

# ANAYASA HUKUKU VE MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER AÇISINDAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASI

*Doç. Dr. Şeref ÜNAL(\*)*

## I. GİRİŞ

Bireyin özgürlük ihtiyacı ile siyasi iktidarın hakimiyet iddiası arasında tarih boyunca sürekli bir gerilim ve çekişme hakim olmuştur. Orta çağların mutlak devlet anlayışında doruk noktasına ulaşan bu çatışma, 17. ve 18. yüzyıl felsefesinde insanın teba olmaktan kurtularak varlığının yeni bir boyut ve değer kazanmasıyla hafiflemişse de, hiçbir zaman ortadan kalkmamıştır. Bu dönemde, başta John Locke (1632-1704) olmak üzere birçok düşünür, bireyin devlete karşı korunmuş bir özgürlük alanı olduğu ve devletin bu alana hiçbir şekilde müdahale edemeyeceği görüşünü savunmuşlardır. Birey, bu hak ve özgürlük alanında, kendi yeteneklerine göre kişiliğini geliştirmek ve devletin keyfi müdahalelerine karşı korunmak hakkına sahiptir<sup>(1)</sup>.

Bu düşünce tarzının somut örnekleri daha orta çağların başında ortaya çıkmaya başlamıştır. Örneğin, 15 Haziran 1215 tarihli İngiliz Büyük Şartı'nda (Magna Carta) bu konuda kral aynen aşağıdaki sözü vermektedir<sup>(2)</sup>.

"Hiçbir özgür insan, yakalanıp tutuklanamaz, mal veya mülkünden edilemez, hakir görülüp lanetlenemez veya herhangi bir şekilde felakete düşer edilemez. Haklarında, ülke kanunlarına göre hemcinsleri tarafından verilmiş bir mahkeme kararı bulunmadan, kendisine müdahale etmeyeceğiz ve başkalarının müdahalelerine de engel olacağız. Kimseye hak ve adaleti satmayacağız ve kimseyi de bunlardan yoksun bırakmayacağız. Yalnız kralın kanunlarını bilen ve onlara uymaya gönüllü olarak kabul eden kimseleri hukukçu, polis veya memur olarak atayacağız."

Bireyin temel hak ve özgürlükleri daha sonra sırasıyla, Haklar Dilekçesi (Petition of Rights-1628), yakalama ve gözaltına almanın yasal olup

---

(\*) Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Daire Başkanı.

1. Hesselberger, D. Das Grundgesetz, 5. Aufl. Neuwied 1988, s.55.

2. Frischauer, P. Es Steht Geschrieben, Die grossen Dokumente, Zurich 1967, s.268.

olmadığının hakim tarafından denetimini sağlayan "Habeas Corpus" Kanunu (1679) ve Haklar Bildirisi (Bill of Rights-1689) gibi tarihi belgelerde ifadesini bulmuştur. Tabii hukuk anlayışına dayalı bu düzenlemeler, ABD tarafından da aynen benimsenerek, anayasadaki (1789/90) yerini almıştır. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi, bu anlayışa yeni bir boyut getirerek, ilk kez insanın vatandaş olarak sahip olduğu siyasi hakları da gündeme getirmiştir. Bildiride yer alan temel hak ve özgürlükler kısa bir süre içinde hemen bütün Avrupa devletlerince de benimsenerek anayasal normlar haline dönüştürülmüştür<sup>3</sup>.

Herber Spencer özgürlüğü, "herkesin, başkalarının eşit özgürlüğünü ihlal etmediği sürece, istediği her şeyi yapabilmesi" şeklinde anlamıştır. Diğer bir tanıma göre de, "bireyin yaşamını, başkalarının eşit özgürlüğünü güvence altına almak için zorunlu olan kısıtlamalar dışında, özgürce sürdürebilmesidir"<sup>4</sup>.

Her iki tanım da, bireyciliği ve eşitliği ön plana çıkarmaktadır. Kuşkusuz özgürlük ve eşitlik, bireyin kişiliğinin gelişebilmesi ve ekonomik geleceğinin güvence altına alınabilmesi için, olmazsa olmaz bir ön şarttır. Ancak, eşitliğin hiçbir zaman sağlanamadığı ekonomik ve sosyal düzende, zayıf olan taraf devletten eşit özgürlük değil, kuvvetli olan tarafın bu özgürlüğünü kötüye kullanmasına karşı himaye beklemektedir.

Günümüzün modern sosyal demokrasi anlayışında, bireysel değerler korunmakla beraber, devlet bireyin çıkarlarıyla toplum yararını bağdaştırarak dengelemek ve üstlendiği toplumsal görevleri gereği gibi yapabilmek için bireyin özgürlük alanına müdahale etmek zorundadır. Aksi halde, isteyen istediğini yapabileceği aşırı bireyci bir ortamda, toplum düzeninin bozularak anarşiye dönüşmesi ve temel hak ve özgürlüklerin tahrip edilerek yok edilmesi kaçınılmaz bir sonuç olur.

Öte yandan, devlet yaşamında öyle dönemler vardır ki, bireycilik ve özgürlük önemini yitirebilir. Bu durum, ağır toplumsal bunalımlarda bütün zaman ve mekanlar için geçerlidir. Savaş tehlikesi, ağır ekonomik krizler, isyan, çelişkili çıkarların devlet mekanizmasını işlemez hale getirmesi gibi, millet varlığının topyekün tehlikeye düştüğü durumlarda, eşitlik ve bireysel değerler önemini yitirebilir. Bu gibi olağanüstü durumlarda, kişinin can güvenliği ve yaşama hakları ciddi tehditlere maruz kaldığı takdirde, her şeyden önce sağlığının korunması kişinin başlıca amacı haline gelir; yaşama ve varlığını sürdürme içgüdüğü, diğer bütün değerlerin önüne geçer. Toplum ve devlet hayatındaki böyle önemli kriz durumlarında, can güvenliği, başını sokabileceği bir yer ve gıdasının sağlanmasından başka bir şey düşünmeyen halkın istediği tek şey, barış, huzur ve

3. Hesselberger, D., a.g.e., s.56.

4. Fosdick, D., What is Liberty, A Study in Political Theory, London 1939, s.167.

güveni sağlayacak kuvvetli bir yönetimdir<sup>5</sup>. Bu ihtiyaç modern anayasalarla da kabul edilerek olağanüstü hal ve sıkıyönetim kurumlarıyla yasal hale getirilmiştir.

Temel haklar sübjektif kamu haklarındandır. Bu haklar ilke olarak bireylere, devlet organlarının müdahale veya hareketsizliğine karşı dava yoluyla talepte bulunma hakkı sağlar. Anayasa'nın 40. maddesine göre, "anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurmak imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir."

Temel hak ve özgürlükler, mutlak karakterlerine rağmen, bireyi mutlak olarak korumaktan uzaktır. Çünkü bunların geçerliliği ve öne sürülebilmesi, toplum hayatının gerekleri ve devletin imkanlarıyla sınırlandırılmıştır<sup>6</sup>.

Bu nedendir ki, gerek anayasalarda ve gerekse temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerde bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Ancak, bu yetki sınırsız değildir. Kısıtlamalar, her temel hakkın nitelik ve özelliğine göre, gerekli, haklı ve adil olmalıdır. Yoksa, bu konuda otoritelere hiç bir şekilde, özgürlükleri keşiflerince kısıtlama yetkisi tanıyan "beyaz bir çek" verilmiş değildir. Çünkü bir demokratik toplumda özgürlük kural, kısıtlama ise istisnadır<sup>7</sup>.

Çağdaş demokrasilerde temel hak ve özgürlükler yasakoyucu açısından bağlayıcıdır ve bunlar yasal düzenlemelerde mutlaka rehber olarak gözönüne alınmalıdır. Ancak, temel hak ve özgürlüklerin tümü aynı muhteva ve değerde olmadığından, bunların hepsinin aynı sonucu doğurması ve bireye mutlak hak sağlaması beklenemez. Bu açıdan, temel hak ve özgürlükler arasında yaptırım gücü (enforceable) olanlar ve program niteliğinde olanlar ayırımı yapılmaktadır. Yaptırım gücü olan temel hak ve özgürlükler, yaygın uygulama ile gelenekler sonucu oluşan, yerleşmiş ve genel kabul gören haklardır. Sansür yasağı, keyfi tutuklama yasağı, din ve vicdan özgürlüğü gibi geleneksel haklar bunlara örnek olarak gösterilebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu tür yaptırım gücü olan temel hak ve özgürlükleri, demokratik bir toplumun asgari standartları olarak derlemiştir. Ancak, bu tür hakların sayısı sınırlıdır. Örneğin, anayasalarda düzenlenmiş olmasına rağmen, kimse yüksek öğretim yapma konusunda mutlak bir hakka sahip değildir. Üniversite kontenjanlarının sınırlı olduğu ülkelerde, bu hakkın anayasa ile güvence altına alınmış olması, pratikte fazla bir yarar sağlamamaktadır. Program sınıfında yer alan bu hak açısından devletin görevi, yasal olarak herkese yüksek öğretim yapma

5. Fosdick, D., a.g.e., s.177.

6. Das Fischer Lexikon, Staat und Politik, Frankfurt a.Main, 1964, s.127.

7. Human Rights or a Way of Life in a Democracy, Council of Europe, Strasbourg 1985, s.37.

konusunda fırsat eşitliği sağlayacak düzenlemeler yapmak ve bunları etkin bir şekilde uygulamaktır. Herkese yüksek öğrenim yapma imkanı sağlayacak şekilde eğitim kurumları oluşturmak ise bir imkan meselesidir<sup>8</sup>.

## II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN KISITLANMASI

### A. GENEL OLARAK

Anayasalar, devletin, ancak güçleştirilmiş şartlar altında değiştirilmesi mümkün olan, temel yasalarıdır. Parlamenter demokrasi ile yönetilen devletlerde anayasalar, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak, yasama, yürütme ve yargı görevlerini ayrı devlet organlarına vermiş ve bu organlar arasında karşılıklı bir denetim ve frenleme mekanizması kurmuştur. Anayasalar ayrıca yüksek devlet organlarının görevlerini düzenler ve kişinin temel hak ve özgürlüklerini bu organlara karşı güvence altına alır. Modern anayasalarda insan hakları kataloglarına yer vermek bir gelenek halini almıştır<sup>9</sup>.

Karl Löwenstein, yalnız hukuken geçerli değil, siyasi olarak da etkili olan normatif anayasalarla, şeklen anayasa görünümünde olmakla beraber, siyasi gerçekler karşısında uygulama alanı bulamayan semantik anayasalar arasında bir ayırım yapmıştır<sup>10</sup>.

### B. 1982 ANAYASASI VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASI

Anayasa'nın ikinci kısmı, çok geniş bir temel hak ve özgürlükler katalogu ihtiva etmektedir. Anayasa bu düzenlemesiyle, temel hak ve özgürlüklere birer anayasa normu niteliği kazandırmıştır. Anayasa'nın 11. maddesine göre, "anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel kurallar" olduğu cihetle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler de bütün devlet organları açısından bağlayıcıdır.

Temel hak ve özgürlükler anayasalarda genel hatlarıyla düzenlendiği için, ikincil düzeydeki yasal normlarla bunların ayrıntılarını ve kapsamını belirlemek zorunludur. Bu çerçevede yasakoyucunun temel hak ve özgürlükleri nasıl şekillendireceği, hangi şartlar altında kısıtlayabileceği ve bu yetkisinin sınırlarının ne olduğu sorunları ortaya çıkmaktadır.

Yasakoyucunun görevi, temel hak ve özgürlüklerin muhtevasını ayrıntılı olarak belirlemek ve uygulama çerçevesini çizmektir. Yasakoyucu-

8. Müller, J. Paul, Basic Rights and Democracy, Colloguy on the Concept of Democracy, Strasbourg, 1983, s.9 vd.

9. Das Fischer Lexikon, s.330 vd.

10. a.g.e., s.331.

nun bu alandaki yetkisi sınırsız değildir. Düzenleme her şeyden önce anayasaya uygun olmalıdır. Bu uygunluk, somut ve soyut norm denetimi yoluyla anayasa mahkemelerinin denetimine açık tutulmuştur.

Bütün parlamenter demokrasilerde anayasalar, en üstün normları ihtiva eden ve bunlarla devlet-vatandaş ilişkilerini ve devlet organlarının görev ve yetkileriyle çalışma şekillerini düzenleyen belgelerdir. Norm'lar hiyerarşi'si çerçevesinde, bütün diğer kanunların anayasaya tabi ve ona uygun olması, hukuk düzeninin korunması için zorunludur. Bir demokraside devlet organlarının faaliyeti, yasama ve yürütme organı ayırımından ziyade, çoğunluk partisi olan iktidarla muhalefet arasındaki rekabete bağlıdır. Devlet işleri, anayasal kurullarla yasama ve yürütme organları arasında, paylaştırılmış olsa bile, bunlar gerçekte parlamentodaki çoğunluk partisinin elindedir ve bu çoğunluk da hükümet tarafından belirlenen politikaları her zaman destekler. Dolayısıyla, parlamenter demokrasilerde kabul edilen kanunlar, iktidardaki çoğunluk partisinin programını uygulamak üzere çıkarılmaktadır ki, çoğunluğun bu yetkisini her zaman kötüye kullanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu bakımdan, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, azınlık için, çoğunluğu temsil eden hükümet politikaları üzerinde etkili olabilmek açısından tek etkin yöntem olarak görünmektedir<sup>(11)</sup>.

Amerika Yüksek Mahkemesi hakimi Robert H. Jackson'un veciz bir şekilde belirttiği gibi, "temel hak ve özgürlükler doğuştan sahip olunan vazgeçilmez ve devredilemez nitelikleriyle, siyasi çekişmelerin olumsuz ortamından uzaklaştırılarak, çoğunluğun ulaşamayacağı bir yere yerleştirilmeli ve birer hukuk ilkesi olarak mahkemelerin uygulanmasına terk edilmelidir. Kişinin yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve diğer temel hakları oylamaya terk edilemez, seçim sonuçlarına bağlı tutulamaz<sup>(12)</sup>."

### *C. KANUN ŞARTI*

Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanabilmesi için, bizzat anayasanın o konuda yasakoyucuya kanun çıkarmak üzere özel bir yetki tanımış olması zorunludur. Çünkü, temel hak ve özgürlüklerin içeriğinin belirlenmesi, çerçevesinin çizilmesi ve kısıtlanması, ancak ve ancak kanunla yapılabilir. Bu yetki, temel hakların içeriğini belirleyici genel bir düzenleme yapılması veya somut bir temel hak ve özgürlüğü kısıtlanması amacıyla iki şekilde verilebilir.

#### *1. Düzenleme yetkisi*

Bu tür yetkide anayasa, yasakoyucuya, somut bir temel hak ve öz-

11. Knaub, C., Colloquy on the Concept of Democracy, Strasbourg, 1983, s.5.

12. Dorsen, N., Frontiers of Civil Liberties, New York, 1968, s.5.

gürlük açısından genel olarak, temel hakkın içerik ve kapsamını belirleme yetkisi tanımaktadır. Örneğin, Anayasa'nın 18. maddesine göre, "hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır." Bu hüküm devamlı, "şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere" ifadesini kullanarak, yasakoyucuya genel bir yetki tanımış ve ne tür çalışmaların zorla çalıştırma sayılmayacağını belirlemek suretiyle bu temel hak ve özgürlüğün içerik ve kapsamını çizme yetkisini yasakoyucuya bırakmıştır. Aynı şekilde, Anayasa'nın 42. maddesine göre, "kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmaz. Ancak, aynı hükümle, bu hakkın kapsamını belirleme yetkisi yasakoyucuya bırakılmıştır. Keza, 43. maddeyle, kıyılarından yararlanmanın "imkân ve şartları" ve kanunla belirleme yetkisi yasakoyucuya verilmiştir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Yasakoyucunun düzenleme yetkisinin sınırları ve kendisine bırakılan oyun alanı, her temel hak ve özgürlüğün nitelik ve özelliğine göre farklıdır. Yasakoyucu temel hakkın içerik ve kapsamını belirlerken, genelde bizzat anayasanın koyduğu kısıtlamalarla bağlıdır.<sup>13</sup> Örneğin, angarya yasağında "ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlar"la, eğitim ve öğrenim hakkında 42. maddede öngörülen ilkelerle, kıyılarından yararlanmada, "kamu yararı" gibi ilkelerle bu yetkinin kullanılması kısıtlanmıştır.

## 2. Kısıtlama yetkisi

Anayasa'nın bizzat kendisi, yasa koyucuya bazı temel hak ve özgürlükleri kısıtlama yetkisi tanıyarak, bu haklara müdahale yetkisi vermiştir. Ancak bu hallerde de bu yetki somut bir yasa çıkarılarak kullanılacaktır. Anayasa bu konuda farklı terimler kullanmıştır, şöyle ki:

- Kişi hürriyeti ve güvenliği (m.19) "şekil ve şartları kanunda gösterilen";

- Özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22) yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23) "kanunla sınırlanabilir."

- Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34) "şart ve usuller kanunda gösterilir",

Ancak bu hallerde de, yasakoyucunun kısıtlama yetkisi, yine bizzat ilgili maddelerde öngörülen, ilke ve kavramlarla sınırlandırılmıştır. Örneğin 26. madde "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini" güvence altına almıştır. Ancak, aynı maddeye göre, "bu hürriyetlerin kullanılması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının ko-

13. Schaumann, W, Freiheitsrechte und Vorbehalt des Gesetzes im Bonner Grundgesetz Melanges Marcel Bridel Lausanne, 1968, s.5 vd.

runması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir". Yasakoyucu bu konuda düzenleme yaparken, bizzat anayasada öngörülen bu ilke ve değerleri gözönüne almak zorundadır. Çünkü düzenleme yetkisi bu hallerle sınırlandırılmıştır.

### C. KISITLAMA ARACI OLARAK KANUN KAVRAMI

Anayasa'nın 13. maddesi hükmünde kullanılan kanun sözcüğünden ne anlamak gerekir? Diğer bir ifadeyle, şekli anlamda bir kanun mu kasdedilmektedir? Yoksa, maddi anlamda doğrudan uygulanabilir hukuk kuralları ihtiva eden, kanun gücünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi herhangi bir düzenleme yeterli midir?

Suç ve cezalara ilişkin 38. maddede, "suç ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerini *ancak kanunla* konulur" ifadesine yer vererek, anayasa koyucu, kanunsuz suç ve ceza olmaz (nulla poena sine lege) ilkesine uygun olarak, özgürlük kısıtlamasının ancak kanunla yapılabileceğini belirtmiştir. Bu kesin ifadeden, kanun dışında herhangi bir düzenlemeyle özgürlük kısıtlamasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Diğer temel hak ve özgürlükler açısından durum nedir? 13. maddede de "kanun" sözcüğü kullanıldığına göre, özgürlük kısıtlaması açısından mutlaka şekli anlamda yasama organınca kabul edilmiş bir kanun mu gereklidir? Bu sorulara kesin cevaplar verebilmek için, herbir bireysel temel hak ve özgürlük için anayasada kullanılan ifadelere başvurmak gerekir.

Anayasa'da bu açıdan, her temel hak ve özgürlük için, "kanunla", "kanunda düzenlenen", "kanunda gösterilen" ve "kanunun açıkça gösterildiği hallerde" gibi farklı ifadeler kullanılsa da, bundan, gerek temel hak ve özgürlüklerin içeriğini belirleme şeklindeki genel yetkinin ve gerekse bunları kısıtlama yetkisinin mutlaka şekli anlamda bir kanunla kullanılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. 13. maddenin ifade tarzı da bu görüşü doğrulamaktadır.

Anayasa'nın bu anlayışı, siyasi iktidarlara güvensizlikten kaynaklanmaktadır. Tarihi süreçte temel hak ve özgürlüklerin, bunları keyfi şekilde ihlal eden siyasi iktidarlara mücadele sonucu kazanıldığı gerçeği, bu yaklaşımı haklı çıkarmaktadır.

Anayasa, hukuk devletinin doğal bir sonucu olan, idarenin hukuka bağlılığı ilkesinden hareketle, temel hak ve özgürlüklerin içerik ve kapsamını belirleme ve bunları kısıtlama yetkisini, idarenin takdirine değil, yasama organına bırakmıştır. Yasakoyucu, temel hak ve özgürlükler açısından son derece önemli olan kararları bizzat kendisi almalı, bunları yürütme organı veya idarenin subjektif takdirine terketmemelidir. Böylece yürütme organı ve idarenin faaliyet alanı, genel, objektif ve gayri şahsi

kanunlarla denetim altına alınmış ve temel hak ve özgürlüklere keyfi müdahale tehlikesi ortadan kaldırılmıştır<sup>14</sup>.

Nitekim, hükümetin kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi de, 91. maddede ayrı düşüncelerle kısıtlanmıştır. Buna göre, "kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi hak ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez."

#### *D. OLAĞANÜSTÜ DURUMLARDA ÖZGÜRLÜK KISITLAMASI*

Anayasa'nın 15. maddesinde, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü durumlarda, temel hak ve özgürlüklerin anayasada öngörülen şartlara bağlı kalınmadan kısıtlanabileceği belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinden esinlenen ve sözleşme hükmünü daha açıklıkla ifade eden bu hükmün yorumu ileride sözleşme çerçevesinde daha ayrıntılı bir şekilde yapılacağından, burada sadece, bu gibi hallerde, anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin, yasal bir dayanak olmadan da kısıtlanabileceğine işaret etmekle yetinilmiştir.

### **III. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASI**

Temel hak ve özgürlüklerin korunması alanında 3 önemli milletlerarası sözleşme bulunmaktadır: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Inter-Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve B.M. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi.

#### *A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, düzenlediği konulardaki temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında iki ölçüt öngörmektedir. Bunlardan birincisi, "demokratik bir toplumun gerekleri", ikincisi de "yasaya uygunluk" ilkesidir. Örneğin, Sözleşme 8-11 maddeleri arasında, her defasında bu maddelerin ikinci fıkrasında, somut temel hak ve özgürlüğün, demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak, maddede öngörülen somut gerekçelerle ve ancak kanunla kısıtlanabileceğini belirtmektedir.

##### *1. Demokratik bir toplumun gerekleri*

Demokrasi, hukuk düzeninin, hukukun hakim olduğu bir yaşam tarzıdır. Demokraside, bireylerin birbirleriyle ilişkileri, davranış standartlarını belirleyen yasalarla düzenlenmiştir.

14. Rottmann, F., Der Vorbehalt des Gesetzes und die Grundrechtlichen Vorbehalte, Europäische Grundrechte, 12. Jg. Heft 11, s.277 vd.



Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, demokratik bir düzen olmaksızın temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınıp gelişmeyeceği görüşünden yola çıkmıştır. Sözleşmede yer alan "demokratik düzen" kavramı ile özel ve belirli bir devlet teşkilatı tanımlanmak istenmemiş, sadece üye devletlerin ortak olarak üzerinde ittifak edebilecekleri asgari bir demokrasi düzeyi vurgulanmak istenmiştir<sup>(15)</sup>.

Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Divanı, bu ortak demokrasi anlayışının asgari standartlarını belirlemeye çalışmışlardır.

#### *a. Demokrasinin Hukuki Standartları<sup>(16)</sup>*

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, demokrasinin hukuki standartları aşağıdaki şekilde belirlenmiştir.

- Demokrasi, halkın halk tarafından yönetimidir. Demokrasinin temel ilkeleri, hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığıdır. Hukukun üstünlüğü, bir demokratik sistemde, hükümet ve idarenin faaliyetlerini kapsar ve hakimlere yönetimin bu ilkeye uygun davranıp davranmadığını denetleme yetkisi verir.

- Hükümet ve idarenin etkin bir şekilde çalışmasıyla, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin himayesi arasında uygun bir denge kurmak, demokratik sistemin sorumluluğudur. Sistem özellikle, toplumun genel menfaatleri ile, bireyin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen temel hakları arasında, böyle bir dengeyi muhafaza etmeye muktedir olmalıdır. Bu çoğunluğun azınlık haklarına riayetini de gerektirir. Hukukî ve siyasi haklarla birlikte, vatandaşların, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlardaki temel haklardan da gereği gibi yararlanabilmeleri için, gereken önlemler alınmalıdır. Keza, insan haklarının himayesi konusundaki yeni düzenlemeler açısından da, açık fikirli bir yaklaşım tarzı benimsenmelidir.

- Bir kriz veya fevkalade hal durumunda, istisnâ tedbirler alınmadan önce, yürürlükteki hukukun öngördüğü imkânlar tüketilmelidir. Aşırı bir çözüm tarzı zorunlu olduğu takdirde, bu ancak durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Bu arada, insan haklarının özü hiçbir şekilde zedelenmeli ve alınacak tedbirler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesiyle korunan haklara ilişkin olmamalıdır.

#### *b. Avrupa İnsan Hakları Divanının Demokrasi Anlayışı*

Avrupa İnsan Hakları Divanı, gördüğü davalarda muhtelif vesilelerle

15. Müller, J. Paul, a.g.e., s.13.

16. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution (800) 1983 on the Principles of Democracy.

demokrasi anlayışını ortaya koymuştur. Mahkeme, etkin bir demokrasi- nin sahip olması gereken nitelik ve özellikleri aşağıdaki şekilde açıklamaktadır<sup>17</sup>.

"Kamu yararı ve bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurup muhafaza etmeye muktedir olmalıdır. Hukuk sistemi, insan haklarına saygı konusunda, mümkün olduğu ölçüde Avrupa Konseyi üyeleri devletlerin çoğunluğunun anlayışına uygun olmalı ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayanmalıdır. Medeni ve siyasi hakları teminat altına alarak, vatandaşlarının ekonomik, sosyal ve kültürel alanlardaki temel haklardan tam anlamıyla yararlanabilmelerini sağlamalıdır. Kriz durumlarıyla veya fevkalâde halle karşılaştığında, özel tedbirler almadan önce, yürürlükteki hukukun sunduğu bütün imkânları tüketmelidir. Aşırı tedbirler alınması söz konusu olduğu takdirde, bunlar ancak asgari düzeyde ve durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Temel insan haklarının özü hiçbir şekilde zedelenmemelidir. Bu öz, mümkün olduğu takdirde 15. madde ile korunan hakların ötesindeki temel haklar açısından da gözönüne alınmalıdır. İç düzeni tehdit eden tehlikelere karşı demokratik kurumları zedelemeksizin etkin bir şekilde mücadele edebilmek için gerekli önlemleri almaya muktedir olmalıdır. Hak ve özgürlükleri kanunla kısıtlayan hükümleri makul ve objektif olarak uygulamalıdır. Çeşitli sınıflara mensup vatandaşlar arasında hoşgörü ve anlayışı hakim kılmalıdır. Vatandaşların haklarına ancak sosyal bir ihtiyacı karşılamak için müdahale etmeli ve sınırı aşmamalıdır. İnsan haklarını güçlendiren yeni düzenlemelere karşı açık fikirli olmalıdır. Özellikle haber alma konusunda çoğulculuğu sağlamalıdır. Aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na şikayette bulunulduğu takdirde, anlayışlı ve adil olmalı ve Komisyon kararları ile Mahkeme hükümlerini iyi niyetle karşılamalıdır... Demokratik bir sistemin niteliklerini benimsemiş olarak, 21 devletin böyle bir denetim mekanizmasını kabul etmiş olmasının tesbiti memnuniyet vericidir. Devletler bu bağlayıcı mekanizma konusunda vatandaşlarını, haklarını bilinçli bir şekilde kullanmaları için daha iyi aydınlatmalıdır."

### *A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin birçok maddesi yasallık (legalite) ilkesine yollama yaparak, sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla kısıtlanabileceğini belirtmektedir. Örneğin, Sözleşme'nin 8-11 maddeleri arasında bu maddelerde düzenlenen, fikir ve ifade özgürlüğü din ve vicdan özgürlüğü, özel hayat, aile hayatı ve haberleşme özgürlüğünün gizliliği gibi temel hak ve özgürlüklerin, kanunlarda belirtilen şartlar altında ve yine kanunlarda belirtilen yöntemlerle ve ancak kanunla kısıtlanabileceği açıklıkla ifade edilmiştir.

17. Judgement, Case of Sporting and Lönnroth of 23 September 1992, s.20.

## 1. Kanun Kavramı

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı, Sözleşmede öngörülen kanun kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir tanımlama yapmamıştır. Her iki organ da konuyu üye devletlerin kendi iç hukuklarına bırakmış, üye devletler hukukuna göre kanun olarak kabul edilen düzenlemeler, sözleşme anlamında kanun olarak kabul edilmiştir<sup>(18)</sup>.

Sözleşmede kullanılan "kanun" teriminin ne anlama geldiği, üye devletlerin milli mahkemelerince de yorumlanmıştır. Fransız Danıştay'ına göre, mülkiyet hakkını düzenleyen 1 nolu protokolde belirtilen, "kanunda öngörülen şartlarla" ifadesinden şekli anlamda kanunlarla birlikte, bunlara dayanan tüzük yönetmelik gibi diğer düzenlemeler de anlaşılmalıdır. Dolayısıyla mülkiyet hakkını kısıtlamaları mutlaka şekli anlamda kanunlara dayanmak zorunda değildir. Hollanda Yüksek Mahkemesi de, 10. maddede kullanılan "kanun" teriminin mutlaka şekli anlamda kanun olarak kabul edilemeyeceğini kararlaştırmıştır. Keza Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne göre de, sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması mutlaka şekli anlamda bir kanuna dayanmak zorunda değildir. Maddi anlamda normlar içeren herhangi bir düzenleme yeterlidir. Aynı şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi de Sözleşmede geçen "kanun" kavramını aynı doğrultuda yorumlamıştır. Örneğin, bu Mahkemeye göre, tutuklu ve hükümlülerin statülerini düzenleyen ve özgürlüğünü kısıtlayan bir cezaevi yönetmeliği, Sözleşme anlamında yeterli bir yasal dayanaktır. Avrupa İnsan Hakları Divanı, Sunday Times olayında, temel hak ve özgürlük kısıtlamasının, İngiliz hukukunun Common Law ilkelerine göre hiç bir yasal dayanak olmadan da yapılabileceğini kabul etmiştir. Olayda İngiliz mahkemesi, şekli anlamda hiç bir kanuna dayanmadan, Sunday Times Gazetesi'nde bir seri makalenin yayınlanmasını durdurmuştur<sup>(19)</sup>. Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, İsviçre Hükümeti'nin yasaya dayanarak çıkardığı bir cezaevi yönetmeliğini, sözleşme anlamında hak kısıtlamaları için yeterli bir yasal dayanak saymış ve bu çerçevede yapılan uygulamanın keyfi ve gereksiz olduğuna işaretle sözleşmeye aykırı bulmuştur<sup>(20)</sup>.

Sözleşme organlarına göre, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının, devlet organlarınca kabul edilen herhangi bir yasal dayanağa bağlanması da şart değildir. Örneğin Bartold olayında Divan, kanundan aldığı yetkiyle meslek kurallarını düzenleyen Veteriner Odası tüzüğünü de söz-

---

18. Malinverni, G., La reserve de la loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme, Revue Universelle des Droits de l'Homme, 30 Novembre 1990, Vol.2, No.11, s.401 vd.

19. European Commission of Human Rights, Stock-Taking on the European Convention on Human Rights, 1954-1984, Strasbourg 1984, s.92 vd.

20. Malinverni, G., a.g.e., s.402, dipnot 15.

leşme anlamında yasal bir dayanak olarak kabul etmiş ve bu tüzüğe dayanılarak alınan bir önlemi, sözleşmeye aykırı bulduğunu Almanya ile ilgili olayda, veteriner olan şikayetçi, hayvanlara acil yardım servislerinin durumu ile ilgili olarak basınla bir röportaj yapmıştır. Aynı bölgede görev yapan bazı veterinerler, bu davranışın meslek kurallarıyla bağdaşmayan reklam niteliğinde olduğu gerekçesiyle şikayette bulunmuşlardır. Bunun üzerine Veterinerler Birliği, oda tüzüğüne dayanarak adı geçene basınla bu tür röportajlardan kaçınmasını ihtar etmiştir. Şikayetçi, birliğin bu tasarrufunun sözleşmeye aykırı olduğundan bahisle Komisyona şikayette bulunmuştur. Komisyon ve daha sonra konuyu inceleyen Divan, veterinerler odası tüzüğü hükümlerinin, sözleşmenin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğüyle bağdaşmazlığını tesbit etmişlerdir<sup>21</sup>.

Bu örneklerden, sözleşme organlarının sözleşmede öngörülen "kanun" teriminden, şekli anlamda kanunları değil, maddi anlamda normlar ihtiva eden her türlü düzenlemeyi, kastettiği açıklıkla ortaya çıkmaktadır. Konu tamamen üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Ancak, iç hukukun da temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yeterli ve sözleşmeyle uyum içinde olması gerekir. Örneğin, Malone olayında Komisyon, üye devletlerin iç hukuklarının, sözleşmenin önsözünde belirtilen "hukukun üstünlüğü" ilkesine dayanması gerektiğini belirtmiştir. Bir ceza davasına ilişkin olarak telefon dinlenmesiyle ilgili olayda Divan, sözleşmenin güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerin, otoritelerin keyfi müdahalelerine karşı üye devletlerin iç hukuklarında yeterli düzeyde korunmasının zorunlu olduğuna işaret etmiştir.

Komisyon, konuya ilişkin İngiliz mevzuatının, telefon dinleme ve mektup açmanın hangi şartlarla yapılması gerektiğini yeterli açıklıkta belirlemediğini hukukun üstünlüğü gözetilerek uygulanması gereken bu yöntemlerin daha çok idari makamların takdirine terkedildiğini, dolayısıyla bu uygulamanın, sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen, "hukuka uygunluk" ilkesine aykırı olduğunu belirlemiştir<sup>22</sup>.

## **2. Bilgi sahibi olma**

Divan üye devletlerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan düzenlemelerinin sözleşmeye uygun ve belirli niteliklere sahip olmasını belirtmektedir.

Buna göre ilke olarak, birey, temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayan yasal düzenlemeler hakkında bilgi sahibi olabilmelidir. Bu şart, düzenlemelerin ilan edilmesi suretiyle yerine getirilebilir. Bu şartın yerine getirilip getirilmediği Divan tarafından Silver olayında incelenmiştir. Olayda, İngiltere İçişleri Bakanlığı cezaevlerinde tek tip bir uygulamayı sağlamak

21. Gomien, D., a.g.e., s.55.

22. Stock-Taking, Supplement 1984, s.34.

üzere cezaevlerine birer genelge göndermiştir. Olayda, şikayetçi ve yedi arkadaşının, hukukçulara, parlamento üyelerine, üst düzey yöneticilerine, siyasi şahsiyetlere ve aile dostlarına yazdıkları toplam 64 mektuba, yönetmeliğe dayanılarak el konulmuş ve adreslerine gönderilmemiştir. Komisyon ve Divan, tutuklu ve hükümlülerin bilgileri dışında çıkarılan ve onlara ulaştırılmayan söz konusu genelgeleri, sözleşmenin 8 (2) maddelerine aykırı bulmuştur<sup>23</sup>.

### **3. Açıklık ve Öngörülebilirlik**

Divanın üzerinde durduğu diğer önemli bir konu, özgürlüğü kısıtlayan düzenlemelerin yeterli açıklıkla yapılmasıdır.

Diğer bir ifade ile, özgürlüğü kısıtlayan norm, müdahalelerin şartlarını, müdahalenin sınırlarını ve bu müdahalenin nasıl ve hangi yöntemle yapılacağını açıklıkla göstermelidir. Örneğin, mülkiyet hakkını koruyan 1 nolu protokole göre, istimlak kanunundaki düzenlemede, sadece istimlak yetkisinin belirtilmesi yeterli değildir. Bu konudaki düzenlemede istimlakı yapacak makamlar gösterilmeli ve tazminat yükümlülüğü de açık bir şekilde belirtilmelidir<sup>24</sup>.

### **4. Takdir yetkisi**

Sözleşme organlarına göre, özgürlük kısıtlamalarına ilişkin düzenlemeler yeterli açıklık ve belirlilikte olmalı ve takdir yetkisi asgari düzeye indirilmelidir. Sözleşmenin koruduğu temel hak ve özgürlüğe ağır müdahale hallerinde ise, yasaların müdahalenin şartlarını açıklıkla belirtmesine özel bir önem verilmelidir. Örneğin, telefonların dinlenmesi özel hayatın gizliliğine ağır bir müdahale hali oluşturmaktadır. Divan, Kruslin ve Huvig<sup>25</sup> olayında, şikayetçinin telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesini şikayetçinin özel hayatının gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne aykırı bulmuş ve Fransa'nın sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Divan, 24 Nisan 1990 tarihli bu kararında, telefon dinlemenin hukukî dayanağının Fransız CMUK'nun 81, 151 ve 152. maddesi olduğunu, Fransız sorgu hakimlerinin bu hükümlere dayanarak dinleme emri verdiklerini tesbitle, Fransız hukukunda yer alan bu kuralların, bu yetkilerin kullanılmasında kamu makamlarının takdir haklarının sınırlarını yeterli açıklıkla çizmemesinin, demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını ve yeterli bir yasal dayanak oluşturmadığını belirtmiştir. Sonuçta Fransız hükümeti şikayetçilere tazminat ödemekle birlikte, konuyu Divan kararının ışığı altında yeniden düzenlemiştir. 26 Nisan 1991 tarihli kanunla, CMUK'nun 100. maddesine eklenen yeni hükümlerle, telefon dinlenmesi, amaç, kapsam ve süre açısından yeni esaslara bağlanarak idarenin takdir yetkisi kısıtlanmıştır.

23. Stock-Taking, 1954-1984, s.179 vd.

24. Malinverni, G., a.g.e., s.404.

25. Council of Europe, Information Sheet, No.26, s.40 vd.

## IV. OLAĞANÜSTÜ DURUMLARDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASI

Sözleşme, akit devletlere savaş ve fevkalade hal gibi özel durumlarda, sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlükleri kısıtlama veya belirli sürelerde askıya alma yetkisi tanımaktadır.

### A. KISITLAMANIN KAPSAMI

Akit devletler sözleşmede öngörülen hakların uygulanmasını çeşitli şekillerde kısıtlayabilir. Bunun ilk yolu akit devletin sözleşmenin onay belgesini sunması sırasında, sözleşmenin belirli hükümlerine çekince koymasıdır. Nitekim Türkiye bu imkândan yararlanarak, ek protokolün 2. maddesinin uygulanması çerçevesinde 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tuttuğunu beyan etmiştir<sup>26</sup>. Akit devlet ayrıca, sözleşmeyle korunan bazı hakların ihlâl edildiği iddiasıyla aleyhine yapılan somut bir şikayete cevap verirken de, bu fırsattan yararlanarak kısıtlama bildirisinde bulunabilir. Keza sözleşmenin 15. maddesi de devletlere sözleşmeyle güvence altına alınan bazı hak ve özgürlükleri kısıtlama yetkisi tanımaktadır. Ancak bu bildirin çok özel durumlarda, belirli konularda ve özel yöntemlerle yapılması zorunludur.

Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden beri birçok devlet 15. maddeye dayanarak sözleşmeden sapma beyanlarında bulunmuştur. Aynı şekilde Türkiye de bu imkândan yararlanarak birçok kez bildirim yapmıştır. Bunlardan ilki, 27 Mayıs 1960 tarihinde, İstanbul ve Ankara'daki olaylara ilişkin olarak sözleşme hükümlerinin bütün ülkede askıya alındığı konusundadır<sup>27</sup>.

Türkiye daha sonraları da doğu illerindeki terör olayları yüzünden ilan edilen fevkalade hal rejimi dolayısıyla birçok kez bildirimde bulunmuştur.

Söz konusu bildirimler genelde, demokratik rejimi askeri darbelerle kesintiye uğrayan Türkiye ve Yunanistan gibi devletlerle, terör eylemlerine maruz kalan İngiltere ve İrlanda gibi devletler tarafından yapılmaktadır.

Divan, İrlanda ile ilgili Lawless davasında 15. maddenin kapsamını ve uygulama alanını belirlemiştir. Olayda, İrlanda Cumhuriyet Ordusu (IRA) örgütü üyesi, kendisinin İrlanda makamları tarafından yakalanarak gözaltına alınması şartları ve yönteminin sözleşmenin 15. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

26. Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg Fevrier 1992, s.38.

27. Bildirim, 27.5.1960-26.12.1961 tarihleri arasında geçerli olmak üzere yapılmıştır.

Divan, "ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike"nin mevcut olup olmadığının belirlenmesinde çeşitli etkenleri gözönüne almıştır. Şöyle ki:<sup>(28)</sup>

"İrlanda ülkesinde anayasa dışı faaliyet gösteren ve amacına ulaşmak için şiddet kullanan gizli bir ordunun varlığı, ikinci olarak, bu ordunun ülke dışında da faaliyet göstererek İrlanda'nın komşularıyla olan ilişkilerine zarar vermesi ve nihayet, terör olaylarında alarm derecesindeki artışlar".

Divan, bu bulgulardan hareketle, somut olayda İrlanda hükümetinin aldığı özel önlemlerin, durumun gerektirdiği ve alınması zorunlu önlemler olduğunu ve sözleşmenin ihlâlinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Divana göre:

"İrlanda Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan yasaların uygulanması mevcut tehlikeyi önlemeye yetmemiştir. Adli yargı ve hatta özel ceza mahkemeleri veya askeri mahkemeler, ülkede barış ve düzeni sağlayamamıştır. Terör örgütü IRA'ya mensup olanların ortaya çıkarılması ve suçlarının kanıtlanması, eylemleri gizli ve törer niteliğinde olduğu ve halk arasında korku yarattığı için, mümkün olamamıştır. Sınırların kapatılması ise, bütün halk bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Ayrıca, 1940 tarihli Devlet Aleyhine İşlenen Suçlar Kanununda, idari olarak gözaltına almalarda keyfiliğe imkan vermeyen önemli güvenceler öngörülmüştür. Bu kanunun uygulanması sürekli olarak parlamentonun gözetiminde yapılmıştır. Parlamenteoya uygulamaya ilişkin periyodik raporlar verildiği gibi, hükümetin yasayı yürürlüğe koyan kararnamesini iptal etme yetkisi de tanınmıştır."

Divan sonuç olarak, şikayetçi hakkında alınan önlem ve bunların uygulanış yöntemlerinin 15. maddeyle çelişmediği sonucuna varmıştır.

Divan, Brannigan ve Mc Bride olayıyla ilgili 26 Mayıs 1993 tarihli yeni kararında, 15. madde çerçevesinde sözleşmeden sapma veya sözleşme hükümlerini askıya alma bildirimi yoluyla özgürlüklerin kısıtlanması konusuna yeni bir anlayış ve yorum getirmiştir<sup>(29)</sup>.

Şikayetçiler Kuzey İrlandalıdır. Kendileri 1984 tarihli Terörü Önleme Kanunu'nun 12 (1) (b) maddesine göre yakalanarak gözaltına alınmışlardır. Anılan hüküm, terör eylemlerine katıldığı, hazırlık yaptığı ve tahrik ettiği şüphesi konusunda makul nedenler bulunan kişilerin, tutuklama emri olmadan yakalanmalarını öngörmektedir.

---

28. Gomien, D. Short Guide to the European Convention on Human Rights, Strasbourg 1991, s.91 vd.  
29. Council of Europe, Information Sheet No.32, January-June 1993, Strasbourg 1994, s.40 vd.

Brannigan bu şüphle yakalanmış, gözaltında bulundurma süresi İçişleri Bakanı'nın emriyle önce iki, sonra da üç gün uzatılmıştır. Kendisi böylece toplam altı gün ondört saat otuz dakika gözaltında kalmıştır. Diğer şikayetçi Mc Bride ise toplam dört gün altı saat yirmibeş dakika gözaltında tutulmuştur. Mc Bride daha sonra Belfast'ta bir polis tarafından kaçarken vurularak öldürülmüştür.

Şikayeti önce inceleyen Komisyon, şikayetçiler hakkında uygulanan işlemin, İngiltere'nin 23 Aralık 1988'de 15. maddeye göre yaptığı bildirim çerçevesinde haklı olduğu ve sözleşmenin beşinci maddesine aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Olay daha sonra Komisyonca Divana intikal ettirilmiştir. Divan, aşağıdaki gözlemlerde bulunmuştur.

### 1. Genel olarak

Bir milletin varlığının tehdit edilip edilmediği veya böyle genel bir tehlikenin var olup olmadığının belirlenmesi ve bu tehlikeden kurtulmak için alınacak önlemlerin derecesi; her akit devletin kendi sorumluluğundadır. Çünkü tehlikeyle doğrudan ve sürekli temas halinde bulunan milli makamlar, böyle bir tehlikenin varlığı ve bu tehlikenin giderilmesi için yapılacak sapma beyanlarının kapsamı konularında, ilke olarak milletlerarası hakime oranla daha iyi karar verebilecek durumdadırlar. Dolayısıyla, bu konuda milli makamlara geniş bir takdir yetkisi bırakılmalıdır.

Bununla beraber, devletlerin, krizin zorunlu olarak gerektirdiği ihtiyacın ötesine gidip gitmedikleri konusunda mahkeme karar vermelidir. Mahkeme olayı incelerken, sapma bildiriyle etkilenen hakların niteliği, bu bildiri yapmaya sevkeden nedenler ve zaruret halinin süresi gibi önemli etkenleri de ölçülü ve dengeli bir şekilde gözönüne almalıdır.

### 2. Millet varlığını tehdit eden tehlikenin varlığı

Hükümet ve Komisyon, Kuzey İrlanda'daki genel huzursuzluklara işaretlerle, genel bir tehlikenin varlığını kabul etmişlerdir. Divana göre de, önündeki belgelerde açıklanan gerekçeler ve Kuzey İrlanda ve İngiltere'nin her yerindeki terörist şiddet eylemlerinin kapsamı karşısında, böyle bir tehlikenin varlığı konusunda hiçbir kuşku yoktur.

### 3. Kişi özgürlüğü

Divana göre, sözleşmenin 5. maddesiyle güvence altına alınan kişi özgürlüğüne yürütme organı tarafından müdahalenin yargı denetimine tabi tutulması, demokratik bir toplumun temeli ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir. İngiltere sapma bildirimini 5. maddenin ihlali dolayısıyla itham edildiği Brogan ve diğerleri olayından hemen sonra



yapmıştır. Olayda İngiltere'nin şikayetçileri derhal mahkeme önüne çıkarmadığı için sözleşmeyi ihlal ettiği tesbit edilmiştir.

#### 4. Sapma bildiriminin amaca uygunluğu

Divan, İngiltere'nin 1974'den beri terör tehlikesiyle mücadele amacıyla gözaltında bulundurma süresini uzatma uygulaması yapmayı gerekli gördüğünü gözlemiştir. İngiliz Hükümeti Brogan ve Diğerleri olayından sonra, tutukluluk halinin yargı denetimine tabi tutulması veya sözleşmeden sapma bildirisinin yapılması konusunda bir seçim yapmak zorunda kalmıştır. Sonuçta, 23 Aralık 1988 tarihli bildiriyle gözaltında bulundurma süresinin uzatılmasının yargı denetimine tabi tutulmaması gerektiğini bildirmiştir ki, olağanüstü halin devamı karşısında, bunun amaca uygun olduğunun kabulü gerekir.

Sözleşmenin 15 (3) maddesi ve oranlılık ilkesi, olağanüstü dönemlerde alınan önlemlere ihtiyaç kalıp kalmadığının sürekli olarak gözden geçirilmesini öngörmektedir. Ancak somut olayda, sapma bildirimının geçerliliği, hükümetin sözleşmeye ilişkin yükümlülüklerini daha iyi bir şekilde yerine getirecek yöntemler arayıp aramadığı şartına bağlanamaz.

#### 5. Gözaltı süresinin uzatılmasının haklılığı

Mahkeme, terör kanunlarının uygulanışı, törer suçlarının soruşturulmasındaki güçlükler ve gözaltında bulundurma süresinin yargı denetimi olmaksızın uzatılması ihtiyacı konusunda çeşitli raporlardan bilgiler edinmiştir.

Somut olayda, terörizmle mücadele amacıyla etkin önlemler alınması, doğrudan hükümetin takdir ve sorumluluğundadır. Yoksa mahkeme onun yerine geçerek, hangi tedbirlerin alınmasının olayın mahiyetine daha uygun düşeceği konusunda karar vermez. Ancak hükümet de terörle mücadele ederken bireyin haklarına saygı göstermek ve bu ikisini dengelemek zorundadır.

Mahkeme bu düşüncelerle, somut olayda gözaltı süresinin uzatılması kararının İngiliz hükümetince yargı denetiminden çıkarılmasının, mevcut şartlar arasında takdir hakkının aşıldığı şeklinde yorumlanamayacağı sonucuna varmıştır.

### **B. BİLDİRİM YAPILMAYACAK KONULAR**

Sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin tümü açısından kısıtlayıcı beyanda bulunmak mümkün değildir. Çünkü sözleşmenin 15 (2) maddesi, sözleşmenin 2,3,4 ve 7. maddelerine ilişkin olarak, bu maddelerde belirtilen temel hak ve özgürlükleri kısıtlamak üzere bildirimde bulunmayı yasaklamıştır. Bu yasak, sözleşmenin işkence ve aşağılayıcı veya insanlık dışı ceza uygulamasını yasaklayan 3. maddesi ile köleliğe

ilişkin 4 (1) maddesi açısından mutlak olup bu konularda bildirimde bulunulmaz.

Sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen yaşama hakkı açısından öngörülen kısıtlama yasağı ise diğerlerine oranla daha zayıftır. Çünkü sözleşmenin 15 (2) maddesinin kendisi, "meşru savaş fiileri sonucunda meydana gelen ölüm olayları" dolayısıyla devletlerin sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Aynı şekilde, ölüm cezasının kaldırılmasını öngören 6. protokolde de devletlere savaş hali veya yakın bir savaş tehlikesi içinde işlenen suçlar dolayısıyla ölüm cezası verme yetkisi tanınmıştır.

Bu nedenle, sözleşmenin 2. maddesinde öngörülen yaşama hakkı konusunda da bildirimde bulunmak mümkün değilse de, bu yasak işkence ve kölelik konusunda olduğu gibi mutlak bir nitelikte değildir.

### *C. BİLDİRİMİN ŞEKLİ*

Sözleşmenin 15. maddesinin 3. fıkrasına göre, sözleşmenin belirli hükümlerini askıya alarak aykırı önlemler almak hakkını kullanan devlet, önlemler ve bunların alınmasını gerekli kılan sebepler konusunda Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bilgi vermek zorundadır. Sözleşmenin depozitörü olan Genel Sekreter, sözleşmenin uygulanmasını sürekli olarak izlediği için, söz konusu önlemler yürürlükten kalktığı ve sözleşme hükümlerinin tümüyle yeniden uygulanmaya başlandığı tarih de kendisine bildirilmelidir.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken önemli bir husus, bir devletin belirli gerekçelerle ülkenin belirli bir bölgesinde sözleşme hükümlerinin sürekli bir şekilde askıya alarak, sözleşmeye aykırı önlemler uygulamaya yetkili olup olmadığıdır. Kuşkusuz bunun takdiri egemen devletlere aittir. Örneğin İngiltere, sözleşmenin sağladığı bu imkandan çok geniş bir şekilde yararlanarak, belirli bölgelerde sözleşme hükümlerini askıya alan sayısız bildirimlerde bulunmuştur. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Komisyon ve Divan, şimdiye kadar bu konuda herhangi bir tavır takınmamıştır.

### **V. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN YOK EDİLMESİ YASAĞI**

Sözleşmenin, 17. maddesinde sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması ve demokratik kurumların serbestçe ve gerektiği gibi işlemesi açısından temel bir kural öngörülmüştür:

**"Madde 17-** Bu sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, Topluğa veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlandırmaya yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir anlamında yorumlanamaz."

17. madde, sözleşmede güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri tahrip etmek isteyenleri bu emellerinden alıkoyacak bir hüküm değildir. Maddede sadece, bu niyette olan kişilerin sözleşme hükümlerine dayanarak sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlükleri tahrip edecek nitelikteki eylemlere kalkışamayacakları belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme kendilerine böyle bir hak tanımamıştır. Örneğin hiç kimse, sözleşmede öngörülen düşünce ve basın özgürlüğüne dayanarak, bu özgürlükleri, sözleşmeyle güvence altına alınmış olan hür demokratik temel düzeni yıkmak amacıyla kullanamaz.

Ancak, Divan 17. maddeyi, temel hak ve özgürlükleri olabildiğince genişletici şekilde yorumlamaktadır. Divana göre<sup>(30)</sup> 17. madde hükmü, sözleşmenin 5 ve 6. maddelerinin önemini hiçbir şekilde azaltmamaktadır. Böylece, komünist, faşist, nasyonal sosyalist veya genel olarak totaliter amaçlar güden bir kışkırtıcı dahi, sözleşmenin 5. ve 6. maddelerine dayanabilir. Çünkü, sözleşmenin bu hükümleri birey veya gruplarının sözleşmede öngörülen haklarına değil, kamu makamlarının onlara karşı görevlerine ilişkindir. 17. madde sadece, birey veya birey gruplarının sözleşmede öngörülen pozitif haklarından yararlanarak, bunları hür demokratik düzeni tahrip amacıyla kullanmalarını yasakladığı için, bundan kamu makamlarının 5 ve 6. madde çerçevesindeki görevleri hiçbir şekilde etkilenmez. Bu nedenle, devrimci amaçlarla veya sözleşmeyle bağdaşmayan niyetlerle hareket ettiği kabul edilse bile, şikayetçi, 17. maddeye dayanılarak sözleşmenin 5 ve 6. maddelerinde yazılı haklarından mahrum edilemez.

Divana göre, 17. madde, birey veya birey gruplarının sözleşmeden, hür demokratik düzeni tahrip etmek amacıyla eylemde bulunmak hakkı çıkaramayacaklarını belirtmektedir. Bu nedenle, hiç kimse sözleşme hükümlerinden yararlanarak, sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlükleri tahrip edici eylemlerde bulunamaz. Ancak, olumsuz ifadeyle kaleme alınmış olan bu hüküm, bireyi sözleşmenin 5 ve 6. maddelerinde öngörülen, keyfi tutuklama yasağı ve adil yargılanma hakkı gibi haklardan mahrum etmeye gerekçe yapılamaz.

Ayrıca 17. madde, sınırlı bir kapsamda ve sadece akit devletlerin demokratik sistemlerini tahrip etmek isteyen kimselere ve o da ancak, sözleşmenin 18. maddesinde de teyit edildiği üzere, tehlikenin devamı süresince uygulanır. Yoksa bu hüküm belirli bir zaman kesitinde totaliter amaçlarla hareket etmiş olan bir kişiyi, sürekli olarak özgürlüklerinden yoksun kılmanın bir aracı yapılamaz<sup>(31)</sup>.

30. Lawless Case, Repertoire de la Jurisprudence Relativ a la Convention Europeenne des Droits de l'Homme, s.236.

31. De Becker Case, Repertoire, s.238.

## VI. YETKİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Sözleşmenin hak ve yetkilerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 18. maddesine göre:

**"Madde 18-** Bu sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir."

Hakkın kötüye kullanılması kavramına ilişkin hukukun genel bir ilkesini yansıtan bu hüküm, akit devletlere ve sözleşmedeki haklardan yararlanan bireylere hitabetmektedir.

Akit devletler, vatandaşlarının ve ülkede yaşayan herkesin sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerden tam anlamıyla yararlanabilmeleri için gereken bütün önlemleri almak yükümlülüğü altındadır. Bu konuda özellikle, sözleşmenin tanıdığı yetkiye dayanarak, 2-12. maddeler arasındaki temel hak ve özgürlükleri kısıtlarken, hiçbir şekilde temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamak ve kısıtlamaları da sadece amaçlarına uygun belirli sürelerle uygulamak zorunluluğu vardır<sup>(32)</sup>.

Aynı şekilde, sözleşmeden yararlanan bireyler de, 15. maddede öngörüldüğü şekilde, sözleşmeyle tanınan temel hak ve özgürlükleri, bu hakları yok etmek veya hür demokratik temel düzeni tahrip etmek amacıyla kötüye kullanamazlar.

## VII. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi<sup>(33)</sup> de, aynen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi, Sözleşmeyle güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ancak yasal bir dayanağa bağlı olarak kısıtlanabileceğini öngörmüştür. Sözleşme bu amaçla, 9, 12, 18, 19 ve 22. maddelerinde "kanunda öngörülen" veya "kanunda belirlenen" terimleri, 13 ve 21. maddelerde de "kanuna uygun olarak" terimlerini kullanmıştır.

Sözleşmede işaret edilen, "kanunda öngörülen" ve "kanunda belirlenen" terimlerinden, bu kategoriye giren özgürlük kısıtlamalarının şartlarının kanunda açıkça belirtilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyen 21. maddede olduğu gibi, bu özgürlüklerin kısıtlanacağı halleri kanunda açıklıkla ve ayrıntılı olarak belirtmek mümkün olmadığından, bu konuda idarenin geniş bir takdir yetkisi vardır. Bu gibi hallerde kısıtlamanın bir idari tasarrufa dayanacağından kuşku yoktur. Nitekim, BM İnsan Hakları Komisyonu da

32. Council of Europe, European Convention on Human Rights, Strasbourg 1963, s.72.

33. Türkiye sözleşmeye henüz katılmamıştır.

kararlarında, özgürlük kısıtlamasının ilke olarak yasal bir dayanağa dayanmasını kabul etmekle beraber, bunun mutlaka şekli anlamda bir kanun olması gerektiği konusunda ısrar etmektedir. Örneğin Pinkney olayında bir hükümlünün haberleşme özgürlüğü cezaevi yönetmeliğine dayanılarak kısıtlanmıştır. Aynı şekilde, Consuelo Salgar de Montejo olayında çekişme konusu tasarruf, devlet başkanının bir kararnamesine dayanmaktadır. Komisyonun üzerinde duyduğu en önemli konu, üye devletlerin mevzuatlarının sözleşme ile uyum içinde bulunmasıdır<sup>(34)</sup>.

## VIII. AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde geçen "kanun" teriminden, Avrupa İnsan Hakları Divanı'ndan farklı bir sonuç çıkarmaktadır. Mahkeme, Uruguay'ın başvurusu üzerine verdiği 9 Mayıs 1986 tarihli görüşünde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 30. maddesinde geçen "kanun" terimini şekli anlamda ülkede yürürlükte olan kanunlar olarak anlamaktadır. Sözleşmeye taraf olan ülkelerin hukuk sistemlerinin farklı olması, bazılarının Common Law sistemini benimsemesi, mahkemeyi bu tür bir yorum yapmaya zorlamıştır. Mahkemeye göre "kanun" terimi, üye ülkenin anayasasına dayanılarak demokratik yöntemlerle yasama organı tarafından kabul edilen, genel ve objektif normları ihtiva eden şekli anlamdaki kanunlardır. Böylece mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Divanı'ndan farklı bir sonuca vararak, sözleşmede güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin, yürütme organı veya idarenin herhangi bir tasarrufu ile kısıtlanamayacağını kabul etmiştir<sup>(35)</sup>.

## IX. SONUÇ

1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının ancak kanunla mümkün olduğunu öngörmüş ve bu konuda yürütme organı ve idarenin takdir yetkisini kısıtlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü denetim mekanizmaları olan Komisyon ve Divan, bu konuda daha geniş yorum yapmakta ve bu konuyu üye devletlerin milli mevzuatlarına bırakmaktadır. Bu organların içtihatlarına göre, şekli anlamdaki kanunlarla birlikte, bu kanunlara dayanılarak kabul edilen tüzük, yönetmelik ve direktif gibi mevzuat da özgürlük kısıtlamasına yetki verebilir. Ancak, bu mevzuat hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleriyle uyumlu olması zorunludur. Ayrıca, özgürlüğü kısıtlayan normların öngörülebilir, açık ve anlaşılabilir, ölçülü ve demokratik bir toplumun gereklerine uygun olması zorunludur.

Aynı şekilde, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi çerçevesinde bir denetim organı olan BM İnsan Hakları Komisyonu da, bu konuda Av-

34. Malinvermi; G., a.g.e., s.408.

35. Malinvermi; G., a.g.e., s.407.

rupa İnsan Hakları Divanı gibi düşünmekte ve özgürlük kısıtlayıcı normların, mutlaka şekli anlamda kanun olması gerekmediğine işaret etmektedir. Buna karşılık, daha sınırlı yetkilerle donatılmış olan Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, "kanun" terimini dar anlamda yorumlamakta ve özgürlük kısıtlamasının ancak, üye devletler anayasalarında öngörülen yöntemlerle ve yasama organlarınca kabul edilen şekli anlamdaki kanunlarla mümkün olabileceğini kabul ederek, sadece bu tür şekli kanunlara dayanılarak yapılan özgürlük kısıtlaması konusundaki şikayetleri incelemektedir.