

# AİHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçeve de Doğan Uluslararası Sorumluluk

Araştırma

**Füsun ARSAVA\***

\* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk ABD.  
(Prof. Dr., Atılım University Faculty of Law, International Law Department) (E-posta: farsava@atilim.edu.tr)

---

## ÖZET

---

Avrupa İnsan Hakları ve Özgürlükleri Konvansiyonunun 1. maddesine göre Konvansiyon tarafı devletler kendi egemenlik alanında bulunan bireylere I. Kesimde yer alan hakları ve özgürlükleri temin etme taahhüdü yapmıştır. Bir Konvansiyon üyesinin yetkilerini yabancı bir ülkede kullanması veya yetkilerini NATO veya BM'e devretmesi onun Konvansiyon yükümlülüklerinden kurtulmasına yol açmamaktadır. Hazırlanan bu makale Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunun Konvansiyon alanı dışında uygulanmasından doğan uluslararası sorumluluk konusuna ışık tutmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Jurisdiction, extraterritorial tasarruf, etkin denetim, egemenlik yetkilerinin devri, overall effective control, Srebrenica kararı

---

## ABSTRACT

---

### THE CRITERIA FOR THE APPLICATION OF THE CONVENTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS OUTSIDE THE TERRITORY TO WHICH THE CONVENTION APPLIED AND THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY IN THIS CONTEXT

Article I of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms stipulates that the high contracting parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I. Thus the contracting parties could not escape their obligations under the Convention in cases when they exercise their authority in foreign countries or transfer the powers to the UN or NATO. The article aims to shed light on international responsibility derived from the application of the Convention outside the territory to which the Convention applied.

### Keywords

Jurisdiction, extra-territorial application of Convention, effective control, transfer of sovereign powers, overall effective control, Srebrenica ruling

A rtan uluslararası ilişkiler AİHK'na taraf devletlerin ulusal organlarının yurt dışında görevlendirilmesine yahut egemenlik yetkilerini idari yahut askeri olarak işbirliği yaptığı yahut her iki konuda da işbirliği yaptığı uluslararası organlara devretmesine yol açmaktadır. Böyle bir durumda AİHM, zorunlu yargı yetkisi, diğer evrensel insan hakları enstrümanlarına nazaran sağlam kurumsal yapısı, bağlayıcı kararları ve zararların tazminine hükmetme olanağı nedeniyle hakları ihlâl olanlar bakımından bir çekim merkezi olarak gözükmektedir. Bu çerçevede AİHK'nun nerede, kimlere ve hangi koşullarda uygulanmasının mümkün olduğu önemli sorular olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM'nin yetkisi çerçevesinde potansiyel olarak ortaya çıkabilecek sorunlara Konvansiyonun uygulanabilirliği, insan haklarını ihlâl eden tasarrufların Konvansiyon üyesi bir devlete tahmil edilmesi tartışmaları bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

AİHK'nun bölgesel bir insan hakları enstrümanı oluşturması Konvansiyonun uygulanabilirliğinde, diğer bir ifade ile insan hakları ihlâllerinin Konvansiyon devletlerine tahmil edilmesinde ve AİHM'nin yargı yetkisinin kabulünde esas olmaktadır. Bu nedenle AİHK istisnai durumlar dışında "espace juridique" haricinde, özellikle evrensel uluslararası örgütlerin katıldığı operasyonlarda uygulama bulmaz. Bununla beraber espace juridique dışında ve/veya uluslararası örgütlerin katılımıyla yapılan operasyonlarda insan haklarının temin edilmesinde çok kutuplu dünyada uluslararası koordinasyon gerekliliğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Koordinasyon, yabancı devletlerin egemenliğine, ancak aynı zamanda dışarıya dönük hukuki tasarruflar ihdas edilebilen, örneğin BM gibi siyasi tasarruf birimlerinin muhtariyetine saygıyı da gerektirmektedir. Belli koşullarda karma egemenlik tasarrufları bakımından konvansiyonun uygulanması, dolayısıyla konvansiyon üyesi devletlere bu çerçevede doğan insan hakları ihlâllerinin tahmil edilmesi, AİHM'nin yargı yetkisini beraberinde getirmektedir. Bir Konvansiyon üyesinin askerini yahut polisini yabancı bir ülkeye operasyon için göndermesi yahut polis ve askerini yetkilerini NATO veya BM'e devretmesi durumunda Konvansiyonun yükümlülüklerinden kurtulması etkin insan hakları koruması düşüncesine ters düşer.

## AİHK'nun 1. Maddesinin Hareket Noktası Olarak Kabulü

AİHK'nun 1.maddesine göre Konvansiyon tarafı tüm devletler kendi egemenlik alanında bulunan tüm bireylere I. kesimde yer alan hakları ve özgürlükleri temin etme taahhüdü yapmıştır. "Jurisdiction" kavramının anlamı açık değildir. Jurisdiction herşeyden önce devletin hukuki yetkisini (otoritesini) yahut devlet tasarruflarını gerçekleştirme yetkisini (kompetenz) ifade etmektedir. Özellikle İngilizce'de jurisdiction'a açık olarak ülkesellikle bağlantılı olarak anlam verilmektedir. "Outside the jurisdiction" devlet yetkilerinin kullanıldığı alanların dışı olarak kabul edilmektedir<sup>1</sup> Fransızca "jurisdiction" ülkesellikle çok sıkı bağlantılı olarak anlaşılmamaktadır, ülkenin ve jurisdiction'un her zaman örtüşmesi gerekmektedir<sup>2</sup>. Jurisdiction Konvansiyon metninin Almanca tercümesinde, devletin egemenlik dışı tasarruflarının dışında kalan tasarruflarını ve devlet dışı aktörlerin tasarruflarının dışında kalan egemenlik tasarruflarını kapsamaktadır. Yargı yetkisi ve adli yönetim aynı şekilde jurisdiction olarak kabul edilmektedir. AİHK'nun 1.maddesinde yer alan jurisdiction kavramına verilen bu çeşitli anlamlar AİHM'ne çoğu kez birbirileri ile bağlantılı olarak ortaya çıkan üç hukuki sorunun, diğer bir ifade ile AİHK'nun uygulanması, insan hakları ihlâllerinin bir üye devlete tahmil edilmesi, AİHM'nin yetkisi sorularının cevaplandırılması çerçevesinde dayanak olarak alınmaktadır. AİHK'nun yer ve kişiler bakımından uygulanma alanının açıklığa kavuşması AİHK ihlâlinin değerlendirilmesinde öncelikli bir sorudur. Zira, şayet AİHK'nun uygulanması söz konusu ise Konvansiyonun ihlâli söz konusu olabilir. Nihayet Konvansiyonun maddi olarak uygulanması ve AİHM'nin yetkisi iki ayrı boyut oluşturmaktadır. Şüphesiz AİHK sistemi AİHM'nin zorunlu yetkisini sistemin özelliği olarak kabul ederek uyumluluk içinde olduğunu ortaya koymaktadır. Mahkemenin yargı yetkisi AİHK'nun 35.maddesinde düzenlenmiştir. Şikâyetçinin Konvansiyon tarafı bir devletin egemenlik yetkisine tâbi olmaması durumunda AİHM'ne yapılan şikâyetin Konvansiyona uygunluğu kabul edilemez.

1 MARTIN, Elisabeth A., **A Dictionary of Law**, 5th ed., 2002, s. 272 vd.

2 EKMR, Zypern-Türkei, DR 2(1975), s. 82 - 127, s. 118, Rn.8.

AİHM, AİHK 1.maddesi anlamında "jurisdiction" kavramının bu çerçevedeki genel DH yaklaşımını yansıttığını tespit etmiştir. Bununla beraber AİHK'nun şikayet edilen devletin ülkesinin dışında yahut Konvansiyon dışı alanlarda uygulanmasının "extritorial jurisdiction"a ilişkin genel DH prensipleri muvacehesinde cevaplandırılması söz konusu değildir. Genel DH üç klâsik egemenlik yetkisini birbirinden ayırmaktadır. Bunlar "jurisdiction to prescribe", "to adjudicate" ve "to enforce" olarak dile getirilmektedir. Bu üç tip egemenlik yetkisinden sadece birincisinin sınırlı olarak extritorial (ülke dışılık) geçerli olması mümkündür. DH devletlere, kendi devletlerine ilişkin olduğu nispette ülke dışında cereyan eden olaylara uygulanmak üzere norm ihdas etme yetkisi tanımaktadır (*bu çerçevede klâsik bağlantı vatandaşlık ile kurulmaktadır. Devletler vatandaşlarının yabancı ülkelerde işledikleri suçlar için yahut mağdurun vatandaş olması durumunda ceza kanunlarını uygulayabilir; diğer bir bağlantı etkileme prensibi ışığında kurulmaktadır. Devletler kanunlarının uygulanma alanını, ülkesinde etkilenme söz konusu olduğu nispette ülkesi dışında cereyan eden olaylar için de kabul etmektedir ve yine uluslararası hukuki değerlerin korunması için (evrensellik prensibi) kendi kanunlarını uygulamaktadır*). Böyle bir durum çerçevesinde en sorunlu olan husus extritorial uygulanan kanunun ihlâl edilmesi durumunda, özellikle yurt dışında işlenen suçlara ne şekilde yaptırım uygulanacağıdır. İcra mercileri ve mahkemeler diğer bir devletin kendi ülkesinde tasarrufta bulunması için açık yahut zımnen izin vermemesi yahut DH karakterli başka bir özel dayanak olmadığı takdirde prensip olarak sadece ülke içinde tasarrufta bulunur (bir DH anlaşması, Güvenlik Konseyinin yetki vermesi, askeri işgal bu dayanağı oluşturabilir). Bunun dışında bu çerçevede elçilik binalarında, konsolosluklarda ve yahut yabancı ülkelerdeki askeri hapishanelerde gerçekleştirilen tasarruflara ilişkin DH teamül kurallarına istinat eden istisnaların göz ardı edilmesi gerekmektedir.

Temel haklar ulusal organlar için sınırlar koymakta, sınırlı olarak da tasarruf mükellefiyeti getirmektedir. Devletlerin tasarruflarına getirilen bu sınırlamalar yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kullanılması çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Temel hak problemi herşeyden önce "Exterritorial" icra önlemleri bakımından, örneğin

tutuklama, enterne etme, askeri yahut polisiye güvenlik önlemleri yahut bunların ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Exterritorial icra tasarrufları genel prensiplere göre prensip olarak caiz değildir.

Temel hakların geçerliliği sorunu sadece icrai tasarruflar bağlamında değil, aynı zamanda norm uygulanması bağlamında gündeme gelmektedir. Ancak bu durumun "jurisdiction to prescribe" olarak kategorize edilmesi söz konusu değildir. Burada rekabet kanununun yahut ceza kanununun extritorial uygulamasında olduğu gibi yurttaşlara değil, devlete yükümlülük getirilmektedir. Temel haklar çerçevesinde yükümlü kılınan daima mercilerdir. Prensip olarak tasarrufta bulunan devlet organının potansiyel olarak temel hakları sınırlayan önlemler aldığı varsayılır. Exterritorial egemenlik hakkı kullanılması yasağı normal şartlarda temel hakların ülke dışında uygulanmasını yasaklamaktadır. Temel hak yükümlülükleri, tasarrufta bulunan ulusal organları sınırladığı ve onların yapamayacakları hususları ortaya koyduğu nispette, temel hak normlarının uygulandığı ülke devleti ile bir uyumsuzluk yaratmamaktadır; bu durum devlet egemenliğine bir müdahale oluşturmamaktadır.

Temel hakların etkin olarak korunması prensibi ışığında devlet tasarrufunun meşruiyetine bağlı olarak temel hak teminatı önem taşımaktadır. Bir devletin DH'na aykırı olarak extritorial tasarrufta bulunması durumunda temel hak yükümlülüklerinden kurtulması söz konusu değildir. Özellikle meşru olmayan devlet tasarrufları çerçevesinde temel hak ihlalleri ortaya çıkmaktadır. Bir devletin DH'na aykırı bir şekilde diğer bir devleti işgal etmesi ile o devletin egemenlik haklarını ihlâl etmesi durumunda, estoppel prensibi temel hak yükümlülüklerini sınırlamak amacıyla işgalcinin hukuken egemenlik haklarına istinat etmesini reddetmektedir.

Bir devletin "jurisdiction"ını yabancı bir ülkeye teşmil etmesi halinde, insan hakları yükümlülüklerinin o devleti takip etmesi söz konusu olmaktadır. Bu durum "extritorial" önlemlerin DH'da geçerli "jurisdiction" prensibinin ihlâl edilmesinden bağımsız olarak ortaya çıkan bir sonuçtur. Zira DH'da geçerli "jurisdiction" prensibinin ihlâl edilmesinin mağdur bakımından önemi bulunmamaktadır.<sup>3</sup>

3 ARNAULD, Andreas von, "Das Menschenrecht im Auslandseinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund und Menschen-

### **AİHM İçtihatlarında “Jurisdiction”ın Değerlendirilmesi**

AİHM içtihatlarında birçok kez AİHK'nun 1.madde ile iştiğal etmiştir. Egemenlik haklarının uluslararası örgütlere devri söz konusu olsa da, mahkemenin ülkesellik esasından hareket ettiği görülmektedir.

### **AİHK Alanı Dışında Sonuçlar Doğuran Ulusal Tasarruflar**

1989 tarihli Soering davasına İngiltere'nin kendisini ölüm cezası bekleyen bir mahkumun ABD'ye iadesi yol açmıştır. İngiltere AİHK tarafı bir devlet olarak insanlık dışı bir eylemi kendisi gerçekleştirmemiştir. İngiltere sadece dolaylı olarak bu eyleme yol açacak şekilde mahkumu ABD'ye iade etmiştir. Konvansiyon devleti İngiltere'nin tasarrufu, AİHK'nun 3.maddesi muvacehesinde caiz olan eşiğin aşılmasına yol açan bir tehlike yaratmıştır<sup>4</sup>. AİHM Soering davasında AİHK 1.maddesinin AİHK uygulanma alanına her şeyden önce ülkesel bir sınır çizdiğini vurgulamıştır. Konvansiyonun 1. maddesi, Konvansiyonun Konvansiyon üyesi olmayan devletlerin tasarruflarını düzenleme ve onlara AİHK standartlarını empoze etme iddiasında olmadığından hareket etmiştir. Ortaya konulan bu görüş bununla beraber AİHM'nin açıkça ifade ettiği üzere, Konvansiyon tarafı devletleri AİHK'nun 3.maddesine göre sahip oldukları sorumluluktan kurtarmamaktadır<sup>5</sup>. İngiltere'nin iadeye ilişkin verdiği kararın, AİHK standardına uygun olmaması nedeniyle verilmemesi gerekirdi. Soering davasına exterritorial bir tasarruf değil, Konvansiyon tarafı devletin kendi ülkesinde, Konvansiyon tarafı olmayan bir başka devletin ülkesinde insan hakları ihlâli sonucu doğuracak tasarrufu yol açmıştır. İnsan hakları ihlâlinin ortaya çıktığı yerin AİHK alanı dışında olması AİHM tarafından sonucu değiştirecek bir durum olarak görülmemiştir.

### **Etkin Denetimin Sağlandığı Alanda Exterritorial Tasarruf**

Konvansiyon tarafı bir devletin yabancı bir ülkede etkin kontrol sağlaması durumunda, bu alan AİHK'nun 1.madde anlamında Konvansiyon

devletinin “jurisdiction”ına tâbidir; bu nedenle de bir alanda AİHK uygulanabilir ve bu alanda AİHM yetkilidir. Bu yaklaşıma Loizidou-Türkiye davası başlangıç oluşturmuştur. Bu davada öncelikli tartışma konusunu Türkiye'nin AİHM'nin yetkisinin kabulüne ilişkin bildirisinde mahkemenin yetkisini ülkesel olarak sınırlaması oluşturmuştur. AİHM Türkiye'nin askeri işgal gücü olarak Kuzey Kıbrıs'ta etkin kontrole sahip olduğunu, bu nedenle de AİHK'nun Kuzey Kıbrıs'ta Türkiye'nin tasarrufları çerçevesinde uygulanması gerektiğini kabul etmiştir<sup>6</sup>. AİHM konuya ilişkin kararında bu çerçevede genel bir kontrolün (“effective overall control”) yeterli olduğuna karar vermiştir. Polis ve yerel merciler üzerinde Türkiye'nin münferit kontrolü gerekli değildir<sup>7</sup>. Daha sonraki bir Kıbrıs-Türkiye davasında AİHM etkin kontrolün doğrudan silahlı kuvvetler üzerinden sağlanmasının mümkün olduğu gibi, yerel yönetim üzerinden dolaylı olarak da sağlanabileceği tespitini yapmıştır<sup>8</sup>. AİHK'nın Kuzey Kıbrıs'ta uygulanmasının bu davalarda kabul edilmesi Konvansiyonun uygulanma alanına coğrafi olarak genişletilmesi sonucunu doğurmamıştır.

Amerikan Supreme Court tarafından karara bağlanan Boumediene-Bush davasında mahkemenin aynı çizgiyi izlediği görülmektedir<sup>9</sup>. Bu dava Amerikan askeri hapishanesi Guantánamo Bay'de bulunan tutukluların hakları nedeniyle açılmıştır (Amerikan anayasasının md. I, §9 c1.2 muvacehesinde temel hakların - Habeas Corpus'un ihlâli). Supreme Court'a göre temel hakların exterritorial geçerliliğinin şeklen değil, fonksiyonel olarak anlaşılması gerekmektedir. Önemli olan söz konusu alanın şeklen hukuki statüsü yahut hapishanenin yabancı bir ülkede olması değil, o alanda sahip olunan denetimin ölçüsüdür. “Exterritorialite” sorununun şekli dayanağa göre değil, objektif esaslara ve pratik mülâhazalara göre açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Sonuç olarak yüksek mahkeme anayasanın Habeas-Corpus garantisinin tam kapsamı ile Guantánamo hapishanesinde

rechten”, bknz.: WEINGARTNER, Dieter (Hrsg.), **Streitkräfte und Menschenrechte**, 2008, s. 61 - 82.

4 EuGRZ 16(1989), Rn. 88 ve 91.

5 EGMR, Soering-VK, Series, A161

6 EGMR, Loizidou-Türkei, 23.03.1995, Nr.15318/89, Series A/310(1995), Rn.62-64.

7 EGMR, Loizidou-Türkei II, Nr.15318/89, 8.12.1996, Reports 1996-VI, s.2234, Rn.56.

8 EGMR, Zypern-Türkei, Große Kammer, Beschw. Nr.25781/94, Urteil, 10.5.2001, ECHR 2001-IV, Rn.77.

9 US Supreme Court, Boumediene-Bush, 12.06.2008, 533 vs 289.

uygulanmasını kabul etmiştir. Küba ve ABD arasında 1903 yılında yapılan anlaşma ile Küba Guantánamo Bay'de egemenliğini korumakla beraber, "jurisdiction" ve denetim yetkisini tam olarak ABD'ye bırakmıştır. Supreme Court prensip olarak Guantánamo Bay'in de jure Küba'nın egemenliğine tabî olduğunu kabul etmekle beraber, denetimin ve fiili egemenliğin tam olarak ABD'ye ait olduğunu kabul etmiştir. Guantánamo Bay'de ABD'nin de facto egemen olması nedeniyle Amerikan hükümetinin Amerikan anayasasının getirdiği yükümlülükleri yerine getirme mükellefiyeti bulunmaktadır. Siyasi organlar keyfi olarak anayasayı uygulamak yahut uygulamamak yetkisine sahip değildir. Guantánamo Bay'de Amerika'nın denetiminin bir DH anlaşmasına istinat etmesi, Guantánamo'daki durumu özel kılmaktadır. Yabancı bir ülkenin komple işgalinde olduğu gibi, Guantánamo üzerinde de tam bir ABD kontrolü bulunmaktadır. Guantánamo'nun şeklen başka bir devletin egemenliğinde olması sonucu değiştirmemektedir. Görüldüğü üzere yabancı bir ülkede etkin kontrol insan hakları yükümlülüklerinin uygulanmasında ölçü olarak alınmaktadır.

### **Konvansiyon Devletin Etkin Denetimi Olmadığı Durumlarda "Exterritorial" Tasarrufların Hukuki Sonuçları**

Konvansiyon tarafı bir devletin etkin kontrolünün olmadığı bir ülkede "exterritorial" tasarruflar nedeniyle doğan sorunlarda çelişkili bir durumla karşılaşmaktadır. Atipik, ancak öğretici bir dava olarak Drozd-Janousek (1992) davası bu çerçevede<sup>10</sup> önem taşımaktadır. Egemenlik yetkisinin *ratione loci* ve *ratione personae* olarak birbirinden ayrı denetlendiği bu davada AİHM Konvansiyon devletlerinin "exterritorial" tasarrufları nedeniyle sorumluluğunu kabul etmemiştir.

Dava Fransa ve İspanya mahkemelerinin Andorra'ya gönderdiği yargıçların kararlarına karşı yapılan bireysel başvuru nedeniyle AİHM önüne gelmiştir. Andorra prensliği 1999 tarihli anayasanın ihdasına kadar Fransa Cumhuriyeti başkanı ve Urgel piskoposu (Bischof) (İspanya) tarafından ortak yönetiliyordu (Andorra 1993'ten beri egemen bir devlettir). Andorra 1994'e kadar Avrupa Konseyi'nin üyesi değildi ve bu nedenle de

AİHK'na taraf değildi. AİHM Andorra'nın statüsünü condominium olarak değil *sui generis* olarak nitelendirmiştir.

AİHM, AİHK'nın yer bakımından Andorra'da uygulanması itirazını, diğer bir ifade ile *jurisdiction* ile ilişkin *ratione loci* itirazı kabul etmiştir. Mahkeme bununla beraber şikayetçinin Andorra mahkemesi tarafından mahkum edilmesini İspanya ve Fransa'nın *ratione personae* egemenlik yetkisi muvacehesinde incelemiştir. AİHM'ne göre konvansiyon devletlerinin egemenlik yetkilerini (AİHK 1.madde) kendi ülkelerinin dışında kullanması mümkündür. Bununla birlikte yargıçların İspanya yahut Fransa yargıcı olarak değil, Andorra'nın otonom mahkemelerinin yargıçları olarak karar vermeleri nedeniyle AİHK 1.madde muvacehesinde İspanya'nın yahut Fransa'nın egemenlik yetkisini kullandığını kabul etmemiştir. Sonuç olarak, Konvansiyon üyesi devletlerin sorumluluğunun kabul edilmemesi davada AİHK muvacehesinde Andorra'da alınan önlemlerin denetimini önlemiştir.

"Exterritorial" tasarruflar nedeniyle doğan bir başka önemli dava Banković davasıdır (2001)<sup>11</sup>. Konvansiyon üyesi devletlerin hava kuvvetlerinin Belgrat'ı bombardımanı sonucu ölen eski Yugoslavya Cumhuriyeti vatandaşlarının yakınları tarafından Konvansiyon üyesi kimi devletlere karşı açılan davada AİHK'nın ihlâl edildiği iddiası yapılmıştır (16 kişinin öldüğü operasyon, NATO hava operasyonu olarak 24 Mart 1999'dan 8 Haziran 1999'a kadar devam etmiştir. Operasyon Sırp Radyo ve Televizyon Yayın Merkezine yönelik olarak yapılmıştır).

Büyük Daire kurbanlar ve davalı devletler arasında "jurisdiction" ilişkisini eski Yugoslavya Cumhuriyeti'nin AİHK üyesi olmaması yanı sıra şikayetçinin ve onun ölen akrabalarının AİHK'nın 1.maddesi muvacehesinde Konvansiyon devletinin egemenliğine tabî olmaması gerekçesi ile *ratione personae* reddetmiştir. AİHM şikayetçinin AİHK 1.maddesi muvacehesinde kendi egemenlik yetkisine tabî olmadığı itirazını yapan ve bu nedenle de davanın caiz olmadığı iddiasını yapan Konvansiyon tarafı davalı devletlerin savunmasını kabul etmiştir. Bu meyanda sadece Fransa, bombardımanın Konvansiyon üyesi devletlere

10 EGMR, Drozd und Janousek - Frankreich und Spanien, Beschw. Nr.12747/87, karar 26.06.1992.

11 EGMR, Banković-17 üye devlet, 12.12.2001, Bireysel şikâyet davası, Nr.52207/59.

değil, NATO'ya tahmil edilmesi gerektiği konusunda itiraz yapmıştır. Şikayetçiler buna karşılık Konvansiyon tarafı devletlerin jurisdiction'ı kabul edilmesi gerektiğini, zira Belgrat'a yapılan hava operasyonu kararının Konvansiyon üyesi devletlerin ülkelerinde alındığını, NATO'nun hava ülkesindeki kontrolünün, Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'taki kontrolü kadar tam olduğunu, hava saldırıları ve kara ülkesinde bulunan askeri güç arasında ayırım yapmanın gerçek dışı olduğunu itiraz olarak dile getirmiştir. Bu gerekçeleri mahkeme reddetmiştir. AİHM'ne göre davalı devlet ve şikâyetçiler arasında kararın verildiği yerden bağımsız olarak eylem yahut eylemin etkileri bakımından gerçek bir bağlantının olması gerekmektedir. Bu cevap Soering davasındaki yaklaşıma ters düşmektedir. Soering davasında İngiltere'nin mahkûmu iade kararı, ABD'de doğuracağı sonuçlardan bağımsız olarak AİHK'na aykırı bulunmuştur.

AİHM egemenlik yetkisini alışılmış anlamda öncelikle ülkesel olarak anlamaktadır. Devletlerin kendi ülkesi dışında egemenlik yetkisini kullanmasının DH muvacehesinde haklı nedenlerinin olması gerekir. Konvansiyon tarafı devletlerin sonraki uygulamalarının gösterdiği üzere AİHK 1.madde uygulaması "exterritorial" egemenlik haklarının kullanılmasını kapsamamaktadır. AİHK tarafı devletlerin katılımıyla gerçekleşen exterritorial askeri operasyonlarda (Basra körfezinde, Bosna-Hersek'te) AİHK garantilerinden (AİHK'nın 15.md.) zaruret halinde sapma olanağı tanıyan hakka istinat edilemez. Konvansiyon üyesi devletlerin madde 15'e istinaden (ulusal yaşamı tehdit eden bir zaruret halinin bulunması) hakların askıya alınmasının AİHK'nın sıkı koşulları nedeniyle caiz olmadığını bilmesi gerekir.

AİHM ayrıca 1.madde'nin hazırlık çalışmalarında normun dar yorumuna ilişkin bir anlayış benimsendiğine işaret etmektedir (AİHK'nun yaşayan bir enstrüman olarak dinamik-teleolojik yorum tekniğine göre yorumlanması AİHK'nun gereksinimlerine daha uygundur). AİHK'nun 1.madde hükmünün Konvansiyon tarafı devletlere tahmil edilen her tasarrufu kapsadığı yolunda bir görüşün kabulü halinde madde hükmünde yer alan "egemenlik yetkisine tâbi tüm kişiler" vurgusunun bir anlamı olamayacağını göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bunun dışında Konvansiyonun ratione personae uygulanması ayrı bir koşul olarak

kurbanın niteliği ile bağlantılı bir değerlendirilmeyi gerekli kılmaktadır.

AİHM mukayeseli hukuk değerlendirmesi yaparak AİHK'nun 1.maddesinde 1949 Cenevre Konvansiyonlarında olduğu gibi, taraf devletlere her koşulda Konvansiyona riayet etmek ve riayeti sağlamak mükellefiyeti getirilmemesi nedeniyle AİHK'nuna taraf devletlere coğrafi alan olarak kapsamlı yükümlülük getirme gibi bir iradenin söz konusu olmadığına işaret etmektedir. AİHK'nun ordre-public fonksiyonu onun prensip olarak bölgesel geçerliliğini ile zafiyete uğramaktadır. Konvansiyon üye devletlerin jurisdiction alanında bağlayıcılığa sahiptir. Konvansiyonun eski Yugoslavya topraklarında uygulanmasının kabul edilmemesi insan hakları himaye sisteminde boşluk yaratmamaktadır. Kıbrıs örneğinde, Türkiye'nin AİHK'na taraf olmasına karşılık, eski Yugoslavya AİHK'na taraf değildi. Nihayet AİHM 1.madde anlamında egemenlik yetkisinin mevcudiyetinin kabulüne ilişkin içtihadını tekrar ederek, Konvansiyonun 1.maddesi muvacehesinde Konvansiyonun uygulanması sonucunu doğuracak şekilde exterritorial jurisdiction'ın kullanıldığını, Konvansiyon devletinin ülke ve ahali üzerinde etkin bir kontrol sağlaması (askeri bir işgal yahut ülke devletinin onayı ile) ve Konvansiyon devletinin normal şartlarda ülke devletine ait olan kamu yetkilerini bütünüyle yahut kısmen kullanması durumunda kabul edebileceğini ifade etmiştir. Daha sonra karara bağlanan Issa davasında kişiler üzerinde kurulan münferit denetim "jurisdiction"ın kabulü için bir koşul olarak eklenmişse de, Bankovic' davası exterritorial tasarruflar sorunu bakımından ölçü teşkil eden yerini korumaktadır.

### **Kişiler ve Mallar Üzerinde Yetki Kullanılmasına Matuf Exterritorial Tasarruflar (Münferit Denetim)**

Bir grup içtihatlarda konu yabancı ülkelerdeki elçilik ve konsolosluk personelinin tasarrufları çerçevesinde ele alınmaktadır. Yetkili devlet organları kişiler ve mallar üzerinde egemenlik yetkisi kullandığı nispette Konvansiyonun 1. maddesi muvacehesinde bu konular devletin "jurisdiction"ına girmektedir.

W.M-Danimarka davasında Doğu Almanya'da Danimarka elçiliğine kaçan Doğu Almanya

vatandaşının tutuklanması dava konusu olmuştur. Danimarka elçisi Doğu Almanya makamlarından yardım talep etmiştir ve onların elçiliğe girmesine izin vermiştir. Davada ilgili kişilerin Danimarka'nın "jurisdiction"ına girdiği kabul edilmiştir<sup>12</sup>. 2004 tarihli Issa davasında, Iraklı şikâyetçi Türk silahlı kuvvetlerinin Irak'ta yakınlarını öldürdüğü iddiasını yapmıştır<sup>13</sup>. AİHM Konvansiyon devletlerinin yetkili organlarının denetimi altında yabancı ülkelerde yapılan tasarruflar nedeniyle bu tasarrufların ulusal hukuka uygun veya aykırı olmasından bağımsız olarak Konvansiyon devletinin sorumlu tutulabileceğini kabul etmiştir.

AİHK'nun 1. maddesi Konvansiyon devletlerinin kendi ülkelerinde yapmaları caiz olmayan ihlalleri başka ülkelerde yapmalarını kabul etmemiştir. AİHM, Konvansiyon devletinin sorumluluğunu, davalı devletin yabancı bir devletin işgali durumunda olduğu gibi, bir bölgesinde bütünüyle kontrolü ele geçirmemesi durumunda da kabul etmektedir. AİHM 6 haftalık bir askeri birlik bulundurmanın dahi tüm Irak üzerinde denetimi tesis edebileceğini kabul etmekle beraber, somut durumda bunun gerçekleştiğini kabul etmemiştir.

Genel denetimin sağlanamadığı durumlarda kişiler ve şeyler üzerinde Konvansiyon devletinin somut otorite ve münferit denetiminin sağlanması gerekmektedir. Issa davasında gerçekten Türkiye'nin söylenilen yerde operasyon yapıp yapmadığı şikâyetçi tarafından kanıtlanamamıştır. Hal böyle olunca AİHM öldürmenin Irak vatandaşı Kürtler tarafından gerçekleştirilmiş olabileceği ihtimali ile AİHK 1. maddesi muvacehesinde kurbanın Türkiye'nin "jurisdiction"ına tabî olduğunu kabul etmeyerek şikayeti reddetmiştir. Bu grupta bir Konvansiyon devletinin yabancı ülkede kişileri gözaltına alması da ele alınmaktadır. Öcalan Kenya'da tutuklanmış ve Kenya yetkilileri tarafından Nairobi havaalanına uluslararası transit bölgesinde bulunan Türk uçağına getirilmiştir. AİHM bu tutuklamada AİHK'nunun 5. madde garantilerinin uygulandığı konusunda tereddüde düşmemiştir. Öcalan Türk güvenlik güçlerine teslim edildikten sonra etkin olarak Türkiye'nin otoritesine ve

AİHK'nın 1. madde anlamında Türkiye'nin egemenlik yetkisine tabî olmuştur.

Öcalan davasında, Öcalan'ın Türk vatandaşı olması yahut AİHM tarafından istenilen etkin kontrolün ülke üzerinde sağlanması nedeni ile değil, kişi üzerinde otoritenin tesis edilmesi nedeni ile genel DH'nun kişilerle bağlantı kurma yaklaşımının karşılandığı kabul edilmiştir<sup>14</sup>. Bununla beraber yurt dışında tutukluluk yahut gözaltına alma durumunda kişinin statüsüne yapılan atıf tutuklayan devletin temel haklarını tüm kapsamı ile geçerli olması olanağını vermemektedir. Vatandaşlık, ülke yanı sıra egemenlik yetkilerinin kullanılmasında kabul gören bir diğer bağlantı noktasıdır. Çoğu kez "jurisdiction over territory" ve "jurisdiction over persons" yanyana bulunmaktadır. Bu paralellik vatandaşların ülke yanı sıra DH süjesi olan devletlerin inşai unsurları olarak karşımıza çıkmasından ileri gelmektedir. Bununla beraber kişiler üzerinde "jurisdiction" sadece "jurisdiction to prescribe" boyutu ile sorun teşkil etmemektedir. Diğer bir ifade ile "extraterritorial jurisdiction"ın genel hukuk prensiplerine göre kendi vatandaşları üzerinde uygulanması caiz olmakla beraber, icrai tasarrufların vatandaşlara karşı uygulanması caiz değildir.

Öcalan davasında Konvansiyon üyesi devletin (Türkiye'nin) otoritesinin Öcalan üzerinde fiziken etkin olma ile mi yoksa tutuklamanın Türk hava gemisinde cereyan etmesi ile mi tesis edildiği tartışılmıştır. Yerleşik içtihatlar göre uluslararası temel hukuku muvacehesinde devletlerin bayraklarını taşıyan gemilerdeki yahut uçaklarındaki tasarrufları (AİHK tarafı devletlerin diplomasi temsilcilerinin ülke dışındaki tasarrufları gibi) nedeniyle "extraterritorial jurisdiction"ın kabul edilmesi sonucu AİHK'nun uygulanmasını mümkündür<sup>15</sup>. Bununla beraber yukarıda ortaya konulan tablo genel DH prensiplerinin "extraterritorial" egemenlik uygulamasında temel haklara bağlılık konusunda ipucu içermediğini göstermektedir. Daha sonraki tarihli Saddam Hüseyin - Arnavutluk davası Mahkemenin Öcalan davasında uçağın ülke gibi kabul edilmesi esastan değil, Türkiye'nin Öcalan'ı etkin otoritesine almasından hareket ettiğini göstermiştir.

12 EKMR, W.M.-Dänemark, Beschw.Nr.17392, DR 73(1992), s. 193 - 200.

13 EGMR, Issa-Türkei, Beschw. Nr.31821/96, 16.11.2004 tarihli karar, Rn.71.

14 krş.. STOLTENBERG, Klaus, "Auslandseinsätze der Bundeswehr im menschenrechtlichen Niemandsland? ", **Zeitschrift für Rechtspolitik** 41(2008), s. 111 - 114.

15 EGMR, Banković davası, Rn.73.

AİHK'nun 1. maddesi muvacehesinde egemenlik yetkisinin ülke dışında tutuklama ile de tesis edilmesi mümkündür. Saddam Hüseyin - Arnavutluk davasında tutuklamanın Konvansiyon üyesi olmayan ABD tarafından yapılması nedeniyle bireysel şikayet caiz olarak kabul edilmemiştir<sup>16</sup>.

### Karşılaştırma

Prencip olarak kişi üzerinde minimum denetim yahut otorite tesisi, gözetim altına alma yahut tutuklama durumunda tam ve etkin şekilde mevcuttur (ülke üzerinde genel kontrolü sağlamadan bağımsız olarak). Yukarda işaret edilen Boumediene - Bush<sup>17</sup> davasında US Supreme Court Amerikan anayasasının tutuklulukla ilgili temel hakların bütünüyle Guantanamo Bay için uygulanmasını kabul ettiği kararında bu mülahazadan hareket etmiştir.

Irak'taki Amerikan hapishaneleriyle ilgili bir diğer supreme court kararında ise farklı bir anlayışla yabancı bir ülkede hapishane oluşturulması durumunun her hâlükârda ABD'nin temel haklarının uygulanmasını gerektiren etkin bir egemenlik kullanımı olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir. Muraf - Green davası<sup>18</sup> Irak'taki koalisyon gücü mensubu iki askerin suç işledikleri iddiası ve güvenlik gerekçeleri ile tutuklanması ve ABD'nin Irak'taki askeri hapishanesine atılması nedeniyle gündeme gelmiştir. Burada açıklığa kavuşturulması gereken husus, ABD mahkemelerinin Irak'ta habeas-corporus yetkilerini kullanma olanağına sahip olup olmadığı, Irak'taki ABD hapishanesindeki tutukluların yabancı bir egemene (Irak'a) yargılanmaları için tesliminden ABD'nin imtina etme olanağının bulunup bulunmadığıdır. Supreme Court, Güvenlik Konseyi'nin 1790 (2007) sayılı kararına göre Irak'ın ülkesinde cezalandırma yetkisini münhasıran koruması nedeniyle ABD mahkemelerinin Irak'ta habeas corpus yetkisini kullanmasını kabul etmemiştir. Irak hukukuna göre ceza davalarında kararlar merkezi ceza mahkemesi tarafından verilmektedir. Amerikan askeri mahkemeleri sadece zarar gören Irak hapishanelerini ikame etmek üzere hizmet etmektedir.

Şüpheliler Irak devletinin isteği ile ceza davasına kadar orada muhafaza edilmektedir. Tutuklama işlemini gerçekleştiren Amerikan askeri makamları münhasıran Amerikan kumandanlığına tâbidir. Tutukluların serbest bırakılması Irak mercilerinin veya mütteliklerin onayı olmaksızın sağlanabildi. Habeas corpus yetki kullanımı yargı kararı ile tutukluların serbest bırakılmasına yol açabilirdi. Ancak bu durum Irak'ın ülkesinde suç işleyen kişiler üzerinde ceza hukukunu öncelikli uygulama yetkisini ihlâl edebilirdi. Bunun dışında habeas corpus'un tanınması Amerikan icra organının dış politikada sahip olduğu karar özgürlüğüne, Amerikan yargısının caiz olmayan şekilde Irak'ın yargı yetkisine müdahalesine yol açabilir ve bu da ABD'nin yabancı ülkelerde yaptığı askeri operasyon kapasitesine zarar verebilirdi. Bu gerekçeler ışığında supreme court Irak'ta Amerikan hapishanesinde bulunan tutuklular için Amerikan mahkemelerinin habeas corpus yetkisini reddetmiştir.

Boumediene davasından<sup>19</sup> farklı bir kararın çıkması, Irak'ta sınırlı da olsa fonksiyon gösteren bir ülkesel yetkinin olmasına karşılık, Guantánamo Bay'da Amerikan temel haklarının geçerliliğinin reddedilmesi durumunda Küba'nın Guantánamo Bay'de etkin bir egemenlik yetkisi kullanmaması nedeniyle, tutukluların temel haklardan mahrum bir duruma düşmesi riskine bağlanmıştır.

Muraf kararındaki değerlendirmeye ters düşer bir şekilde Al-Skeini davasında<sup>20</sup> Lordlar Kamarası Öcalan davasına atfen Irak'taki İngiliz askeri hapishanesinde gerçekleştirilen kötü muamele ve öldürme olaylarının karara bağlanmasında AİHK'nın esas alınmasını kabul etmiştir.

Konvansiyon devletlerinin kendi ülkelerinde egemenlik yetkisi kullanması durumunda "ülke dışılık" kabul edilmemektedir. İçtihatlar bu çerçevede jurisdiction'ın anlamını açıklığa kavuşturmaktadır. Assanidze - Gürcistan davasında (şikâyetçi Gürcistan Yüksek Mahkemesinin beraat kararına ve Gürcistan devlet başkanının affına rağmen muhtar Acar Cumhuriyeti (Gürcistan'da) tarafından tutuklanmıştır) AİHM, AİHK'nun 1. maddesi muvacehesinde devletlerin ülkelerindeki tasarrufları için "jurisdiction"ını kabul etmiştir.

16 EGMR, Hussein v Albanien und andere, Beschw. Nr. 23276/04, davanın caiz olarak kabul edilmemesine ilişkin 14.03.2006'da verilmiştir.

17 12.06.2008 tarihli karar, 533, Us 289 (2008).

18 US Supreme Court, Muraf v. Greene, 533 US 167 (2008).

19 US Supreme Court, Boumediene v. Bush, Urteil vom 12.6.2008, 533 US 289 (2008).

20 House of Lords, Al Skeini v Secretary of State for Defence (2007), UKHL 26, Urteil vom 13 Juni 2007.



Konvansiyon devletlerinin takdiren ülkelerinin bir kesimini AİHK'nun uygulanma alanı dışında bırakma imkânı bulunmamaktadır. Zira böyle bir durum Konvansiyon devletlerinin farklı şekilde muamele görmesine yol açabilir ve sonuç olarak insan haklarının etkin himayesi olanağını ortadan kaldırır<sup>21</sup>.

AİHM bu davayı Kıbrıs'tan farklı olarak (Loizidou davasından), Gürcistan'da Gürcistan dışında başka bir etkin otoritenin olmaması nedeniyle ayrı mütalâa etmiştir. Diğer taraftan yine bu davayı Banković davasından da dava edilen NATO devletlerinden farklı olarak Gürcistan'ın ülke üzerinde "overall control" sahip olması ve Sırbistan'ın dava esnasında AİHK'na taraf olmamasına karşılık, Gürcistan'ın Konvansiyona taraf olması gerekçeyle farklı değerlendirmiştir. Konvansiyon ihlâlinin Acar makamları tarafından gerçekleştirilmiş olması, Gürcistan'daki iç yetki dağılımı ve Gürcistan devlet yapısındaki aksaklıklar, Gürcistan'ı AİHK'nun 1.maddesinden doğan Konvansiyonu temin etme konusundaki genel yükümlülüklerden ibra etmemiştir.

Ilascu v. Moldavya - Rusya davasında (3 Moldavya vatandaşı gezginci işgal gücü mensupları tarafından tutuklanmış, 1993'te Transnistrien yüksek mahkemesi tarafından mahkum edilmiş ve yıllarca insanlığa aykırı koşullarda tutukluluk yaşamışlardır) AİHM şikayetçinin Moldavya ve Rusya'nın AİHK'nun 1. maddesi muvacehesinde egemenlik yetkisine tabî olup olmadığı sorusu çerçevesinde Moldavya'nın kendi ülkesinde etkin kontrole sahip olmamakla beraber AİHK'nun 1. maddesi muvacehesinde işgalci devlete yahut uluslararası örgüte karşı diplomatik yahut yargı önlemleri alma mükellefiyeti bulunduğunu kabul etmiştir<sup>22</sup>.

### **Uluslararası Örgütlere Katılma Durumunda AİHK'nun 1. Maddesi Muvacehesinde "Jurisdiktion"**

AİHM 1999 tarihli iki kararında<sup>23</sup> bir Konvansiyon devletinin egemenlik yetkisini uluslararası yahut supranasyonal bir örgüte devretmek suretiyle

AİHK'na riayet etme mükellefiyetinden kurtulmama yacağı prensibini ortaya koymuştur. AİHK tarafı devletler ilgili örgütün önlemlerinin Konvansiyona ters düşmemesi konusunda sorumludur. Topluluk yasama faaliyetlerinin, ulusal yasama faaliyeti kadar AB yurttaşları bakımından sonuçlar doğurması nedeniyle AB üyesi devletler AİHK'na ek 1 nolu protokolün 3.maddesinden doğan yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftir. Aynı konu kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi çerçevesinde gündeme gelmektedir. Özelleştirilen kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi esnasında ortaya çıkan insan hakları ihlâllerinden Konvansiyon devletlerinin sorumluluğu günümüzde tartışılan konular arasında yer almaktadır<sup>24</sup>.

Prensip olarak bireylerin devlete karşı sahip olduğu temel haklarının yapısal kimi değişikliklerle etkinliğini kaybetmesi mümkün değildir. AİHM, uluslararası örgütlere kimi görev ve yetkilerin devrinde olduğu gibi, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi ile temel hak yükümlülüklerinden devletlerin kurtulmasının söz konusu olmadığını ortaya koymuştur<sup>25</sup>.

Uluslararası örgütlere egemenlik yetkisinin devri çerçevesinde Konvansiyon devletlerinin yükümlülüklerinden kurtulamaması Bosphorus - İrlanda davasında ele alınmıştır<sup>26</sup>. Bosphorus havayolları eski Yugoslavya havayolları JAT'tan leasingle uçak almış ve bu uçakları kullanmıştır. Güvenlik Konseyi 1991'den itibaren başlayan iç savaşla beraber Yugoslavya'ya karşı yaptırım kararları almaya başlamıştır. BM Güvenlik Konseyi kararının AB'de uygulanması çerçevesinde AB 990/93 sayılı tüzüğü ihdas etmiştir. Söz konusu tüzüğün uygulanması çerçevesinde İrlanda makamları İrlanda'da iki uçağa el koymuştur. Bosphorus hava yolları AİHK'na ek 1 nolu protokolün 1. maddenin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Burada ortaya çıkan soru AİHM'nin üye devletler üzerinden tasarrufta bulunan AB'nin AİHK'na riayetini denetleme olanağına sahip olup olmadığıdır. AİHM, Konvansiyon tarafı devletlerin egemenlik haklarını uluslararası veya supranasyonal bir örgüte devretmek suretiyle AİHK'na

21 EGMR, Assanidze - Georgien, Beschw. Nr.71503/01 (2004), Rn.137.

22 EGMR, Ilascu v. Moldavien und Russland, Beschw. Nr. 48787/99, Urteil vom 8 Juli 2004, Rn.331 ve 333.

23 Matthews v. Vereinigtes Königreich, Besch.Nr.24833/94, 18.2.1999, ECHR 1999-I, s.251 vd. = EuGRZ 26 (1999), s.200 vd.; Waite und Kennedy v. Germany, Beschw.Nr.26083/94, Urteil vom 18.2.1999, Rn.67.

24 bkz.: KEES, Alexander Oliver, **Privatisierung im Völkerrecht**, 2008, s. 132 - 179.

25 EGMR, Costello-Roberts v. UK, Beschw.Nr.89/1991/341/414, Ser.A Nr.247-C, Rn.27.

26 EGMR, Bosphorus v. Irland, Besch. Nr.45036/98, 30 Juni 2004.

riayet sorumluluğundan kurtulması, AİHK'nun amaç ve hedefine uygun düşmediğini saptamıştır. Egemenlik yetkisinin devredildiği örgütün prensip olarak eşdeğer bir temel hak himayesi sağlaması durumunda AİHK'nun ihlâli söz konusu olmayacaktır. Eşdeğer bir temel hak standardı, AİHK'na benzeyen, mukayese edilebilir bir standart anlamını taşımaktadır. AİHM, AB bakımından Konvansiyona uygun eşdeğer bir temel hak standardının mevcudiyetinden hareket etmiştir. AİHM Bosphorus davasında AB hukukunda eşdeğer temel hak standardının mevcudiyetinden hareketle mülkiyet hakkının ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır.

Solange II davasından sonra AB tasarruflarının denetimi bakımından kendisini yetkisiz ilan eden Federal Alman Anayasa Mahkemesinden farklı olarak AİHM Bosphorus davasından sonra kendini yetkisiz ilan etmemekle beraber ATAD kararlarını prensip olarak münferiden denetlememektedir. Kadi davasında da AB Komisyonu ATAD'na Solange II'e istinat edilmesini önermişse de, mahkeme tarafından öneri kabul görmemiştir<sup>27</sup>.

### **Uluslararası Rejimlerde, Özellikle BM'de Tasarrufların Devlet Organlarına Tahmil Edilmesi**

Egemenlik tasarruflarının tahmil edilmesi uluslararası örgütler veya uluslararası rejimler bakımından önemli rol oynamaktadır. Uluslararası örgütler üye devletlerden bağımsız bir tasarruf birliği gereksinimi ile oluşturulur. Buna uygun olarak uluslararası örgütler örgüt üyesi devletlerden ayrı olarak DH süjesidir ve DH yükümlülüklerinin taşıyıcısı olarak uluslararası sorumluluk süjesidir. Uluslararası örgütler siyasi anlamda muayyen ölçüde üye devletlerden bağımsızdır. Bu mülâhazalarla üye devletlerin (örneğin insan haklarına ilişkin) yükümlülükleri mutlak olarak uluslararası örgütlere teşmil edilemez.

Güvenlik Konseyinin tasarruf özgürlüğü, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin sorumluluğundan daha önemlidir. BM anlaşmasının öncelikle ilgili 103. maddesi ve 25. maddesi bu hedeflere hizmet etmektedir. İnsan hakları ihlâli teşkil eden önlemlerin kolay şekilde Konvansiyon devletlerine tahmil edilmesi uluslararası rejimler

çerçevesinde üye devletlerin sorumluluklarını önlemek için örgütün her kararına müdahale etmesine yol açabilir. Bu durum ise örgütün muhtariyetine uygun bir sonuç vermez. Bu nedenle doğru bir dengenin kurulması gerekliliği bulunmaktadır.

### **Hess Davası (1994)**

Hess davası uluslararası rejimin exterritorial tasarrufla bir araya geldiği karma egemenlik yetkisinin kullanıldığı durumlar bakımından bir örnek dava oluşturmaktadır. Bu davada<sup>28</sup> Hitler'in özel sekreteri Rudolf Hess Nürnberg askeri mahkemesi tarafından ömür boyu hapis cezasına çarptırılmış ve dört savaş galibi müttefik devletler komutanları tarafından Spandau askeri hapisanesine yegâne mahkûm olarak cezasını çekmek üzere gönderilmiştir. Hess kararında askeri hapisane işletilmesi kişiler üzerinde etkin kontrol uygulanması olarak nitelendirilmiştir. İnsan Hakları Komisyonu İngiliz mercilerinin Berlin'deki önlemleri sebebiyle Konvansiyon muvacehesinde sorumlu tutulmasının mümkün olduğu tespitini yapmakla beraber hapisane yönetiminin münhasıran dört müttefike ortak olarak ait olması nedeniyle davalı İngiltere'nin sorumluluğunu reddetmiştir. Ortak sorumluluğun dört ayrı yetkiye ayrılması söz konusu değildir. Müttefiklerin hapisaneyle ilgili anlaşması AİHK'nun yürürlüğe girmesinden önce yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın feshi mümkün değildir. Hapishanenin münhasıran İngiltere'nin egemenlik yetkisine tabî olmaması nedeniyle, İngiltere aleyhine yapılan şikâyet ratiōne personae caiz kabul edilmemiştir. Monuf ve Al Skeini davalarındaki Irak'taki askeri hapishanelerden farklı olarak Spandau askeri hapisanesinin Konvansiyonun jurisdiction alanında bulunduğu göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

### **Behrami ve Saramati Davası (2007)**

Behrami ve Saramati davası<sup>29</sup> Kosova'da yaşanan 3 Arnavut'un ayrımcı önlemler nedeniyle bireysel şikâyeti üzerine açılmıştır. Sırbistan'a ait Kosova'da olayların cereyan ettiği sırada (2000-2001 yıllarında) Sırbistan henüz AİHK'nu

28 EKMR, Ilse Hess v. UK, Beschl.Nr.6231/73, Entscheidung vom 28 Mai 1975, DR 2(1975), s. 72 - 76.

29 Behrami und Behrami v. Frankreich, Beschw.Nr. 71412/01 und Saramati v. Frankreich, Deutschland und Norwegen, Beschw.Nr.. 78166/01. Büyük dairenin 2 Mayıs 2007 tarihli karar için bkzn.: EuGRZ 34 (2007), s. 522 - 542.

27 EuGH, Rs. C-402/05P ve C-415/05P, Kadi u. Al Barakaat International Foundation v. Rat und Kommission vom 3.9.2008, Rn.319.

onaylamamıştı (Sırbistan-Karadağ AİHK'nu 3 Mart 2004'te onaylamıştır). NATO'nun Kosova'ya müdahalesi ertesinde BM Güvenlik Konseyi 1244 sayılı kararlar (1999) Kosova'nın hukuki statüsünü belirlemiştir. Güvenlik Konseyi kararı ışığında bir Kosova Güvenlik Gücü (KFOR) oluşturulmuştur. KFOR, BM üyesi devletler tarafından BM şemsiyesi altında NATO'nun katılımıyla, ancak tek elden yönetim ve denetim anlayışıyla kurulmuştur. 1244 sayılı karara göre KFOR Kosova'da askeri denetim yetkisi kullanmak üzere oluşturulmuştur. KFOR'un UN-peace keeping misyonu bulunmamaktadır. KFOR 1244 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmakla beraber BM'in yardımcı bir organı değildir. Sivil geçici yönetim UNMIK (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo) BM anlaşması VII. Bölümüne göre kurulan BM'in yardımcı organıdır. UNMIK'in misyonu, Kosova'da yasama, yürütme ve yargı yetkisinin kullanılmasıdır. Davada ele alınan konu KFOR ve UNMIK'in tasarruf ve ihmâllerinin Kosova'ya birlik gönderen AİHK tarafı devletlere, BM ve/veya NATO'ya tahmil edilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Behrami davası UNMIK'e ilişkindir. NATO'nun 1999 bombardımanından kalan patlamamış bir bombanın patlaması ile oyun oynayan çocuklara zarar vermesi nedeniyle açılmıştır. Baba ve kör olan çocuk Fransa'ya karşı Fransa'nın sorumlu olduğu alanda KFOR birliklerinin mayınlı araziye işaretlememesi ve bombaları zararsız hale getirmemeleri nedeniyle bireysel şikâyet davası açılmıştır. AİHM'nin bilirkişi raporu mayınların temizlenmesi işinin kazadan önce UNMIK bünyesindeki UNMACC'e (UN-MineAction Coordination Centre) geçtiğini ortaya koymuştur. KFOR (askeri birim) sadece UNMIK'e hizmet vermek üzere kalmıştır.

Saramati'nin Norveç ve Fransa'ya karşı açtığı dava KFOR'a ilişkindir (Saramati esas olarak davayı Almanya'ya karşı açmıştır. Ancak tutuklanmasında Alman askerlerinin rolünü kanıtlayamaması nedeniyle Almanya sadece davaya gözlemci olarak katılmıştır. Saramati 2001'de UNMIK polis gücü tarafından tutuklanmış ve daha sonra Kosova ceza hukukuna göre mahkûm olmuştur. Tutuklama emri KFOR'un Fransız ve Norveçli komutanları tarafından düzenlenmiştir.

Olayların Konvansiyon üyesi olmayan bir devletin ülkesinde cereyan etmesi nedeniyle hukuki değerlendirme için "jurisdiction" konusunun

açıklığa kavuşması gerekmiştir. AİHM ülkesellik konusunu arka plana atarak, Kosova'nın uluslararası gücün etkin kontrolünde olduğunu ve BM'in bölge üzerinde "overall effective control"e sahip olduğunu tespit etmiştir. AİHM bu çerçevede Banković davasında ortaya çıkmayan ek bir sorun olarak tasarrufların sadece BM'e ve NATO'ya tahmil edilebilmesi nedeniyle Fransa ve Norveç'in "jurisdiction"ının düşmesinin gerekip gerekmediğini incelemiştir. AİHM sonuç olarak Konvansiyon devletlerinin sorumluluğunu kabul etmemiştir. Bu şekilde ülkesel "jurisdiction"a sahip olmakla beraber dava edilen Konvansiyon devletlerinin sorumluluğu kabul edilmemiştir. AİHM, uluslararası örgütlerin sorumluluğu konusunda ILC tasarısının ilgili hükümlerine atıfta bulunmuştur.

Uluslararası örgütlerin uluslararası örgüte atfedilebilecek uluslararası hukuka aykırı tasarruflarından doğan sorumluluğu 3. maddede yer alan temel prensibe istinaden açıklanmıştır. 5. madde uluslararası örgütüne tahsis edilen devlet organlarının tasarruflarının tahmili konusunu düzenlemektedir. Söz konusu hüküm "The conduct of an organ of a state or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct"<sup>30</sup> şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükmün Behrami/Saramati davasına uygulanması mümkündür. Zira burada BM'e, KFOR'a ve UNMIK'e devletler tarafından askeri birlik tahsis edilmiştir.

ILC tasarısının 5.maddesine göre birlik tahsis eden devletlerin mensuplarının tasarrufları gönderen devlete değil, bu tasarruflar üzerinde etkin denetime sahip uluslararası örgüte tahmil edilecektir. AİHM bu paralelde eleştiri konusu tasarruflar üzerinde gönderen devletin mi, BM'in mi etkin denetim yetkisine sahip olduğunu incelemiş ve sonuç olarak BM'in etkin denetim yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir.

AİHM Güvenlik Konseyinin nihai sorumluluğunun değerlendirilmesinde iki esastan hareket etmiştir. AİHM ilk olarak KFOR'un ve UNMIK'in

30 International Law Commission (ILC), Drafting Committee, Responsibility of International Organizations, titles and texts of the draft articles 4,5,6 and 7, UN-Dokument A/CN.4/L.468 vom 27 Mai 2004.

yetkilerinin kaynağının BM olduğunu kabul etmiştir. Güvenlik Konseyi üye devletleri kendilerinin alabileceği yahut kendilerinin icra edebileceği önlemler konusunda yetkilendirmemiştir. Güvenlik Konseyi 1244 sayılı 1999 tarihli kararı ile askeri ve güvenlikle ilgili yetkileri KFOR'a (NATO) ve sivil yönetimle ilgili yetkileri UNMIK'e bırakmıştır; bu şekilde dolaylı olarak katkıya hazır devletlere yetki delegasyonu yapmıştır. Bu tür yetki delegasyonları BM anlaşmasının VII. bölümüne uygundur; bu nedenle de caizdir.

AİHM bakımından cevaplandırılması gereken diğer soru Güvenlik Konseyi'nin denetim yetkisinin yoğunluğudur. AİHM için Güvenlik Konseyinin stratejik anlamda emir verme yetkisi yeterlidir. Güvenlik Konseyi NATO'ya KFOR'u kurması için yetki delegasyonu yapmıştır. Bu çerçevede birlik tahsis eden devletler belli yetkilerini korumuştur. Ancak bu durum NATO'nun operasyonlarda emir verme yetkisini etkilememiştir. Sonuç olarak Güvenlik Konseyi nihai sorumluluğa sahiptir ve KFOR tasarrufları nedeniyle Konvansiyon devletleri sorumlu değildir. UNMIK ise esasen BM'in yardımcı organı olması nedeniyle tasarruflarının BM'e tahmil edilmesi gerekmektedir. AİHM hukuk politikası nokta-i nazarından AİHK devletlerinin BM Güvenlik Konseyi kararlarını icra eden tasarruflarının AİHK ışığında yargısal denetiminin BM'in barışı temin etme görevlerini engelleyebileceği, bunun ise BM Güvenlik Konseyi kararlarının öngörülme koşullarına bağlanması sonucunu doğurabileceği hususlarına işaret etmiştir<sup>31</sup>. KFOR'un AİHK'na eşdeğer bir temel hak temin etmemesi ve bu nedenle davalı devletin AİHK'na uygun bir tasarruf içinde olmaması sonucu değiştirmemektedir. Gerek mayınların UNMIK tarafından temizlenmemesinden, gerekse KFOR tarafından yapılan tutuklamalardan Konvansiyon devletleri değil, BM sorumludur. Bu nedenle de AİHM yetkili değildir.

Behrami davasındaki prensipler Kosova'da (KFOR için bkz.: EGMR, Kasumaj v. Greece, Beschw. Nr.6974/05, 05.07.2007 tarihli yetkisizlik kararı), Kıbrıs'ta [UNFICYP için bkz.: AİHM, Stephens v. Zypern, Türkei und die Vereinten Nationen, Beschw.Nr.45267/06 (2008)] kabul edilmiştir. Söz konusu kararlarda tampon bölgede savaş eylemleri nedeniyle evlerin zarar görmesinden sadece BM

sorumlu kabul edilmiştir (UNFICYP BM yardımcı organı olarak münhasıran BM'in denetim ve yönetim yetkisine tâbidir). Beric davasında da Bosna-Hersek yüksek temsilcisi için aynı yaklaşım ortaya konulmuştur. Bosna-Hersek'te Yüksek temsilcisi şikâyetçileri bütün kamu görevlerinden ve siyasi partilerdeki pozisyonlarından uzaklaştırmıştır. Bu çerçevede şikâyetçiler AİHK'nun 6.maddesinden doğan haklarının ve diğer Konvansiyon garantilerinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. AİHM Güvenlik Konseyinin etkin genel kontrolünü kabul etmiştir ve bu şekilde Loizidou içtihatına esas olan ülke kriterinden geri adım atmıştır (bkz.: EGMR, Beric v. Bosnien-Herzegowina, Beschw.Nr.36357/04 und diğerleri, 16.10.2007, Rn.27 tarihli yetkisizlik davası) AİHM Güvenlik Konseyinin BM anlaşmasının VII.Bölümüne istinaden yüksek temsilcinin atanmasına ilişkin 1995 tarihli 1031 sayılı kararına atıfta bulunmuştur.

Bu karara istinaden birçok kez yüksek temsilcinin yetkilerini tanımlayan barışın icrası konferansı yapılmıştır. Güvenlik Konseyi resolusyonu açık bir şekilde sınırlı kimi yetkileri muayyen üye devletlere delege etmiştir. Yüksek temsilcinin bu çerçevede Güvenlik Konseyine rapor verme mükelleftiyeti kabul edilmiştir. Bunun dışında yüksek temsilcinin önlemlerinin ve kararlarının doğrudan etkisi söz konusu olması nedeni ile bu önlem ve kararların devletler tarafından transforme edilmesi gerekliliği kabul edilmemiştir. Yüksek temsilcinin önlemlerinin Konvansiyon devletlerine tahmil edilememesi nedeniyle Konvansiyon devletleri aleyhine yapılan bireysel başvuru AİHK'nun 35. madde muvacehesinde *ratione personae* Konvansiyona uygun değildir.

Behrami/Seramati kararı İngiliz House of Lords ve Hollanda mahkemesi başta olmak üzere ulusal mahkemeler tarafından benimsenmiştir. House of Lords, İngiliz-İrak çifte vatandaşlığına sahip Al-Jeddah'ın önleyici bir önlem olarak muayyen bir süreyle sınırlı olmaksızın Irak'ta İngiliz Birlikleri tarafından gözaltına alınmasının AİHK muvacehesinde değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığını karara bağlamıştır. Lord Bingham çoğunluğun görüşü olarak önlemin İngiltere'ye tahmil edilmesinin gerektiğini ifade etmiştir<sup>32</sup>.

31 EGMR, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen, Beschw.Nr.71412/01 und 78166/01, Rn.149.

32 House of Lords, case of R. (on the Application of Al-Jeddah) v. Secretary of State for the Defence, Urteil vom 12 Dezember 2007, UKHL 58.

Bununla beraber Konvansiyon yükümlülükleri ile Irak'ta güvenliğin teminine ilişkin BM hukukundan doğan yükümlülüklerin bağdaştırılması, bu önlemlerin AİHK garantisi çerçevesinde mütalâa edilmesi ile mümkün olmuştur.

House of Lords Kosova'daki durumdan farklı olarak Irak'ta BM yetkilerinin delege edildiği bir durumdan değil, İngiltere ve ABD'nin BM tarafından işgal gücü olarak 01.05.2003'ten 28.06.2004'e kadar yetkilendirilmesinden hareket etmiştir. Bu yetkilendirmenin sona ermesi ertesinde İngiliz güçlerinin Irak'ta mevcudiyeti bir taraftan Irak hükümetinin daveti, diğer taraftan Güvenlik Konseyi'nin 1546 sayılı 08.06.2004 tarihli kararı ile oluşturulan United Nations Assistance Mission for Iraq (UNAMI) ile açıklanmıştır. Irak hükümetinin daveti üzerine ABD savunma bakanı Powell BM Genel Sekreterliği'ne, Irak hükümeti ile yapılacak bu anlaşma muvacehesinde uluslararası bir Birliğin görevlendirilmesi talebini iletmiştir. Al-Jeddah Ekim 2004'te bu hukuki rejimin başlamasından sonra tutuklanmıştır.

BM'in bir yetki delegasyonu yapmadığı devletleri yetkilendirdiği durumlarda House of Lords'da temsil edilen çoğunluğun görüşüne göre müdahaleden yetki kullanan devletin (İngiltere'nin) sorumlu olması gerekmektedir. Sorumluluk konusunun İngiltere bakımından açıklığa kavuşması, AİHK'nun 5. maddesinin BM anlaşmasının 103. maddesi üzerinden tamamen devre dışı kalıp kalmadığı, diğer bir ifade ile İngiltere'nin BM'e karşı üstlendiği yükümlülüklerle 5. maddenin modifiye edilip edilmediği konusunun değerlendirilmesi gerekli kılınmıştır. Çoğunluğun görüşüne göre BM'in amaçlarının AİHK'nın 5. maddesi gereğiyle uyumlu kılınabilir. BM Güvenlik Konseyi'nin UNAMI'yi oluşturan 1546 sayılı kararı prensip olarak BM anlaşmasının 103. maddesine göre önceliğe sahiptir. İngiltere BM misyonunun icrası çerçevesinde temel haklara zorunlu olarak gerekli müdahaleleri yapabilir, ancak bu çerçevede yapılan temel hak sınırlamaları müdahalenin parçası olduğu nispette AİHK'nın 5. maddesi muvacehesinde kabul görebilir<sup>33</sup>. Sadece Lord Earlsferry azınlık oyunda AİHK'nun bu çerçevede esas alınmasının mümkün olmadığı görüşünü dile getirmiştir<sup>34</sup>.

33 Lord Bingham'ın ve Baroness Hale of Richmond'un görüşleri için bkz.: Rn.121-129.

34 bkz.: Lord Earlsferry'nin görüşleri için Rn.80.

Lord Earlsferry Irak'ın işgalinden sonra Kosova'da olduğu gibi BM'in sorumlu olması gerektiğini ifade etmiştir. 1546 sayılı Güvenlik Konseyi resolusyonu müdahale yükümlülüğü getirmiştir. Bu karar BM anlaşmasının 25. ve 103. maddeleri muvacehesinde AİHK 5. maddesine nazaran önceliğe sahiptir. Lord Earlsferry'nin görüşlerinin kabul edilmesi durumunda İngiltere'nin Irak'a yaptığı müdahalede AİHK standartlarının dikkate alınması gerekliliği ortadan kalkmaktadır.

Sonuç olarak mahkemenin çoğunluğu tarafından AİHK ve BM hukuku arasında uyum yaratılmak istenilmiş ve BM'in güvenliği sağlama amaçlarına saygı göstermenin yazısız koşulu olarak AİHK'nun 5. madde hükümlerine atıf yapılmıştır. Behrami ve Kadı davasındaki yaklaşımdan farklı olarak AİHK ve BM anlaşması arasında bir denge oluşturulması konuya daha uygun olmuştur<sup>35</sup>.

### **Lahey Bölge Mahkemesinin 2008 Srebrenica Kararı**

Behrami - Saramati kararı Hollanda'da Srebrenica katliamı nedeniyle açılan davada da benimsenmiştir. Davada 819 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile Srebrenica koruma bölgesinin denetiminden sorumlu kılınan 400 mavi bereli Hollanda askerinin sorumluluğu iddia edilmiştir.

Lahey Bölge mahkemesi yer değiştirmelerden ve ölümlerden dolayı Hollanda'nın sorumluluğunu reddetmiştir<sup>36</sup>. Mahkeme uluslararası hukuk komisyonunun devletlerin birbirlerine ödünç organ verme durumlarında devletlerin sorumluluğunu düzenleyen 6. maddeyi kıyasen BM'e birlik tahsisi durumlarına uygulamıştır. Bu hükme göre organı ödünç alan devletin egemenlik haklarını kullandığı kabul edilmektedir. Bir UN-Peacekeeping operation'a katılma, birliklerin gerçekleştireceği operasyonların yönetiminin ve denetiminin BM'e bırakılması demektir. BM'e yetkinin devredilmesi gerekli bir şekilde personel işlerini ve çekilme kararını kapsamak zorunda değildir.

BM yükümlülüklerinin ve BM'e birlik tahsis eden AİHK'na taraf devletlerin Konvansiyon yükümlülüklerinin birbirine ters düşmesi bir mazeret

35 EuGH, Rs. C-402/05P und C-415/05P, Kadı und A.Barakaat v. Rat und Kommission, 03.09.2008, Rn.288.

36 District Court in The Hague, Civil Law Section, Case no.7, Cause list no.265615/HA ZA 06-167, 10.09.2008, LJN: BF 0181; İngiliz tercümesi için bkz.: Netherlands International Review, 2008, s. 440 - 455.

oluşturamaz. Zira birlik tahsisi gönüllü gerçekleşmiştir. Bosphorus davasında hareket edilen nokta-i nazar burada reddedilmektedir. Bosna-Hersek katliamının yapıldığı esnada ne BM'in, ne de Hollanda'nın etkin denetimindeydi. Bu durumun Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'taki varlığıyla da karşılaştırılması mümkün değildir. Zira Srebrenica "extraterritorial" alan değildir. Behrami/Saramati davasında söz konusu olan KFOR ve UNMIK'in durumundan farklı olarak Srebrenica'da görev yapan UNPROFOR misyonunun yasama, icra ve yargı yetkisi bulunmamaktadır. BM'in münhasır sorumluluğuna ilişkin temel kuralı Srebrenica'daki özellikler değiştirmemektedir. BM'in birlik gönderen devletin ağır ihmali durumlarında kendi iç ilişkileri çerçevesinde rücu etmesi mümkündür. Ancak buna ilişkin bir iddia yapılmamıştır. Mahkeme bunun dışında Hollanda'nın emirleriyle normal kumanda yapısının ve emir-komuta zincirinin bozulup bozulmadığını incelemiştir. Hollanda mercilerinin BM emirlerini yerine getirmeme olanağı bulursa idi, Hollanda'nın sorumluluğu kabul edilebilirdi. Hollanda'nın BM emirlerine karşı gelmesi gibi bir durum yoktur. Bu durumda gerek Hollanda, gerekse BM bakımından geleneksel sorumluluk kuralından sapılması söz konusu değildir. Bu nedenle mavi berelilerin müslüman ahalinin nakli ve öldürülmesi çerçevesinde yol açtıkları sorumluluk BM'e aittir.

Mahkemenin aynı meyanda BM'in Hollanda mahkemeleri önünde yargı bağımsızlığını kabul etmesi nedeniyle, BM'in uluslararası hukuktan doğan sorumluluğunun icra edilmesi mümkün olmamıştır. Bu tablo alınan önlemlerden münhasıran BM'in sorumlu kılınması çerçevesinde ulusal mahkemeler önünde yargı bağımsızlığıyla bağlantılı olarak ortaya çıkan hukuk boşluğunu ve BM önlemlerine karşı insan haklarının uluslararası seviyede korunması mekanizmasının eksikliğini açık şekilde ortaya koymaktadır<sup>37</sup>.

AİHM içtihatları insan hakları ihlallerinde AİHK'nun yer ve kişi bakımından prensip olarak Konvansiyon devletlerine uygulanabilirliğinin var sayıldığını göstermektedir. Bu nedenle AİHK'nun ihlâli iddiaları çerçevesinde uluslararası örgütün

bu önlemden sorumlu olup olmadığı önem taşımamaktadır. Zira Konvansiyon devletlerinin Konvansiyona riayet mükellefiyetinden uluslararası örgüte üyelik ile kurtulması mümkün değildir (Matthews/Bosphorus davası). AİHK davalı devletin ülkesinin dışında prensip olarak uygulanmaz. Bir istisnanın kabulü için Konvansiyon devletinin etkin denetiminin olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Konvansiyon devleti bir bölge yahut tüm ülkede etkin bir denetim icra ettiği yahut yabancı bir ülkede kimi kişilerin doğrudan Konvansiyon devletinin sivil yahut askeri otoritesine ve denetimine tabî olması halinde AİHK'nun uygulanması kabul edilmektedir (Issa davası). Aynı zamanda extraterritorial tasarrufların söz konusu olduğu ve uluslararası örgütlerin müdahil olduğu durumlarda konvansiyon devletinin etkin kontrolünün olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

Şayet sadece ülke devleti ülke ve aktörler üzerinde etkin denetime sahip ise ve temel haklardan etkilenen kişiler onun koruması altında ise, Konvansiyon devleti ve uluslararası örgüt arasında sorumluluk alanlarının sınırlanması sorunu yaşanmaz. Zira böyle bir durumda sadece yer bakımından geçerli hukuk uygulanır (ülke devletinin AİHK'nu onayı halinde AİHK'nun uygulanması da dahil olmak üzere). Bağımsızlık öncesi Kosova'da olduğu gibi, yabancı yahut uluslararası bir gücün ülkedeki varlığı nedeni ile ülke devletinin etkin denetiminin sağlanamadığı durumlarda, uluslararası örgüt ve Konvansiyon devleti arasında yetki ve görev taksimatına bağlı olarak denetim anahtar kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak AİHM'ne göre şayet uluslararası örgüt gerek ülke devleti, gerekse Konvansiyon devleti ile ilişkide nihai kontrol yetkisine sahip olarak kabul ediliyorsa, insan haklarının korunması çerçevesinde ne Konvansiyon devletinin hukuku, ne de yer bakımından geçerli hukuk uygulanabilir. Sadece uluslararası örgütün hukuku uygulanabilir. Egemenlik haklarının "extraterritorial" kullanımında (AİHK'nun uygulanma alanının tayininde) ve devlet organlarının uluslararası örgütlere tahsisinde (AİHK'nun ihlâlinin bir Konvansiyon devletine yüklenmesi çerçevesinde) AİHM etkin denetim kriterini esas almaktadır.

AİHK'nun yer bakımından uygulanması çerçevesinde uluslararası sorumluluk konusu ön

37 District Court in The Hague, Civil Law Section, Case no.7, case list no. 295247/HA ZA 07-2973, 10 Temmuz 2008 tarihli karar, LJN: BD6796, İngilizce tercüme için bkz.: Netherlands International Law Review, 2008, s. 428 - 439.

plana çıkmaktadır. Konvansiyon devleti ve ülkesinde egemenlik yetkisi kullanılan devlet arasında sorumluluk alanlarının ayrılması, aynı zamanda AİHK'nun ve yer bakımından geçerli hukukun arasındaki rekabet ilişkisinin açıklığa kavuşturulması anlamını taşımaktadır.

Uluslararası örgütlerle işbirliği çerçevesinde konu buna karşılık öncelikle ülkesel olarak sorumluluk alanlarının ayrılmasına ilişkin değildir. Konvansiyon devletinin yetki devrettiği uluslararası örgüt şikâyet edilen Konvansiyon devletinin ülkesinde de tasarrufta bulunabilir. Bu durum hatta AB tasarrufları bakımından tipik olan durumdur. Bu çerçevede Konvansiyon devleti ve uluslararası örgüt arasında sorumluluk alanlarının sınırlandırılması konuya göre yapılmaktadır.

Konvansiyon devleti, tasarrufun gerçekleştiği ülke ve uluslararası örgüt arasındaki üçlü ilişkide AİHK'nun uygulanabilirliğinin Konvansiyon devletinin o bölge yahut aktörler üzerinde denetimini sağlamış olmasına bağlı olması, denetim kavramının mümkün olduğunca açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Uluslararası sorumluluk hukukunda etkin kontrol kriteri yerleşik bir kriter olarak kabul görmektedir (uluslararası hukuk Komisyonu tasarısı md. 8 ve 5).

İnsan hakları ihlâli, özel düzenlemeler söz konusu olmadığı nispette, uluslararası hukukun özel bir ihlâlini teşkil etmektedir. Bu nedenle BM İnsan Hakları Komitesinin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin uygulanabilirliğini anlaşma devletlerinin etkin denetimi koşuluna bağlaması mantıklı bir sonuç olarak kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Benzer bir şekilde ILC-prensiplerinin AİHK'na uygulanması mümkündür. Devletlerin sorumluluğuna ilişkin UH Komisyonu tasarısının 33(2) ve 55. maddeleri insan hakları alanında da *lex specialis* düzenlemeler olarak uygulanabilir. Şüphesiz *lex specialis* düzenlemelerin genel prensiplere ters düşmemesi gerekmektedir.

Devletlerin sorumluluğunu doğuracak etkin denetim, tasarrufları yapan kişiler veya gruplarla devlet örgütü arasında gerçek bir bağın bulunmasını gerektirmektedir<sup>39</sup>. Operasyonla sadece

zımnen veya periferik olarak bağlantılı olunması ve operasyonların devletin denetim ve yönetimine tâbi olmaması halinde devletin sorumluluğu kabul edilmemektedir. Etkinlik kriterinin görüldüğü gibi oldukça sıkı bir şekilde her bireysel ve somut önlemede ayrı olarak araştırılması gerekmektedir. İddia edilen hukuk ihlâlinin kabul edilebilmesi için devletin her bir operasyon için ayrı talimat vermesi gerekmektedir. Hukuk ihlâli yapan kişi veya gruplara verilen genel talimatlar yahut onları etkilemek yeterli değildir.

AİHM'nin içtihadı işaret edilen prensiplerle tam uyumlu değildir. AİHM Behrami davasında uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin ILC tasarısının özellikle 5. maddesinde öngörülen etkin denetim düzenlemesine atfen örgütün etkin denetimini sorumluluk için gerekli görmüştür. Müdahil devletler de davada aynı şekilde etkin denetim kriterini vurgulamıştır<sup>40</sup>. Mahkeme uluslararası sorumluluk konusunda ancak bu çerçevede bir başka yeni kriteri gündeme getirmiştir: nihai sorumluluk ve denetim ("ultimate authority and control")<sup>41</sup>. Söz konusu kavram tamamen yenisidir. Kavram daha önce AİHM'nin önceki içtihatlarında yer almadığı gibi, devletlerin uluslararası sorumluluğu ile ilgili metinlerde (ILC-Text), insan haklarının korunmasıyla ilgili diğer mahkemelerin, mercilerin ve kararlarında da yer almamıştır. Yeni kriter uluslararası Adalet Divanı'nın etkin denetim kriterine nazaran<sup>42</sup> daha geniş ve esnektr.

Nihai sorumluluk ve denetim kavramına karşı Behrami davası ile bağlantılı olarak eleştiri getirilmektedir. Nihai sorumluluk kriteri ortak yahut paralel sorumluluk durumları çerçevesinde birden ziyade sorumluluğa olanak tanımamaktadır. Oysa insan haklarının ihlâline yol açan önlemden bir Konvansiyon devletinin sorumlu olması, diğer aktörlerin (uluslararası örgüt yahut diğer devletler) sorumlu kılınmamasına yol açmamalıdır. AİHK'na ilişkin olarak sorumluluk sadece AİHK'na taraf olan devletler bakımından söz konusu olmaktadır. AİHK çerçevesindeki ihlâllerden uluslararası örgütler sorumlu değildir (Lizbon anlaşması

38 UNHRC, General Comment No.31(80), Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant (UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.05.2004), Rn.10).

39 ILC-Report on the work of its 53rd session, YBILC, Vol.II, Teil 2, s. 47.

40 EGMR, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen, Besch.Nr.71412/01 und 78166/01, Büyük Dairenin 02.05.2007 tarihli karar için bkz.: EuGRZ 34(2007), s. 522 - 542.

41 bkz. Behrami-Saramati davası, Rn.137.

42 Kjetil Mujezinović Larsen, Attribution of Conduct in Peace Operations: The "Ultimate Authority and Control" Test, European Journal of International Law 19 (2008), s. 509 - 533.

ile, AB'nin AİHK'na taraf olması kabul edilmiştir). AİHK çerçevesinde uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin kriterlerin değil, devletlerin sorumluluğuna ilişkin kriterlerin ölçü olması gerekmektedir. Bu nedenle AİHM'nin Behrami/Saramati davasında ILC tasarısının devletlerin sorumluluğu konusundaki düzenlemelere değil de, uluslararası örgütlerin sorumluluğu konusundaki düzenlemelere atıf yapması anlaşılabilir. ILC tasarısının 8. maddesinde ve 5. maddesinde yer alan (uluslararası örgütlere ilişkin sorumluluk) etkin denetim kriterinin aynı anlamı taşıması halinde hangi maddeye atıf yapıldığının önemi bulunmamaktadır. Devletlerin ve uluslararası örgütlerin işbirliği durumunda bir tasarrufun sorumluluğunun münhasıran tek bir egemene yüklenmesi değil, sorumluluğun devlet ve uluslararası örgüt arasında paylaşılması gerekmektedir. AİHK'nun uygulanması için Lahey bölge mahkemesinin yaptığı gibi şeklen devletlerin sorumluluğu ile ilgili düzenlemeye istinat edilmesi doğru olmakla beraber, uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin maddenin uygulanması da devletlerin sorumluluğuna ilişkin maddenin uygulanması ile aynı sonucu verecektir.

### Genel Denetim

AİHM'nin şimdiye dek bölgeye hakim olmak anlamında kullanılan "effective overall control" kavramını devletlerin sorumluluğu bakımından kullanması şaşkınlık yaratmıştır. Bu şekilde Uluslararası Adalet Divanı ve ICTY arasındaki görüş ayrılıkları giderilerek devletin sadece genel bir denetiminin söz konusu olmadığı, somut tasarruf üzerinde etkin denetiminin olduğu durumlarda, devlet dışı aktörlerin tasarrufları devlete yüklenebilecektir<sup>43</sup>.

AİHM'nin her iki sıfatı devletlerin sorumluluk hukuku çerçevesinde birbirinin zıttı kavramlar olarak kullanması bir talihsizliktir. Etkin ve genel kavramı AİHM tarafından eski bir kararında AİHK'nun ülkesel olarak uygulanabilirliği çerçevesinde biraraya getirilmiş ve "effective overall control" kriteri kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Behrami davasında da dava edilen hükümetler bu kriteri gündeme getirmiştir<sup>45</sup>. AİHM sorumluluğun yüklenmesi

çerçevesinde "exterritorialität" (ülke dışılık) sorununu ele almadığı için, yeni kriter olarak nihai sorumluluk ve etkin denetim esasında bir değerlendirme yapmıştır.

Özellikle askeri önlemler bakımından önemli olan ülke ile ilişkili "effective overall control" kriterinin silahlı çatışmalar hukukunda uygulanmasıdır. Bir toprak parçasında kuvvet kullanılması bağlamında kullanılan denetim kavramının insani DH'nun değerleri ışığında yorumlanması gerekmektedir. Lahey Kara Savaşı kurallarının 42. maddesine göre bir toprak parçasının düşman ordusunun eline geçmesi halinde işgalden söz edilmektedir. İşgal gücü insani DH özel kurallarına, özellikle IV. Cenevre Sözleşmesine uymakla yükümlüdür. Sivil halkın korunmasıyla ilgili Cenevre sözleşmesi oldukça düşük bir standart belirlemiştir. Eski Yugoslavya savaş suçları mahkemesi işgalcilerin eline düşülmesi halinde ülke üzerinde denetimin sağlanması ölçüsüne bağlı olmaksızın kişisel hakların korunması gerektiğini kabul etmiştir<sup>46</sup>. Bu şekilde bireyler birliklerin işgal esnasındaki etkin tasarruflarından, işgal gücünün ülkeye tam olarak yerleşmesi öncesi korunmaktadır. AİHM'nin ülke ve kişiler üzerinde denetimin sağlanması ile Konvansiyon devletlerinin "jurisdiction"ını kabul etmesi, hem insani DH'nun yaklaşımına uygun düşmektedir, hem de işgalin henüz tam gerçekleşmediği durumlarda birey haklarının himayesini güçlendirmektedir.

Egemenlik haklarının özel kişilere devrinde de bu çerçevede paralellikler ortaya çıkmaktadır. Yabancı bir ülkede sorumluluğun doğması için "overall control" gibi tüm ülkede etkinlik gerekmektedir. Evrensel insan hakları içtihatlarında artan bir şekilde aksiyon alanlarına örneğin, hapishaneler katılmaktadır. Özelleştirilen bir hapishanede, münferit tasarruflar üzerinde devletin etkin denetimi olmaması nedeniyle somut durum tasarrufların devlete tahmil edilmemesini gerektirse de, devletin insan hakları alanında sorumluluğu kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Esnek bir kriter olarak etkin kontrol AİHK ve uluslararası örgütler arasındaki ilişkilerde Konvansiyon ihlallerinin tahmil

43 IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v USA), Merits, ICJ Reports 1986, 14, Rn.115.

44 bknz.: AİHM, Loisdou II kararı, Rn.56.

45 bknz.: Behrami/Saramati davası, Rn.98.

46 ICTY, Trial Chambers, Case No. IT-98-34-T, Urteil 31.03.2003, Prosecutor v. Mladen Naletilic aka "tuta" and Vinko Martinovic, aka "Stela", Rn.221-222.

47 KEES, Alexander Oliver, **Privatisierung im Völkerrecht**, 2008, s. 1161.



edilmesinde ILC tasarısının bu kriteri açıkça kabul etmesi nedeniyle ölçü olmaktadır. Şüphesiz etkin denetim BM'in tasarrufları bakımından Güvenlik Konseyi'nin münferit tasarruflarının denetimi anlamını taşımamaktadır. BM ve BM üyesi devletler arasında BM anlaşmasının 43. maddesinde öngörülen anlaşmanın yapılmaması nedeniyle Güvenlik Konseyi gönüllü olarak üye devletler tarafından tahsis edilen birliklerin desteğine muhtaçtır. Üye devletler gerekli olarak belli ölçüde kendi birlikleri üzerinde denetimi muhafaza ederler. Üye devletlerin artık denetim yetkisi nedeniyle BM'in sorumluluğunun reddedilmemesi gerekmektedir.

Diğer taraftan bu birliklerin üye devletler tarafından münhasıran ve tam olarak BM'in denetimine bırakılmadığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Üye devletler belli ölçüde denetimi muhafaza etmek istemiştir. Sonuç olarak etkin denetim kriteri sorumluluk sorunlarının her boyutu itibarı ile gerek devletler arası ilişkiler, gerekse Konvansiyon devletleri ve uluslararası örgütler arasındaki ilişkilerin cevaplandırılmasında en rasyonel kriter olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede ILC tasarısının devletlerin sorumluluğuna ilişkin hükmünün uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin hükmüne paralel düzenlendiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Prensip olarak Konvansiyon devletlerinin etkin denetimi normatif olarak yerinde görülmektedir. Fiilen bir devletin kapasitesinin olmamasına rağmen temel hakların uygulanabilirliğini kabul etmek anlamsızdır. Konvansiyon devletinin insan haklarının koruma yükümlülüğünü gerçekten yerine getirme kapasitesine sahip olması gerekmektedir. Konvansiyon devletinin bir bölge veya aktör üzerinde etkin denetiminin söz konusu olması halinde devletin uluslararası sorumluluğunun sadece uygulanabilirliği değil, aynı zamanda olasılığı bulunmaktadır. Olası egemenlik yetkisi kullanabilecek bir Konvansiyon devletinin uluslararası sorumluluğunun iddia edilmesi insan haklarının etkin olarak koruma amacını erozyona uğratabilir. Etkin denetim kriteri AİHK'nun uygulanması ve AİHK ihlallerinin tahmili çerçevesinde doğan sorunları ve hukuki güvensizliği ortadan kaldırır. Uluslararası örgütlerin müdahil olduğu durumlarda sadece bu yaklaşımın uygulanabilme olasılığı vardır. Örneğin BM Genel Sekreteri Kosova yönetimine ilişkin bir raporunda Behrami kararının

verilmesinden sonra zımnen etkin denetim kriterine nazaran daha esnek olan "ultimate authority and control" kriterinden uzaklaşmış ve BM'in etkin kontrolünün olduğu operasyonlarda alınan önlemlerde BM sorumluluğunu kabul etmiştir<sup>48</sup>.

Etkin denetim kriteri üzerinden AİHK sisteminin genel uluslararası sorumluluk hukuku ile uyumu temin edilerek DH'da parçalanma önlenmiştir. Konvansiyon devleti ile ülkesinde insan hakları ihlâli yapılmış olan devlet arasındaki ilişkide Konvansiyon devletinin etkin denetimi, bu devletin bir devlet tarafından normal olarak yaptığı, örneğin binaları, insanları arama, insanları tutuklama veya hapisane yönetme gibi alışılmış tasarrufları yapması halinde kabul edilmektedir (normallik testi). Etkin denetim için ipucu teşkil eden bir diğer husus da Konvansiyon devletinin yabancı bir ülkede bulunma süresidir. Bu süre ne kadar uzarsa etkin denetim o kadar güçlü şekilde kabul edilmektedir.

Uluslararası örgütlerle ilişki çerçevesinde Konvansiyon devletinin etkin denetimi, dolayısıyla AİHK'nun uygulanabilirliği birlik gönderen devletlerle kabul eden devlet arasında yapılan anlaşmalardan da istihraç edilmektedir. Konvansiyon devletinin birliğinin askerleri üzerinde muhafaza ettiği cezalandırma ve disiplin yetkilerini kullanmasının Konvansiyon devletinin etkin denetimi bakımından ipucu oluşturup oluşturmadığı, bu yetkinin uygulamada her zaman korunması nedeniyle sorumluluğun tayininde tartışma yaratmaktadır.

Behrami/Saramati ve Beric davasında AİHM BM misyonunun belli bir süre ile sınırlanmamasını bu çerçevede ölçü olarak kabul etmemiştir. 1244 sayılı BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı Kosova'ya ilişkin ve Bosna-Hersek yüksek temsilciliğine ilişkin kararları örneklerinde görüldüğü gibi, BM Güvenlik Konseyi sürekli üyelerinden birinin vetosu ile misyonun sona ermesi engellenebilir. Sürekli bir Güvenlik Konseyi üyesi tarafından engelleme yapılması olanağı, BM'in münferit üyelerinin misyonu tek taraflı ortadan kaldıramaması Güvenlik Konseyi'nin sorumluluğunu engellemektedir. AİHK'nun uygulanmaması sonucunu doğuracak değişik faktörler uluslararası örgütün etkin kontrolü bakımından ipucu oluşturmaktadır.

48 UN-Secretary General Report on the United Interim Administration Mission in Kosova vom 12 Juni 2008 (UN-Doc.S/2008/354), Rn.16.

Uluslararası örgütün birlik gönderen devletlerin iç ve dış ilişkileri çerçevesinde doğan zararları nedeniyle sorumluluğu üstlenmesi ve rücu yapılmasına izin vermesi durumlarında uluslararası örgütün etkin kontrolünden söz edilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, AİHM'nin görüşüne göre bu çerçevede esas olan husus, uluslararası örgütün kendi yetkilerinin birlik tahsis eden devletlere delegasyonudur. Yetkilendirme ve yetki delegasyonu arasındaki ayırım yenidir ve BM anlaşmasında bir dayanağı bulunmamaktadır. Güvenlik Konseyi kararlarında tipik olarak yetkilendirmeden söz etmektedir (Güvenlik Konseyi 1244 sayılı Kosova'ya ilişkin kararında da aynı şekilde yetkilendirmeden söz etmiştir)<sup>49</sup>. AİHM'ne göre açık, zamanla sınırlı olarak belli konulardaki uluslararası örgüt yetkilerinin devletlere delege edilmesi örgütün etkin denetimi bakımından ipucu oluşturmaktadır<sup>50</sup>. Burada yetkinin hukuka uygun olarak delege edilip edilmediği, insan hakları ihlâli teşkil eden tasarrufun hukuka uygun yahut aykırı olması önemli değildir. Tereddüt yaratan bir durum da devletlerin uluslararası örgüte rapor verme yükümlülüğünün uluslararası örgütün etkin denetimi bakımından ipucu oluşturup oluşturmadığıdır. Lord Bingham Al-Jeddah davası çerçevesinde rapor kabul etmenin etkin denetim ve kumandaya sahip olmaktan başka bir şey olduğunu ifade etmektedir<sup>51</sup>.

Sonuç olarak BM'in yardımcı organı olarak görev yapan Peacekeeping operasyonlar dâhil olmak üzere (BM anl. VI ve/veya VII. Bölüme göre) yapılan uluslararası askeri operasyonların, ulusal olarak yönetilen Hybride (karma) misyonların ve operasyonların yukarıdaki ipuçları ışığında münferiden değerlendirilmesi gerekmektedir. Etkin denetim ve AİHK 1. madde anlamında jurisdiction'a ilişkin ipuçları prensip olarak hukuki ilişkilere değil, olaylara ilişkindir. Bu nedenle ipuçları hukuki tabiata sahip olmaktan çok fiili niteliklidir. Bu çerçevede potansiyel olarak temel hakları ihlâl eden önlemlerin meşruiyeti değil, etkinliği önem taşımaktadır. Bununla beraber bu ipuçları

49 bknz: 1244 sayılı (1999) Kosova kararı, Ziff.4.

50 bknz.: AİHM, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen, Rn.132.

51 Lord Bingham'in Al-Jeddah davasına ilişkin görüşü için bknz.: House of Lords, R. (on the Application of Al-Jeddah) v. Secretary of state for the Defence, 12 Aralık 2007 tarihli karar (2007) UKHL 58, Rn.24.

muvaahesinde uluslararası örgütler tarafından yürütülen operasyonlarda birliklerin tasarruflarından doğan sorumluluğun tümüyle uluslararası örgüte yahut birlik tahsis eden devlete yüklenmesi söz konusu değildir. Gri alanlar kalmaya devam edecektir. İnsan haklarını ilgilendiren yerel ve somut aktivitelerin prensip olarak ulusal tasarrufa bırakılması nedeniyle devletlerin sorumluluğunun kabulüne ilişkin varsayımın özel ipuçları muvaahesinde çürütülmesi mümkündür<sup>52</sup>.

### **Konvansiyon Devletlerinin Etkin Denetimi (Behrami/Saramati Davası)**

Etkin denetim ölçütü ışığında Behrami/Saramati kararının başka türlü verilmesi söz konusu olabildi. Sırbistan Kosova'nın bağımsızlığı öncesinde uluslararası gücün Kosova'daki mevcudiyeti nedeniyle AİHK 1. maddesi anlamında Kosova'da egemenlik yetkisi kullanamamıştır<sup>53</sup>. 1244 sayılı (1995) Güvenlik Konseyi kararı uluslararası güvenlik gücünün "unified command and control" a tâbi kılındığını ifade etmiştir. KFOR çerçevesinde birlik gönderen devletler sadece sınırlı olarak NATO'ya "operational control" yahut "operational command" devretmişlerdir. Bunun sonucu olarak NATO operasyonlarında normal olan duruma uygun olarak NATO Kosova'da tam ve münhasır bir kumanda yetkisine sahip kılınmamıştır. NATO komutanı bu dayanak ışığında operasyon emirleri verme yetkisine sahiptir. Ancak bu emirlerin ulusal birlik komutanları tarafından ulusal kumanda yetkilerine dönüştürülmesi gerekmektedir. Bunun anlamı NATO komutanının prensip olarak askerlere emir verme yetkisine sahip olmamasıdır. Birlik tahsis eden devletlerin birlik üzerinde siyasi ve demokratik denetimi temin bakımından birliklerini her zaman geri çekme yetkisi kabul edilmiştir. Birlik tahsis eden devletler askerler üzerinde disiplin ve cezalandırma yetkisini korumuştur. Bunun dışında KFOR'un ve UNMIK'in yargı bağımsızlığından istifade etmesi ve UNMIK'e

52 RICHTER, Dagmar, "Humanitarian Law and Human Rights: Intersecting Circles or Separate Spheres?", bknz.: GIEGERICH, Thomas (Hrsg.), **A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference**, 2009, s. 257 - 322.

53 European Commission for Democracy through Law'ın (Venedik Komisyonu) NATO operasyonu çerçevesinde hazırladığı görüş için bknz.: Opinion on Human Rights in Kosovo: Possible Establishment of Review Mechanisms (No.280/2004, CDL-AD (2004) 033, Rn.77)

ilişkin 2000/47 sayılı Regulation'un 2. ve 3. maddeleri muvacehesinde sadece kendi ülkelerinin yargı yetkisi kabul edilmiştir. Bütün bu nedenler Güvenlik Konseyi'nin uluslararası sorumluluk hukuku ışığında Kosova'da bağımsızlık öncesi etkin denetiminin ve nihai sorumluluğunun söz konusu olmadığını ortaya koymaktadır<sup>54</sup>. AİHM'nin görüşüne göre "exterritorialite" uluslararası örgütlerle işbirliği çerçevesinde de önemli rol oynamaktadır. Uluslararası örgütün işbirliği ile yahut uluslararası örgüt tarafından bir Konvansiyon devletinin ülkesinde önlem alınması durumunda, uluslararası örgütün etkin denetiminin olduğu durumlarda dahi, Matthew davasının ortaya koyduğu üzere (Matthew prensibi) Konvansiyon devletinin egemenlik devri ile Konvansiyon sorumluluklarından kurtulması kabul edilmemekte, Konvansiyon devleti sorumlu kabul edilmektedir. Bu sonuç, Behrami/Saramati davasında AİHM'nin açık bir şekilde Bosphorus içtihatının uygulanmasını reddetmesi ile ortaya çıkmıştır. AİHM bu ayrımı devletin ülkesinde doğrudan tasarrufta bulunan aktörlere atfen savunmuştur. Bosphorus davasında potansiyel olarak temel hakları ihlâl eden önlem, uçağa el konulması, AİHK üyesi İrlanda'nın ülkesinde gerçekleşmiştir. Buna karşılık Behrami/Saramati davasında sorun yaratan önlemler şikâyet edilen devletin ülkesinin dışında alınmıştır. Bosphorus davasında bakanlık emri ile ulusal mercilerin tasarrufta bulunmasının esas alınmasına karşılık, Behrami/Saramati davasında KFOR ve UNMIK tasarruflarının Konvansiyon devletine tahmil edilememesi *petitio principii*'ne istinat ettirilmiştir. Zira sorun zaten KFOR ve UNMIK tasarruflarından kimin sorumlu olacağı hususudur. Mahkeme olayın geçtiği yere göre bir ayırım yapmıştır. Mahkemenin içtihadına göre uluslararası yahut supranasyonal örgütlerin potansiyel olarak temel hakları ihlâl eden tasarruflar üzerindeki etkin denetimi, bu tasarruflar exterritorial gerçekleştiği nispette Konvansiyon devletlerini sorumluluktan kurtarmaktadır. Loizidou ve Banković davalarında söz konusu edilen, önlemin bütünüyle Konvansiyon alanının dışında (*espace juridique*) alınıp alınmadığına ilişkin ölçütün yeni içtihatla rol oynamadığı görülmektedir.

54 KRIEGER, Heike, **Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz**, ZaöRV 62, 2002, s. 669 - 702

## Devletin Ülkesinden Konvansiyon Alanına Geçiş

AİHM içtihadında ulusal alanda ve exterritorial alanda gerçekleşen olayların farklı değerlendirilmesi ve AİHK'nun *espace juridique*'de ihmâl edilmesi tartışma konusu oluşturmaktadır. Küreselleşme ve bununla bağlantılı olarak ulusal sınırların anlamını kaybettiği günümüzde Konvansiyon devletlerinin somut olayın gerçekleştiği yer esas alınarak sorumlu tutulması gerçeğe uymamaktadır. Konvansiyon alanında devletlerin organlarının tasarruflarından, bu tasarruflar ülke dışında gerçekleşse de konvansiyon devletlerinin sorumlu tutulacağı varsayımı vardır. Bu varsayım Konvansiyon alanında hukuk boşluğunu önlemektedir. Buna karşılık önlemin Konvansiyon alanında yahut tümüyle Konvansiyon alanı dışında (Irak örneği) alınması ayırımının yapılması savunabilir gözükmemektedir. Zira Konvansiyon tarafı olmayan bir ülke ile ilişkilerde genel hukuk prensibi olarak devletlerin yargı bağımsızlığı prensibi gündeme gelmektedir [Monetary Gold-prensibi; Monetary Gold davasında uluslararası Adalet Divanı'nın ön sorun olarak Arnavutluğun İtalya'dan götürdüğü altınlar nedeniyle uluslararası sorumluluğunu saptaması gerekiyordu). Arnavutluk'un Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kabul etmesi nedeniyle Uluslararası Adalet Divanı karar verememiştir<sup>55</sup>.

House of Lords Al-Skeini davasında (2007) Konvansiyon garantilerinin uygulanması bakımından AİHK'nun *espace juridique* anlamına ilişkin görüşlerini ortaya koymuştur<sup>56</sup>. Davada Lord yargıçlar AİHK'nun Irak'ta uygulanabilirliğine ilişkin bir ön sorun olarak İngiliz Human Rights Act'i ele almıştır. Davayı Basra'da İngiliz askerleri tarafından öldürülen 6 Iraklı sivilin yakınları açmıştır. İngiliz savunma bakanlığı ölüm nedenlerinin araştırılması için bağımsız bir soruşturma yapılmasını reddetmiştir. Lord yargıçlar İngiliz askerlerinin prensip olarak AİHK ile bağlı olmadığı sonucuna varmıştır<sup>57</sup>. Yargıçlar her şeyden önce AİHM'nin

55 Bknz.: IGH, Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (preliminary question), Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America, ICJ Reports 1954, 19, 33.

56 House of Lords, Al-Skeini v. Secretary of State for Defence, (2007) UKHL 26, 13.06.2007.

57 İngiliz hapishanesindeki kötü muamele ve öldürmeler çerçevesinde kabul edilen istisnalar için bknz.: House of Lords, Al-Skeini

Banković kararına istinat etmiş ve daha sonraki Issa kararını emsal olarak tanıtmaktan imtina etmiştir.

Lord Brown of Eaton and Under-Heywood işgal gücünün Lahey kara savaşı kurallarının 43. maddesine göre işgal edilen devletin geçerli kanunlarına saygı göstermekle yükümlü olduğuna dikkat çekerek, AİHK'nun Irak'ta uygulanmasının Irak'ta geçerli şeriat hukukunun ihlâli sonucunu doğuracağını ileri sürmüştür. Lord Earlsferry AİHK'nun bölgesel bir enstrüman olduğunu ve AİHK'nun insan hakları alanında emperyal bir araç olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. AİHK Konvansiyon devletlerinde örneğin ölüm cezası, kadınlara ayrımcı muamele ve homoseksüalite konularında geçerli olan toplumsal değerlere saygı ışığında yorumlanır. Konvansiyon haklarının tamamen farklı değerlere sahip Irak'ta uygulanması saçmalaktır<sup>58</sup>. İnsan hakları alanında bölgesel bir enstrüman olan AİHK'nun emperyal bir araca dönüştürülemeyeceği iddiasının haklılık payı bulunmamaktadır. Yerleşik bir prensip olarak kanunların ülkeselliği prensibinin sonucu olarak herkesin bulunduğu yerin kurallarının göre hareket etmesi gerekmektedir. Irak'ta AİHK'nun geçerli olmasına ilişkin bir beklenti bulunmamaktadır. Ancak Irak'ta İngiliz askerlerinin bulunması böyle bir beklenti yaratmış olabilir ve bu nedenle de AİHK alanı dışında yapılan operasyonlarda AİHK'nun uygulanabilirliğinin toptan reddedilmemesi gerekmektedir<sup>59</sup>. Uluslararası misyonlarda bulunan askerlerin ve güvenlik güçlerinin buldukları ülkenin yargısına tâbi olmaması, yargı bağımsızlığından istifade etmesi önemli bir hukuki boşluk yaratmaktadır. Tasarrufla bulunan kişilerin prensip olarak yerel hukuka tâbi olması, yargı bağımsızlığından istifade edilmesi nedeniyle mağdur bakımından bir sonuç vermemektedir.

### Temel Haklar Toleransı Prensibi

Farklı insan hakları rejimlerinin (ulusal, Avrupa ve evrensel) üst üste binmesi durumlarında insan hakları ve temel hak düzenlemelerinin aynı

v. Secretary of State for Defence, (2007) UKHL 26, 13.06.2007 tarihli karar.

58 Lord Brown of Eaton-under-Heywood'un görüşleri için bkz.: karar Rn.129.

59 ARNAULD, Andreas von, "Das Menschenrecht im Auslandsinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten", bkz.: WEINGARTNER, Dieter, (Hrsg.), **Streitkräfte und Menschenrechte, Nomos**, Baden-Baden 2008 (Forum Innere Führung, Bd. 30), s. 61 - 82.

paralelde düzenlemeler içermesi nedeniyle normlar çatışmasından değil, normlar rekabetinden söz edilmektedir. Rakip durumdaki insan hakları, diğer bir ifade ile temel hak standartlarından hangisinin egemenlik hakkı kullanan tarafından esas alınacağı ve rekabet halindeki denetim mercilerinden hangisine bu çerçevede yetki tanınacağı konusunda Alman Anayasa Mahkemesinin Solange II kararı<sup>60</sup> önemlidir.

Solange II kararına istinat ederek Bosphorus davasında AİHM, maddi hukuk garantilerinin ve hakların korunmasına ilişkin prosedürel mekanizmanın AİHK'nun standardına benzer olduğu nispette, Konvansiyon devletlerinin uluslararası örgüte (AB) üyeliğinden doğan mükellefiyetlerini yerine getirmeye matuf tasarruflarını kabul edilebilir mütalâa etmiştir. Bu davada AİHM, davalı Konvansiyon devletinin AİHK'nun gereklerinin yerine getirdiğini ve AİHK ihlâli yapmadığını kabul etmiştir. AİHM somut durumu incelemekten feragat etmiş (Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Solange II kararından farklı olarak), ancak kendini yetkisiz ilân etmemiştir. Bu tablo, üst üste binen hukuk rejimlerinden her birinin prensip olarak kendi insan hakları standardını esas almak istediğini ve ancak istisnai durumlarda diğer rejimlerin insan haklarının korunmasına ilişkin müdahalesini kabul ettiğini ortaya koymaktadır. Rekabet içinde olan farklı insan hakları rejimlerinin standartları detaylarda farklı olsa da, önemli noktalarda benzer oldukları takdirde problem ortaya çıkmamaktadır (GG 23. md, 1. fık. GG ile özünde mukayese edilebilir bir temel himayesi istenmektedir). Mukayese edilebilir yahut benzer olma sadece temel hakların korunma ölçüsüne ilişkin maddi hukuk garantileri için değil, prosedürel olarak denetim olanakları için de istenmektedir. Asgari koşul yerine geldiği takdirde prensip olarak diğer temel hak rejiminin ölçü olması kabul edilmektedir.

AB'ne ilişkin olarak gerek Alman Anayasa Mahkemesi, gerekse AİHM AB'de maddi ve prosedürel olarak insan haklarını korumanın asgari koşullarının yerine getirildiği varsayımından hareket etmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Strasburg Mahkemesi AB temel haklarını ve AB mahkemelerinin hakları koruma olanaklarını

60 BverfGE 73, 335(387)-Solange II, 1986) ve AİHM'nin Bosphorus kararı (EGMR, Bosphorus v. Irland, Beschw.Nr.45036/98, Urteil vom 30 Juni 2005.

Alman ve AİHK koruma sistemine prensip olarak benzer kabul etmiştir.

Benzer bir eşdeğerlik varsayımı Kanada Supreme Court tarafından da kabul edilmiştir. Hape davasında yüksek mahkeme Kanada Temel Hak Şartı'nın ölçüsüz arama ve el koyma yasağı öngören 8. maddesinin "exterritorial" uygulanmasını (Turks ve Caicos adalarında) reddetmiştir<sup>61</sup>. Solange II/Bosphorus davasına istinaden mahkeme sınır aşan suçlarla etkin mücadele gerekleri ve yabancı devletlerin egemenliğine saygı anlayışı ile Kanada usul hukukuna ilişkin temel haklardan muayyen bir ölçüde sapılmasını kabul etmiştir. Kanada mercilerinin yabancı ülkede temin edilen prosedürel garantilerin ne ölçüde Kanada temel hak garantilerine uygun olduğunu araştırması gerekmektedir. Hakların korunmasına ilişkin minimum farkların yukarıda işaret edilen hususlar muvacehesinde tolere edilmesi gerekmektedir. Yerel hukuk tarafından temel hak teminatının Kanada Temel Haklar Şartı muvacehesinde yeterli olduğu varsayılmaktadır. Temel hakkı ihlâl edilen şikâyetçinin temel hak düzenlemeleri arasında bir sapma olduğunu somut durumda iddia etmesi gerekmektedir. Bu çerçevede hükümetin temel haklar bakımından yapılan işlemlerin savunabilir olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Yerel düzenleme ve prosedürün "substantially inconsistent with the fundamental principles emanating from the Charter" olduğu gösterilmediği nispete Kanada Temel Haklar Şartı ihlâl edilmemiştir. Zikredilen 3 mahkeme, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, AİHM ve Kanada Supreme Court rekabet içinde bulunan temel hak rejimlerinin uyum içinde olduğu varsayımından hareket etmiştir.

Solange II/Bosphorus kararı farklı temel hak rejimlerinin hakları koruma mercilerinin zorunlu olarak yetkisizliği sonucunu doğurmamıştır. Özellikle Kanada Supreme Court sadece maddi hukuk seviyesinde hakların eşdeğer temin edildiği varsayımından hareket ederek Kanada mercilerinin ülke dışı tasarrufları bakımından Kanada yargısının temel haklara uygunluk denetimi yetkisini tartışma dışı tutmuştur.

Bosphorus davasında AİHK'nun uygulanabilirliğini AİHM de kararın maddi hukuk bölümünde

61 Supreme Court'un R.v. Hape davasında verdiği 07.06.2007 nolu karar; 2007 SCC 26 kararı için bkz.: <http://scc-lexcum.umontreal.ca>

incelemiştir. Yabancı temel hak rejimlerinin karşılıklı olarak tanınması ilgili temel hak rejiminde hukuk devleti asgari standartlarının tutturulmasına bağlıdır<sup>62</sup>. Bu sonuç teorik olarak temel hak normlarının harmonizasyonu ile gerçekleşebilir. Örneğin BM seviyesinde Güvenlik Konseyinin bireylerin ekonomik ve sosyal haklarını ihlâl eden yaptırımlarının evrensel insan hakları metinlerindeki standarda uygunluğunu denetleyen bağımsız bir merciin kurulması ile bu sağlanabilir. Bu tür bir asgari uyum özellikle prosedürel olarak siyaseten oldukça zordur. Bu nedenle AİHM'nin somut durumda temel hak himayesinin aşağı standartta olması halinde frene basması önemlidir.

Yabancı temel hak rejimi üzerinde iyileştirici bir baskıyı siyasi aktörler (mahkemeler dahil olmak üzere) gerçekleştirebilir<sup>63</sup>. Solange II kararı ile temel hakların benzerliği varsayımından hareket edilmesi nedeni ile prensip olarak yargısal denetim yetkisinden vazgeçilmiştir. Bu nedenle de karar bir baskı aracı özelliği taşımamaktadır. Ancak böyle bir bağlantı kurulması, Kanada Supreme Court'un Hape davasında ortaya koyduğu gibi zorunlu değildir. AİHM kendi yetkisini kabul ettiği nispete potansiyel olarak temel hakları ihlâl eden tasarrufları temel hak rejimlerinin üst üste bindiği durumlarda yabancı temel hak rejimi asgari standardı tutturuncaya kadar kendi temel hak rejimi ışığında denetleyebilir.

### **Temel Hak Toleransı Prensibinin BM'in Temel Hakları İhlâl Eden ve Dolayısıyla Potansiyel Olarak AİHK'nunu İhlâl Eden Önlemlerine Uygulanması**

BM ve organları, yardımcı organları prensip olarak uluslararası insan hakları ve insani DH ile bağlıdır. BM'in şeklen insan hakları anlaşmalarına taraf olmaması nedeniyle bu bağlılığın dogmatik olarak açıklanması zor, ancak olanaksız değildir. Bu çerçevedeki en temel gerekçe BM'in estoppel yasağı muvacehesinde insan haklarının da dahil olduğu (BM anl. md. 1(3), md. 55, bent c) kendi amaç ve prensiplerine saygı göstermesi gereğidir. İnsan hakları anlaşmaları BM anlaşmasının

62 MÖSTL, Markus, "Rechtsgrundlagen und Rechtsbestand der Europäischen Sicherheitspolitik", bkz.: HATJE, A. & NETTESHEIM, M. (Hrsg.). **Sicherheit in der Europäischen Union**, Europarecht 2009, Beiheft 3, s. 3 vd.

63 Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Solange I kararının bu çerçevede oynadığı rol için bkz.: BverfGE 37, 271 (1974).

yorumunda esas alınmaktadır (Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 31, fık. 3, bent c). Bunun dışında BM uluslararası hukuk süjesi olarak prensip olarak insan haklarının ve insani devletler hukukunun dahil olduğu uluslararası teamül hukukuna bağlıdır. Nihayet insan hakları standartları kısmen özel anlaşmalar yahut göndermelerle BM için de geçerli olmaktadır. BM'in insan haklarına saygı göstermesi çerçevesinde AİHK'nun eşdeğerlik problemi maddi hukuk standardından çok prosedürel seviyede hakların icrası bakımından ortaya çıkmaktadır. Son zamanlarda özellikle BM yaptırımlarının muhatap aldığı kişiler bakımından bu konu gündeme gelmektedir. BM Genel Sekreterliğinde bir focal point oluşturulmuştur. Focal point yaptırımların muhatabı olan kişilerin listeden silinme yahut istisna taleplerinin yapılması talebinin yer aldığı dilekçelerini kabul etmektedir (BM Güvenlik Konseyinin 1730(2006) sayılı kararı ile kurulmuştur). Focal point 2005 yılında yapılan dünya zirvesinde bireylerin yaptırım listesine alınması, listeden çıkarılması ve istisnalar için fair ve açık bir prosedür oluşturulması için Güvenlik Konseyinden gelen talep üzerine kurulmuştur<sup>64</sup>. Focal point 73 sayfalık listede ismine yer verilerek yaptırıma uğrayan kişilerin ülkelerinin diplomatik himaye girişimi beklenmeksizin, isimlerinin silinmesini talep etmesine izin vermektedir. Focal point "clearing" merci rolü ilgilinin vatani ve ikamet ettiği ülke ile bağlantı kurmaktadır. İlgilinin ikamet ettiği ülke devleti listeden çıkarma talebi yapma yahut yapmama yetkisine sahiptir. Listedden çıkarma kararı yetkili yaptırım komitesine aittir. Güvenlik Konseyinin sürekli üyelerinin listeden çıkarma önerisini veto ile bloke etme olanağı bulunmaktadır. Bu mekanizma bağımsız bir yargı denetimi teşkil etmemektedir; aynı zamanda minimum hukuk devleti prosedür garantilerini içermemektedir.

Yaptırım muhataplarının temel hak koruması mahkemeye başvuruyu da içeren evrensel minimum standarda (bknz.: BM İnsan Hakları Deklarasyonu md.10; Medeni Haklar Sözleşmesi md.14) ve Bosphorus davasında ortaya konulan AİHK standartlarına eşdeğer değildir. UNMIK'in ve KFOR'un Kosova operasyonunda da mukayese edilebilir bir maddi hukuk standardı ve prosedürel olarak etkin icra olanağı sunan insan hakları rejimi (ulusal veya uluslararası) söz konusu olmamıştır.

Vakia AİHK Kosova'da atif yoluyla uygulanabilmiştir. BM Genel Sekreteri özel temsilcisi tarafından BM'in Kosova'daki geçiş dönemi misyonu çerçevesinde (UNMIK) Kosova'da uygulanacak hukuka ilişkin olarak ihdas edilen düzenlemede kamu makamlarında bulunan, kamu hizmeti yapan herkesin uluslararası insan haklarına, özellikle AİHK'na saygı göstermesi öngörülmüştür<sup>65</sup>. UNMIK ve KFOR mensuplarının yerel mahkemelerin yargı yetkisinden bağımsız olmaları nedeniyle düzenlemede icra mekanizması öngörülmemiştir<sup>66</sup>. Bu tablo ışığında AİHM'nin BM ile temel hak rekabetine girdiği durumlarda maddi hukuk denetimi yapma olanağına sahip olması uygundur. Ancak AİHM Behrami davasında bunu açıkça reddetmiştir.

İnsan hakları rejimlerinin üst üste bindiği durumlarda insan hakları yükümlülüklerinin derecelendirilmesi mümkündür. Temel hakların derecelendirilerek değişime uğraması merge d'appréciation doktrinine istinat ettirilmektedir. Buna göre AİHK'nun uygulanması her yerde mutlak olarak benzer yükümlülüklerin doğması sonucunu doğurmaz. AİHM içtihadı yerel özelliklere ve yerel toplumsal değerlere saygı gösterildiğini ortaya koymaktadır. Hareket alanı serbestisi olanağı Konvansiyon'un espace juridique dışında uygulanması halinde standardın düşürülmesine izin vermekte ve bu şekilde insan hakları emperyalizmi iddiası çürütülmektedir<sup>67</sup>.

Bir değerlendirme yapıp, koşullara göre temel haklara bağlılığın hem temel hakları koruma alanının belirlenmesinde, hem de sınırlandırılmasında değişikliğe gidilmesi mümkündür. Temel haklara bağlılık çerçevesinde yapılacak tüm değişikliklerde ana düşünce bunun uluslararası işbirliğinin gerektirdiği ölçüde caiz olmasıdır<sup>68</sup>. Etkin denetimin yoğunluğuna göre somut durumda Konvansiyon devletine ne tür yükümlülükler düştüğü, bu yükümlülüklerin Konvansiyon devleti bakımından ölçü dışı olup olmadığı ortaya konulacaktır. AİHK'nun uygulanabilirliği, diğer bir ifade ile insan hakları ihlâli teşkil eden tasarrufların Konvansiyon

65 Art. 1.3(b) UNMIK Regulation Nr.1999/24, 12.12.1999 (UNMIK/REG/1999/24) ve UNMIK Regulation Nr.2000/59, 27.10.2000 (UNMIK/REG/2000/59).

66 Art. 2(4) ve Art.3(3) UNMIK Regulation Nr.2000/47 (UNMIK/REG/2000/47).

67 bknz.: WILDE, Ralph, *American Journal of International Law*, 102, (2008), s. 628 - 634.

68 House of Lords, Al-Jeddah, Rn.39, 125.

devletine tahmil edilmesinin Konvansiyon devletine ölçü dışı yük getirip getirmediği ve temel hakların bütünüyle bağlayıcılığının Konvansiyon devletine ölçü dışı yük getirmesini önlemek için temel hakların bir derecelendirmeye tâbi tutulması gerekip gerekmediği tartışılmaktadır. AİHK 1. maddesinde öngörülen Konvansiyon haklarının temini yükümlülüğünü emredici olarak kabul eden görüşe göre temel hakların exterritorial tasarruflar bakımından kesilip biçilmesi mümkün değildir.

Konvansiyon devletinin daima Konvansiyon haklarını tam bir paket olarak temin etme mükellefiyeti vardır<sup>69</sup>. AİHK'nun Konvansiyon tarafı olmayan bir devletin ülkesinde uygulanması Konvansiyon devletinin bu ülkede herkese tüm Konvansiyon haklarını garanti ettiği nispette mümkündür. Bu görüşe esas olan Konvansiyon haklarının bütünlüğü anlayışı uygulamaya uymamaktadır. Konvansiyon tarafı devletlerin ülkelerinde de spesifik kimi Konvansiyon haklarının temininde diğerlerine nazaran yapısal yahut mali zorlukları olabilir. Buna rağmen AİHK'nun geçerliliğini reddetme gibi bir durum Konvansiyon tarafı devletlerde gündeme gelmemektedir. Konvansiyon devleti Konvansiyon tarafı olmayan bir devletin ülkesinde haklara saygı gösterme mükellefiyetini tasarruflarda bulunma yükümlülüklerine, prosedürel mükellefiyetlere nazaran nispeten daha kolay yerine getirme olanağına sahiptir. Örneğin soruşturma mükellefiyeti (AİHK md. 2) sadece ceza ve disiplin yetkisine sahip olan mercii tarafından yerine getirilebilir.

Bunun dışında Konvansiyon devletinin fiili olanaklarının sınırlarının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Örneğin prosedürel garantilerin temini yerel kurumların mevcudiyetine bağlıdır. Ev aramaları yargısal altyapının mevcudiyetini gerektirir. Bu altyapı mevcut değilse aramayı yapan devletin organına yargıcın aramada yer almasına ilişkin temel hak yükümlülüğü tahmil edilemez. Devletlerin tasarruflarına genel DH tarafından getirilen sınırlar onların temel hak yükümlülükleri bakımından da geçerlidir. Temel hakların Konvansiyon alanı dışında uygulanmasının exterritorial icra tasarruflarını gerektirmesi durumunda genel DH prensipleri ışığında durum oldukça karışık hale gelmektedir. Ev aramalarında yargıç bulunması yargısal bir

icra tasarrufu gerektirmektedir. Böyle bir tasarruf genel DH ışığında yabancı bir devlet için caiz değildir. Alternatif çözüm olarak yabancı mahkemeden AİHK'nun gereğini yerine getirmesi talebinin yapılması düşünülebilir. Ancak bunun da uygulamada rasyonel bir sonuç vereceği düşünülemez. Sonuç olarak önemli bir temel hak olarak tutuklama, ev aramaları ve el koymalarda mahkeme kararının olması gereğinin yerine getirilmesi kolay gözükmemektedir. Organları "exterritorial" tasarruflarda bulunan devletin mahkemeleri bu tasarrufları ulusal yargı faaliyeti olarak denetleyebilir<sup>70</sup>.

Bu çerçevede askeri gerekliliklerin de önemli rol oynadığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Misyon çerçevesinde tasarruflarda bulunan aktörlere ölçü dışı sıkı temel hak standartları öngörüldüğü takdirde uluslararası misyonun etkinliğinin sağlanması zorlaşabilir. Prensip olarak yabancı ülkelerde gerçekleştirilen operasyonlarda askeri gereklilik nedeniyle normal duruma nazaran daha kapsamlı temel hak sınırlamasına izin verilmesi gerekmektedir. Hukuk politikası açısından BM üyesi devletlerin ölçü dışı sıkı taleplerle uluslararası misyona katkı yapmaktan caydırılmaması gerekmektedir. Devletlerin işbirliği yapma şevklerinin kırılmaması önemlidir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. madde, 3. fıkra, bent c muvacehesinde AİHK'nun BM Şartı çerçevesinde verilen kararların etkinliğini sağlayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Exterritorial tasarruflar çerçevesinde birlik gönderen devlet ve kabul eden ülke arasında geçerli olacak temel hak standardı konusunda somut bir mutabakat sağlanması önerisi de yapılmaktadır<sup>71</sup>. Bu öneriye insan haklarının prensip olarak pazarlık konusu olamayacağı gerekçesi ile olumlu yaklaşılmamaktadır. Bunun dışında birlik gönderen devlet kural olarak güçlü konumda bulunması nedeniyle böyle bir pazarlığın fair esaslara göre gerçekleşmesi de mümkün değildir. Her şeyden önce denetimin yoğunluğu Konvansiyon devletinin temel haklarla bağlılığının tür ve şeklini belirleyecektir.

70 Amerikan Mahkemelerinin Guantanamo tutukluları nedeniyle yaptığı yargılama için bkz.: US Supreme Court, Boumediene v. Bush, 12.06.2008, 533 US289 (2008).

71 Andreas von Arnould, Das Menschenrecht im Auslandseinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund und Menschenrechten, bkz.: Dieter Weingartner (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, 2008, s. 77.

69 Lord Earlysferry'nin Al-Skeini davasına ilişkin görüşü için bkz.: 13 Haziran 2007 tarihli karar, Rn.79.

Temel hakların temininin kapsam ve içeriği Konvansiyon devletinin denetim yoğunluğunun ölçüsüne bağlı olacaktır. Konvansiyon devleti bölgede sınırlı ölçüde denetim sağlayabildiği takdirde Konvansiyon yükümlülükleri değişikliğe uğratılabilir. Konvansiyon devletinin temel hak ihlâli yapmama yükümlülüğü böyle bir durumda, tasarrufunda bulunan her türlü diplomatik aracı kullanarak bölgede etkin güç kullanan devletin veya uluslararası örgütün temel hak ihlâllerinin sona erdirilmesini temin etmeye matuf yükümlülüğe dönüşebilir. Konvansiyon devletinin bu çerçevede sorumluluğu değil, sadece gayret gösterme mükellefiyeti bulunmaktadır. AİHK'nun esnek uygulanması aşılması gereken askeri standart sorunun gündeme getirmektedir.

Behrami/Saramati davasındaki ve Kadı davasındaki farklı temel hak yaklaşımının uzlaşa ile ortadan kaldırılması gerekmektedir. Behrami/Saramati davasında BM tasarrufları bakımından AİHK'nun öngördüğü temel hak koruması reddedilirken, Kadı davasında [BM Güvenlik Konseyi 1267 (1999) sayılı kararı ile BM üyesi devletlere, Taliban'a ait yahut onun kontrolünde olan mal varlıklarını dondurma yükümlülüğü getirilmiştir. AB Konseyi ortak dış ve güvenlik politikası ışığında Güvenlik Konseyi kararına istinaden tüzük ihdas etmiştir. 2001'de BM yaptırım komitesi Yasin El-Kadı'nın ismini de mal varlığına el konacakların listesine almıştır. Bunun üzerine El-Kadı AB Konseyi tarafından ihdas edilen ilgili tüzüklerin iptalini dava yoluyla talep etmiştir. Davacı AB tüzüklerinin mülkiyet hakkını ve savunma hakkını ihlâl ettiğini iddia etmiştir<sup>72</sup>]. ATAD tam tersine BM

yaptırımlarını Avrupa temel hak ölçütleri ışığında değerlendirilmiştir. AB tüzüklerinin yargısal denetimi de facto BM Güvenlik Konseyi kararlarının Avrupa temel hakları ölçütünde denetimi sonucunu doğurmuştur. AİHM'nin Behrami/Saramati davasındaki kararı ve ATAD'ın Kadı davasındaki kararı aynı ölçüde eleştiri konusu olmuştur. AİHM'ne yetkisini kullanmayarak hukuk boşluğu yarattığı ithamı yapılırken, ATAD'a tersine temel haklar emperyalizmi yarattığı ithamı yapılmıştır. Bu tepkilerin hukuk politikası önerileri için esas alınması durumunda orta bir yolun bulunması mümkün olacaktır.

Çok katmanlı egemenlik yetkilerinin kullanılması durumlarında (ülke dışında veya uluslararası örgütlerin müdahil olması) orta yol prensip olarak yabancı temel hak rejiminin ölçü alınması ve yeterli varsayılması ile bulunmaktadır. Maddi hukuk denetimi çerçevesinde (BM için şu an olduğu gibi) eksikler söz konusu olduğu takdirde AİHK'nun escape juridique dışında da uygulanması kabul edilmektedir. Şimdiye dek çok katı bir kriter olarak karşımıza çıkmayan "denetim" aradan geçen dönemde "etkin denetim" olarak algılanmakta ve AİHK'nun bağlayıcılığının somut kapsam ve türünün tayininde temel nokta-i nazarı oluşturmaktadır<sup>73</sup>.

AİHK'nun dünyadaki tüm temel hak problemlerini ortadan kaldırma gibi bir işlevinden söz edilmese de, Konvansiyon devletlerinin temel hak boşluğu olan rejimlere sığınmasını önleme fonksiyonuna sahip olması, onun hukuk politikasındaki yerini tartışılmaz kılmaktadır.

72 bkz.: EuGH, Rs. C-402/05P ve C-415/05P Kadı und Al Barakaat v. Rat und Kommission, 3 Eylül 2008, Rn.319.

73 bkz.: RESS, Georg, **State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations, The case of Banković**, ZEOS 6, 2003, s. 79 - 89.



---

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**


---

- KEES, Alexander Oliver, **Privatisierung im Völkerrecht**, 2008.
- ARNAULD, Andreas von, "Das Menschenrecht im Auslandseinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund und Menschenrechten", bknz.: WEINGARTNER, Dieter (Hrsg.), **Streitkräfte und Menschenrechte**, 2008.
- ARNAULD, Andreas von, "Das Menschenrecht im Auslandeinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten", bknz.: WEINGARTNER, Dieter, (Hrsg.), **Streitkräfte und Menschenrechte**, Nomos, Baden-Baden 2008 (Forum Innere Führung, Bd. 30).
- KRIEGER, Heike, **Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz**, ZaöRV 62, 2002.
- MARTIN, Elisabeth A., **A Dictionary of Law**, 5th ed., 2002.
- MÖSTL, Markus, "Rechtsgrundlagen und Rechtsbestand der Europäischen Sicherheitspolitik", bknz.: HATJE, A. & NETTESHEIM, M. (Hrsg.). **Sicherheit in der Europäischen Union**, Europarecht 2009, Beiheft 3.
- PETERS, Anne, The Applicability of the European Convention of Human Rights in Times of Complex Jurisdiction and the Principle of Fundamental Rights Tolerance (Die Anwendbarkeit der EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz) University of Basel - Faculty of Law, *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 48, 2010.
- RESS, Georg, **State Responsibility for Exterritorial Human Rights Violations, The case of Banković**, ZEOS 6, 2003.
- RICHTER, Dagmar, "Humanitarian Law and Human Rights: Intersecting Circles or Separate Spheres?", bknz.: GIEGERICH, Thomas (Hrsg.), **A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference**, 2009.
- STOLTENBERG, Klaus, "Auslandseinsätze der Bundeswehr im menschenrechtlichen Niemandsland?", **Zeitschrift für Rechtspolitik** 41(2008).
- WILDE, Ralph, **American Journal of International Law**, 102, (2008).

---

**KISALTMALAR CETVELİ**


---

<b>CCPR</b>	: Covenant on Civil and Political Rights	<b>UKHL</b>	: United Kingdom: House of Lords
<b>CDL</b>	: Conseil de l'Europe	<b>UNHCR</b>	: United Nations High Commissioner for Refugees
<b>DR</b>	: Decisions and Reports		
<b>ECHR</b>	: European Court of Human Rights	<b>UN-GA</b>	: United Nations General Assembly
<b>EGMR</b>	: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	<b>YBILC</b>	: Yearbook of the International Law Commission
<b>EMKR</b>	: Europäische Menschenrechtskonvention	<b>ZaöRV</b>	: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
<b>Exterritorialität</b>	: ülke dışılık	<b>ZEOS</b>	: Zeitschrift für Europarechtlichen Studien
<b>ICTY</b>	: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia		
<b>LJN</b>	: Law Journal News		
<b>SCC</b>	: Supreme Court of Canada		