

“Anayasa Mahkemelerinin Olağanüstü Hâllerde Temel Hakların Korunmasındaki Rolü”

Hasan Bakırcı

*Yazı İşleri Müdür Yardımcısı
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*

Sayın Başkan, Anayasa Mahkemesi'nin ve yargı camiasının değerli üyeleri, değerli katılımcılar, Anayasa Mahkemesi'nin 55. yılı vesilesiyle düzenlemiş olduğunuz “Temel Hak ve Özgürlüklerin Koruyucusu Anayasa Mahkemeleri” konulu uluslararası konferansta aranızda olmaktan dolayı duyduğum mutluluğu ifade etmek isterim. Beni de davet ettiğiniz için çok teşekkür ederim. Ayriyeten de bu saate kadar burada kaldığınız ve bizi dinleme nezaketinde bulunduğunuz için de teşekkür ederim.

Bugünkü sunumumda size savaş veya olağanüstü hal dönemlerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerin 15. maddeye göre nasıl azaltılabileceğini ve yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında bu konunun nasıl incelendiğini anlatmak istiyorum. Benden önceki konuşmacıların sunumlarından da anlaşıldığı üzere, temel hak ve özgürlüklerin savaş ve olağanüstü hal dönemlerinde korunmasında birincil rol elbette ki milli mahkemelerin ve en yüksek yargı kurumu olarak da anayasa mahkemelerindedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki rolü kararlarında defalarca vurguladığı üzere talidir yani ikincildir. Olması gereken de aslında budur. Önemli olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin milli mahkemelerce en iyi şekilde iç hukukta uygulanmasıdır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 1. maddesi gereğince yüksek sözleşmeciler tarafından yetki alanlarında bulunan herkese sözleşme ve ek protokollerde yer alan hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğü vardır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi devletlerin bazı durumlarda temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını sağlama yükümlülüklerini tam olarak yerine getiremeyeceklerini ve bu yükümlülükleri bazı haklar bakımından,

belli ölçülerde azaltmaya gidebileceklerini 15. madde ile kabul etmiştir. Devletlere olağanüstü durumlar için geçici olarak tanınan yükümlülük azaltma olanağının temel amacı bizzat devletlerin kendisinin, demokratik kurumların ve toplumların güvenliğinin sağlanmasıdır. Ancak olağanüstü hal durumlarında tanınan yetkilerin bazı otoriter yönetimler tarafından kötüye kullanılabilmesi yani iktidarlarını korumak amacıyla muhalefeti susturma ve baskı altına alma, insan haklarını sınırlama yoluna gitmeleri de mümkündür. Ve geçmişte örnekleri de görülmüştür. Bu nedenle sözleşmenin 15. maddesi, olağanüstü durumlarda taraf devletlerin 1. maddedeki yükümlülüklerini belli kural ve şartlarla yani demokratik hukuk devletinin ilkelerine uygun olarak azaltabilmeleri için bazı kural ve şartlar koymuştur.

İlk olarak 15. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen derogasyon yani yükümlülük azaltma konusu, hakkı sadece savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike durumlarında mümkündür. İkincisi, savaş ve olağanüstü hal durumlarında alınacak önlemlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde yani orantılı olması gerekmektedir. Üçüncü olarak da alınacak tedbirler devletin uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülükleri ile ters düşmemelidir. Burada özellikle kastedilen durum Birleşmiş Milletler şartının 7. bölümündeki kurallardır. Dördüncü olarak 15. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere bazı haklar mutlak ve derogasyona yani yükümlülük azaltmaya kesinlikle konu olamaz. Bunlar nelerdir mesela yaşam hakkını düzenleyen 2. madde, kötü muamele yasağını getiren 3. madde, kölelik yasağını getiren 4. madde ve *"ne bis in idem"* yani suçta ve cezada kanunilik prensibini düzenleyen 7. madde gibi ve yine 6. ve 13. protokollerde düzenlenen ölüm cezasının her durumda uygulanamayacağını belirten kurallardır. 5. ve son olarak da 15. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen bir şekil şartı vardır. Buna göre 15. maddeye istinaden yükümlülük azaltmaya gidildiğinde, bu durumu ilgili devlet Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne resmi bir bildirimle iletmelidir. Bildirimin amacı öncelikle kamuoyu ve diğer taraf devletleri durumdan haberdar etmektir. Çünkü sözleşme ve ek protokollerde tanınan hakların korunmasından devletler kolektif olarak yani hep birlikte sorumludurlar.

Bu bildirim bir diğer amacı ise sözleşmenin 33. maddesinde düzenlenen devlet başvurusu yapma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasıdır. Bilindiği üzere taraf devletlerin sözleşmeci bir başka devletin aldığı olağanüstü önlemlerden haberdar olma hakları vardır. Olağanüstü durum ortadan

kalktığında ve alınan sıra dışı önlemlere son verildiğinde ilgili devlet yine bu durumu Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirmekle yükümlüdür. Verilen sürenin kısıtlı olmasını da dikkate alarak biraz önce bahsettiğim ilk iki şart üzerinde durmak ve bu konuyu biraz daha açmak istiyorum. Bir taraf devlet, sözleşmenin 15. maddesine dayanarak bir yükümlülük azaltma bildiriminde bulunduğu bu bildirim geçerliliğinin önüne gelen bir davada incelerken mahkeme iki temel şartın yerine gelip gelmediğini incelemektedir. Bunlardan ilki savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hali var mıdır ve alınacak önlemler durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde midir yani orantılı mıdır? Mahkeme şimdiye kadar önüne gelen hiçbir davada savaş kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir tanım yapmamıştır. Fakat ilan edilmiş bir savaş olmasa da her türlü yaygın şiddet olaylarının ve toplumsal huzursuzluğun da ulusal yaşamını tehdit eden bir genel tehlike hali olarak değerlendirilebileceği aşikârdır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Lawless İrlanda Davası'nda ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hale ilişkin olarak yaptığı tanımda tüm nüfusu etkileyen ve devleti oluşturan toplumun yaşam düzenine karşı bir tehdit teşkil eden istisnai bir kriz veya olağanüstü hal durumu demiştir. Yine Yunan Vakası olarak tanımladığımız Affaire Grecque ya da Greek Case dediğimiz ve Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda'nın, Yunanistan aleyhinde 1967 darbesinden sonra yaptığı başvuruda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, yükümlülük azaltmanın geçerli olabilmesi için ulusun hayatını tehdit eden tehlikenin mevcut ya da çok yakın olması gerektiğini ve toplumun örgütlü hayatının tehdit altında olması gerektiğini, krizin ve tehlikenin istisnai olması gerektiğini ve sözleşmenin kamu güvenliği, sağlığı ve düzeninin korunması için izin verdiği normal önlemlerin veya kısıtlamaların açıkça yetersiz kalması gerektiğini söylemiştir. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Komisyonu yaptığı inceleme sonucunda her ne kadar Yunanistan'da 1967 yılındaki darbe girişiminden önce veya darbeden önce birtakım karışıklıklar olduğunu kabul etse de kendilerini devrim hükümeti olarak nitelendiren cunta hükümetinin ileri sürdüğü komünizm tehlikesinin, sendikaların yaptığı grevlerin ve gösteri yürüyüşlerinin ulusun hayatını tehdit eden yakın veya mevcut bir tehdit olarak nitelendirilemeyeceğini, dolayısıyla 15. madde altında yapılan beyanın geçersiz olduğuna karar vermiştir.

Savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden bir tehlike nedeni ile yapılan yükümlülük azaltma bildiriminin geçerliliğinin tartışıldığı bir başka dava

ise son zamanlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği en önemli karar olan 'A ve Diğerleri Davası'dır. A ve diğerleri davası Birleşik Krallık hükümetine karşı açılmıştır. A ve Diğerleri Davası'nın konusu terör örgütleri ile bağlantılı olabilecekleri düşünülen ve Birleşik Krallık' ta yasal olarak ikamet eden 11 yabancı, 2001 tarihli terörle mücadele yasası gereğince tutulmalarının hukuka uygun olup olmadığı meselesidir. Birleşik Krallık Hükümeti 11 Eylül 2001 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleşen saldırılardan sonra benzer bir tehdidin kendi ülkesinde de mevcut olduğunu belirterek önce kendi milli hukukunda yani 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'nda daha sonra ise Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirimde bulunarak 15. maddeye dayanarak derogasyon bildiriminde bulunmuştur. Bu derogasyon bildiriminin geçersiz olduğu gerekçesiyle başvurular itirazda bulunmuşlardır. İlk olarak bu itirazı inceleyen Lordlar Kamarası, House of Lords, oy çokluğu ile tehdidin varlığını kabul etmiştir. Bu davada Lord of Mann karşı görüş bildirmiş ve olası tehdidin mevcut ya da yakın olmadığını söylemiştir. Lord of Mann bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin pek de dostu değildir. Bizden pek hoşlanmamaktadır. Ancak, karşı görüşünde çok enteresan bir şey söylemiştir ve "Demokrasiye ve kurumlarına yönelik asıl tehdidin bu davadaki terör tehdidinden değil, özgürlükleri gereksiz yere sınırlayan yasalardan gelmektedir." demiştir.

2. kriter olarak orantılılıktan bahsetmiştim yani alınacak önlemlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması meselesi, savaş ya da ulusun yaşamını tehdit eden bir tehlikenin varlığı kabul edilse bile alınacak önlemlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde yani orantılı olması gerekir. Orantılılık testini uygularken mahkemenin temel aldığı esas, alınan tedbirlere karşı kötüye kullanmayı önleyecek güvencelerin yeterli olup olmamasıdır. Bu bağlamda alınan tedbirlere karşı en önemli güvence yargısal denetimdir. Nitekim bu şekilde bireylerin kurumlara güveni korunmuş olur. Bu ilke alınan her tedbirin gerçek, açık, mevcut ve derhal meydana gelebilecek bir tehlikeye karşı olması gereklidir anlamına gelir ve varsayım dayanan muhtemel bir tehlike korkusu tedbiri haklı göstermez. Bu konuya ilişkin birkaç örnek vermek gerekirse *Brannigan and McBride*, Birleşik Krallık Davası'nda başvurucular 6 gün 14 saat ve 30 dakika, 4 gün 6 saat ve 25 dakika herhangi bir hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmuşlardır. Bu tutma işlemi *Brodgen* içtihadına göre sözleşmenin 5. maddesine aykırıdır, bu aykırılık ancak 15. madde bildirim geçerliliği kabul edilirse sözleşme ihlali

olarak nitelendirilemez. Mahkeme bu davada Birleşik Krallık Hükümeti'nin 15. maddeye istinaden yaptığı derogasyondan yararlanabileceği sonucuna varmıştır ve bu sonuca varırken gözaltına alınan kişilere tanınan güvencelere bakmıştır. İlk olarak başvuruçuların Habeas Corpus güvencesi vardır. Başka bir anlatımla hürriyetten mahrum kaldıkları andan itibaren bir hakim bunu denetlemesini talep etmeye imkanları vardır. Başvuruçular göze alınmalarına takiben 48 saat içerisinde bir avukatla görüşme imkânına sahip olmuşlardır. Aynı şekilde yakınlarına haber verme ve bir doktor kontrolü isteme imkanları da vardır. Türkiye'ye ilişkin Aksoy davasına gelince hatırlayacaksınız Aksoy davası başvuruçunun gözaltına alınıp işkence gördüğü yani bu Filistin askısı dediğimiz işkenceye tabi tutulduğu bir dava ve Türkiye'nin yüzünü kızartan bir dava. Aksoy davasında başvuruçucu 14 gün süreyle bir hakim önüne çıkartılmadan göz altında tutulmuştur. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Hükümeti'nin 15. madde altında yaptığı itirazı incelerken ilk olarak hükümetin terörle mücadelede hakim kontrolü konusunu detaylı olarak açıklayamadığı belirtmiştir. Elbette terör ciddi bir sorundur ve ulusun varlığını tehdit eder mahiyettedir. Ama bu tehdit neden bütün yargısal denetimleri imkânsız kılmaktadır ve başvuruçucu hangi nedenle hiç kimseye haber verilmeksizin 14 gün gözaltında tutulmuştur sorularının cevabı yoktur. Nitekim Brannigan davasından farklı olarak keyfi muameleye karşı güvenceler de yetersizdir. Mesela Aksoy davasında Brannigan davasının aksine avukata, doktora, yakınına erişme hakları kısıtlanmıştır ve bu durumda hürriyetinden mahrum kalan kişinin de yargısal denetim yaptırma imkanı elinden alınmış olmaktadır. Bu durumda bu kişi tamamen cezaevi görevlilerinin insafına bırakılmıştır. Aksoy davasında bu nedenlerle mahkeme 15. madde bildirimiminin orantılı olmadığını ve bu nedenle geçerli olamayacağına karar vermiştir. Daha fazla uzatmak istemiyorum süre kısa olduğu için, dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum.