



ULUSLARARASI MEDENİ ve SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ'nin ve AVRUPA İNSAN HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİ SÖZLEŞMESİ'nin EXTRATERRITORIAL UYGULANMASI

(Extraterritorial Application of International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms)

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA¹

ÖZ

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Sözleşmesi insan haklarının korunması bakımından en önemli sözleşmeler olarak kabul edilmektedir. Sözleşmelerin lâfzına göre sözleşmelerin korunmasından istifade etmenin önkoşulu sözleşme tarafı devletlerin egemenlik yetkilerine tabi olmaktır. Devletler ancak günümüzde kendi egemenlik alanları dışında da tasarrufta bulunmaktadır. Devletlerin egemenlik alanları dışındaki tasarruflarının yol açtığı insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulma kriterleri Uluslararası Adalet Divanı'nın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin kararlarında ve görüşlerinde yer almaktadır. Makalede söz konusu kriterler eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: La Haye Kara Savaşı Kuralları, etkin ve fiili kontrol, ülkesellik kriteri, jurisdiction (*yargı yetkisi*), Al-Skeini davası, Bankovic davası, Loizidou davası

ABSTRACT

The International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms are recognized as the most important conventions for the protection of human rights. According to the conventions, the precondition for benefiting from the protection is to be a subject to the contracting states. However, states nowadays can exercise authority beyond their

1 Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr; mahmutarsava@hotmail.com, Orcid No: 0000-0003- 2275-7664

boundaries. Criteria for responsibility for human rights violations caused by the acts of states outside their sovereignty are included in the decisions and opinions of the International Court of Justice, the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee. In the article, these criteria are evaluated by taking a critical approach.

Keywords: Hague Convention on War on Land, Effective control, Territoriality Criteria, jurisdiction, Al-Skeini case, Bankovic case, Loizidou case

GİRİŞ

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Sözleşmesinin tarafı bir devletin kendi egemenlik alanı dışında tasarrufta bulunması bağlamında doğan insan hakları ihlallerinin sorumluluğa yol açması akademik olarak ve uygulamada ele alınan önemli konulardan birini oluşturmaktadır. Devletler günümüzde çeşitli şekillerde kendi egemenlik alanları dışında tasarrufta bulunmaktadır. Konunun ele alınmasında 16.12.1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2.madde, I.fıkrasından ve 0411.1950 tarihli Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Sözleşmesinin (AİHS) 1.maddesinden hareket edilmektedir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2.madde, I. fıkrasına göre *sözleşme tarafı her devlet sözleşmede yer alan haklara saygı göstermek ve kendi ülkesinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabî olan kişilere bu hakları temin etmekle yükümlüdür; AİHS'nin 1.maddesine göre sözleşme tarafı devletler aynı şekilde egemenlik yetkilerine tabi olan kişilere sözleşmenin I. bölümünde yer alan hak ve özgürlükleri temin etmekle yükümlüdür.* Her iki sözleşme insan haklarının korunması bağlamında en önemli sözleşmeler olarak kabul edilmeleri nedeniyle bu sözleşmelerinin uygulanması ve icrası özel bir öneme sahiptir. Sözleşmelerin lâfzına göre sözleşmelerin korumasından istifade etmenin önkoşulu sözleşme tarafı devletlerin egemenlik yetkilerine tabî olmaktır. Bunun için hangi gerekliliklerin yerine getirilmesi konusunda sözleşmeler düzenleme öngörmemektedir. Bu sorunun cevaplandırılması sözleşmelerin uygulanma alanının tayin edilmesi anlamını taşıması nedeniyle önem taşımaktadır. Son yıllarda uluslararası ve ulusal askeri operasyonların artması ve insan haklarının etkin korunma gereksinimi Uluslararası Hukuk alanında bu bağlamdaki tartışmaların öne çıkmasına yol açmaktadır.



I. ULUSLARARASI SEVİYEDE ŞİMDİYE DEK SÖZ KONUSU DURUM

Uluslararası Adalet Divanı BM Genel Kurulu'nun BM Şartı'nın Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 65.madde vd. ile bağlantılı olarak 96.maddeye göre yaptığı talep üzerine verdiği 09.07.2004 tarihli "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the occupied Palestinian Territory" (makalede "İsraili Wall Advisory Opinion" olarak geçecektir) başlıklı danışma görüşünde İsrail'in işgal edilmiş Filistin topraklarında inşa ettiği duvarın Uluslararası Hukuka uygunluğunu değerlendirmiştir.² Uluslararası Adalet Divanı Danışma Görüşü'nde İsrail'in işgal edilmiş Filistin topraklarında duvar inşasını geçerli Uluslararası Hukuka uygun düşmediğini ortaya koymakla beraber³ bu bağlamda İnsani Uluslararası Hukukun bir parçası olan IV nolu Cenevre Sözleşmesi'ne saygı gösterilmemesinin prensip olarak insan hakları sözleşmelerinin ihlâlîne yol açmadığı tespitini yapmıştır.⁴ Divan ön sorun olarak bu tespitleri yaptıktan sonra, İsrail'in 3.10.1991'de onayladığı Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin hangi koşullar altında extraterritorial (*ülke dışı*) uygulanmasının mümkün olduğu sorununu ele almıştır.⁵ Divan'ın görüşüne göre Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin prensip olarak extraterritorial uygulanması mümkündür. Bu bağlamda açıklığa kavuşturulması gereken en önemli konu bir devletin ne zaman extraterritorial egemenlik yetkisi kullandığının kabul edilebileceğidir.⁶ İsrail'in işgal edilmiş Filistin topraklarında sözleşmenin 1.maddesine göre egemenlik yetkisi kullanması Divan'a göre bu topraklarda sözleşme haklarının geçerliliğinin iddia edilebileceğini göstermemektedir.⁷ Batı Ürdün 4 Nolu La Haye Kara Savaşı Kuralları Ek Protokolü'nün 42.maddesine göre işgal edilmiş bölge statüsüne sahiptir.⁸ Söz konusu hükme göre düşman devletin ordusunun otoritesine (egemenliğine)

2 (UNGV, Resolution ES-10/14, UN Dok. A/RES/ES-10/14, 8.12.2003)

3 IGH, Legal Consequences of the Construction a Wall in the occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (İsraili Wall Advisory Opinion), 9.7.2004, I.C.J.Reports 2004, p.136, Rn.143

4 IGH, İsraili Wall Advisory Opinion, Rn.104-106

5 IGH, İsraili Wall Advisory Opinion, Rn.107

6 BUERGENTHAL, Thomas, **The ICJ Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction**, bkzn.: S.Breitenmoser et.al, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Zürich/Baden-Baden 2007, Dike/Nomos Verlag, s.146

7 IGH, İsraili Wall Advisory Opinion, Rn.127; Sözleşme'nin 4.maddesinde öngörülen olağanüstü hal ilanı ile ilgili düzenleme muvacehesinde 9.madde bu bağlamda uygulama bulmamaktadır

8 IGH, İsraili Wall Advisory Opinion, Rn. 78; "Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land", 18.10.1907

giren toprak işgal altında toprak olarak nitelendirilmektedir. İşgal durumu otoritenin (egemenliğin) fiilen tesis edildiği ve kullanıldığı topraklar için geçerlidir. Uluslararası Adalet Divanı'nın görüşünde BM İnsan Hakları Komitesi'nin görüşlerine yaptığı atıflar bununla beraber egemen gücün işgal edilen topraklarda fiilen kontrol sağlanmaksızın da tasarruflarla tesis edilebileceğini, dolayısı ile insan haklarının ihlâl edilebileceğini ortaya koymaktadır.⁹ Uluslararası Adalet Divanı'nın bunun dışında görüşünde yer alan *"The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory"* ifadesinde yer alan *"it may sometimes"* vurgusu Uluslararası Hukuka uygun extraterritorial egemenlik yetkisi kullanılması ve Uluslararası Hukuku ihlâl eden exterritorial egemenlik yetkisi kullanılması konusunda farklı yorumlara yol açmıştır.¹⁰

Divan'ın bu danışma görüşünden bir yıl sonra karara bağladığı 19.12.2005 tarihli *"Armed Activities on the Territory of the Congo"* davasında verdiği kararda da açıklığa kavuşturulması beklenen bu soru cevaplandırılmamıştır. Uluslararası Adalet Divanı kararında 2004 tarihli danışma görüşüne yaptığı atıfla sadece extraterritorial tasarruflarla insan hakları sözleşmelerinin ihlâl edilebileceğini vurgulamıştır.¹¹ İçtihatlardan çıkan sonuca göre bir devletin ülkesel anlamda kontrolü (otoritesi) altında olmayan bir ülkede hakimiyet gücü kullanması mümkündür (Thomas.Buergenthal, s.147).¹² Bununla beraber devletlerin kendi egemenlik alanlarında egemenlik yetkisi (hâkimiyet gücü) kullanırken doğan insan hakları ihlâlleri nedeniyle sorumlu tutulması doğal bir durum olarak kabul edilirken.¹³ Bu sorumluluk extraterritorial tasarruflar bakımından otomatik olarak kabul edilmemektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın görüşlerine atıfta bulunduğu BM İnsan Hakları Komitesi de extraterritorial tasarruflarla bağlantılı uyuşmazlıklarla iştigal etmektedir. Bu uyuşmazlıklardan biri olan Lopez Burgos v. Uruguay uyuşmazlığında BM İnsan Hakları Komitesi yabancı bir ülkede gerçekleştirilen insan kaçırma olayına ilişkin değerlendirme yapmıştır.

9 KING, Hugh, *The Extraterritorial Human Rights Obligations of States*, bknz.: Human Rights Law Review, Vol. 9, Issue 4 (2009), Oxford University Press, s.528

10 KING, Hugh,, s.528 vd.

11 IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgement, ICJ Reports, 2005, p.168, Rn.216; bu dava aynı şekilde bir bölgenin, Doğu Kongo'da yer alan Huri Distrikt'in Uganda birlikleri tarafından işgali sırasında yaşanan ağır insan hakları ihlâlleri nedeni ile açılmıştır.

12 BUERGENTHAL, Thomas, s.147

13 GRABENWARTER, Christoph /PABEL, Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6.Auflage, München 2016, MANZ Verlag Wien, §17, Rn.13

Arjantin'de siyasi mülteci olarak yaşayan Lopez Burgos Temmuz 1976'da bir Uruguay ajanı tarafından kaçırılmış, işkence görmüş ve Uruguay askeri mahkemesi tarafından mahkum edilmiştir.¹⁴ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin extraterritorial uygulanabilirliği ile ilgili olarak BM İnsan Hakları Komitesi öncelikle Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2.madde, 1.fıkrasının ve Sözleşme'ye Ek I Nolu İhtiyari Protokol'ün 1.maddesinin Sözleşme'nin ve İhtiyari Protokol'ün extraterritorial tasarruflara uygulanmasını engellemediğini, diğer bir ifade ile extraterritorial tasarruflara uygulanabilirliğini tespit etmiştir.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin görüşüne göre Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2.madde, 1.fıkrasının sözleşme tarafı devletlerin kendi egemenlik alanlarında sözleşmeyi ihlâl ettiği kabul edilen tasarrufları başka bir devletin ülkesinde yapmalarını caiz kılar şekilde yorumlanması mümkün değildir.¹⁵ Ülkesellik kriterinin geri çekildiği BM İnsan Hakları Komitesi'nin 26.05.2004 tarihli 31 Nolu "General Comment" ile de teyit edilmiştir.¹⁶ Buna göre sözleşme tarafı devletler ülkelerinde bulunan herkese ve egemenlik yetkilerine tabî herkese sözleşmede yer alan hakları temin etmekle mükelleftir.¹⁷ Bu şekilde sözleşme tarafı devletler sözleşmede yer alan hakları egemenlik yetkisine tabî veya etkin kontrolü (*power or effective control*) altında bulunan herkese tanımak ve saygı göstermekle mükelleftir.¹⁸ Alıntı yapılan durumlar bağlamında da "*power or effective control*" kriterine açık bir gönderme yapılmamıştır). Egemenlik gücüne tabî olma veya etkin kontrole girmenin sadece askeri güç kullanılması ile mümkün olabileceği konusunda "General Comment" in lâfzında bir ipucu bulunmamaktadır. Bu nedenle bir kişinin ne zaman sözleşme tarafı bir

14 MRA, Sergio Ruben Lopez Burgos v. Uruguay, Communication No.R.12/52, UN.Doc.Supp. No.40

15 MRA, Lopez Burgos, Rn.12.3; MRA, Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Communication No.R.56/1979, UN.Doc.CCPR/C/OP/1 at 92 (1984), Rn.10.3;

WILDE, Ralph, **Legal "Black Hole"? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights**, bkzn.: Michigan Journal of International Law (2005), s.791

16 MRA, General Comment No.31(80), Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Dok.CCPR/C/21 Rev.1/Add.13 (General Comments), 26.5.2004

17 MRA, General Comment No.31, Rn.10

18 BERNSTORFF, Jochen von, Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen: Unternehmensbezogene menschenrechtliche Schutzpflichten in der völkerrechtlichen Spruchpraxis, bkzn.: INEF Forschungsreihe-Menschenrechte, Unternehmensverantwortung und Nachhaltige Entwicklung, 05/2010, Duisburg, s.19



devletin extraterritorial tasarrufları bağlamında egemenlik gücüne tabî kabul edileceği konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi takip eden zamanda “effective control”un anlamı konusunda beyanda bulunmamıştır.¹⁹

II. AVRUPA İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ SÖZLEŞMESİ'nin 1.MADDESİ – AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'nin KARARLARI

AİHM'nin bir dizi yeni kararında AİHS'nin 1.maddesi muvacehesinde bir devletin ne zaman extraterritorial yetki kullanmasından söz edilebileceğini ele almıştır. Bu kararların bir kısmında yabancı bir ülkenin kontrolünün ele geçirilmesi, bir kısmında ise münferit kişi yahut kişi grupları üzerinde hakimiyet ve kontrolün (authority and control) kurulması söz konusudur.²⁰

1996'da karara bağlanan “Loizidou - Turkey” davası dikkatleri çeken bir davadır. Davada Türkiye'nin egemenlik alanı dışında bulunan Kuzey Kıbrıs'ta AİHSK'de yer alan hakların ihlâli iddia konusu olmuştur.²¹ Kuzey Kıbrıs'ın Türkiye'nin etkin kontrolü altında olması nedeniyle (effective overall control), Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin organlarının tasarrufları ve uygulamaları üzerinde kontrol yetkisine sahip olup olmadığı, Türkiye'nin sorumlu tutulması bakımından ayrıca bir inceleme konusu yapılmamıştır. Etkin kontrol altında tutulan bölgeler için AİHM kararına göre bu kontrolün kendi silahlı güçleri veya kontrol altında tutulan bölge yönetimi tarafından sağlanması arasında fark yapılmaksızın, bölgede etkin kontrol sağlayan devlet Sözleşme haklarını temin etmekle yükümlüdür.²²

AİHM 2001'de karara bağladığı “Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States” davasında da bu yaklaşımı kararına esas almıştır.²³ Dava Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İtalya, Luxemburg, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, İspanya, Türkiye ve İngiltere'ye karşı açılmıştır. NATO uçakları Yugoslavya iç savaşı esnasında 23.04.1999'da bir Sırp radyo ve televizyon kurumunu bombalamıştır. Bombardımandan

19 CLEVELAND, Sarah Hull, **Embedded International Law and the Constitution Abroad**, bkz.: Columbia Law Review 110 (2010), s.253

20 bkz.: EGMR: Al-Skeini and others v. The United Kingdom (Grand Chamber), Nr.55721/07 (7.7.2011), Rn.131 vd.

21 EGMR, Loizidou v. Turkey, Nr.15318/89 (18.12.1996); EGMR, Loizidou v. Turkey (Preliminary Obligations), Nr.15318/89 (23.3.1995)

22 EGMR, Cyprus v. Turkey, Nr.25781/94 (10.5.2001), Rn.76

23 EGMR, Nr.52207/99 (12.12.2001)



etkilenen kişilerin AİHM’de açtıkları dava, bu kişilerin hava operasyonu esnasında NATO devletlerinin egemenlik gücüne tabî olup olmadıkları sorusunu yeniden gündeme getirmiştir. Dava hava saldırıları ile yeterli bir egemenlik gücünün tesis edilmeyeceği gerekçesine istinaden reddedilmiştir.

Egemenlik gücü prensip olarak öncelikle ülkesel tesis edilir; ancak istisnai özel durumlarda egemenlik gücünün extraterritorial tasarruflarla tesis edilmesi mümkündür. Yabancı bir egemenlik alanında belli bir bölgede hukuka uygun olup olmadığından bağımsız olarak kişiler üzerinde egemenlik gücü ve etkin kontrol sağlandığı takdirde istisnai olarak egemenlik gücünün tesis edildiği kabul edilmektedir. Bu bölgede oturan insanların askeri işgal, davet, onay verme, rıza gösterme sonucu olarak aslî hükümet yerine başka bir devletin hükümetinin tasarruflarına tabî olması bu istisnalara örnek teşkil etmektedir; diplomatik yahut konsolosluk görevlilerinin yabancı bir ülkede tasarrufla bulunması, yabancı devlet adına kayıtlı yahut onun bayrağı ile dolaşan gemide yahut uçağında tasarrufla bulunulması durumlarında adına yetki kullanılan devletin egemenlik yetkisi kullandığı kabul edilmektedir. AİHM’nin içtihadına göre yabancı bir egemenlik alanında kişiler üzerinde egemenlik gücünün kullanılması ve kontrolün sağlanması hukuka uygunluk kriterinden bağımsız olarak sorumluluk için yeterli kabul edilmektedir. Egemenlik gücünün extraterritorial kullanılması bağlamında İngiltere’de “*Supreme Court of the United Kingdom*” tarafından karara bağlanan “*Al-Skeini v. Secretary of State for Defence*” davası dikkat çeken bir başka davadır.²⁴ Dava 6 Irak’lı sivilin İngiliz silahlı güçleri tarafından Basra’da öldürülmesi nedeniyle açılmıştır. Bu kişilerin yakınları Savunma Bakanlığı’ndan olay hakkında soruşturma yapılmasını talep etmiştir. Açılan davada davacılar İngiltere’nin silahlı güçlerinde yer alan askerlerin eylemlerinin AİHS’yi ulusal hukuka enkorpe (*iktibas*) eden 1998 tarihli Human Rights Act ile bağdaşmadığını iddia etmiştir. Supreme Court, AİHM’nin bu konuda şimdiye dek vermiş olduğu kararlara gönderme yaparak ateş açılması sonucu ölen kişilerin İngiltere’nin etkin kontrolünde olan hapisanelerde kötü muamele nedeniyle ölenlerden farklı olarak İngiliz silahlı güçlerinin otoritesi altında olmadığını, bu nedenle iddiaların kabul edilemez olduğunu karara bağlamıştır.²⁵

24 SCHAEFER, Max, *Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction*, bkz.: *European Human Rights Law Review* 5 (2011), 572 vd.

25 SCHAEFER, Max, s.573 vd.

Banković kararı ışığında karar mantıki gözükmektedir. Banković olayında NATO'nun etkin kontrolü altında olmayan bir bölgede hava saldırıları sonucu insanlar öldürülmüştür; Al-Skeini olayında da aynı şekilde İngiliz silahlı kuvvetlerinin fiilen etkin kontrolü altında olmayan bir bölgeye ateş açılması sonucu insanlar öldürülmüştür. Davaya bakan AİHM Büyük Dairesi 7.7.2011'de²⁶ ancak Banković kararından saparak İngiltere'nin ve ABD'nin özellikle Irak'ın güneyinde güvenliğin korunması bağlamında normal olarak bir devletin hükümeti tarafından kullanılan yetkileri kullanmalarından hareket ederek, İngiltere ve öldürülen kişiler arasında söz konusu olağanüstü koşullarda (*exceptional circumstances*) AİHS'nin 1.maddesi muvacehesinde sorumluluk bakımından gerekli görülen "jurisdictional link" in (*yargı bağının*) oluştuğunu kabul etmiştir.²⁷

Bu açıklamalar AİHM'nin şimdiye dek geçerli içtihatı ışığında dogmatik kimi sorular ortaya atmaktadır. AİHM kararında²⁸ öncelikle İngiltere'nin ABD ile birlikte La Haye Kara Savaşı Kuralları'nın IV nolu Ek Protokolü'nün 42.maddesi muvacehesinde işgal gücü oluşturduğunu ve Basra'da özellikle güvenlikle bağlantılı idari görevler yerine getirdiğini tespit etmiştir.²⁹ Bu görevlerin yerine getirilmesi AİHM'nin diğer kararları ışığında da egemenlik gücünün kullanılmasına ilişkin güçlü bir emare oluşturmaktadır. AİHM Al-Skeini kararında bu emarelere ilave olarak İngiliz birliklerinin belli ölçüde öldürülen kişiler üzerinde güç ve kontrol kullandığı kabul edilmiştir. AİHM kararında kullanılan bu ifade farklı yorumlara yol açmıştır. Kararda kullanılan ifadenin İngiltere'nin işgalci statüsünün geçiciliğine işaret ettiği ileri sürüldüğü gibi, egemenlik güç ve kontrolünü ön plana çıkardığı veya her iki yaklaşımı kombine ettiği ileri sürülmüştür.³⁰ AİHM Jaloud - The Netherlands kararında da ne zaman exterritorial egemenlik gücünün kullanıldığının kabul edilebileceğini ele almıştır.³¹ İşgal gücü statüsü bu bağlamda ölçü olarak kabul edilmemiştir.

Sözleşme tarafı bir devletin başka bir devletin kararını yahut

26 EGMR, Al-Skeini and Others v. The United Kingdom (Büyük Daire), Nr.55721/07 (7.7.2011), Rn.131 vd.

27 Al-Skeini, Rn.149,150

28 Al-Skeini, Rn.149,150

29 örneğin devriye gezilmesi, tutuklamalar, anti-terör operasyonları, gösterilerin denetimi, önemli ihtiyaçların tedariki ve altyapıların, polis karakollarının korunması gibi

30 SCHAEFER, Max, s.572 vd.

31 EGMR, Jaloud - The Netherlands (Büyük Daire), Nr.47708/08 (20.11.2014)



talimatını icra etmesi *per se* onun Sözleşme yükümlülüklerinden kurtulmasına yol açmamaktadır. Al-Skeini kararı hernekadar AİHM'nin AİHS'nin 1.maddesine ilişkin geçerli yaklaşımına açıklık getirmiş olsa da,³² egemenlik gücünün extraterritorial kullanılmasına ilişkin koşullara açıklık getirmemiştir. Extraterritorial tasarruflarda bulunan devletlerin AİHS muvacehesinde sorumluluklarının açık ve tam tespiti oldukça zordur. Al-Skeini kararının ortaya koyduğu üzere AİHM'nin şimdiye dek geçerli içtihadını esas alan ulusal mahkemelerin AİHM'nin kararlarında öngörülmeyen değişik durumlarla karşılaşmaları mümkündür. AİHM'nin içtihatlarında görülen istikrarsızlık ulusal mahkemelerin Strasbourg Mahkemesi kararlarını esas alarak karar vermesini zorlaştırmaktadır. AİHM'nin içtihatlarındaki gelişmeler değerlendirildiğinde kişilerin ne zaman extraterritorial egemenlik gücüne tabî kabul edileceği konusuna açıklık getirilmediği görülmektedir. Bu konuda kriterlerin geliştirilmeye devam ettiği görülmektedir.³³ Baron Alan Fergusson Roger'ın ifadesi ile AİHM'nin içtihat ve kararları tek sesli değildir.³⁴ Uluslararası Adalet Divanı'nın, BM İnsan Hakları Komitesi'nin ve AİHM'nin görüşlerinin kimi konularda birbirine yakın olduğu görülmektedir. Uluslararası Adalet Divanı ve BM İnsan Hakları Komitesi egemenlik gücüne öncelikli olarak ülkesel yaklaşımın esas olduğunu kabul etmekle beraber devletlerin yabancı bir ülkeyi işgal etmeleri (occupied territory) ve etkin kontrollerine almaları halinde etkin ülkesel kontrolden bağımsız olarak (örneğin tutuklama yoluyla) extraterritorial egemenlik gücünün kullanıldığını kabul etmektedir.³⁵

Yukarıda yapılan açıklamaların gösterdiği gibi Uluslararası Adalet Divanı, AİHM ve İnsan Hakları Komitesi Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve AİHS muvacehesinde extraterritorial sorumluluğa ilişkin yorum yapmaktan kaçınmaktadır. Bunun nedeni egemenlik gücünün ağırlıklı olarak ülkesellik kriterine bağlı olarak kullanılması ve extraterritorial tasarruflarda ülkesellik kriterinin istisnai olarak ortaya

32 MALLORY, Conall, European Court of Human Rights, Al-Skeini and Others v. United Kingdom (Application No.55721), Judgement of 7 July, bkzn.: International&Comparative Law Quarterly 61(2012), s.32

33 HALE, Brenda Marjorie, **Argentorum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court supreme?**, bkzn.: Human Rights Law Review 12(2012), s.68

34 bkzn.: House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the Cause Al-Skeini et al (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant), Al-Skeini et al (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent), Consolidated Appeals, Appellate Committee, (2007) UKHL 26, Rn.62 vd.

35 EGMR, Öcalan v. Turkey (Büyük Daire) Nr.46221/99 (12.9.2005)

çıkmasıdır.³⁶ Şüphesiz etkin insan hakları korumasının devletlerin kendi ülkeleri dışındaki tasarrufları bakımından önem kazandığı günümüzde bu görüşün modern insan hakları yaklaşımına ne ölçüde uygun olduğu tartışmalıdır. Bu nedenle, örneğin Banković kararı insan hakları korumasında önemli boşluklara yol açması nedeniyle eleştirilmektedir.³⁷ AİHM içtihadının mantığına göre ülkesel kontrolün eksik olduğu durumlarda, örneğin uzaktan ateş açma sonucu ortaya çıkan ölümlerde o topraklarda egemenlik gücünün tesis edildiği kabul edilmeyecektir; buna karşılık kişilerin tutuklanması o topraklarda egemenlik gücünün tesis edildiğine işaret teşkil edecektir.³⁸

AİHM extraterritorial egemenlik gücünün varlığını ne zaman kabul etmektedir? Devletlerin ne zaman kişiler ve ülke üzerinde yeterli ölçüde kontrol yahut güç kullandığı kabul edilmektedir? Extraterritorial tasarruflar bağlamında ortaya çıkan insan haklarını koruma boşlukları ancak ülkesellik kriterinden bağımsız bir yaklaşımla telafi edilebilir.³⁹ Bu yaklaşım extraterritorial tasarruftan etkilenen kişinin nerede bulunduğu konusunda yapılan ayrımı ortadan kaldırdığı gibi Sözleşme devletlerinin Uluslararası Hukuka uygun extraterritorial tasarruflarını insan hakları yükümlülüklerinden kaçınma dayanağı olarak kullanma, diğer bir ifade ile bu tasarruflarının yol açtığı sorumluluklardan kurtulma olanağını ortadan kaldırmaktadır. Extraterritorial tasarruflar bağlamından ortaya çıkan insan haklarını koruma boşluklarının telafisine yönelik olan bu yaklaşım uluslararası sorumluluk hukukuna da uygun düşmektedir. Her devlet kendisine uluslararası yükümlülük olarak tahmil edilebilen insan hakları teminatlarının ihlâlinden sorumludur.⁴⁰ Uluslararası sorumluluk hukuku bakımından Sözleşme tarafı devletlerin extraterritorial tasarruftan etkilenen ülke üzerinde fiilen kontrol sahibi olması önemli değildir.

III. EGEMENLİK GÜCÜ KAVRAMI

Uluslararası hukuk açısından egemenlik gücü kavramının farklı bağlamlarda kullanılması birçok soruyu beraberinde getirmektedir.

36 EGMR, Banković, Rn.59-66

37 EGMR, Banković, Rn.99-66

38 HANNUM, Hurst, **Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights**, bkzn.: American Society of International Law Proceedings 96(2002), Cambridge University Press, s.989

39 MILLER, Sarah, **Revising Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention**, bkzn.: EJIL, Vol.20, No.4 (2009), Oxford University Press, s.1234

40 bkzn.: BM Genel Kurul rezolüsyonu: Resolution 56/83, UN Dok. A/Res/56/83, 28.1.2002, Art 2 ILC-Drafts on the Responsibility of State for internationally wrongful acts



Egemenlik gücü en kapsamlı şekilde devletin hukuka olarak kullandığı yetkiyi ifade etmektedir;⁴¹ devletin prensip olarak ülkesinin bütününde egemenlik gücü kullandığı esas alınmaktadır. Uluslararası Hukukta geçerli etkinlik prensibi bu bağlamda da geçerlidir. Devletin egemenlik gücüne istinat eden tasarruflarının (devletin değişik birimleri tarafından ihdas edilen) Uluslararası Hukukta kabul görmesi etkin olmasına bağlıdır.⁴² Her devlet egemenliğine istinaden iç işleri ve dış işleri konusunda kendi karar yetkisini kullanır. Devletlerin egemenliği diğer devletlerin egemenliği ile sınırlıdır. Uluslararası Hukukta en geniş anlamı ile “*jurisdiction*” kavramı, devlet tasarruflarının hukuka uygunluğunu (*de iure jurisdiction*) ortaya koyar.⁴³ “*Jurisdiction*”ın bu klâsik anlamını mahkemeler de benimsemektedir. AİHM, AİHS’nin 1.maddesi muvacehesinde egemenlik gücünü ülkesellik boyutu ile yorumlayan Banković kararında bu klâsik yaklaşımı esas almıştır. Uluslararası Adalet Divanı da İsrail tarafından inşa edilen duvar nedeniyle verdiği danışma görüşünde benzer yaklaşımdan hareket etmiştir.⁴⁴ AİHM’nin ve Uluslararası Adalet Divanı’nın kararlarında egemenlik gücünün ülkesellik boyutuna yaptıkları göndermenin ortaya koyduğu gibi egemenlik gücünün ülkesellik boyutu her ne kadar Uluslararası Hukukta ve kamu hukukunda temel kural olarak kabul görse de, egemenlik gücü kavramına konuya bağlı olarak muhtar bir anlam verilmesi gerekmektedir. Klâsik Uluslararası Hukukta egemenlik gücü kavramı öncelikle devletlerin egemenliğini sınırlamak için kullanılmaktadır. AİHS’nin 1.maddesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 2.madde, 1.fıkrası anlaşma tarafı devletlerin riayet etmek zorunda oldukları insan hakları mükellefiyetlerini düzenlemektedir. Her iki anlaşmanın ilgili hükümleri anlaşma tarafı devletlerin insan hakları sorumluluklarını düzenlemektedir. Dolayısı ile bu hükümler bağlamında egemenlik gücünün kabulü için özel bir gerekçelendirme gerekmemektedir. Bu nedenle bu bağlamda devlet ve tasarruftan etkilenen bireyler arasındaki hukuki bağ yerine insan hakları yanlısı “*de facto iurisdiction*”a (*fili yargı yetkisine*) istinat edilmektedir. Bunun sonucu olarak AİHM’nin egemenlik gücüne esas aldığı ülkesellik boyutu ve ondan çıkarılan zorunlu sonuçlar ortadan kalkmaktadır.

41 OXMAN, Bernhard H., **Jurisdiction of States**, bknz.: MPEPIL (2007), Oxford University Press, Rn.1

42 HERDEGEN, Matthias, **Völkerrecht**, 17.Aufl. München 2018, §8, Rn.8

43 OXMAN, Bernard H.

44 IGH, Israeli Wall Advisory Opinion, Rn.109



Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31.madde, II.fıkrasına göre dikkate alınması gereken her iki anlaşmanın dibacesi insan haklarının etkin ve evrensel korunması bakımından son derece önemlidir. AİHS'nin dibacesine göre Sözleşme BM İnsan Hakları Bildirisi esas alınarak hazırlanmıştır. Sözleşme, Sözleşmede yer alan hakların evrensel ve etkin şekilde tanınması ve onlara riayeti sağlama amacı gütmektedir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin dibacesi de medeni ve siyasi haklardan istifade eden, korkudan ve fakirlikten kurtulmuş özgür insan idealinden hareket eden BM İnsan Hakları Bildirisi'ne gönderme yapmaktadır. Sözleşme aynı şekilde devletleri insan hak ve özgürlüklerine genel ve etkin saygıyı sağlamakla mükellef kılan BM Şartı'na gönderme yapmaktadır. BM Şartı dibacesinde (1. ve 2. paragrafında) BM halklarının gelecek kuşakları kendi kuşaklarının yaşamları esnasında iki kez tasavvur dışı ıstıraplara boğan savaş belasından koruma ve insan haklarına, onuruna ve bireysel değerlerine ortak saygı gösterme inancı açık şekilde vurgulanmıştır. Etkin, extraterritorial insan hakları korumasının bu amaçlar ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. BM İnsan Hakları Bildirisi'nde sadece açık şekilde insan haklarının evrensel korunmasına vurgu yapılmamaktadır. İnsan haklarının esasen kendisi evrensel, diğer bir ifade ile bu haklar tüm insanlara tanınmaktadır.⁴⁵ İnsan hakları düzenlemelerine insan olması nedeniyle insanın kendisi düzenlemelere esas alınmaktadır. Dolayısıyla insan hakları korumasında ülke, vatandaşlık bağına değil, insanın kendisine istinat edilmektedir. Bireylerin oturduğu yerin insan haklarının geçerliliğinde esas alınması, bireylerin değil, ülkenin istinat noktası olarak kabul edilmesi anlamını taşır. Sözleşme tarafı devletlerin mükellefiyetlerinin ülke sınırlarında sona ermesi sözleşmelerin evrensel insan hakları koruması yaklaşımı ile bağdaşmamaktadır.⁴⁶

Egemenlik gücüne ülkesel bir boyut verilmesi sözleşmelerde BM İnsan Hakları Bildirisi'ne ve BM Şartı'na yapılan atıflar muvacehesinde ikna edici gözükmemektedir. AİHS'nin dibacesinde yer alan lâfzıyla temel hak ve özgürlükler dünya barışının ve adaletin temelidir. İnsan haklarının korunmasına ilişkin bu evrensel yaklaşımın sözleşmelerin yorumunda da esas alınması gerekmektedir. AİHM Banković

45 BUERGENTHAL, Thomas/THÜRER,Daniel, Menschenrechte: Ideale Instrumente, Institutionen, Nomos Verlag, Baden-Baden 2010, s.3

46 MERON, Theodor, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, bknz.: AJIL 89(1995), Cambridge University Press, s.80



kararında her ne kadar AİHS'nin evrensel bir Sözleşme olarak yapılmadığını vurgulamış olsa da, bu yaklaşım tarihi nedenlerle ikna edici gözükmemektedir. Sözleşme tarafı devletler İkinci Dünya Savaşı'nın ulusal sınırları aşan acılarını tecrübeyle yaşamıştır. Bu acıların tekrarının önlenmesi amaç olarak öngörülmüştür. AİHS İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan acılara bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁷ Sözleşme tarafı devletler bu esastan hareket ederek tüm tasarruflarında saygı göstermekle mükellef oldukları prensipleri Sözleşmede tescil etmişlerdir. İnsan hakları sözleşmeleri ortak çıkarları "*common interests*" (ortak çıkar), diğer bir ifade ile "*interests of mankind*"ı (ortak değer) korumaktadır.⁴⁸ İnsan hakları korumasının insanlığa ilişkin bir konu olması, AİHS'nun geçerliliğinin Avrupa ile sınırlanmasını mümkün kılmamaktadır. Uluslararası insan hakları koruması, insan haklarının tüm insanlar için, vatandaşlıktan yahut oturdukları yerden bağımsız olarak temin edilmesi amacına matuftur. Uluslararası insan hakları korumasına ilişkin hükümlerin geniş yorumlanması bu nedenle insan haklarının anlam ve amacına uygundur.

SONUÇ

Egemenlik gücü kavramı zorunlu olarak ülkesel boyut esas alınarak yorumlanmak zorunda değildir. Anlaşmaların gerek sistematigi, gerekse lâfzı açık bir şekilde geniş yorumuna izin vermektedir. İnsan haklarının uluslararası toplumun temel taşı olarak taşıdığı anlam ve ağır ve sistematik insan hakları ihlalleri tecrübeleri insan hakları anlaşma hükümlerinin geniş yorumlanmasını gerektirmektedir. Sözleşme tarafı devletlerin ülkeleri dışında yaptıkları her tasarruf bu tasarruflardan bireyler zarar gördüğü nispette egemenlik gücü kullanımı anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla tasarrufun Uluslararası Hukuk uygun yahut aykırı olarak ülke içinde yahut ülke dışında yapılması arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Bu yaklaşımın "*in line with this, it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a state party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory*" ifadesi ile BM İnsan Hakları Komitesi tarafından da benimsendiği görülmektedir.⁴⁹

47 HARRIS, David John, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3.Aufl., Oxford 2014, s.3

48 ORAKHELASVILL, Alexander, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, bkzn.:EJIL 14(2003), s.533

49 BM İnsan Hakları Komitesi, Lopez Burgos, Rn.12.3



Birçok devlet süslü abartılı anayasa dibaceleri ile insan haklarının evrensel niteliğini tanıdığını ilan ederek, insan hakları korumasında önde olduğu izlenimi yaratmak istemektedir. Yugoslavya uyuşmazlığında NATO operasyonuna katılan kimi devletler müdahaleyi insan haklarının korunmasına istinat ettirirken, AİHS tarafı devletler extraterritorial operasyonda AİHS'den doğan yükümlülüklerle bağlı olmadıklarını deklare etmişlerdir. Artan extraterritorial askeri operasyonlar çok sayıda insan hakları ihlallerine yol açmaktadır.⁵⁰ Ekonomik imkânları nedeniyle dünya çapında etkin insan hakları koruması yapma olanağı olan devletlerin kimilerinin bu bağlamda kendi ekonomik çıkarlarına öncelik vererek Güvenlik Konseyi'nde veto haklarını kullanarak zorlayıcı önlemlerin alınmasını önledikleri görülmektedir. AİHM Banković içtihadından sapan yeni içtihadını sürdürdüğü takdirde extraterritorial tasarruflar bağlamında insan haklarının korumasında önemli bir adım atılmış olacaktır.

50 Guantaname Bay Naval Base'de tutsaklara yapılan insanlık dışı muamele

**KISALTMALAR:**

AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artikel (madde)
Aufl.	Auflage (bası)
CCPR	Covenant on Civil and Political Rights
ECHR	European Court of Human Rights
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
Hrsg	Herausgeber (editör)
HuV	Humanitaeres Völkerrecht
ICJ	International Court of Justice
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission
INEF	
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
MRA	Menschenrechtsausschuss
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
UNGV	



KAYNAKLAR

BERNSTORFF, Jochen von: **Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen: Unternehmensbezogene menschenrechtliche Schutzpflichten in der völkerrechtlichen Spruchpraxis**, bkzn.: INEF Forschungsreihe-Menschenrechte, Unternehmens- verantwortung und Nachhaltige Entwicklung, 05/2010, Duisburg

BUERGENTHAL, Thomas: **The ICJ Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction**, bkzn.: S.Breitenmoser et.al, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Zürich/Baden-Baden 2007, Dike/Nomos Verlag

CLEVELAND, Sarah Hull: **Embedded International Law and the Constitution Abroad**, bkzn.: Columbia Law Review 110 (2010)

GRABENWARTER, Christoph/PABEL, Katharina: **Europäische Menschenrechts-konvention**, 6.Auflage, München 2016, MANZ Verlag Wien

HALE, Brenda Marjorie : **Argentorum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court supreme?**, bkzn.: Human Rights Law Review 12(2012)

HANNUM, Hurst: **Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights**, bkzn.: American Society of International Law Proceedings 96(2002), Cambridge University Press

HARRIS, David John/O'BOYLE, Michael/BATES, Ed/BUCKLEY, Carla: **Law of the European Convention on Human Rights**, 3.Aufl., Oxford 2014

HERDEGEN, Matthias: **Völkerrecht**, 17.Aufl. München 2018, §8, Rn.8

KING, Hugh: **The Extraterritorial Human Rights Obligations of States**, bkzn.: Human Rights Law Review, Vol. 9, Issue 4 (2009), Oxford University Press

MERON, Theodor: **Extraterritoriality of Human Rights Treaties**, bkzn.: AJIL 89(1995), Cambridge University Press

ORAKHELASVILI, Alexander: **Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights**, bkzn.:EJIL 14(2003)



OXMAN Bernard H.: **Jurisdiction of States**, bknz.: MPEPIL (2007), Oxford University Press, Rn.1

REDDER, Jan-Philipp: **The Extraterritorial Application of the ICCPR and the ECHR**, HuV 2018, Issue 3-4, pp 261-275, December 2018, Berliner Wissenschafts Verlag

SCHAEFER, Max: **Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction**, bknz.: European Human Rights Law Review 5 (2011)

WILDE, Ralph, **Legal “Black Hole”? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights**, bknz.: Michigan Journal of International Law (2005)

