

# H AİHM KARARLARI IŞIĞINDA SİLAHLI ÇATIŞMALARDA İDARİ GÖZALTI

(INTERNMENT IN ARMED CONFLICT IN LIGHT OF THE JUDGMENTS OF THE ECtHR)

Arş. Gör. Ayşe Nur Afacan \* \*\*

## ÖZ

Silahlı çatışmalarda taraflar güvenliklerini sağlamak amacıyla bir mahkeme kararı olmaksızın kişileri özgürlüğünden yoksun bırakma yoluna başvurabilmektedir. Silahlı çatışmalarda idari gözaltı olarak ifade edilen bu uygulama barış zamanında bir yargı kararıyla gerçekleştirilen adli gözaltı tedbirinden farklıdır. 1949 Cenevre Sözleşmeleri silahlı çatışmalarda idari gözaltı uygulamasına cevaz vermekle birlikte, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere birtakım güvenceler sağlayarak dengeyi kurmayı amaçlamaktadır. Ne var ki silahlı çatışmalarda idari gözaltı konusunda insan hakları hukukunun yaklaşımı daha farklı olacaktır. İdari gözaltı 1949 Cenevre Sözleşmeleri tarafından devletlere istisnai bir yetki olarak tanınmışken; AİHS'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddesinde sayılan hukuka uygun özgürlükten yoksun bırakma halleri arasında idari gözaltına yer verilmemiştir. Buradan hareketle, AİHS'nin bir silahlı çatışmada kişilerin idari olarak gözaltına alınmasına müsaade edip etmediği tartışma konusu olmuştur. Bu konuda farklı yaklaşımlar, AİHM'nin çeşitli kararlarına da yansımıştır. Bu çalışmada öncelikle silahlı çatışmalar hukukunda idari gözaltının hukuki çerçevesi çizilecek ardından bu konudaki AİHM kararlarında ortaya konulan yaklaşımlar değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** idari gözaltı, özgürlükten yoksun bırakma, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, silahlı çatışma, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

---

H Eserin Dergimize geliş tarihi: 21.12.2022. İlk hakem raporu tarihi: 26.12.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 11.01.2023. Onaylanma Tarihi: 11.01.2023.

\* Araştırma Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6198-8014

**Esere Atıf Şekli:** Ayşe Nur Afacan, "AİHM Kararları Işığında Silahlı Çatışmalarda İdari Gözaltı", YÜHFD, C.XX 2023/1, s.1-21.

## ABSTRACT

*The parties of an armed conflict may apply the measures of deprivation of liberty without an arrest warrant in order to ensure their security. This measure named as internment in armed conflict differs from the judicial measures implemented by the courts during peace time. While Geneva Conventions of 1949 permit the implementation of internment in armed conflict; they also aim to strike a balance by providing various safeguards for persons deprived of their liberty. However the approach of human rights law regarding the internment in an armed conflict would be divergent. The internment is recognized by the Geneva Conventions of 1949 as an exceptional authorization for the states; while it is not mentioned as a lawful means of deprivation of liberty by the Article 5 of the ECHR. Thus, the question of whether the ECHR permits the internment of persons in an armed conflict has been a matter of debate. Different approaches on this matter have been reflected by the ECtHR in its several judgments. In this study, the legal framework of the internment in the law of armed conflict will be analyzed first and then the approaches adopted by the ECtHR on this matter will be discussed.*

**Keywords:** *internment, deprivation of liberty, right to liberty and security, armed conflict, Geneva Conventions of 1949, European Convention on Human Rights.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Silahlı çatışmaların doğasında tarafların birbirine üstün gelme amacı mevcuttur. Bu amaç doğrultusunda karşı tarafa mensup kişilerin etkisiz hale getirilmesi gerekir. Kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması bu anlamda başvurulan bir tedbirdir. İdari gözaltı kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması uygulamalarının bir çeşidini oluşturmaktadır.<sup>1</sup> İdari gözaltı, herhangi bir suçlama veya mahkeme kararı olmaksızın kişilerin güvenlik sebebiyle idari otoriteler tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılması anlamına gelir. Bu uygulama cezalandırma amacı gütmeyen istisnai bir güvenlik tedbiri niteliğindedir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 1.

<sup>2</sup> ICRC, “Internment”, **How Does Law Protect in War? Casebook**, <https://casebook.icrc.org/glossary/internment> Son Erişim Tarihi: 14.12.2022; Fatma YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)

Silahlı çatışmalarda bir kişinin idari gözaltına alınması enterne etme olarak da ifade edilmektedir. Enterne etme ve idari gözaltı kavramları birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılabilir. <sup>3</sup> Ancak bu çalışmada, bir yargı kararı olmadan güvenlik sebebiyle özgürlüğün kısıtlanması anlamını daha çok vurgulaması bakımından çoğunlukla idari gözaltı kavramı kullanılmıştır. Bununla birlikte, kişilerin idari gözaltına alınması fiilini ifade etmek için enterne etme kavramı tercih edilmiştir.

Silahlı çatışmalarda idari gözaltı işin doğası gereği yaygın ve olası bir uygulamadır. <sup>4</sup> Taraflar kendi güvenliğini sağlamak için bu yola başvurur ve tehlike arz eden kişinin karşı tarafın çıkarlarına hizmet etmesini önlemek amacıyla kişileri enterne eder. Silahlı çatışmalar hukuku bu uygulamayı hukuki bir zemine oturtmakla birlikte, enterne edilen kişilere bazı güvenceler sağlar. Silahlı çatışmanın doğası bakımından idari gözaltı askeri bir gereklilik olarak görülür, enterne edilen kişiye sağlanan güvenceler ise insancıl olmanın bir gereğidir. Böylece silahlı çatışmalar hukukunun birbiriyle çatışan iki temel ilkesi olan askeri gereklilik ilkesi ve insancılık ilkesi <sup>5</sup> arasında bir denge tesis edilir. Oysaki, idari gözaltını insan hakları hukuku bağlamında temellendirme gayreti bazı güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Zira bu uygulama kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına bir müdahale teşkil etmektedir ve söz konusu müdahalenin hakkın hukuka uygun bir şekilde sınırlanması olarak kabulü tartışmalıdır. Bu doğrultuda, idari gözaltı konusunda silahlı çatışmalar hukukunun uygulanmasıyla insan hakları hukukunun uygulanması bizi farklı sonuçlara götürecektir. <sup>6</sup> Silahlı çatışmalar hukukunun savaşın ruhunu yansıtan gerçekçi yaklaşımına <sup>7</sup> karşılık insan hakları hukuku enterne edilen kişilere daha geniş kapsamlı bir koruma sağlayacaktır.

Silahlı çatışmalar hukuku ile insan hakları hukukunun kesişim kümesinde yer alan idari gözaltı böylece birbirinden farklı değerlendirmelere konu

---

Taşdemir, Erdiñ Özdemir, “Uluslararası İnsancıl Hukukta İdari Gözaltı ve Devlet Dışı Silahlı Aktörler”, **Akademik Hassasiyetler**, Cilt: 5, Sayı: 9, 2018, s. 55.

<sup>3</sup> Jelena Pejic, “Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence”, **International Review of the Red Cross**, Cilt:87, Sayı:858, 2005, s. 376.

<sup>4</sup> Fatma Taşdemir, Erdiñ Özdemir, *op. cit.*, s. 54.

<sup>5</sup> Robert Kolb, Richard Hyde, **An Introduction to the International Law of Armed Conflicts**, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2008, s. 43.

<sup>6</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 3.

<sup>7</sup> Silahlı çatışmalar hukukunun genel anlamda devletlerden daha mütevazı beklentileri olduğu söylenebilir. A. Emre Öktem, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İstanbul: Derin Yayınları, 2007, s. 416.

olabilmektedir. Nitekim AİHM de çeşitli kararlarında farklı yaklaşımları benimsemiştir. Bu çalışmada öncelikle idari gözaltının silahlı çatışmalar hukuku bağlamında hukuki temeli incelenecektir. Ardından silahlı çatışmalarda idari gözaltının AİHM kararlarında nasıl ele alındığı değerlendirilecektir. Böylece idari gözaltına silahlı çatışmalar hukukunun ve insan hakları hukukunun ayrı ayrı uygulanması ve bunların birlikte uygulanması ile ortaya çıkan farklı yaklaşımların belirlenmesi hedeflenmektedir.

## I. SİLAHLI ÇATIŞMALARDA İDARİ GÖZALTININ HUKUKİ TEMELİ

İdari gözaltı, uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hatta silahlı çatışma eşiğine ulaşmamış isyan, ayaklanma gibi iç şiddet eylemlerinde dahi ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması sebebiyle sıkça başvurulmuş bir özgürlükten yoksun bırakma çeşididir.<sup>8</sup> Özellikle terörle mücadele kapsamında oldukça başvurulmuş bir yöntem haline gelmiştir.<sup>9</sup> Ancak bu çalışmanın konusu bir silahlı çatışma kapsamında gerçekleştirilen idari gözaltı ile sınırlı olduğundan, konu yalnızca bu bağlamda ele alınacaktır.

Silahlı çatışmalarda idari gözaltı “gözaltına alan otoritenin güvenliği için bir tehdit sergilediği varsayılan şahısları, yargılama olmaksızın, alıkoyma pratiği” olarak tanımlanmaktadır.<sup>10</sup> İdari gözaltı<sup>11</sup> ile güvenliğe tehdit olarak görülen kişilerin karşı tarafın menfaatleri için hareket etmesinin önüne geçilmesi hedeflenir.

Bir silahlı çatışma esnasında kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması kaçınılmaz bir uygulama telakki edilmektedir.<sup>12</sup> Hal böyle olsa da silahlı çatışmanın taraflarına idari gözaltı konusunda içkin bir hak tanınmamıştır. Tarafların güvenliğini tehdit eden kişileri enterne edebilmesi bir hak olmaktan ziyade istisnai bir yetkidir. Nitekim uluslararası insancıl teamül

<sup>8</sup> Jelena Pejić, *op. cit.*, s. 376.

<sup>9</sup> Tyler Davidson, Kathleen Gibson, “Expert Meeting on Security Detention Report”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cilt: 40, Sayı: 323, 2009, ss. 326-327.

<sup>10</sup> Marco Sassoli, “internment” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, Aktaran Fatma Taşdemir, Erdiñç Özdemir, *op. cit.*, s. 55.

<sup>11</sup> İdari gözaltı silahlı çatışmalar hukuku manzumesinde İngilizce “internment”, Fransızca “internement” olarak ifade edilmektedir ve “özgürlükten yoksun bırakma” anlamını karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. John P. Grant, J. Craig Barker, *Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 3. Basım, New York: Oxford University Press, 2009, s. 308.

<sup>12</sup> Fatma Taşdemir, Erdiñç Özdemir, *op. cit.*, s. 62.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

hukuku kişilerin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmalarını yasaklayarak<sup>13</sup> bu yetkinin sınırlarını çizmektedir.

Silahlı çatışmalarda idari gözaltı uygulamaları silahlı çatışmanın niteliğine göre farklı hukuki rejimlere tabidir. Tarafları göz önünde bulundurulduğunda bir silahlı çatışma uluslararası nitelikte olabileceği gibi uluslararası olmayan nitelikte de olabilir. Devletler arasında gerçekleşen uluslararası silahlı çatışmalar kapsamında enterne edilen kişiler için savaş esirleri hakkında III numaralı Cenevre Sözleşmesi<sup>14</sup> ile savaşta sivillerin korunması hakkında IV numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin<sup>15</sup> ilgili hükümleri devreye girmektedir. Devlet dışı aktörler arasında veya bunlarla bir devlet arasında gerçekleşen uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda enterne edilen kişiler için ise Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ile Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek II numaralı Protokol hükümleri uygulanacaktır.<sup>16</sup> Bu bilgiler ışığında silahlı çatışmalarda idari gözaltının hukuki temelleri sırayla uluslararası silahlı çatışmalarda idari gözaltı (A) ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda idari gözaltı (B) başlıkları altında incelenecektir.

### A. Uluslararası Silahlı Çatışmalarda İdari Gözaltı

Uluslararası silahlı çatışmalarda idari gözaltı iki farklı şekilde mümkündür. İlk olarak savaş esirlerinin, ikinci olarak sivillerin enterne edilmesi söz konusu olabilir. Savaş esirlerinin enterne edilmesi farklı ve kendine has bir özgürlükten yoksun bırakma rejimidir.<sup>17</sup> Zira silahlı çatışmalarda muhriplerin ele geçirilmesi ve alıkonulması bu kişilerin savaş esiri statüsünde olmalarına sebebiyet vermektedir. Savaş esirlerinin tabi olduğu hukuki rejim ile sivillerin tabi olduğu hukuki rejim birbirinden farklıdır.

Savaş esirleri silahlı çatışma esnasında gerçekleştirdikleri hukuka aykırı olmayan şiddet eylemlerinden ötürü devlet tarafından ceza yargılamasına

---

<sup>13</sup> Jean Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar**, ICRC, Çev. A. Emre Öktem *et al.*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2005, s. 385.

<sup>14</sup> Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

<sup>15</sup> Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

<sup>16</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/apii-1977>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

<sup>17</sup> Jelena Pejic, *op. cit.*, s. 376.

tabi tutulamaz. Zira savaş esirleri muharip ayrıcalığına sahiptir.<sup>18</sup> Bununla birlikte, savaş esnasında gerçekleştirilen şiddet eylemleri insancıl hukuk ihlali, insanlığa karşı suç veya soykırım teşkil ettiği takdirde savaş esirlerinin cezai bağışıklığı ortadan kalkmaktadır.<sup>19</sup> Her ne kadar cezai bağışıklığa sahip olsalar da savaş esirlerinin devlet tarafından enterne edilmesi III numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 21. maddesinin ilk fıkrasına göre mümkündür. Bu hükme göre:

*Savaş esirlerini ele geçiren devlet onları enterne edebilir. Onlara enterne edildikleri kampta belli sınırların ötesine geçmeme veya bu kamp çevriliyse onun sınırları dışına çıkmama yükümlülüğü yükleyebilir...*

Silahlı çatışma devam ettiği sürece savaş esirlerinin enterne edilmesinin hukuka uygunluğunun denetimi konusunda savaşan devlete herhangi bir yükümlülük yüklenmemiştir. Zira savaş esirleri enterne edilmezse tekrar çatışmaya katılabilir ve bu defa devletin güvenliği için ciddi bir tehdit oluşturur.<sup>20</sup> Ancak bu kişilerin silahlı çatışma kesildiği andan itibaren salıverilmeleri gerekir; salınmadıkları takdirde idari gözaltı keyfi ve hukuka aykırı bir niteliğe kavuşur çünkü bu durum Ek Protokol I' in ihlalidir.<sup>21</sup>

Bir uluslararası silahlı çatışmada siviller de güvenlik sebebiyle herhangi bir suçlama olmadan enterne edilebilir. Nitekim idari gözaltı bakımından tartışma yaratan asıl mesele sivillerin enterne edilmesidir.

IV numaralı Cenevre Sözleşmesi sivillerin enterne edilmesine ilişkin iki farklı düzenleme içermektedir. İlk olarak “*çatışmanın taraflarından birinin bölgesindeki yabancılar*” başlıklı ikinci kısmı altında düzenlenen 41. maddeye göre koruma gören kişileri elinde bulunduran devlet sözleşmede öngörülen diğer tedbirleri yeterli görmediği takdirde sivilleri enterne edebilir.<sup>22</sup> İkinci olarak “*işgal edilen bölgeler*” başlıklı üçüncü kısım altında düzenlenen 78. maddeye göre ise işgalci devlet korunan kişiler hakkında tedbir almayı gerekli görürse sivilleri enterne edebilir.<sup>23</sup> Her iki düzenlemede de sivillere uygulanacak idari gözaltı en ağır tedbirlerden biri kabul edilmektedir.

<sup>18</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 4.

<sup>19</sup> Fatma Taşdemir, Erdiñç Özdemir, *op. cit.* s. 5.

<sup>20</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 4.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), Madde 41.

<sup>23</sup> *Idem.*, Madde 78.

Sivillerin enterne edilebilmesi için eylemlerinin devletin güvenliğine karşı ciddi tehdit oluşturması gerekir. Örneğin silahlı çatışmaya doğrudan katılan siviller<sup>24</sup> ve eylemlerinden kaynaklanacak muhtemel zarar aynı eşige ulaşmış siviller bu kapsamda değerlendirilmelidir.<sup>25</sup> Bu kişilerin enterne edilmesi cezalandırma amacıyla gerçekleştirilemez sadece bir güvenlik tedbiri niteliğindedir. Bu nedenle idari gözaltını gerektiren sebep ortadan kalktıktan hemen sonra enterne edilen kişi serbest bırakılmalıdır. Aksi takdirde idari gözaltı Ek Protokol I' in ihlalini oluşturacak, keyfi ve hukuka aykırı bir niteliğe bürünecektir.<sup>26</sup> Ayrıca enterne etmek için verilen idari karar bireysel olmalı, siviller toplu olarak enterne edilmemelidir.<sup>27</sup>

IV numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin sivillerin enterne edilmesine ilişkin yaptığı yukarıda belirtilen ikili ayırım ışığında şu tespitlerde bulunulabilir: Savaşan devlet, kendi bölgesindeki yabancılara yapacağı idari gözaltını ancak kendi güvenliği için “mutlak gerekli” olduğu takdirde gerçekleştirebilirken;<sup>28</sup> işgalci devletin işgal ettiği bölgede gerçekleştireceği idari gözaltında “güvenlik için zorlayıcı nedenler” olması koşulu aranmaktadır.<sup>29</sup> İlk durumda gereklilik, ikinci durumda ise zorunluluk koşulu getirilmiştir. Bu nedenle işgal edilen bölgede işgalci devlet tarafından sivillerin enterne edilmesinin daha istisnai nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.<sup>30</sup> Ancak bazı küçük farklar dışında her iki düzenleme ile sivillere sağlanan koruma benzer niteliktedir.

Uluslararası silahlı çatışmalarda enterne edilen siviller için, özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları hakkında idari veya adli bir makam tarafından hızla karar alınması gerekir ve sonra enterne edildikleri esnada ve sonrasında en çok her altı ayda bir olmak üzere bu idari veya adli makam

<sup>24</sup> Savaşa doğrudan katılmasına rağmen muharip statüsünde olmayan sivillere “*imtiyazsız muharipler*” de denmektedir. Nils Melzer, **Guide Interprétatif sur la Notion de Participation Directe Aux Hostilités en Droit International Humanitaire**, ICRC, Cenevre, 2010, s. 49.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 5.

<sup>27</sup> ICRC, “Civilian Internees”, **How Does Law Protect in War? Casebook** <https://casebook.icrc.org/glossary/civilian-internees> Son Erişim Tarihi: 16.12.2022.

<sup>28</sup> Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), Madde 42.

<sup>29</sup> *Idem*, Madde 78.

<sup>30</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 5.

tarafından gözaltının hukuka uygunluğuna dair denetimin yapılması gerekir.<sup>31</sup>

Yukarıda incelenen düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda Cenevre Sözleşmelerinin idari gözaltı konusunda savaş esirlerine değil yalnızca sivillere bazı usûlî güvenceler sağladığı gözlemlenmektedir. Bu anlaşılabilir bir durumdur zira savaş esiri düşman devletin askeri olduğu için yaratacağı tehlike konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte siviller kimi zaman güvenliğe tehdit oluşturduklarına dair bir istihbaratla da enterne edilebilir.<sup>32</sup> Böyle bir durumda istihbaratın güvenilirliği veya o sivilin güvenliğe gerçekten de tehdit oluşturup oluşturmadığına dair oluşabilecek ciddi tereddütlerin giderilmesi gerekir. Bu nedenle idari gözaltı kararının denetimi önem arz etmektedir. Sivillerin enterne edilmesi durumunda bu kişilere usuli güvencelerin sağlanmış olması böylece ortaya çıkabilecek keyfiliklerin önlenmesi amacına hizmet etmektedir.

## B. Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda İdari Gözaltı

Uluslararası silahlı çatışmalardan farklı olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmada iki devletin karşı karşıya gelmesinden söz edilemez. Uluslararası olmayan silahlı çatışmada devlet dışı silahlı gruplar ya kendi aralarında ya da devlete karşı savaşır.<sup>33</sup> Bir devletin kendi içinde yaşanan şiddet olayının uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak adlandırılabilmesi için çatışmanın belli bir şiddete ulaşması<sup>34</sup> ve devlet dışı silahlı grupların gerekli organizasyona sahip olmaları gerektiği kabul edilir.<sup>35</sup>

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda taraflardan en az biri devlet dışı aktör olduğu için muharip kavramından bahsedilememektedir.<sup>36</sup> Dolayısıyla savaş esiri statüsü ve muharip bağımsızlığı burada gündeme gelmeyecektir.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), Madde 43, 78.

<sup>32</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 5.

<sup>33</sup> ICRC, **Violence and the Use of Force**, Cenevre, Temmuz 2011, ([https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc\\_002\\_0943.pdf](https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0943.pdf), Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), s. 26.

<sup>34</sup> A. Emre Öktem, *op. cit.*, s. 85.

<sup>35</sup> ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, 7.05.1997, §§ 561-568.

<sup>36</sup> Fatma Taşdemir, Erdinç Özdemir, *op. cit.*, s. 58.

<sup>37</sup> Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 11. Baskı, Ankara: Turhan Yayınevi, 2012, s. 570; John P. Cerone “Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, and their *YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

Bu nedenle uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada ancak sivillerin enterne edilmesinden söz edilebilir.

Cenevre Sözleşmelerine ek uluslararası olmayan silahlı çatışma mağdurları hakkında Ek Protokol II kapsamında idari gözaltından “*özgürlükleri sınırlandırılan kişiler*” başlıklı 5. maddede bahsedilmektedir. Bu düzenlemede uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda enterne edilen kişiler söz konusu olduğunda saygı duyulması gereken hususlar düzenlenmiştir. Bu hususlar enterne edilen kişilere gösterilecek insancıl muameleyi tasvir etmektedir.<sup>38</sup> Buna karşılık, Ek Protokol II ne enterne etmek için gereken koşulları ne de usûlî güvenceleri düzenlemiştir. Yalnızca açıkça idari gözaltından (*internment*) bahsederek<sup>39</sup>, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir özgürlükten yoksun bırakma çeşidi olarak varlığını kabul etmekle yetinmiştir.

Bu durumun uluslararası olmayan silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda silahlı çatışmalar hukuku ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkinin, özellikle uygulanabilirlik ve usûlî güvenceler konusunda daha karmaşık ve tartışmalı hale geldiği yönünde belirtilmiş olan görüşleri<sup>40</sup> desteklediği düşünülmektedir. Silahlı çatışmalar hukukunun yukarıda değinildiği gibi sessiz kaldığı hususlarda, insan hakları hukukunun sağladığı korumanın devreye gireceği<sup>41</sup> ifade edilmektedir. Bununla birlikte, öğretide uluslararası olmayan silahlı çatışmada sivillerin enterne edilmesinin hukuki temelini ancak ulusal hukuka dayanabileceğine dair<sup>42</sup> başka görüşler de mevcuttur.

## II. AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İDARİ GÖZALTI PRATİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Güvenlik sebebiyle kişilerin idari gözaltına alınması insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukun kesişim kümesinde yer alan en

---

Protection in the Course of Criminal Proceedings: The Case of Hamdan v. Rumsfeld”, **ASIL Insights**, Cilt: 10, Sayı: 17, 2006.

<sup>38</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/apii-1977>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), Madde 5.

<sup>39</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 6.

<sup>40</sup> Robert Kolb, Richard Hyde, *op. cit.*, s. 272.

<sup>41</sup> *Idem*, s. 270.

<sup>42</sup> Fatma Taşdemir, Erdiñç Özdemir, *op. cit.*, s. 61.

karmaşık konulardan biridir.<sup>43</sup> Silahlı çatışmalarda kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması pratikleri söz konusu olduğunda öncelikle uluslararası hukukun iki farklı dalı olan insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukundan hangisinin uygulanacağı sorunu, ardından bu iki dal arasındaki karşılıklı etkileşim meselesi gündeme gelmektedir. Zira bu iki farklı dal aynı konuda birbirinden farklı sonuçlara götüren düzenlemeler öngörmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın *İşgal Edilmiş Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları* hakkındaki 9 Temmuz 2004 tarihli danışma görüşünde belirttiği üzere insan hakları sözleşmelerinin sağladığı koruma silahlı çatışma esnasında kesintiye uğramaz, iki hukuk beraber uygulanabilir.<sup>44</sup> Ayrıca AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sağladığı koruma esas olarak herkes için geçerlidir; gerek askerler gerek siviller bu korumadan yararlanır.<sup>45</sup> Bu durumda hem savaş esirlerinin III numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin tanıdığı yetki ile enterne edilmesinde, hem de sivillerin IV numaralı Cenevre Sözleşmesi'ne göre enterne edilmesinde, AİHS'nin 5. maddesi uygulanabilir niteliktedir. Ancak asıl mesele, bu iki ayrı uluslararası hukuk dalının silahlı çatışmalarda idari gözaltı konusunda birbirine karşıt iki ayrı sonuç vermesidir. Cenevre Sözleşmeleri ile bazı koşullara tabi olmak üzere sivilleri enterne etme yetkisi açıkça çatışmanın taraflarına tanınırken, AİHS'nin lafzında devletlere böyle bir yetki tanınmamaktadır.

AİHS 5. maddesinin 1. fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Ayrıca fıkranın devamında bazı istisnai haller tüketici olarak<sup>46</sup> sayılmak suretiyle bu haller haricinde ve yasayla öngörülen usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, AİHS bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ancak hukuka uygunluk genel şartı ve maddede sayılan istisnai haller kapsamında olma özel şartı sağlandığı takdirde izin vermektedir.<sup>47</sup> Bu şartlara uygun olmayan bir biçimde kişi özgürlüğünden yoksun bırakılırsa keyfilik söz konusu olur.

<sup>43</sup> Jonathan Horowitz, "Clarity or Confusion? General Comment 35 and Security Detention", **Just Security**, 2014, (<https://www.justsecurity.org/17702/clarity-confusion-general-comment-35-security-detention/>), Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

<sup>44</sup> UAD, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004*, s. 136.

<sup>45</sup> Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt**, 1.Baskı, Avrupa Konseyi, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2012, s. 366.

<sup>46</sup> Masoud Zamani, **Detention Without Trial: Historical Evolution, States' Authority and International Law**, (Doktora Tezi), Nottingham, 2015, s.114.

<sup>47</sup> Osman Doğru, Atilla Nalbant, *op. cit.*, s. 366.

Zira Mahkeme'ye göre 5. maddenin amacı kişilerin keyfi olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını engellemektir.<sup>48</sup> Ne var ki, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında tüketici olarak sayılan hukuka uygun özgürlükten yoksun bırakma halleri arasında güvenlik sebebiyle idari gözaltı bulunmamaktadır. Mahkeme önceden konuyu insan hakları hukukuna öncelik tanıyarak dar bir yorumla ele almış olsa da zamanla daha gerçekçi bir yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme'nin içtihadındaki bu değişim aşağıda önce AİHS'nin 5. Maddesini dar yorumlayan yaklaşım (A), ardından *Hassan v. Birleşik Krallık* kararıyla benimsenen yaklaşım (B) başlıkları altında incelenecektir.

### A. AİHS'nin 5. Maddesini Dar Yorumlayan Yaklaşım

AİHS'nin 5. maddesinde belirtilmiş olan özgürlükten yoksun bırakmaya izin verilen haller arasında idari gözaltı bulunmamaktadır. Bir kişinin güvenliği tehdit etmesi sebebiyle hakkında herhangi bir suçlama, suç şüphesi veya mahkeme kararı olmadan tamamen idari otoritenin takdiriyle tutuklanmasının, ilk bakışta, AİHS 5/1(c) altında düzenlenen kişinin suç işlemesine engel olma durumu kapsamına girdiği düşünülebilecek olsa da fıkranın devamında “*yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere tutulma*” ifadesine yer verilmiştir. Silahlı çatışmalarda kişilerin enterne edilmesi bütünüyle güvenliği sağlama amacına hizmet etmekte olup tutulan kişinin yargılanmak üzere adli merci önüne çıkarılması gibi bir durum söz konusu değildir. Hatta çoğu zaman enterne edilen kişi bir suç işlediği için tutulmadığından yargılamaya konu olabilecek bir suç dahi gerçekleşmemiş olabilir. Bu nedenle öğretide ağırlıklı olarak AİHS'nin 5/1(c) maddesinin idari gözaltını kapsamadığı kabul edilmektedir.<sup>49</sup>

AİHS'nin idari gözaltı uygulamasına cevaz vermediği sonucuna 5. maddenin dar yorumlanması ile ulaşılmaktadır.<sup>50</sup> Aslında bu yaklaşım, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında aşırılığa kaçılmaması bakımından olumludur. Zira hakları sınırlama rejimlerinde *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* ilkesi gereği istisnalar dar yorumlanmalıdır.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> AİHM, *Kemmache v. Fransa* (No.3), Başvuru No. 17621/91, 24.11.1994, § 42; AİHM, *Wassink v. Hollanda*, Başvuru No. 12535/86, 27.09.1990, § 24.

<sup>49</sup> D. J. Harris et al., **Law of the European Convention on Human Rights**, London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995, s. 315; F.G. Jacobs, R.C.A. White, **The European Convention on Human Rights**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1996, ss. 85-87.

<sup>50</sup> Masoud Zamani, *op. cit.*, s. 118.

<sup>51</sup> Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması** Der. ERGUL Ozan, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 59.

Dar yorum yaklaşımına örnek olarak Mahkeme'nin ilk kez gördüğü dava olan<sup>52</sup> *Lawless v. İrlanda*<sup>53</sup> kararındaki değerlendirmesi gösterilebilir. Bu davada terör örgütü IRA üyesi olan başvuru güvenliğini tehdit ettiği gerekçesiyle herhangi bir adli merci önüne çıkarılmadan beş ay boyunca önleyici olarak tutulmuştur. İrlanda hükümeti bir kişinin suç işleminin önlenmesi için önleyici olarak tutulmasının AİHS'nin 5/1(c) düzenlemesi kapsamında mümkün olduğunu ve önleyici gözaltının doğası gereği kişinin adli merci önüne çıkarılamayabileceğini belirtmiş olsa da Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Aslında Mahkeme burada doğrudan idari gözaltının AİHS 5/1(c) kapsamında olup olmadığı sorusuna cevap vermemiştir. Bunun yerine, suç işleme niyeti olduğundan şüphelenilen herkesin idari bir kararla özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği gibi bir kabulün 5. maddenin amacı olan kişilerin keyfilikten korunmasıyla bağdaşmayacağını belirtmiştir.<sup>54</sup>

Diğer yandan, bir devlet olağanüstü hâl ilanı kapsamında AİHS'nin 15. maddesine uygun olarak sözleşmeden doğan bazı yükümlülüklerini belli bir süre yerine getiremeyeceğini belirttiyse, silahlı çatışmalarda kişilerin güvenlik sebebiyle enterne edilmesi ihlal teşkil etmeyecektir. Mahkeme *A. Ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* davasında suçlama olmadan gerçekleştirilen idari gözaltı ve enterne etme pratiklerinin AİHS'nin 15. maddesi anlamında geçerli bir ayırık hal rejimi söz konusu değilse AİHS'nin 5. maddesiyle bağdaşmadığını belirtmiştir.<sup>55</sup> Bu değerlendirme Mahkeme'nin eski içtihadı<sup>56</sup> ile uyumlu görünmektedir. Silahlı çatışmanın tarafı olan devlet eğer AİHS'nin 15. maddesinde belirtilen usule uygun olarak bir ayırık hal rejimi bildiriminde bulunduysa, uygulayacağı idari gözaltı AİHS'nin 5. maddesinin ihlalini oluşturmayacaktır.

Bu durumda dar yorum yaklaşımı benimsendiğinde AİHS'nin 5. maddesinin kişilerin enterne edilmesine izin vermediği dolayısıyla tüm idari gözaltı pratiklerinin keyfi olduğu sonucuna varılır.<sup>57</sup> Buna karşılık, AİHS'nin 15. maddesine uygun bir ayırık hal rejimi söz konusuysa idari gözaltı bir ihlal olarak değerlendirilmeyecektir.

Ne var ki, kendi ülke sınırları dışında askeri operasyon düzenleyen devletler kendi ülkesinde savaş sebebiyle olağanüstü hâl ilan etmemiş olabilirler. 15. madde kapsamında bir ayırık hal rejiminin söz konusu

<sup>52</sup> A. Emre Öktem, *op. cit.*, s. 308.

<sup>53</sup> AİHM, *Lawless v. İrlanda* (No.3), Başvuru No. 332/57, 01.07.1961.

<sup>54</sup> *Idem*, § 14.

<sup>55</sup> AİHM, *A. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 3455/05, 19.02.2009, § 172.

<sup>56</sup> AİHM, *Lawless v. İrlanda* (No.3), Başvuru No. 332/57, 01.07.1961, §§ 13-14; AİHM, *İrlanda v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5310/71, 18.01.1978, §§ 194-196.

<sup>57</sup> Masoud Zamani, *op. cit.*, s. 119.

olmadığı durumlarda da devlet işgal ettiği topraklarda güvenlik sebebiyle kişileri enterne edebilmektedir. Cenevre Sözleşmeleri buna açıkça izin vermektedir. Böyle bir durumda insan hakları hukukunun mu yoksa silahlı çatışmalar hukukunun mu uygulanacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Uluslararası bir silahlı çatışmanın tarafı olan devletin gerçekleştirdiği idari gözaltının ayırık hal rejimi olmaksızın AİHS'ye uygun olup olmadığı sorusu *Al-Jedda v. Birleşik Krallık* davasında Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Bu davada Mahkeme dar yorum yaklaşımını benimseyerek başvurucunun güvenlik sebebiyle enterne edilmesinin 5. maddenin 1. fıkrasındaki istisnai hallerden herhangi birine girmediğini ve 15. madde anlamında geçerli bir ayırık hal rejiminin söz konusu olmadığını belirtmiştir.<sup>58</sup>

Hükümet Birleşmiş Milletler'in çok uluslu askeri operasyonun temelini oluşturan 1546 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı'nın kendilerine "*gerekli tüm tedbirleri alma*" yetkisi verdiğini ve güvenlik sebebiyle başvurucunun enterne edilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini; Güvenlik Konseyi kararının BM Şartı'nın 25. ve 103. maddeleri gereği AİHS'nin 5. maddesi altındaki yükümlülüklerini ortadan kaldırdığını belirtmiştir.<sup>59</sup> Zira hükümete göre BM Şartı'nın 103. maddesine göre başka bir uluslararası anlaşma ile çatışması halinde BM Şartı'nın hükümlerinin uygulanacaktır.<sup>60</sup> Buna karşılık, Mahkeme BM Güvenlik Konseyi'nin insan haklarını ihlal eden yükümlülükler getirme amacı taşımadığını vurgulamış ve uluslararası anlaşmaların hükümlerinin çatışmasına ilişkin çıkacak uyuşmazlıklarda AİHS'ye uygun olan yorumu kabul edeceğini belirtmiştir.<sup>61</sup>

Mahkeme'nin uluslararası anlaşmalar arasında çatışma söz konusu olduğunda kendi statüsünü oluşturan AİHS'ye öncelik veren yorumu benimseme eğilimi ve AİHS'nin 15. maddesi anlamında geçerli bir ayırık hal rejiminin yokluğunda ihlal bulan yaklaşımı, bu konuda bazı tartışmalara yol açmıştır. Zira bu şekilde bir tutum benimsendiğinde uluslararası hukukun ayrı bir dalı olan silahlı çatışmalar hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bir silahlı çatışmanın tarafı olan devlet AİHS'nin 15. maddesine uygun olarak ayırık hal yapmadığı takdirde, her koşulda yalnızca AİHS uygulanacak, başka bir ifadeyle, silahlı çatışmalar hukuku kuralları karşısında insan hakları hukuku kurallarına öncelik tanınacaktır.

<sup>58</sup> AİHM, *Al-Jedda v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 27021/08, 07.07.2011, §§ 99-100.

<sup>59</sup> *Idem.*, § 101.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Idem.*, § 102.

## B. Hassan v. Birleşik Krallık Kararıyla Benimsenen Yaklaşım

AIHM silahlı çatışmalarda insan hakları hukukunun uygulanmasıyla ilgili pek çok dava görmüş olmasına rağmen, uzunca süre insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukuku arasındaki ilişki konusunda sessiz kalmıştır.<sup>62</sup> Ancak bir silahlı çatışmada gerçekleştirilen idari gözaltı ile ilgili, 2014 yılında vermiş olduğu *Hassan v. UK* kararı bu konuda bir dönüm noktası niteliğindedir. Bu kararda benimsenen yorum sayesinde Mahkeme, AIHS'nin 15. maddesi kapsamında geçerli olarak yapılan bir ayrık hal bildiriminin yokluğunda idari gözaltını kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalini oluşturduğu yönündeki içtihadını terk ederek, insan hakları ile silahlı çatışmalar hukukunu bağdaştıran bir tutum sergilemiştir.

Söz konusu davada Birleşik Krallık, uluslararası bir silahlı çatışmada başvuruçunun kardeşini güvenlik sebebiyle enterne etmiştir. Irak'ta gerçekleştirilen sınır ötesi operasyon sebebiyle AIHS'nin 5. maddesinden doğan yükümlülüklerin askıya alınması için savaş sebebiyle ayrık hal bildiriminde bulunulmamıştır. Buna rağmen Birleşik Krallık hükümeti, başvuruçunun kardeşinin enterne edilmesinin IV numaralı Cenevre Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve kendisine silahlı çatışmalar hukuku bağlamında tanınan yetkiyi kullanmış olduğunu ileri sürmüştür.<sup>63</sup>

Silahlı çatışmalar hukukunun insan hakları hukuku karşısında *lex specialis*<sup>64</sup> olduğu belirtilen, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun “uluslararası hukukun parçalanması” üzerine çalışma grubu raporu<sup>65</sup> hükümetin bu argümanına temel oluşturmaktadır. Bu rapora göre, bir silahlı

<sup>62</sup> Marco Pertile, Chiara Vitucci “On the relationship between IHL and IHRL ‘where it matters’ once more: Assessing the position of the European Court of Human Rights after Hassan and Jaloud”, **Questions of International Law Journal**, Sayı: 2, 2015, ss. 215-219; İki hukuk dalının birlikte uygulanmasına cevaz veren bir içtihat ortaya koymaktan kaçındığı düşüncesi için bkz. Christine Byron, “A Blurring of the Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies”, **Virginia Journal of International Law**, Cilt: 47, ss. 839-896, s. 851, Aktaran Bahar Konuk Sommer, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hassan v. Birleşik Krallık Kararı Işığında Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları İlişkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 26, Sayı: I, 2020, ss. 49-61, s. 56.

<sup>63</sup> AIHM, *Hassan v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 29750/09, 16.09.2014, § 88.

<sup>64</sup> Andlaşmalar hukukunda özel kuralın genel kuralı ilga edeceği anlamına gelen *lex specialis derogat legi generali* yorum ilkesini ifade etmektedir. Bkz. John P. Grant, J. Craig Barker, *op. cit.*, s. 346.

<sup>65</sup> International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006.

çatışma söz konusu olduğunda silahlı çatışmalar hukuku insan hakları hukukuna göre *lex specialis* olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, bu durum insan hakları hukukunun silahlı çatışma esnasında bütünüyle uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Silahlı çatışmalar hukuku olayın sadece bir kısmına, “*keyfilik*” değerlendirmesine, etki etmektedir.<sup>66</sup> *Lex specialis* olarak silahlı çatışmalar hukuku savaş esnasında insan haklarının ortadan kalktığı anlamına gelmez.<sup>67</sup>

Uluslararası Adalet Divanı, *Nükleer Silahların Hukuka Uygunluğu* danışma görüşünde<sup>68</sup> silahlı çatışmalarda insan hakları hukukunun, *lex specialis* olan silahlı çatışmalar hukuku süzgecinden geçirilmek suretiyle uygulanmaya devam edeceğini bildirmiştir. Bahsi geçen rapora göre, böylece, her iki hukuk dalını bağdaştıran “*sistemik*” bir yorum ortaya koymuştur. Zira savaşın gerçekleri karşısında silahlı çatışmalarda bütünüyle insan hakları hukukunun uygulanacağını kabulü ziyadesiyle idealist bir tutum olacaktır.<sup>69</sup>

Birleşik Krallık’ın savunmasının özünü oluşturan *lex specialis* argümanın mutlak surette kabulü bazı sıkıntılar doğurabilir. Silahlı çatışmalar hukukunun tanıdığı yetkilerin insan hakları hukukunun öngördüğü standartlara aykırı olduğu durumlarda, her koşulda *lex specialis* olarak silahlı çatışmalar hukukunun uygulanmasını kabul etmek mümkün görünmemektedir. Zira böyle bir kabul, bir silahlı çatışma söz konusu olduğunda Cenevre Sözleşmeleri karşısında AİHS’nin uygulanma kabiliyetinin olmadığı anlamına gelecektir. O halde, AİHM’nin silahlı çatışmalara ilişkin başvurularda kendini konu bakımından (*ratione materiae*) yetkisiz bulması gerekir. Böyle bir yorum, insan hakları hukukunun sağladığı korumayı barış zamanıyla sınırlandıracaktır. Kaldı ki bu durumda Mahkeme’nin taraf devletlerin kendi ülkeleri dışında gerçekleştirdikleri askeri operasyonlarda yargı yetkisini (*extra-territorial jurisdiction*) tespit ederek AİHS’den doğan yükümlülüklerinin devam ettiğini kabul eden içtihadının da bir önemi kalmayacaktır. Bu yaklaşımın kabulü kuşkusuz çok ciddi insan hakları ihlallerine yol açabilecek niteliktedir.

---

<sup>66</sup> *Idem*, s. 27.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> UAD, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, s. 267.

<sup>69</sup> International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 28.

Mahkeme, *Hassan v. Birleşik Krallık* davasında hükümetin salt *lex specialis* argümanını kabul etmemiştir. Bunun yerine farklı bir yaklaşım benimseyerek yine aynı sonuca ulaşmış, Birleşik Krallık'ın AİHS'nin 15. maddesine uygun olarak bir ayrık hal bildirimini bulunmamasına rağmen 5. maddeyi ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu sonuca varırken Mahkeme'nin iki temel argümanı vardır: Sözleşme'nin yorumlanması ve devletlerin birbirine uyumlu uygulamaları. Mahkeme ilk olarak, Sözleşme'nin yorumlanmasında 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 3. fıkrasının b bendini göz önünde bulundurarak, bir sözleşmenin uygulanmasında devletlerin süreklilik arz eden uygulamalarının o sözleşmenin yorumu hususunda tarafların mutabakatını yansıttığı hükmünden hareket etmiştir.<sup>70</sup> Bu doğrultuda, devletlerin uluslararası silahlı çatışmalarda bir kişiyi güvenlik sebebiyle enterne etmek için 5. maddeden doğan yükümlülüklerini askıya alma gibi bir uygulamalarının olmadığını belirtmiştir.<sup>71</sup> Bu nedenle, 15. madde kapsamında yapılan bir ayrık hal bildirimini yokluğunu doğrudan 5. maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Bunun yerine, çoğunluğun insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukunun beraber uygulanabilir olduğu yönündeki görüşünün de etkisiyle, AİHS 5. maddenin 1. fıkrasında belirtilen hukuka uygun özgürlükten yoksun bırakma hallerinin, mümkün olduğunca III ve IV numaralı Cenevre Sözleşmeleri kapsamında gerçekleştirilen savaş esirlerinin ve sivillerin enterne edilmesi uygulamasıyla bağdaştırılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>72</sup>

Mahkeme bu kararıyla ilk defa insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukuku arasındaki etkileşim hakkında değerlendirmelerde bulunmuş ve Uluslararası Adalet Divanı'nın içtihadına uygun olarak bu iki hukuk dalının beraber uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte *lex specialis* görüşünü başlı başına benimsemekten imtina etmiştir. Bunun yerine AİHS'nin 5. maddesinde bulunan hukuka uygun halleri, bir silahlı çatışmada savaş esirlerinin ve sivillerin III ve IV numaralı Cenevre Sözleşmelerine uygun olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlamayı tercih etmiştir.

Mahkeme'nin benimsediği söz konusu yaklaşım, insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukunun kesişim alanında AİHS'nin uygulanma kabiliyetinin sürdürülmesi bakımından işlevsel görünmektedir. Yine de bu karar öğretide bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle AİHS'nin

<sup>70</sup> AİHM, *Hassan v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 29750/09, 16.09.2014, § 100.

<sup>71</sup> *Idem.*, § 101.

<sup>72</sup> *Idem.*, § 104.

yorumlanmasında devlet uygulamalarının esas alınmasının ne derece anlamlı olduğu bu eleştirilerin bel kemiğini oluşturmaktadır.<sup>73</sup> Başka bir eleştiri ise, bu kararlar birlikte silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda taraf devletlerin artık 15. maddeye başvurmadan AİHS kapsamındaki yükümlülüklerini silahlı çatışmalar hukukunun daha düşük beklentileri düzeyine çekebilme imkanınıdır.<sup>74</sup> Mahkeme'nin *Hassan v. Birleşik Krallık* kararıyla her iki uluslararası hukuk dalını bağdaştıran bir çözüm araması ve “simbiyotik bir yaklaşımı”<sup>75</sup> benimsemesi olumlu değerlendirilmelidir. Zira her iki uluslararası hukuk dalından birinin bütünüyle uygulanmamasıyla sonuçlanacak yaklaşımlar, uygulanmayacak olanın varlığını anlamsız kılacaktır.

## SONUÇ

İnsan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukunun uygulanması bakımından her iki alanın kesişim kümesinde yer alan konulardan biri de silahlı çatışmalarda idari gözaltıdır. III ve IV numaralı Cenevre Sözleşmeleri'nin uluslararası silahlı çatışmalarda güvenliği tehdit eden savaş esirlerinin ve sivillerin enterne edilmesi hususunda çatışmanın tarafı olan devlete istisnai bir yetki tanınmasına karşılık AİHS kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının hukuka uygun olarak kısıtlanabileceği haller arasında buna yer vermemektedir. Böyle bir durumda uluslararası hukukun hangi dalının uygulanacağı tartışma konusu olmuş ve bu sorun AİHM'nin önüne de gelmiştir.

Konuyu başlarda insan haklarına uygun yoruma öncelik verip AİHS'nin 5. maddesini dar yorumlayarak ele alan ve AİHS'nin 15. maddesine uygun bir ayrık hal bildirimini yokluğunda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalini tespit eden Mahkeme, 2014 yılında vermiş olduğu *Hassan v. Birleşik Krallık* kararıyla yeni bir yaklaşım benimsemiştir. Bir silahlı çatışmada gerçekleştirilen idari gözaltı konusunda dar yorum yaklaşımı benimsendiğinde silahlı çatışmalar hukuku kurallarının bütünüyle uygulanamaz hale gelmesine karşılık, silahlı çatışmalar hukukunun insan hakları hukukuna göre *lex specialis* kabul edildiği görüş benimsendiğinde insan hakları hukuku uygulanamaz hale gelmektedir. Mahkeme *Hassan v. Birleşik Krallık* kararıyla her iki yaklaşımı da benimsememiştir. Bunun yerine iki uluslararası hukuk dalını bağdaştıran bir yol bulmaya çalışmış ve

<sup>73</sup> Lawrence Hill-Cawthorne, “The Grand Chamber Judgment in *Hassan v UK*”, *EJIL: Talk*, 16.09.2014, (<https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/>, Son Erişim Tarihi: 21.12.2022).

<sup>74</sup> Bahar Konuk Sommer, *op. cit.*, s. 59.

<sup>75</sup> *Ibid.*

ikisini de uygulayarak sonuca ulaşmıştır. Buna göre bir uluslararası silahlı çatışmanın tarafı olan devlet AİHS'nin 15. maddesine uygun olarak bir ayrık hal bildiriminde bulunmasa dahi III ve IV numaralı Cenevre Sözleşmeleri hükümlerine uygun olduğu sürece idari gözaltı gerçekleştirilebilir ve bu koşulları sağlayan idari gözaltı uygulamaları AİHS'nin 5. maddesinin ihlalini oluşturmaz. Mahkeme'nin bu kararla bir silahlı çatışmanın koşullarını göz önünde bulundurarak daha gerçekçi bir tutumu benimsediği ve ayrık hal rejiminin yokluğunda silahlı çatışmalarda yalnızca AİHS'nin uygulanması anlamına gelebilecek dar yorum yaklaşımından vazgeçtiği görülmektedir. Zaman içinde Mahkeme'nin bu konudaki idealist bakış açısını bir kenara bıraktığı ve devlet uygulamalarına hukuki önem atfederek uluslararası mahkeme kimliğini daha ön plana çıkardığı anlaşılmaktadır.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

- BYRON, Christine, “A Blurring of the Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies”, **Virginia Journal of International Law**, Cilt: 47, ss. 839-896.
- CERONE, John P. “Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings: The Case of Hamdan v. Rumsfeld”, **ASIL Insights**, Cilt: 10 Sayı: 17, 2006.
- DAVIDSON, Tyler & GIBSON, Kathleen “Expert Meeting on Security Detention Report”, **Case Western Reserve Journal of International Law**, Cilt: 40, Sayı: 323, 2009.
- DOĞRU, Osman & NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt**, 1.Baskı, Avrupa Konseyi, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2012.
- GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması** Der. ERGUL Ozan, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013.
- GRANT, John P. & BARKER, J. Craig, **Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law**, 3. Basım, New York: Oxford University Press, 2009.
- HARRIS, D. J. et al., **Law of the European Convention on Human Rights**, London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995.
- HENCKAERTS, J. Marie & DOSWALD-BECK, Louise **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar**, ICRC, Çev. A. Emre Öktem et al., İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2005.

- JACOBS, F.G. & WHITE, R.C.A. , **The European Convention on Human Rights**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1996.
- KOLB, Robert & HYDE, Richard, **An Introduction to the International Law of Armed Conflicts**, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2008.
- KONUK SOMMER, Bahar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Hassan v. Birleşik Krallık Kararı Işığında Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları İlişkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 26, Sayı: I, 2020, ss. 49-61.
- MELZER, Nils, **Guide Interprétatif sur la Notion de Participation Directe Aux Hostilités en Droit International Humanitaire**, ICRC, Cenevre, 2010.
- ÖKTEM, A.Emre, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İstanbul: Derin Yayınları, 2007.
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 11. Baskı, Ankara: Turhan Yayınevi, 2012.
- PEJIC, Jelena “Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence”, **International Review of the Red Cross**, Cilt:87, Sayı:858, 2005.
- PERTILE, Marco & VITUCCI, Chiara , “On the relationship between IHL and IHRL ‘where it matters’ once more: Assessing the position of the European Court of Human Rights after Hassan and Jaloud”, **Questions of International Law Journal**, Sayı: 2, 2015.
- SASSOLI Marco, “*internment*” in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- TAŞDEMİR, Fatma & ÖZDEMİR, Erdinç “Uluslararası İnsancıl Hukukta İdari Gözaltı ve Devlet Dışı Silahlı Aktörler”, **Akademik Hassasiyetler**, Cilt:5, Sayı:9, 2018.
- ZAMANI, Masoud, **Detention Without Trial: Historical Evolution, States’ Authority and International Law**, (Doktora Tezi), Nottingham, 2015.
- Uluslararası Mahkeme Kararları**
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *A. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 3455/05, 19.02.2009.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Al-Jedda v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 27021/08, 07.07.2011.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Hassan v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 29750/09, 16.09.2014.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İrlanda v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5310/71, 18.01.1978.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kemmache v. Fransa (No.3)*, Başvuru No. 17621/91, 24.11.1994.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Lawless v. İrlanda (No.3)*, Başvuru No. 332/57, 01.07.1961.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Wassink v. Hollanda*, Başvuru No. 12535/86, 27.09.1990.

International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004.

International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.

International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, 7.05.1997.

### **Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporları**

International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006.

### **Uluslararası Andlaşmalar**

Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/apii-1977>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

### **Çevrimiçi Kaynaklar**

HILL-CAWTHORNE, Lawrence, “The Grand Chamber Judgment in *Hassan v UK*”, **EJIL: Talk**, 16.09.2014, (<https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/>, Son Erişim Tarihi: 21.12.2022).

- HOROWITZ, Jonathan, “Clarity or Confusion? General Comment 35 and Security Detention”, **Just Security**, 2014 (<https://www.justsecurity.org/17702/clarity-confusion-general-comment-35-security-detention/> , Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).
- International Committee of the Red Cross, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014.
- International Committee of the Red Cross, “Internment”, **How Does Law Protect in War? Casebook**, (<https://casebook.icrc.org/glossary/internment> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).
- International Committee of the Red Cross, “Civilian Internees”, **How Does Law Protect in War? Casebook** (<https://casebook.icrc.org/glossary/civilian-internees> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).
- International Committee of the Red Cross, **Violence and the Use of Force**, Cenevre, Temmuz 2011, ([https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc\\_002\\_0943.pdf](https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0943.pdf), Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).