

‡ AİHK’NUN 15.MADDESİ VE AİHM’NİN BU BAĞLAMDA OYNADIĞI ROL

(ARTICLE 15 OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS AND THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS WITH REGARD TO ARTICLE 15)

Prof. Dr. A. Füsun Arsava * **

ÖZ

Makalede AİHK’nun 15.maddesi ışığında AİHM’nin insan haklarının korunmasında oynadığı rol ele alınmaktadır. Bu bağlamda makalede Konvansiyon tarafı devletlere 15.madde muvacehesinde bırakılan takdir alanının (“margin of appreciation”) kapsamı, Konvansiyon tarafı devletlere olağanüstü hale yol açan tehlikelerle mücadele için tanınan takdir alanının kapsamı sorularının cevabı aranmaktadır. Bu soruların cevaplandırılması için makale üç bölüm olarak düzenlenmiştir. İlk bölümde AİHK’nun 15.maddesi çerçevesinde söz konusu edilen takdir alanı güncel AİHM kararları ışığında değerlendirilmekte; ikinci bölümde olağanüstü durumlarda takdir alanının genişletilmesinin AİHK’nun 15.madde gerekliliklerine bağlı kriterler ışığında mümkün olduğu ortaya konulmaktadır. Makalenin üçüncü bölümünde ise demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü hal durumunda AİHM’nin rolü ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: ölçülülük kriteri, mutlak gereklilik kriteri, derogasyon, olağanüstü hal, AİHK

ABSTRACT

The article discusses the role played by the ECHR in the protection of human rights with regard to Article 15 of the European Convention of Human Rights. In this context, the article analyses the scope of the "margin of appreciation" granted to the Contracting States under Article 15 and the discretion left to the Contracting States in times of emergency. The article is organized in three sections. In the first part, it evaluates the jurisprudence of the European Court of Human Rights specifically with regard to Article

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 12.04.2022. İlk hakem raporu tarihi: 28.04.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.06.2022. Onaylanma Tarihi: 27.06.2022.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2275-7664.

Eserin Atf Şekli: A. Füsun Arsava, “AİHK’nun 15.maddesi ve AİHM’nin Bu Bağlamda Oynadığı Rol”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.581-602.

15 of the European Convention on Human Rights In the second part, it assesses the flexibility which the Contracting States have in extraordinary situations in the light of Article 15. In the third part, it discusses the role of the ECHR in the state of emergency that endangers democracy.

Keywords: *the principle of proportionality, absolute necessity, derogation, state of emergency, ECHR*

I – Giriş

Avrupa'da uluslararası olağanüstü hal hukukunun önemi artmaktadır.¹ Konvansiyon tarafı devletlere olağanüstü durumlarda belli Konvansiyon haklarından sapma olanağı veren AİHK'nun 15.maddesi günümüzde sadece teorik değil, pratikte de önemli bir anlam kazanmıştır. Bu durum özellikle Türkiye'nin 21.07.2016'da yaptığı ve 08.08.2018'de geri aldığı derogasyon bildirimini bakımından önem taşımaktadır.² Türkiye tarafından yapılan derogasyon bildirimini darbe girişimi nedeniyle olağanüstü hal ilanını takiben yapılmıştır. AİHM 20.03.2018 tarihli iki kararında Türkiye'de uygulanan olağanüstü hal önlemlerini değerlendirmiş ve Türkiye hakkında iki gazetecinin tutuklanması nedeniyle mahkûmiyet kararı vermiştir.³ Türkiye'nin yanısıra son dönemde başka devletler de derogasyon bildirimini yapmıştır. Ukrayna Doğu Ukrayna uyuşmazlığı nedeniyle bölgesel olağanüstü hal ilanı ile bağlantılı olarak 09.06.2015'te derogasyon bildirimini yapmıştır. Fransa da 13.11.2015'te Paris'te gerçekleşen terör eylemi nedeniyle ilân edilen olağanüstü hal ilanı ile bağlantılı olarak derogasyon bildirimini yapmıştır.⁴ Fransa derogasyon bildirimini olağanüstü halin 01.11.2017'de kaldırılması ertesinde geri almıştır.⁵

AİHK'nun 15.maddesi Konvansiyon devletlerine olağanüstü durumda kimi Konvansiyon haklarından (olağanüstü halin etkilemediği haklar hariç) sapma yetkisi vermektedir. Konvansiyon devletleri istisnai olarak normal şartlarda AİHK'nu ile bağdaşmayan önlemleri böyle bir durumda alma yetkisine sahiptir. Derogasyon bildirimini şüphesiz olağanüstü halden etkilenen Konvansiyon haklarını yürürlükten kaldırmamaktadır.

¹ O'Boyle, Michael: Emergency Government and Derogation under the ECHR, EHRLR 16(2016), 331(334)

² <http://www.coe.int>; Die Welt, 18.7.2018, <http://www.welt.de>; FAZ, 19.7.2018, <<http://www.faz.de>> (02.12.2020)

³ EGMR, Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Urteil vom 20.3.2018, Nr.13237/17; Şakir Alpay v. Turkey, Urteil vom 20.3.2018, No.:16538/18

⁴ bknz.: <http://www.coe.int>> (02.12.2020)

⁵ bknz.: <http://www.elysee.fr>> (02.12.2020)

Derogasyon, normal durumlarda uygulanan Konvansiyon hakları sınırlamalarının ötesine giden ilave sınırlamalara olanak vermektedir.⁶ AİHM derogasyon bildirimini bağlamında öncelikle ilgili temel hakka ilişkin özel sınırlamaların olağanüstü hal önleminin hukuka uygun bir müdahale teşkil edip etmediğini değerlendirmektedir. AİHM ikinci adım olarak AİHK'nun 15.maddesine göre derogasyon için gerekli koşullarının bulunup bulunmadığını değerlendirmeye tabî tutmaktadır.⁷

Derogasyon'un şekli koşulları AİHK'nun 15.madde, 3.fıkrasında yer almaktadır. AİHM re'sen bu koşulları esas alarak derogasyon bildirimini değerlendirmektedir.⁸ AİHK'dan sapmak isteyen devlet Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne kapsamlı bir şekilde alınan önlemleri ve bunun sebeplerini bildirir; bu bağlamda alınan önlemlerin ne zaman tekrar kaldırılacağı konusunda da bilgilendirme yapar (hangi temel haklardan sapılacağına bildirilmesine gerek bulunmamaktadır). AİHK'nun 15.maddesinin uygulanmasında 1.fıkra ve 2.fıkra da yer alan maddi koşullar önemli bir ağırlığa sahiptir. Bu hükümlere göre öncelikle bir olağanüstü durum gerekmektedir; savaş veya başka bir olağanüstü durum nedeniyle halkın yaşamına ilişkin bir tehdidin mevcut olması gerekmektedir. Buna ilaveten alınan önlemler mevcut durum ışığında mutlak olarak gerekli olmalıdır. Nihayet alınan önlemlerin Konvansiyon tarafı devletlerin Uluslararası Hukuk yükümlülükleri ile bağdaşması ve olağanüstü durum dışında bırakılan hakları etkilememesi gerekmektedir. Bu haklara hukuka uygun savaş eylemleri sonucu ortaya çıkan ölümler istisna olmak üzere yaşam hakkı (AİHK md.2), işkence ve insanlık dışı muamele yasağı (AİHK md.3), kölelik yasağı (AİHK md.4, fık.1), “*nulla poena sine lege*” (kanunsuz suç ve ceza olmaz) prensibi (AİHK md.7) ve ölüm cezası yasağı (AİHK'na ek 6 nolu protokolün 3.md. ve 13 nolu ek protokolün 2.md.) dahildir.

AİHK'nun 15.maddesine ilişkin temel sorun yargı denetiminin kapsamı ve dolayısı ile AİHM'nin rolüdür. Hangi ölçüde “judicial selfrestraint”in

⁶ Johann, Christian: Kommentierung der Art. 18, 32 und 33 EMRK, bknz.: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer, EMRK Kommentar, 2.Aufl., C.H.Beck Verlag, München 2015, Art.15, Rn.9

⁷ krş.t.: Ireland v. United Kingdom, 18.01.1978, Series A No.25, §191; A. and others v. United Kingdom, 19.2.2009, Reports of Judgements and Decisions, EGMR 2009-II, §161

⁸ EGMR, Aksoy v. Turkey, 18.12.1996, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 1996-VI, §86

makul olduğu,⁹ Konvansiyon devletlerinin “margin of appreciation” olarak ifade edilen takdir alanlarının kapsamının ne olması gerektiği bu bağlamdaki en önemli sorulardır.¹⁰ Bunlar somut ifade ile yatay yetki taksimi olarak uluslararası yargı ve ulusal yetkiler arasındaki ilişki ve olağanüstü hal durumlarında yargının yürütme ve yasama üzerinde denetim yetkisidir. Konvansiyon tarafı devletlere tehlike ile etkin mücadele için AİHK’nun 15.maddesine göre kapsamlı bir takdir alanının bırakılmasının mı, yoksa insan haklarının olağanüstü durumlarda özellikle tehlikede olması nedeniyle yargı denetiminin daha yoğun yapılmasının mı daha doğru olduğu, olağanüstü halin demokrasiyi korumak için mi, yoksa demokrasiyi zayıflatmak veya yok etmek için bir araç olarak mı kullanıldığı sorularının cevabı bu bağlamda yaşamsal öneme sahiptir.¹¹

II – AİHM kararlarında kabul gören takdir alanı

“Margin of appreciation” doktrini AİHK’nun 15.maddesi çerçevesinde geliştirilmiştir.¹² İrlanda ve İngiltere arasındaki uyuşmazlık nedeniyle 1978’de AİHM tarafından verilen karar bu konudaki ilk adımı oluşturmuştur. AİHM vermiş olduğu kararla AİHK’nun 15.madde çerçevesinde yargı denetiminin sınırlarının açıklığa kavuşmasını sağlamıştır.¹³ AİHM kararında *“it falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of (its) nation’ to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’ and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para.1 [...] leaves those authorities a wide margin of appreciation”* şeklinde ifade

⁹ Mahoney, Paul: Judicial Activism and judicial selfrestraint in the European Court of Human Rights:

Two sides of the same coin, HRLJ 11(1990), s.57,80 vd.)

¹⁰ Peters, Anne/Altwickler, Tilman:: Europäische Menschenrechtskonvention, 2.Aufl. 2012, JuS, CH Beck Verlag, München, Kap.3, Ziff.18

¹¹ Bernhardt, Rudolf: Internationale Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum, bkz.: Rudolf Bernhardt/Wilhelm Karl Geck/Günther Jaenicke/Helmut Steinberger [Hrsg.], Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, FS für Herman Mosler, 1983, 756(86)

¹² Michael O’Boyle, The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15; Ritual Incantation or Principle?, HRLJ 19(1998), 23(24)

¹³ EGMR, Ireland v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A No.25, §201
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

edildiği gibi takdir alanının sınırsız olmadığı görülmektedir. AİHM Konvansiyon üyesi devletlerin krizle mücadelede gerekli olanın ötesine geçip geçmediklerini denetleme yetkisine sahiptir.¹⁴ Olağanüstü durumla bağlantılı olarak AİHK'nun 15.md. muvacehesinde verilen bu karar Konvansiyon devletlerine bırakılan takdir yetkisinin sadece makullük denetimini öngören bir içtihadın oluşmasına yol açmıştır. AİHM alınan önlemlerin mutlak gerekliliğini denetlerken ölçülülük denetimi bakımından çekingen davranmaktadır.

1 – Olağanüstü hal - Takdir Alanı ve Makullük denetimi

AİHK'nun 19.madde, 1.fıkrasına göre savaş veya diğer bir kamusal olağanüstü halin halkın yaşamını tehdit etmesi durumunda olağanüstü durum söz konusudur. AİHM'nin içtihadına göre tüm halk bakımından sonuçları olan ve toplumun kamusal yaşamını tehdit eden alışılmışın dışındaki krizler veya olağanın dışındaki haller olağanüstü durum olarak kabul edilmektedir.¹⁵ Bu krizlerin özelliği güncel veya doğrudan mevcut olmalarıdır. Bu krizler Konvansiyonun ulusal güvenliğin, sağlığını korunması için olağan önlemlerle mücadele edilmesine izin verdiği krizlerden farklıdır. Kamusal olağanüstü hale ilişkin bu tanıma rağmen AİHM şimdiye dek somut hiçbir durumu bu tanım ışığında değerlendirmemiştir. Bu durum Konvansiyon taraflarına Konvansiyon tarafından tanınan kapsamlı takdir alanından ileri gelmektedir.¹⁶

AİHM içtihadında Konvansiyon devletlerinin takdirlerinin yüzeysel olarak bir nedensellik denetimine tabî kılındığı görülmektedir.¹⁷ Tehdidin yoğunluğu inceleme konusu yapılmamaktadır. Türkiye'nin 2016 yılında yapmış olduğu derogasyon bildirimine ilişkin AİHM'nin aktüel içtihadı bu durumu teyit etmektedir. AİHM 2016 Temmuz'da gerçekleştirilen darbe

¹⁴ von Ungern-Sternberg, Antje: Die Konsensmethode des EGMR-Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und innerstaatliche Demokratieprinzip, AVR 51(2013), Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, s.312 vd.); EGMR, Ireland v. United Kingdom, §207

¹⁵ EGMR, Lawless ve Ireland (No.3), 1.7.1961, Series A No.3, §28-37

¹⁶ bkz.: EGMR, Ireland v. United Kingdom, §207

¹⁷ Krieger, Heike: Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität? bkz.: Rainer Grote/Thilo Marauhn: EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Bd.I, 2.Aufl. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013, Kapitel 8

girişimine bağlı olarak ilan edilen olağanüstü hali, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan tespite istinaden kabul etmiştir.¹⁸

Aynı şekilde Kuzey İrlanda'da ve İngiltere'de İrlanda Cumhuriyet Ordusunun (IRA),¹⁹ Türkiye'de PKK'nın²⁰ ve El Kaide'nin 11 Eylül 2001'den sonraki terör tehditleri olağanüstü durum olarak kabul edilmiştir. İngiltere ile ilgili kararı 2009'da Büyük Daire vermiştir.²¹ Bu karar dikkat çekici şekilde Konvansiyon tarafı devletlerin kapsamlı takdir alanını özel olarak açıkça ortaya koymaktadır. İngiltere 2001'de El Kaide'nin terör tehditleri nedeniyle olağanüstü duruma istinat etmiştir.²² AİHM bunu kabul etmiştir. AİHM kararına göre sadece bir tehdidin mevcudiyeti olağanüstü durumun kabulü için yeterlidir. Konvansiyon devletlerinin felaket yaşanmadan önlem alabilmelerini teminen krizin, olağanüstü durumun an itibariyle mevcut olması istenmemektedir.²³ Tehdidin yoğunluğu ile bağlantılı olarak AİHM devletin kurumsal yapısının, işlevinin mutlaka tehdit altında olması gerekmemektedir.²⁴ Diğer devletlerin benzer tehdit durumlarında aynı şekilde olağanüstü hal ilân etmelerinin olası olması da bu bağlamda ölçü olmamaktadır.²⁵ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu'nun 1969 tarihli Yunanistan için hazırlamış olduğu rapor bu bağlamda özel bir durum teşkil etmektedir. Cunta hükümeti Yunanistan'da askeri darbe ertesini 1967'de olağanüstü hal ilân etmiş ve bir dizi temel hakkı uygulama dışı bırakmıştır. Komisyon hazırlamış olduğu raporda olağanüstü hal durumunu reddetmiştir. Raporda, olağanüstü halin mevcudiyeti ile ilgili ispat yükünün Yunan hükümetine ait olduğu ve Yunan hükümetinin de bu yükümlülüğü yerine getirmediği ifade edilmiştir.²⁶

2 – Mutlak gereklilik

AİHM olağanüstü hal durumunun mevcut olup olmadığına ilişkin incelemeye nazaran önlemlerin alınmasının mutlak gerekli olup olmadığını

¹⁸ EGMR, Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Urteil vom 23.3.2018, Nr.13237/17, Şahin Alpay v. Turkey, Urteil vom 20.3.2018, Nr.16538/18

¹⁹ EGMR, Irland v. United Kingdom, §205

²⁰ Demir v. Turkey, 23.09.1998, Reports of Judgements and Decisions, EGMR 1998-VI, §45

²¹ EGMR, A. and others v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A No.25, §177-181

²² House of Lords, Judgement – A(FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), 16.12.2004

²³ EGMR, A. and Others v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A. No.25, §177

²⁴ EGMR, A. and Others v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A. No.25, §179

²⁵ EGMR, A. and Others v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A. No.25, §180

²⁶ “Greek Case”: Berichte vom 5.11.1969, Nr.3321/67, §154

daha detaylı incelemektedir.²⁷ AİHM bu çerçevede sadece önlemlerin makullüğü denetimi değil, temkinli bir ölçülülük denetimi gerçekleştirmektedir. AİHM kararlarında devletlerin kapsamlı takdir alanına sahip olduğunu vurgulasa da, ölçülülük denetimini daima daha kapsamlı ve detaylı yapma yolunda bir yaklaşım ortaya koymaktadır.²⁸ AİHM 2009 tarihli A. and Others v. United Kingdom davasında, AİHK'nun 5.maddesi için söz konusu olduğu gibi bir temel haktan sapma durumunda, bunun olağanüstü durumla mücadele için alınan bir önlem olup olmadığı, bu önlemin tüm kapsamı ile olağanüstü durumun koşulları ışığında savunulmasının mümkün olup olmadığı, bunun kötüye kullanılmasına karşı iç hukukta uygun önlemler bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu kriterlere rağmen ölçülülük denetiminin ve takdir alanının kapsamı belirsiz kalmaktadır.

AİHK'nun 15.maddesine ilişkin AİHM'nin yeni kararlarına bakıldığı zaman AİHM'nin alınan önlemlerin mutlak gerekliliğini reddettiği görülmektedir. İlk kez olarak 1996 tarihli Aksoy - Türkiye davasında ve daha sonra 20.3.2018 tarihli Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay - Türkiye davasında bu durumun teyit edildiği görülmektedir. Aksoy - Türkiye davasında belli suçlarla bağlantılı olarak şüpheli durumda olan kişiler söz konusu olan olağanüstü hale istinaden 30 güne yakın bir süre mahkemeye çıkarılmaksızın gözaltında tutulmuştur.²⁹ Bu süre zarfında davacı avukatı, arkadaşları, doktoru, akrabaları ile görüştürülmemiştir. AİHM AİHK'nun 5.madde, 3.fıkrasının ihlâlini kabul etmiştir. Gözaltında bulunan kişilerin mahkemeye çıkarılması için 1988 tarihli Brogan - İngiltere davasında kabul edilen zamansal sınırlama (4 gün 6 saat) aşılmıştır.³⁰ Türkiye bu önlemi AİHK'nun 15.madde çerçevesinde PKK ile yapılan terör mücadelesine istinat ettirmiş, PKK üyelerinin sorgulamalara direndiklerini bu nedenle söz konusu önlemin mutlaka gerekli olduğunu, PKK üyelerinin gizli haberleşme ağlarının olduğunu, büyük kaynaklara erişim imkânlarının olduğunu ve komşu ülkelerden yardım aldıklarını dile getirmiştir.³¹ AİHM bununla beraber bu önlemin mutlak olarak gerekli olduğunu kabul etmemiştir.³² AİHM kararını özellikle uzun gözaltı süresine ve keyfi muamelelere istinat

²⁷ Harris, David J./O'Boyle, Michael/Bates, Edward P./Buckley, Carla C.: Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press,3.Aufl. 2014, 837

²⁸ O'Boyle, Michael: EHRLR 16(2016), 331(334)

²⁹ EGMR, Aksoy v. Türkiye , §29,71

³⁰ EGMR, Brogan and Others v. United Kingdom, 29.11.1988, Series A No.145-B, §62

³¹ EGMR, Aksoy, §72

³² EGMR, Aksoy, §76-87

ettirmiştir. Davacı dış dünya ile ilişkisinin kesilmiş olması nedeniyle gözaltında iken tam olarak savunmasız kalmıştır. Bunun ötesinde Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu'daki somut koşulların gözaltında bulunan kişilerin sorgu hâkimine çıkartılmasını imkânsız kıldığı gerekçesi kabul görmemiştir. Bu içtihadı AİHM Türkiye'ye karşı açılan diğer davalarda verdiği kararlarında teyit etmiş ve geliştirmiştir.³³ AİHM Büyük Dairesi A. u.a. -. İngiltere davasında verdiği kararda aynı şekilde alınan önlemlerin mutlak gerekliliğini reddetmiştir. İngiltere tarafından ihdas edilen bir kanunda hakkında herhangi bir tutuklama nedeni bulunmayan terör şüphelisi yabancıların, sınır dışı edilme olanağı bulunmadığı takdirde gözaltına alınması kabul edilmiştir. Bu bağlamda AİHK'nun 5.madde, 1.fıkra, 1.bendinin ihlâli gündeme gelmektedir. House of Lords bu önlemin mutlak gerekli olmadığını, önlemin caiz olmayan bir şekilde İngiliz vatandaşları ve yabancılar arasında ayırma yol açtığını tespit etmiştir. Bu hareket noktasını AİHM de benimsemiştir. AİHM prensip olarak AİHK veya AİHM içtihadı yanlış yorumlanmadığı veya açık olarak mantık dışı olmadığı takdirde ulusal mahkeme kararlarında yapılan tespitlerle bağlı olma yaklaşımını benimsemektedir.³⁴

AİHM yeni kararlarından biri olarak Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay - Türkiye davasında alınan önlemlerin mutlak gerekli olduğunu kabul etmemiştir. Bu dava ile ilgili AİHM kararı A.u.a.- İngiltere davasında olduğu gibi yeni bir içerik incelemesine gerek olmaksızın Türk Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal önleminin gerekliliğini kabul etmemiş olmasına ve Türk hükümetinin ikna edici yeni kanıtlar sunmamasına istinat ettirilmiştir.³⁵ Kararda önem taşıyan ifadelerin iki paragrafta toplandığı, ikinci paragrafın da birinci paragrafta gönderme yaptığı görülmektedir.³⁶ Verilen karar 15.07.2016 tarihli darbe girişiminden sonra darbe girişimine katılma suçu isnat edilerek tutuklanan ve gözaltında bulunan iki Türk gazetecisine ilişkindir. Suç kanıtı olarak gazetecilerin yazdıkları makaleler ve televizyonda yaptıkları beyanlar esas alınmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi yapılan tutuklamanın Türk Anayasası tarafından garanti edilen özgürlük ve güvenlik, düşünce ve basın özgürlüğü haklarını ihlâl ettiğini saptamış; dolayısı ile gazetecilerin düşünce özgürlüğüne ve basın özgürlüğüne istinat eden faaliyetlerinin suç işlediklerine ilişkin yeterli bir

³³ EGMR, Demir v. Turkey, 23.09.1998, Reports of Judgements and Decisions, EGMR 1998 – VI, §45

³⁴ EGMR, A. and Others, §174

³⁵ EGMR, Mehmet Hasan Altan, §140; Şahin Alpay, §119

³⁶ EGMR, Mehmet Hasan Altan, §140; Şahin Alpay, §119 ve 183

şüphe oluşturmadığını kabul etmiştir. AİHM Anayasa Mahkemesinin görüşünü takip ederek ikna edici kanıtlar olmaksızın tutuklama yapılmasının özgürlük ve güvenlik haklarını ihlâl ettiğini ve tutuklama kararı verilmesinin somut durumda ölçülülük esasına uygun olmadığını karara bağlamıştır.³⁷

Aynı durum AİHK'nun 10.madde muvacehesinde korunan düşünce özgürlüğüne ilişkin derogasyon bakımından geçerlidir.³⁸ Bu konuda AİHM'nin açıklamaları oldukça sınırlıdır; AİHM kararında sadece AİHK'nun 5.maddesine ilişkin derogasyon bildirimini için yapmış olduğu açıklamaya gönderme yapmıştır.³⁹ Bu çerçevede Kuzey İrlanda uyuşmazlığı bağlamında alınan önlemlerin AİHM tarafından mutlak gerekliliğinin kabul edildiği görülmektedir. AİHM'nin bu uyuşmazlığa ilişkin son önemli kararı 1993 tarihli Brannigan ve McBride - İngiltere davasında verdiği kararı teyit eden 2001 tarihli Genel Kurul kararıdır.⁴⁰ Bu kararda İngiltere hükümetinin takdir hakkı şimdiye dek verilen kararlarda kabul edilen takdir hakkının kapsamından çok daha kapsamlı kabul edilmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta kimi terör eylemi şüphelilerinin gözaltı sürelerinin mahkemeye çıkartılmaksızın ve yargısal denetim olmaksızın 5 güne kadar uzatılması dava konusu olarak AİHM tarafından ele alınmıştır. Şikâyetçilerden biri somut olayda 6 gün, 14 saat, 3 dakika, diğer ise 4 gün, 6 saat ve 25 dakika yargıç tarafından sorgulama yapılmaksızın gözaltında kalmıştır. İngiltere gözaltı süresinin uzatılması kararının güvenilir bilgilere istinat ettiğini, gözaltında bulunanların avukatlarının onları tehlikeye sokmamak için bilgilendirilmediğini ve önemli bilgilere ulaşılmasının süre uzatımı olmadan mümkün olmamasını gerekçe olarak ileri sürmüştür. Bunun ötesinde İngiltere mahkeme kararıyla gözaltı süresinin uzatılmasının, yargının soruşturma prosedürünün bir parçası gibi bir görüntüye yol açabileceğine, bunun da yargı bağımsızlığına gölge düşürebileceğine işaret etmiştir.⁴¹ Bu gerekçeler mahkeme heyetinin çoğunluğu tarafından bu konuda bir inceleme yapılmaksızın kabul edilmiştir. AİHM kararında hangi önlemlerin bilgilere ulaşmak için daha uygun olduğu konusunda inceleme yapmanın kendi görevi olmadığını; gözaltına almakla ilgili yetkilerin kötüye kullanılmasına karşı İngiliz hukukunda yeterli önlemlerin bulunduğunu, şikâyetçilerin süre uzatımı nedeni ile olmasa da, gözaltına alınma nedeni ile avukatlarına başvurarak

³⁷ EGMR, Mehmet Hasan Altan, §140; Şahin Alpay, §119

³⁸ EGMR, Mehmet Hasan Altan, §214; Şahin Alpay, §183

³⁹ EGMR, Şahin Alpay, §183

⁴⁰ Plenum; EGMR Marshall v. United Kingdom, Nr.41571/98/Ziff.B

⁴¹ EGMR, Brannigan v. McBride, §56

yargısal denetim talep etme haklarının bulunduğunu gerekçe olarak ifade etmiştir.⁴² İngiltere Kuzey İrlanda uyuşmazlığına ilişkin derogasyon bildirimini 1984’de geri almıştır. İngiltere 1988’de gözetli uygulamaları nedeniyle AİHM tarafından mahkûm edilmiştir.⁴³

III – Farklı alanlar için yeni kriterler

AİHM içtihatında farklı alanlara ilişkin olarak zımnen kabul ettiği yeni yaklaşımın yerinde olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu çerçevedeki ölçünün oldukça soyut ve belirsiz tutulduğu görülmektedir. Bu nedenle alınan somut önlem mutlak gereklilik icabı alınan bir önlem mi olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu bağlamda Konvansiyon tarafı devletlere olağanüstü hale istinat eden derogasyon bildirimini bakımından kapsamlı bir takdir alanının bırakıldığı ve yargısal denetimin makullük ölçüsü ile sınırlandırıldığı görülmektedir.⁴⁴ Alınan önlemin mutlak gerekliliği bağlamında ise prensip olarak Konvansiyon devletlerine daha sınırlı bir takdir alanı tanınmaktadır. AİHK’nun 15.maddesinin gerekliliklerini daha iyi karşılayabilmek için AİHM takdir alanıyla ilgili yeni kriterler geliştirmiştir.

1 – Olağanüstü hal durumu - geniş takdir alanı

Konvansiyon tarafı devletlere tehlike durumlarının olağanüstü hal olarak kategorize edilmesi bağlamında geniş takdir hakkı bırakılmaktadır. Bu çerçevede alınan kararlar Konvansiyon tarafı devletlerin egemenliklerine ilişkindir; bu nedenle bu kararlar ulusal parlamentolar tarafından alınır; Konvansiyon tarafı devletler geniş takdir alanına sahiptir. Alınan önlemlerin makul olması ve gerçek bir olağanüstü hal durumunun mevcudiyeti bu takdir alanının sınırlarını oluşturmaktadır. Konvansiyon tarafı bir devletin ülkesinde gerçekten tehlikeli özel bir durumun söz konusu olmaması veya olağanüstü durum ilanı olanağının kötüye kullanılması bu takdir alanının sınırlarını teşkil etmektedir. Tehlikeli bir durumun mevcudiyetinin takdiri genel olarak siyasi karar konusudur; tehlikeli durumun istisnai ağır bir durum olarak kategorize edilmesi, diğer bir ifade ile halkın genel güvenliği için bir tehlike olarak değerlendirilmesi birçok

⁴² EGMR, Brannigan und McBride, § 62-65

⁴³ EGMR, Brogan and Others v. United Kingdom, 29.11.1988, Series A, No.145-B, §58-62).1989’da İngiltere yeniden bir derogasyon bildirimini yapmıştır. Brannigan ve McBride davası bu nedenle AİHM’nin önüne gelmiştir. AİHM İngiltere’nin uygulamasını bu kez ancak terörle mücadelede gerekli önlem olarak mütalâa etmiştir (EGMR, Brannigan und McBride v. United Kingdom, 25.05.1993, Series A, No.258-B, §51)

⁴⁴ Krieger, Heike: Kap.8, Rn.13
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

faktöre bağlı tahmini bir karardır. Halkını tehlikelerden korumak her devletin en önemli görevi ve sorumluluğudur. AİHM'ne göre somut durumun bir tehlike teşkil edip etmediğinin uluslararası yargıçlara nazaran ulusal merciler tarafından daha doğru takdir edilmesi mümkündür. Ulusal merciler AİHM'den farklı olarak ulusal güvenlik birimleri üzerinden aldıkları bilgilerle somut durumu daha iyi değerlendirme olanağına sahiptir.⁴⁵ Olağanüstü bir durumun bulunması yahut bulunmaması bununla beraber somut önlemin gerçekten caiz olduğunu yahut caiz olmadığını göstermemektedir. Bunun ancak alınan önlemin mutlak gerekliliği ışığında belirlenmesi mümkündür.

AİHM tarafından kabul edilen bu yaklaşım “margin of appreciation” doktrininin geri planında yer alan kendi varlığını korumaya ilişkin pragmatik düşünceye istinat etmektedir.⁴⁶ AİHM'nin sahip olduğu otoriteyi koruması, kararlarının üye devletler tarafından saygı görmesine bağlıdır.⁴⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kararların icrasına matuf olarak sahip olduğu yaptırım mekanizmasının sadece tamamlayıcı bir fonksiyonu bulunmaktadır. AİHM'nin olağanüstü durumu kabul etmemesi durumunda ulusal egemenliğin özünün tehlikede olmasına istinaden Konvansiyon tarafı devletin karara uymama, hatta Konvansiyondan çekilme tehlikesi ortaya çıkmaktadır.⁴⁸ Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun olağanüstü hal durumunu reddetmesi üzerine Yunanistan Cunta yönetiminin AİHK'dan çekilme örneğinde yaşanmıştır. AİHK'nun 58.madde, 1.fikrasına göre Konvansiyon tarafı devletler Konvansiyon'un yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıl geçtikten sonra 6 ay önceden haber vermek kaydıyla Konvansiyon'dan çekilme hakkını kullanabilir.

2 – Mutlak gereklilik - daha sıkı ancak farklı denetim

AİHK'nun 15.maddesine göre bir önlemin mutlak olarak gerekli olup olmadığı yargı denetimi ile ortaya konulabilir. Sadece bir makullük denetiminin yapılması yeterli değildir. Bu bağlamda yukarıda işaret edilen içtihadı uygun olarak bir ölçülülük denetiminin yapılması gerekmektedir. Özel kriz durumlarında mutlak gereklilik kriteri ışığında Konvansiyon

⁴⁵ Bernhardt, Rudolf: FS für Herman Mosler, 1983, 756(86)

⁴⁶ Peters, Anne/Altwickler, Tilman: C.H.Beck Verlag, München, Kap.3, Ziff.18

⁴⁷ Engel, Norbert Paul: Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 30 (2003), N.P.Engel Verlag, Kehl am Rhein, 122

⁴⁸ Schmal, Stefanie: Derogation von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen, bkz.: Dieter Fleck, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, Nomos Verlag, Baden-Baden, 125

haklarından sapma yetkisinin kullanılmasında takdir hakkının derogasyon yapan üye devlete bırakılması mümkün değildir. AİHM'nin olağanüstü durumlarda da Konvansiyon haklarının etkin temini için sıkı bir denetim yapması gerekmektedir. Bu bağlamda krizin ağırlığı, olağanüstü durumun süresi, AİHK'da yer alan haklardan ne ölçüde sapıldığı dikkate alınması gereken hususlar arasında değerlendirilir. Değerlendirilecek önemli konular arasında olağanüstü halin kötüye kullanılmasına karşı uygun önlemler olup olmadığı ve etkin bir yargı denetiminin bulunup bulunmadığı da yer almaktadır.⁴⁹ Söz konusu bu son denetim kriteri olağanüstü hal durumlarında da hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı prensibinin belli bir ölçüde korunmasına ve dolayısıyla demokrasiye hizmet etmektedir. AİHM'nin bu nedenle yeni içtihadında özellikle olağanüstü halin kötüye kullanılıp kullanılmadığı yönündeki denetime ağırlık verdiği görülmektedir.⁵⁰ Bu bağlamda söz konusu olan takdir alanının kapsamının tayininde esas alınan kriterlere aşağıda yer verilmektedir.

a) Derogasyon yapan devletin durumu

Takdir alanının kapsamının tayininde olağanüstü durumun niteliği önemli bir kriter teşkil etmektedir. Olağanüstü durumun demokrasiyi korumaya mı, demokrasiyi tehlikeye sokmaya mı matuf olduğu, olağanüstü durumun süresi, ulusal yargının fonksiyonunu gösterip göstermediği, azınlıkların ayrımcı muameleye uğrayıp uğramadığı bu bağlamda esas alınan kriterler olarak karşımıza çıkmaktadır.

aa) Demokrasiyi tehlikeye sokan – demokrasiyi korumaya matuf olağanüstü hal

Bir tehlike durumuna ön almak amacıyla Konvansiyon tarafı devletlerin koruma önlemleri alması mümkündür. Bu önlemler prensip olarak demokratik düzenin korunması veya yeniden tesisi için alınan önlemlerdir. Böyle bir durumda prensip olarak kapsamlı bir takdir alanından hareket edilmektedir. Demokrasiyi korumaya matuf olağanüstü durumlar özellikle belli bir tehlike ile mücadele için zamanla sınırlı olarak alınan parlamento ve yargı denetimine tabî münferit önlemler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumlarda demokratik sistemi değiştiren ve anayasal düzeni yeniden düzenleyen kapsamlı sürekli önlemler ya hiç öngörülmez, ya da çok dar kapsamda karşımıza çıkar (örneğin, parlamentonun ana yetkilerinin sürekli olarak yürütmeye devredilmesi gibi). Bu tür bir demokrasiyi korumaya

⁴⁹ EGMR, A. and others v. United Kingdom, 19.02.2009, Reports of Judgements and Decisions, EGMR 2009-II, §178

⁵⁰ Niemitz v. Germany, 16.12.1992, Series A No.251-B, §37
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

matuf olağanüstü hal Fransa'da 13.11.2015'de gerçekleştirilen terör eyleminden sonra 14.11.2015'de ilan edilmiştir. Fransa 24.11.2015'de AİHK'nun 15.maddesi muvacehesinde derogasyon bildirimini yapmıştır.⁵¹ Fransa'nın ilan ettiği olağanüstü halin iç hukuktaki dayanağı ve olağanüstü halin hukuki sonuçları 60 yıl kadar eski olağanüstü hal kanununda düzenlenmiştir.⁵² Olağanüstü halin önemli etkisi temel haklara yürütmenin müdahale yetkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Fransız olağanüstü hal kanununda da bu müdahaleler düzenleme konusu yapılmıştır. Yürütme organının bu yetkilerinin en önemlileri arasında yürütmenin yargı kararı olmaksızın bir süreliğine önleyici olarak ev hapsi cezası verme yetkisi, gece ve gündüz yargı kararı olmaksızın ev arama yetkisi karşımıza çıkmaktadır. Fransız İç İşleri Bakanlığının verdiği bilgilere göre iki yıl içinde 4.457 ev araması gerçekleştirilmiş ve 752 kişi ev hapsinde tutulmuştur.

Olağanüstü hal döneminde alınan önlemler münferit durumlarda idare mahkemesi tarafından hukuka uygunluk ve özellikle yerindelik denetiminden geçirilmiştir. Yürütme bu şekilde yargı üzerinden denetlenmiştir. Yürütmenin olağanüstü hal kanununda düzenlenen yetkileri 9 kez Fransız Anayasa Mahkemesi kararlarının konusu olmuştur. Fransız Anayasa Mahkemesi 7 kararında kimi düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmuştur; bunun sonucu olarak 1955 tarihli olağanüstü hal kanunu değişikliğe uğramıştır. Bu şekilde Fransa'da hukuk devleti karakteri olağanüstü durumda da korunabilmiştir. Bunun dışında kapsamlı parlamento denetimi devam etmiştir. Fransız Parlamentosu ilk kez 20.11.2015'de ve 5 kez daha olağanüstü halin uzatılmasını karara bağlamıştır. Yürütmenin olağanüstü hal durumunda sahip olduğu özel yetkilerin tür ve kapsamı konusunda karar verme yetkisini Fransız Parlamentosu kullanmıştır. Yürütmenin tasarruflarının hukuki dayanağı olan olağanüstü hal kanunu olağanüstü hal esnasında Parlamento tarafından birçok kez değişikliğe uğramıştır. Buna ilave olarak yürütmenin olağanüstü hal döneminde alınan tüm önlemler hakkında Parlamento, Ulusal Meclisi ve Senatoyu bilgilendirme mükellefiyeti yerine getirilmiştir. Bütün bu dikkate getirilen hususlar, Fransa'da olağanüstü hal döneminde alınan önlemlerin demokratik düzenin yok edilmesi yahut demokratik düzene zarar verilmesi için alınmadığını ortaya koymaktadır. Aynı şekilde Fransa'da siyasi sistemi değişikliğe uğratan anayasa değişiklikleri de yapılmamıştır.

⁵¹ bkz.: <https://www.legifrance.gouv.fr> (02.12.2020)

⁵² 03.04.1955 "Loi relatif à l'Etat d'urgence" (*olağanüstü hal*); bkz.: <https://www.legifrance.gouv.fr> (02.12.2020)

Devlet başkanı anayasanın 16.maddesinde yer alan olağanüstü hal durumlarında kullanabileceği yetkileri de kullanmamıştır.

Demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü hal durumlarında ise olağanüstü durumda alınan önlemlerin demokrasiye yönelik tehdit ve tehlikeleri önlemeye matuf olarak değil, demokrasiyi yok etmek veya demokratik yapıyı zayıflatmak için alınması söz konusudur.⁵³ Bu durumun münferit bir durumda tespiti oldukça zordur ve daima tahmini bir karar olma ihtimali vardır. Şüphesiz bu bağlamda tarihi tecrübeler ışığında objektif ipuçlarının elde edilmesi mümkündür. Bu tür veriler bulunduğu nispette takdir alanının da daraldığı görülmektedir. Takdir alanının sınırı AİHK'nun sistematüğinden, anlam ve amacından istihraç edilmektedir. AİHK'nun 15.maddesi muvacehesinde demokratik devlet yapısının korunmasına ve devamına hizmet eden önlemlerin AİHK ile bağdaştığı kabul edilmektedir.⁵⁴ Bu durumu Konvansiyonda yer alan temel özgürlüklerin en iyi gerçek bir demokratik (siyasi) düzende temin edileceği inancını lâfzen dile getiren AİHK'nun dibacesi teyit etmektedir. Aynı şekilde Konvansiyonun 17.maddesi de Konvansiyon'un, Konvansiyon'da yer alan hak ve özgürlükleri yok edecek şekilde yahut onları Konvansiyonda öngörülenin ötesinde sınırlayacak şekilde yorumlamaya izin vermediğini öngörmektedir. AİHK'nun 18.maddesinde hak ve özgürlüklere ilişkin caiz sınırlamaların sadece öngörülen amaçlarla sınırlı olarak gerçekleşebileceği kabul edilmiştir. Bu durum demokratik toplumsal yapıya vurgu yapan Konvansiyon hak ve özgürlüklerinin sınırlanmasına ilişkin düzenlemelerde de açık şekilde teyit edilmektedir (AİHK md.8-11). AİHM içtihadında da sıklıkla demokrasininin AİHK ile bağdaşan yegâne yönetim şekli olduğu vurgulanmaktadır.⁵⁵ Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay - Türkiye davasında verilen kararda aynı yönde ifadeler yer almaktadır. AİHM kararlarında *obiter dictum* (yaklaşım olarak) olağanüstü durumlarda alınan önlemlerin demokratik düzenin korunmasına matuf olması gereğine işaret etmektedir.⁵⁶

⁵³ Questiaux,Nicole: Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency, UN Doc E/CN4/2 of 27.07.1982, §129 vd.

⁵⁴ Stein,Torsten: Die Ausserkraftsetzung von Garantien menschenrechtlicher Verträge, bkz.: Irene.Maiyer/ Jürgen Schmude, Europäischer Menschenrechtsschutz: Schranken und Wirkungen, 1982, Verlag Müller C.F. Heidelberg, s.135;

Kitz, Heinz–Eberhard: Die Notstandsklausel des Art.15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Verlag Duncker&Humblot, Berlin 1982, s.72

⁵⁵ EGMR, Ždanov v. Latvia, Urteil vom 16.03.2006, Nr.98278/00, §98

⁵⁶ EGMR, Mehmet Hasan Altan-Şahin Alpay, §180

Yürütmenin olağanüstü dönemde aldığı önlemler üzerinde yargısal ve/veya parlamento denetiminin eksikliği, yokluğu demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum örneği oluşturmaktadır. Buna ilave olarak yasamanın genel olarak fonksiyonunu yapamaması, çok sınırlı olarak normal fonksiyonlarını yerine getirebilmesi ve parlamentonun görevlerinin yürütme tarafından üstlenilmesi⁵⁷ ve yürütmenin kapsamlı şekilde sürekli etki gösteren kararnamelerle düzenlemeler yapması demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum önlemlerine örnek teşkil etmektedir.⁵⁸ Demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum önlemlerinin bir diğer örneğini ise demokratik düzen için inşai karakteri olan düşünce özgürlüğü gibi temel hakların ortadan kaldırılması veya kapsamlı şekilde sınırlanması vermektedir.⁵⁹

Olağanüstü hal durumunda mevcut siyasi sistemi, demokratik hukuk devleti düzenini kısmen ortadan kaldırmak veya bir diktatörlük rejimine dönüştürmek amacıyla anayasa değişikliği yoluyla düzenlemeler yapılması demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum örneği teşkil etmektedir. Bu şekilde sınırsız yahut sınırlı tekel nitelikli yetkilerin bir kişi, kişi grubu yahut partide toplanması temin edilmektedir.⁶⁰ Bu bağlamda özellikle parlamentoya ait asli yetkilerin yürütmeye devrini sağlayan, yargının yetkisini sınırlayan ve/veya kuvvetler ayrılığı prensibini büyük ölçüde sınırlayan yahut yok eden anayasa değişiklikleri örnekleri önem taşımaktadır; bu nedenle kimi anayasalar olağanüstü hal durumlarında anayasa değişikliğini yasaklamaktadır.⁶¹ Bu çerçevede yapılan anayasa değişikliğinin en açık ve çarpıcı örneğini 24.3.1933 tarihli “das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (yetki kanunu)” vermektedir.⁶²

⁵⁷ Lillich, Richard Bonnot: The Paris Minimum Standards of Human Rights. Norms in a State of Emergency, AJIL 79 (1985), 1072(1074)

⁵⁸ krş.: Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu görüşü için bkz.: Opinion on Emergency Decree Laws Nos.667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15.07.2016, Adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session (Venedig, 9 – 10.12.2016), §155

⁵⁹ EGMR, Handyside v. United Kingdom, 7.12.1976, Series A No.24, §49; Editions Plon v. France,

Urteil vom 18.04.2004, Nr.58148/00, §42; BVerfGE 5, 85(205) – KPD Verbot; BVerfGE 7, 198(208)

⁶⁰ diktatörlük kavramı için bkz.: Heun, Werner/Honecker, Martin/Morlok, Martin/Wieland, Joachim: Evangelisches Staatslexikon, Stichwort Diktatur, 2006, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 378 vd.

⁶¹ bkz.: Portekiz Anayasası md.289; İspanya Anayasası md.157; Ukrayna Anayasası md.157, fık.2; Belçika Anayasası md.169

⁶² bkz.: Reichsgesetzblatt 1933, Nr.25,141; söz konusu yetki kanunu ile tüm Weimar Anayasası prensip olarak ortadan kaldırılmıştır

Bunun ötesinde olağanüstü durumun keyfi tutuklamalar ve/veya işten çıkarmalar yoluyla muhalefetin susturulmasına, korku ve yıldırma yolunun uygulanmasına, olağanüstü hal ilanına neden olan tehlike ile alâkası olmayan muhalif medya veya kuruluşların yasaklanmasına yol açıp açmadığı, alınan önlemlerle bağlantılı olarak serbest tartışma olanağının olup olmadığı esas alınarak bütünü itibarıyla değerlendirilmesi gerekmektedir. Demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum söz konusu olduğu takdirde alınan önlemlerin mutlak gerekliliğinin incelenmesinde prensip olarak Konvansiyon devletlerinin dar takdir alanından hareket edilmektedir.

bb – Olağanüstü halin süresi

Olağanüstü hal süresi tek başına Konvansiyon devletlerinin takdir alanının sınırlanmasında “*per se*” bir ölçü değildir.⁶³ Sürekli bir olağanüstü halin bununla beraber olağanüstü halin normal hale gelmesine yol açması nedeniyle kendi kendisi ile çelişkili bir durum yarattığı kabul edilmektedir.⁶⁴ Bunun ötesinde uzun süren bir olağanüstü hal temel hakların uzun süreli sınırlanmasına yol açması nedeniyle de sakıncalıdır. Tehlike durumunun uzun süreli olması devletin varlığı bakımından da tehlike yaratır. Olağanüstü halin süresi bununla beraber tek başına takdir alanının sınırlanmasında ölçü değildir. Takdir alanının sınırlanmasında bu nedenle başka kriterler de gerekmektedir.

cc – Ulusal yargının fonksiyon yeteneği

Demokrasiyi tehlikeye sokan bir olağanüstü halin söz konusu olup olmadığı bağlamında ulusal yargının fonksiyon yeteneği diğer bir kriter oluşturmaktadır. Ulusal mahkemelerin olağanüstü hale ilişkin önlemler için etkin denetim yapma olanağı bulunduğu takdirde prensip olarak geniş bir takdir alanından söz edilmektedir. Kimi yazarlar olağanüstü hal durumunda mahkemelerin genel olarak yürütmeyi olması gerektiği gibi denetleme yetkisinin olmadığından hareket etmektedir.⁶⁵ AİHM bireylerin olağanüstü durumlarda temel hak müdahalelerine karşı yargı yoluyla kendilerini koruyabildikleri ve mahkemelerin temel hak müdahalelerinin ortadan kaldırılmasını mümkün kılacak şekilde bağımsız ve tarafsız olarak faaliyet

⁶³ bkz.: EMRG, Brannigan und McBride v. United Kingdom, 25.05.1993, Series A No.258-B, §42

⁶⁴ Mizock, Adam: The Legality of the Fifty-two Year State of Emergency in Israel, University of California, Davis Journal of International Law and Policy Vol.7 (2001), 223 (245)

⁶⁵ Alexander, Georg J.: The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency, HRLJ Vol.55(1984), s.1 vd.

gösterebildikleri takdirde ulusal yargının fonksiyon yeteneğinin mevcut olduğunu kabul etmektedir. Ulusal mahkemelerin etkin denetim olanağı azaldığı yahut bulunmadığı nispette, ulusal takdir alanı da daralmaktadır. Böyle bir durumda uluslararası denetim yegâne yargısal denetim olanağı olmaktadır. Ulusal seviyede fonksiyonunu yerine getiren bir temel hakları koruma sisteminin mevcut olmaması, Konvansiyon devletlerine takdir alanı bırakan doktrine esas olan subsidiarite prensibinin uygulama dışı kalmasına yol açmaktadır.

dd) Azınlıkların korunması

Azınlıklara yahut onların çıkarlarına yönelik olarak, onlara yük getiren önlemlere karşı ulusal seviyede etkin bir koruma mekanizması bulunmadığı takdirde, Konvansiyon tarafı devletlerin takdir alanının darlığından hareket edilmektedir. Bu durum özellikle azınlık mensubu bireylerin ulusal karakterli hakları koruma mekanizmasından etkin yararlanamamaları halinde ortaya çıkmaktadır. Demokratik sistemlerde olağan durumlarda da azınlıkların çıkarlarının ihlâli konusunda potansiyel bir tehlike bulunmaktadır. Bu durum demokrasinin gereği olan çoğunluğun hâkimiyetinin sonucudur. Bu tehlike olağanüstü durumlarda daha büyümektedir. Olağanüstü durumlarda azınlığın tehlikenin nedeni olarak görülerek ayrımcılığa uğrama tehlikesi artmaktadır.⁶⁶ Bu nedenle AİHM A.u.a. - İngiltere davasında ayrımcı bir önlemi mutlak gerekli önlem olarak mütalâa etmemiştir.

b – İhlâl edilen Konvansiyon haklarının türü

Takdir alanının kapsamının tayininde ihlâl edilen Konvansiyon haklarının türü ve bu hakka ilişkin spesifik sınırlayıcı düzenlemeler de ölçü alınmaktadır. Temel haklara ilişkin sınırlamalar bağlamında iki temel hak kategorisi arasında ayırım yapılmaktadır. İlk grupta AİHK'nun 5. ve 6. maddelerinde yer alan çok dar sınırlama olanağı öngören temel haklar karşımıza çıkmaktadır. AİHK'nun 5.madde, 1.fıkrası özgürlükten mahrumiyeti sadece 5.madde, 1.fıkra da sayılan tutuklama nedenleri muvacehesinde kabul etmektedir.⁶⁷ AİHK'nun 8-11 maddeleri arasında yeralan klâsik özgürlük hakları bakımından ise ilk kategoriden farklı olarak sınırlama düzenlemelerinde olağan durumlar için sadece ölçülülük denetimi

⁶⁶ Gross, B.Oren/Aolain, Fionnuala Ni: From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, HRQ Vol.23(2001),John Hopkins University Press, Baltimore, s.625

⁶⁷ EGMR, A. and Others, §163

öngörülmektedir.⁶⁸ AİHM henüz AİHK'nun 5.- 6.maddeleri ve 8.- 11.maddeleri arasında yer alan hükümlerde öngörülen sınırlayıcı düzenlemelerin farklılığı sorununa detaylı bir yorum getirmemiştir.

AİHM'nin şimdiye dek AİHK'nun 15.maddesine ilişkin kararları AİHK'nun 5.maddesi bağlamında ortaya çıkan derogasyonlara ilişkindir.⁶⁹ Temsil edilen ağırlıklı görüşe göre AİHK'nun 15.maddesi muvacehesinde özgürlük haklarına yapılan derogasyonlarda temel haklar arasındaki bu farklılığın dikkate alınması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile olağan durumlarda sınırlayıcı düzenlemelere esas olan bu farklılığın AİHK'nun 15.maddesinde öngörülen olağanüstü durumlar için de geçerli olması gerekmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi'nin genel yorumlarında bu bağlamda daha da ileri gittiği görülmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi 29 nolu general comment'inde AİHK'nun 8-11.maddelerinde yer alan hükümlere paralel olan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 21.maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne olağanüstü durumlarda da istisna getirilmesinin haklı görülemeyeceğini vurgulamıştır.⁷⁰ AİHK 15.madde, 2.fıkrası olağanüstü durumlarda özgürlük haklarına derogasyon yapılmasını yasaklamamaktadır.⁷¹ Bununla beraber bu bağlamda AİHK'nun 8.-11.maddelerinde Konvansiyon haklarının sınırlanmasına ilişkin olarak öngörülen hükümlerin 15.maddede yer alan olağanüstü durumlara değil, olağan durumlardaki sınırlamalara ilişkin olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.

Olağan durumlarda özgürlük haklarına getirilen sınırlamalara ölçülülük denetimi esas alınmakta ve AİHK'nun 5.madde, 1.fıkra, 2.cümlesinde vurgulandığı üzere özgürlük haklarının sınırlanması ancak kimi koşullarla mümkün kabul edilmektedir. Konvansiyon devletlerine olağanüstü durumlarda tanınan takdir alanı düşünce ve toplantı özgürlüğü gibi demokrasi için vazgeçilmez hayati önem taşıyan temel haklar bakımından daha dar değerlendirilmektedir. Mutlak gereklilik kriteri demokrasi için vazgeçilmez temel haklara derogasyon yapılmasını sadece temel hak teminatlarından sapmayı haklı kılan ağır ve ikna edici olağanüstü durumlarda haklı kılmaktadır. Bu durum AİHK'nun anlam ve amacının bir sonucu olarak kabul edilmektedir. AİHK sadece demokrasinin yeniden

⁶⁸ bknz.: AİHK md.8, fik.2; md.9, fik.2; md.10, fik.2; md.11, fik.2

⁶⁹ bknz.: EGMR, A. and others, §137 vd.; Brannigan and McBride, §36vd; Aksoy, §65vd.

⁷⁰ bknz.: CCPR General Comment No.29, Article 4: Derogations During a State of Emergency, Adopted at the seventy-second Session of the Human Rights Committee, on 31.8.2001, CCPR/C/21/Add.11, §4

⁷¹ Kitz, Hans-Eberhard: s.77

tesisi ve korunması için önlemler alınmasına izin vermektedir. Demokrasinin korunması için ilan edilen olağanüstü durumlarda düşünce özgürlüğüne derogasyon yapılması sadece mutlak gereklilik durumunda kabul edilebilir. AİHM'nin güncel içtihadına esas olan yaklaşım bu sonucu ortaya koymaktadır. Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay - Türkiye kararlarında AİHM ilk kez AİHK'nun 10.maddesini (*düşünce özgürlüğü*) olağanüstü durum bağlamında incelemiştir. AİHK'nun 15.madde bağlamında mutlak gereklilik kriterinin içeriği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla beraber AİHM'nin AİHK'nun 10.madde, 2.fıkrasında yer alan temel hak sınırlamasına ilişkin açıklaması düzenlemeyi olağanüstü durumlarda daha dar yorumladığına işaret etmektedir. AİHM, AİHK'nun 10.madde, 2.fıkrasında yer alan sınırlama düzenlemesi muvacehesinde Türk Anayasa Mahkemesinin tutuklamaları ölçülü bulan kararına uymayı reddetmiştir.⁷² AİHM bu kararlarda *obiter dictum* demokratik bir toplumun mutlak dayanağı olan siyasi tartışma özgürlüğünün olağanüstü durum mazeret gösterilerek sınırlanamayacağını vurgulamıştır.⁷³ Bu durum gazetecilerin mutlak olarak sadece istisnai durumlarda gözaltına alınmasının mümkün olduğunu ortaya koymaktadır.

IV – Sonuç

AİHM olağanüstü durumlarda da tabii yargıç olarak görevine devam etmektedir. AİHM olağan durumlarda olduğu gibi olağanüstü durumlarda da derogasyon ihlallerini denetleme ve AİHK'nun 15.maddesinin sınırlarını koruma işlevini yerine getirmektedir. AİHK'nun 15.maddesi bağlamında Konvansiyon devletlerinin takdir alanları farklılık göstermektedir. Hukuki güven ve hukuki açıklık açısından AİHM'nin olağanüstü durumlarda AİHK'nun 15.maddesi bağlamında mutlak gereklilik kriteri ışığında Konvansiyon devletlerinin sahip olduğu takdir alanının kapsamını belirleyen ölçüler geliştirmesi gerekmektedir.⁷⁴

Olağanüstü durum AİHM bakımından özellikle demokrasiyi tehdit eden bir nitelik taşıdığı takdirde büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu bağlamda uluslararası yargının öngördüğü sınırların önemi ortaya çıkmaktadır. Demokrasi için tehlike oluşturan olağanüstü hal durumlarında AİHM'ne insan haklarının korunması için daha fazla ihtiyaç bulunmakla beraber AİHM'nin rolü olağanüstü hal durumlarında daha zordur. Demokrasiyi

⁷² EGMR, Mehmet Hasan Altan, §206vd.; Şahin Alpay, §177 vd.

⁷³ EGMR, Mehmet Hasan Altan, §210.; Şahin Alpay, §180

⁷⁴ Michael O.Boyle, 29

tehlikeye sokan olağanüstü hal durumlarında AİHM'nin alınan önlemleri AİHK'na uygun bulmaması, Konvansiyon devletinin AİHK'dan çekilmesine neden olabilir. AİHM olağanüstü hal önlemleriyle iştiğal ettiğİ kararlarında bu nedenle pragmatik bir yaklaşımla çekimsiz davranmakta ve AİHK'nun 15 maddesine ilişkin mutlak açıklamalar yapmamaktadır. AİHM ancak alınan ulusal önlemleri gerekli kabul eden ulusal mahkeme kararlarının arkasına gizlenmek de istemediğİ için kararlarında *obiter dictum* olağanüstü hal durumunun yegâne amacının demokratik düzenin korunması olduğuna işaret etmektedir. AİHM'nin demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü hal durumlarında da Konvansiyon haklarının geçerliliğİni savunma stratejisi uygulamak zorunda olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.

KISALTMALAR:

AİHK	Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artikel (madde)
Aufl.	Auflage (bası)
AVR	Archive des Völkerrechts
CCPR	Centre for Civil and Political Rights
COE	Council of Europe
ECHR	Europaen Court of Human Rights
EGMR	Europaeische Gerichtshof für Menschenrechte
EHLR	European Human Rights Law Review
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRQ	Human Rights Quarterly
Hrsg	Herausgeber (editör)
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

KAYNAKÇA

Alexander, Georg J.: The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During

Periods of Emergency, HRLJ Vol.55(1984)

Bernhardt, Rudolf: Internationale Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum, bkz.: Rudolf Bernhardt/Wilhelm Karl *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

Geck/Günther Jaenicke/ Helmut Steinberger [Hrsg.], Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, FS für Herman Mosler, 1983

Engel, Norbert Paul: Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 30 (2003), N.P.Engel Verlag, Kehl am Rhein

Gross, B.Oren/Aolain, Fionnuala Ni: From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, HRQ Vol.23(2001),John Hopkins University Press, Baltimore

Harris, David J./O'Boyle, Michael/Bates, Edward P./ Buckley, Carla C.: Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press,3.Aufl. 2014

Heun, Werner/Honecker, Martin/Morlok, Martin/Wieland, Joachim: Evangelisches Staatslexikon, Stichwort Diktatur, 2006, Kohlhammer Verlag, Stuttgart

Johann, Christian: Kommentierung der Art. 18, 32 und 33 EMRK, bknz.: Ulrich

Karpenstein/Franz C. Mayer, EMRK Kommentar, 2.Aufl., C.H.Beck Verlag, München 2015

Kitz, Hans-Eberhard: Die Notstandsklausel des Art.15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1982

Krieger, Heike: Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?

bknz.: Rainer Grote/Thilo Marauhn: EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Bd.I, 2.Aufl. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013, Kapitel 8

Lillich, Richard Bonnot: The Paris Minimum Standards of Human Rights. Norms in a State of Emergency, AJIL 79 (1985), 1072(1074)

Mahoney, Paul: Judicial Activism and judicial selfrestraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin, HRLJ 11(1990)

Mizock, Adam: The Legality of the Fifty-two Year State of Emergency in Israel, University of

California, Davis Journal of International Law and Policy Vol.7 (2001)

- O'Boyle, Michael:** The Margin of Appreciation and Derogasyon under Article 15; Ritual Incantation or Principle?, HRLJ 19(1998)
- O'Boyle, Michael:** Emergency Government and Derogation under the ECHR, EHRLR 16(2016), 331(334).
- Peters, Anne/Altwicker, Tilman:** Europäische Menschenrechtskonvention, 2.Aufl. 2012, JuS, CH Beck Verlag, München
- Questiaux, Nicole:** Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency, UN Doc E/CN4/2 of 27.07.1982,
- Schmal, Stefanie:** Derogasyon von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen, bkz.: Dieter Fleck, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, Nomos Verlag, Baden-Baden.
- Stein, Torsten:** Die Ausserkraftsetzung von Garantien menschenrechtlicher Verträge, bkz.: Irene.Maier/Jürgen Schmude, Europäischer Menschenrechtsschutz: Schranken und Wirkungen, 1982, Verlag Müller C.F. Heidelberg
- von Ungern-Sternberg, Antje:** Die Konsensmethode des EGMR-Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und innerstaatliche Demokratieprinzip, AVR 51(2013), Mohr Siebeck Verlag, Tübingen