yoksun şekilde *Demir ve diğerleri* davasında en az on altı ve yirmi üç günlük sürelerde gözaltında tutulmuş başvurucuların, *Nuray Şen* davasında on bir gün gözaltında tutulmuş başvurucunun ve *Bilen* davasında da on sekiz gün gözaltında tutulmuş başvurucunun durumlarıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 5/3. maddesine ilişkin ihlaller saptamıştır¹⁷⁵. Mahkeme, *Bilen* davasında, ayrıca keyfi davranışlara ve gizli gözaltılarına karşı yeterli güvencelerin yokluğuna işaret etmiş ve böyle bir güvence yokluğunu 15. madde bağlamında durumun kesinlikle gerektirmediğini belirterek, ihtilafli gözaltı kararının kanuna uygunluğunun bir mahkeme tarafından denetlenmesine yönelik etkili bir başvuru yolunun yokluğunda, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının da ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁷⁶.

¹⁷¹ AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, *op.cit.*, §84.

¹⁷² AİHM, Aksoy/Türkiye kararı, *op.cit.*, §87.

¹⁷³ AİHM, Demir ve diğerleri/Türkiye kararı, *op.cit.*, §§54-56.

¹⁷⁴ AİHM, Demir ve diğerleri/Türkiye kararı, *op.cit.*, §53.

¹⁷⁵ AİHM, Demir ve diğerleri/Türkiye kararı, *op.cit.*, §§57-58; AİHM, Nuray Şen/Türkiye kararı, *op.cit.*, §§24-29; AİHM, Bilen/Türkiye kararı, *op.cit.*, §§47-50.

¹⁷⁶ AİHM, Bilen/Türkiye kararı, *op.cit.*, §§51-54.

Son olarak, eklemek gerekir ki, Sözleşme tarihinde Mahkeme önüne, 15. madde uygulaması dahilinde alınmış olup Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükler açısından yarattığı sonuçları 15. maddenin *ratione temporis* uygulama alanından taşan kalıcı tedbirlerle ilgili bir ihtilaf gelmemiştir. Açık olan husus, 15. madde rejiminin, Sözleşme’deki olağan yükümlülüklerle aykırı tedbirleri ancak bizzat kendisinin de yürürlükte olduğu zaman dilimine ilişkin olarak meşrulaştırabileceğidir. Demokratik hukuk devletlerinde olağanüstü hak sınırlama rejimlerini hazmetmeyi mümkün kılan temel güvencelerden birisi, bu rejimlerin geçici bir nitelik taşımaları ve kalıcı hukuki sonuçlar yaratamamalarıdır. 15. maddenin üçüncü fıkrası da, devletlerin yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirme yükümlülüğüne işaret ederken, yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin ancak 15. maddenin uygulanma devresi esnasında yürürlükte olabileceklerine ilişkin bu aşıkâr kuralı ifade etmektedir. Yukarıda işaret edilmiş olduğu üzere Mahkeme de, yükümlülüklerle aykırılığın kapsamının sınırlı olup olmadığına bir orantılılık ölçütü olarak atıf yapmaktadır. 15. maddenin uygulandığı devrede alınan yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin, bu tedbirlerin geri çekildiğine dair bildirimden sonraya taşan hukuki sonuçları, Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesine ilişkin olağan zaman ölçütleriyle meşrulaştırılamamaları halinde, Sözleşme ihlali oluşturacaklardır. Aksini iddia, olağanüstü bir hak sınırlama rejimi oluşturan 15. maddenin, olağan zamana ilişkin hak sınırlamalarını meşrulaştırabileceğini savunmak anlamına gelir. Kabul edilemeyecek bu tür bir tavır, 15. maddenin lafız, konu ve amacıyla çelişeceği gibi; Sözleşme’nin ruhuna ve 1., 17. ve 18. maddelerine de açık şekilde aykırı olur.

KAYNAKÇA

BİRDEN, Emre, *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Institut Universitaire Varenne, 2015

BLECKMANN, Albert; BOTHE, Michael, “General report on the theory of limitations on human rights”, *in* *The limitation of human rights in comparative constitutional law - La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, DE MESTRAL, Armand; BIRKS, Suzanne; BOTHE, Michael; COTLER, Irwin; KLINCK, Dennis; MOREL, André (der.), Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1986, s.105-112

BOYAR, Oya, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, *in* İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Sibel İnceoğlu (der.), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s.97-111

DELMAS-MARTY, Mireille, *Le relatif et l’universel. Les forces imaginantes du droit*, tome 1, Éditions du Seuil, Paris, 2004

DELMAS-MARTY, Mireille, *Pour un droit commun*, Éditions du Seuil, Paris, 1994

DELZANGLES, Béatrice, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l’homme*, L.G.D.J., Paris, 2009

ERGEC, Rusen, *Protection européenne et internationale des droits de l’homme*, 2^e éd. refondue, Bruylant, Bruxelles, 2006

GONZALEZ, Gérard, “L’état d’urgence au sens de l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme”, CRDF, n°6, 2007, s.93-100

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz A.; GÖZÜBÜYÜK, Şeref. A., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002

HAARSCHER, Guy, *Philosophie des droits de l’homme*, 4^e édition revue, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 1993

HARRIS, David; O’BOYLE, Michael; BATES, Ed; BUCKLEY, Carla; WARBRICK, Colin; KILKELLY, Ursula; CUMPER, Peter; ARAI, Yutaka; LARDY, Heather, *Law of the European Convention on human rights*, 2nd edition, Oxford University Press, 2009

KABOĞLU, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku 1. İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, Yenilenmiş 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013

KASTANAS, Elias, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996

LAMBERT, Anaïs; BRACONNIER, Laetitia, “La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d’un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l’article 15 de la CEDH?”, *La Revue des Droits de l’Homme*, Actualités Droits-Libertés, janvier 2016, <http://revdh.revues.org/>

LAMBERT, Pierre, “Marge nationale d’appréciation et contrôle de proportionnalité”, *in* L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme. Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, SUDRE, Frédéric (der.), Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 1998, s.63-89

L’état d’urgence, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, n° LC 156, Janvier 2006

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, De l’esprit des lois, deuxième partie, livre XII, chapitre XIX, J.-M. TREMBLAY (elekt.yay.), s.89. <http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/montesquieu.html>

O’BOYLE, Michael, “Emergency Government and Derogation under the ECHR”, Lecture given to the Law Society, Dublin, on 15 March 2016, <https://www.lawsociety.ie/>

PERELMAN, Chaïm, Ethique et Droit, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990

PERRIN, Jean-François, “Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? Quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l’article 4 du Code civil suisse”, *in* Les notions à contenu variable en droit, PERELMAN, Chaïm; VANDER ELST, Raymond, (der.), Bruylant, Bruxelles, 1984, s.200-235

PICARD, Etienne, “Introduction générale: la fonction de l’ordre public dans l’ordre juridique” *in* L’ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux. Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, REDOR, Marie-Joëlle (der.), Bruylant, Bruxelles, 2001, s.17-61

RIALS, Stéphane, “Les standards, notions critiques du droit”, *in* Les notions à contenu variable en droit, PERELMAN, Chaïm; VANDER ELST, Raymond (der.), Bruylant, Bruxelles, 1984, s.39-53

SOUVIGNET, Xavier, La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme, doktora tezi, Université Paris I, Paris

SUDRE, Frédéric, Droit européen et international des droits de l’homme, 11^e édition mise à jour, PUF, Paris, 2012

SUDRE, Frédéric, “Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: Y a - t - il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l’Homme ?”, *in* Liber Amicorum Marc-André Eissen, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1995

TAVERNIER, Paul, “Conclusions générales”, *in* La portée de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme, CHASSIN, Catherine-Amélie (der.), Bruylant, Bruxelles, 2006, s.267-278

The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions *in* the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Commission on Human Rights, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4, Annex

Travaux préparatoires de l’article 15 de la Convention européenne des Droits de l’homme, Document d’information rédigé par le greffe, Cour européenne des droits de l’homme, CDH (77) 5, 27 janvier 1977, Strasbourg

TULKENS, Françoise; DONNAY, Luc, “L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?”, RSC, 2006/1, s.3-23

VAN DER MEERSCH, Ganshof J. W, “Réflexions sur les restrictions à l’exercice des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg”, *in* Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1983, s.263-279

VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme. Prendre l’idée simple au sérieux, Bruylant, Bruxelles, 2001