

## AİHK'nun Extraterritorial Geçerliliği Bağlamında AİHM'nin İçtihatlarında Görülen Hareketlilik

### The Dynamism in the Case Law of the ECHR in the Context of Extraterritorial Validity of the Convention

A. Füsun ARSAVA\* 

#### Öz

AİHK, Konvansiyon tarafı devletlere Konvansiyonda öngörülen hakları ve özgürlükleri ülkelerinde temin etme yükümlülüğü getirmektedir. AİHM'nin ancak 1990'lı yılların sonundan itibaren kararlarında AİHK'nun extraterritorial uygulanmasını kabul ettiği görülmektedir. AİHM'nin bu çerçevedeki kararları birbiriyle tam olarak uyumlu görülmemektedir. Makalede AİHM'nin hangi koşullar altında AİHK'nun extraterritorial uygulanmasını kabul ettiği somut karar örnekleri ışığında ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Banković davası, Al-Skeine davası, etkin denetim, jurisdiction kriteri

#### Abstract

The contracting parties shall secure to everyone within their jurisdiction the right and freedoms defined in the Convention. But the Court has started to develop case-law that appears to depart from a strict territorial model of jurisdiction since the end of 1990s. The Court's decisions in this framework are not fully compatible. This article aims to analyse the conditions under which the Court accepts extraterritorial application of the Convention in the light of certain decisions.

**Keywords:** Banković decision, Al-Skeine decision, effective control, jurisdiction criterion

## GİRİŞ

Avrupa ikinci dünya savaşından bu yana büyük ölçüde barış içinde yaşamaktadır. Kıta Avrupası'nda silahlı çatışmalar yaşanmamakla beraber, Avrupa ülkeleri dünyanın değişik bölgelerine askerlerini göndermektedir. Libya'dan Irak'a kadar Avrupa devletlerinin orduları operasyon yapmaktadır. Bu operasyonlara İnsani Uluslararası Hukuk sınırlamalar getirmektedir. Bu paralelde belli koşullar altında AİHK da extraterritorial geçerlilik iddia etmektedir.

\* Prof.Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: fusun.arsava@atilim.edu.tr

AİHM 1990'lı yılların sonundan itibaren bir dizi kararlarında değişik durumlarda AİHK'nun extraterritorial uygulanmasını karara bağlamıştır. Bu kararların ortak olan yanı Avrupa devletlerinin (kısmen Avrupa Konseyi'nin diğer üyelerinin ülkelerinde, kısmen AİHK'nun bölgesel uygulanma alanı dışında olan topraklarda) yurt dışı operasyonlarına ilişkin olmasıdır. AİHM'nin bu çerçevedeki içtihatı oldukça yoğun olarak somut durumla bağlantılıdır ve tam olarak birbiri ile uyumlu değildir. AİHM Büyük Dairesi Banković davasından bu yana<sup>1</sup> kendi içinde tenakuzlu içtihatına ilk kez 2011'de Al Skeini – Birleşik Krallık davasında bir açıklık getirme imkânı bulmuştur. Verilen karar kimi soruları açıklığa kavuşturursa da, yeni soruları gündeme getirmiştir. Makalede bu karardan hareket edilerek önceki kararların ne ölçüde geçerlilik iddia edebileceği ve hangi koşullarda AİHK'nun extraterritorial uygulanmasının kabul edilebileceği ele alınacaktır.

## **I. ŞİMDİYE DEK GEÇERLİ İÇTİHATLA KABUL EDİLEN EXTRATERRITORIAL EGEMENLİK YETKİSİ**

AİHK'nun geçerlilik alanı AİHK'nun 1.maddesine göre Konvansiyon üyesi devletlerin egemenlik yetkisi kullandığı alandır. Konvansiyon üyesi devletler egemenlik yetkisi kullandığı bu alanlarda egemenlik yetkisine tabi tüm kişilere Konvansiyonda öngörülen hak ve özgürlükleri temin etmekle mükelleftir. Egemenlik yetkisi prensip olarak ülkesel olarak sınırlanmış olmakla beraber istisnai durumlarda ülke dışında kullanılabilir yahut etkileri ülke sınırlarını aşabilir. AİHM Konvansiyonu'nun extraterritorial uygulanmasını üç farklı durum için kabul etmiştir. Bunlardan birincisi Konvansiyon üyesi devletin kendi ülkesi dışında bir bölgeyi etkin denetimi altında tutmasıdır; ikincisi Konvansiyon üyesi devletin organlarının münferit kişiler üzerinde doğrudan denetim yetkisi kullanmasıdır; üçüncüsü ise diplomatik yahut konsolosluk organları ile egemenlik yetkisinin kullanılmasıdır. Bu durumlarda egemenlik yetkisi ülke dışında kullanılmış kabul edilmektedir. Her üç durumda da AİHK'nun 1.madde hükmünün lâfzından istihraç edildiği üzere egemenlik yetkisinin kişiler üzerinde kullanılması söz konusudur. Egemenlik yetkisinin ya doğrudan –kişilerin doğrudan verilen emirlerle denetim altında tutulması yoluyla– ya da dolaylı olarak –bir bölgede etkin kontrol sağlanarak– kullanılması mümkündür.<sup>2</sup>

### **A. BİR BÖLGE ÜZERİNDE ETKİN KONTROL SAĞLANARAK EGEMENLİK YETKİSİNİN KULLANILMASI**

Bir bölge üzerinde etkin kontrol sağlanarak egemenlik yetkisinin kullanılması, şayet söz konusu bölge kendi ülkesi ise doğal olan durumdur. Ancak etkin kontrolün kendi ülkesi dışında yabancı bölgeleri de kapsamı mümkündür. AİHM'nin sürekli içtihatına göre, bir konvansiyon devletinin hukuka uygun yahut hukuka aykırı olarak kendi ülkesi dışında bulunan bölgelerde etkin kontrol

1 AİHM, Banković – Belçika ve 16 diğer NATO devleti, 12.12.2001, Nr.52207/99, NLMR (2001) 48 vd., EuGRZ (2002) 123 vd.

2 GerhardThallinger, Grundrechte und extraterritoriale Hoheitsakte (2008) 179

icra ettiği durumlarda egemenlik yetkisinin ülke sınırları içinde kullanılması prensibinin istisnası söz konusudur. Bu kriter AİHM tarafından Kuzey Kıbrıs bakımından geliştirilmiş,<sup>3</sup> daha sonra da diğer kararlarda teyit edilmiştir. Etkin denetimin Konvansiyon devletinin kendi birlikleri veya kendisine tabi bölgesel yönetim tarafından gerçekleştirilmesi önem taşımamaktadır. AİHM'ne göre, bölgesel yönetim varlığını askeri veya diğer bir şekilde yapılan desteğe borçlu ise, bu durum Konvansiyon devletinin sorumluluğu için yeterli kabul edilmektedir.<sup>4</sup>

Bir Konvansiyon devleti bir bölge üzerinde etkin kontrol sağladığı nispette, AİHK'da ve onun protokollerinde yer alan haklara saygı göstermek ve onları korumakla mükelleftir. Konvansiyon haklarının temini mükellefiyeti söz konusu bölgede etkin kontrole istinat etmektedir. Konvansiyon devletinin bu bölgede etkin kontrole sahip olup olmadığı, değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Önemli olan ancak öncelikle askeri varlığın mevcudiyeti, yerel yönetime verilen desteğin kapsamı ve bununla bağlantılı olarak yerel yönetimi etkileme olanaklarıdır. Konvansiyon devletinin Konvansiyon haklarına riayetle mükellef kılınabilmesi, Konvansiyon devletinin bu mükellefiyeti yerine getirme olanağına sahip olmasına bağlıdır. Egemenlik yetkisinin yabancı bir bölgede kullanılmasının hukuka uygun olması (örneğin ilgili devletin onayı ile egemenlik yetkilerinin kullanılması) bu çerçevede herhangi bir role sahip değildir. Bu bağlamda hukuki dayanağından bağımsız olarak etkin denetim yetkisinin kullanılması sorumluluğun kabulü için yeterlidir.

## **B. EGEMENLİK YETKİSİNİN KİŞİLER ÜZERİNDE DENETİM SAĞLANARAK VE EMİR VERİLEREK KULLANILMASI**

Yabancı bir bölgede alan olarak etkin kontrolün sağlanmadığı durumlarda da Konvansiyon devleti organlarının tasarrufları ile münferit kişi grupları üzerinde emirleri ve denetimleri ile otorite sağladıkları nispette extraterritorial egemenlik yetkisi kullanıldığı kabul edilmektedir. Bu durumun fiziki güç kullanılarak doğrudan zorlama ile gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi, dolaylı olarak ilgililerin prensip olarak kendi iradeleri dışında tutuldukları kurumlara uygulanan özel denetimle de gerçekleşmesi mümkündür.

### **1. Egemenlik Yetkisinin Fiziki Güçle Kullanılması**

AİHM ilk kez Federal Yugoslavya Cumhuriyetine karşı yapılan NATO hava operasyonuna katılan Konvansiyon devletleri nedeniyle bu konuyla iştigal etmiştir. Banković davası, bu operasyonlar esnasında devlet radyosu RST'nin Belgrad'da bombardıman edilmesi nedeni ile açılmıştır. 23.04.1994'de RTS binasına NATO uçağından atılan roket isabet etmiştir. Olayda 16 kişi hayatını kaybetmiş, birçok kişi de yararlanmış. Ölenlerin yakınları ve hayatta kalanlar, AİHM'ne başvuru yaparak, NATO operasyonuna katılan Konvansiyon devletlerinin yaşam

3 AİHM, Loizidou – Türkiye, 23.09.1995, Nr.15318/89, Rn.62, ÖZJ (1999) 629 vd.; AİHM, Loizidou – Türkiye, 18.12.1996, Nr.15318/89, Rn.52; EGMR, (Cyprus-Türkiye, 10.05.2001, Nr.25781/94, Rn.76

4 AİHM, Ilascu – Moldova ve Rusya, karar 08.07.2004, Nr.48787/99, Rn.316-331)

hakkının ihlâli ve düşünce özgürlüğünün ihlâli nedeniyle sorumluluklarını talep etmiştir. AİHM, ölenlerin ve yaralananların hava operasyonuna katılan Konvansiyon devletlerinin egemenlik yetkisine tabi olduklarını reddetmiştir. Bu karar AİHM'nin vermiş olduğu kararlar içinde en çok tartışılan karar özelliği taşımaktadır. Literatürde de söz konusu AİHM kararının ağırlıklı olarak eleştirildiği görülmektedir.<sup>5</sup> AİHM'nin NATO devletlerinin Federal Yugoslavya topraklarında etkin bir kontrole sahip olmadığını hükme bağlayan kararını en çok eleştirilenler dahi ancak bombardımanın ölenlerin ve yaralananların AİHK tarafı devletlerin etkin denetimi altında mütalaası için yeterli olmadığını görüş olarak temsil etmiştir.

AİHM davayı reddeden tutumunu egemenlik yetkisi kavramının dar yorumuna istinat ettirmiştir. AİHM AİHK'nun 1.maddesinin yorumunda, jurisdiction kavramına egemenlik yetkisinin ülkeselliğini esas almış, egemenlik yetkilerinin extraterritorial (ülke dışı) kullanılmasını özel bir gerekçeye istinaden istisna olarak kabul etmiştir. Egemenlik yetkisi kavramına AİHK'nun 1.maddesi ile bağlantılı olarak Uluslararası Hukukta yahut Uluslararası Sorumluluk Hukukunda verilen aynı anlamın yüklemesi eleştiri konusu olmuştur. AİHK'nun 1.maddesinde yer alan egemenlik yetkisi kavramı Konvansiyon devletlerinin yetkililerinin ülkesel olarak sınırlandırılmasına değil, Konvansiyon devletleri ile AİHK'da garanti edilen hakların verileceği kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemeye matuftur.<sup>6</sup>

AİHM tarihi gelişimi ve devletlerin sonraki uygulamalarına atfen Konvansiyonun dünya çapında uygulanmak üzere yapılmadığını tespit ettikten sonra Konvansiyon devletlerinin kendi ülkeleri dışında egemenlik yetkisi kullanmalarının bir istisna olarak Konvansiyon devletlerinin etkin denetim yoluyla söz konusu bölgede normal olarak oradaki hükümet tarafından kullanılan tüm yahut kimi yetkileri kullanmaları koşulu ile kabul edilebileceğini vurgulamıştır. AİHM, NATO operasyonuna katılan AİHK tarafı devletlerin Belgra'ta yahut Federal Yugoslavya'nın bir bölgesinde bu tür bir etkin denetim yetkisi kullanmamaları nedeniyle, operasyonda ölen kişilerin veya yaralananların NATO operasyonuna katılan Konvansiyon devletlerinin egemenlik yetkisine tabi olduklarını kabul etmemiş, dolayısı ile Konvansiyon devletlerinin extraterritorial tasarruflarından kişilerin etkilenmesini bu kişilerin Konvansiyon devletlerinin egemenlik yetkisine tabi kabul edilmesi için yeterli görmemiştir.

Türk ordusunun Irak sınır bölgesinde yaptığı operasyon Issa davasının açılmasına neden olmuştur.<sup>7</sup> Dava Nisan 1995'te yapılan operasyonda kocalarını ve oğullarını kaybeden Irak vatandaşı altı kürt kökenli kadın tarafından açılmıştır. Olayın, Türk askeri birliklerinin Irak sınırında kürt eylemcilere operasyonu esnasında gerçekleştiği iddia edilmiştir. Olayın Türk askeri birliğinin eylemi ile gerçekleşip gerçekleşmediğinin açıklığa kavuşmaması, egemenlik yetkisinin

5 Rick Lawson, *Life after Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, bkz.: Foons Coomans/Menno T. Kamminga (Hrsg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (2004), 83 vd.

6 Sarah Miller, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, 20 EJIL (2010) 1223

7 Nuala Mole, *Issa-Turkey; Delineating the Extraterritorial Effect of the European Convention on Human Rights?*, 10 EHRLR (2005) 86

kullanıldığı iddiasının reddine dayanak oluşturmuştur. AİHM, Türkiye'nin askeri operasyon nedeniyle Kuzey Irak'ın belli bir bölgesinde geçici olarak etkin denetim sağlamış olabileceğini ihtimal dışı bırakmamakla beraber, ölenlerin söz konusu bölgede bulunduğu ilişkin yeterli kanıtlar sunulmaması, bu kişilerin Irak'ın değil, Türkiye'nin egemenlik yetkisi altında olduklarının kabulünü mümkün kılmamıştır.

Askeri operasyona katılan askerlerin çok sayıda olmasına rağmen, Türkiye tüm Kuzey Irak'ta etkin denetime sahip olduğu görüntüsü vermemiştir. Durum Loizidou davasında değerlendirilen Kuzey Kıbrıs'taki durumdan farklı görülmüştür. Davada Türk askeri birliklerinin iddia edilen saatte ölümlerin gerçekleştiği bölgede operasyon yapıp yapmadıkları konusu ana sorun olarak ele alınmıştır. Türk askeri birliklerinin iddia edilen zaman ve yerde olduğunun kanıtlanamaması da davanın reddine neden olmuştur. Banković davasının tersine egemenlik yetkisi kavramı bu davada dar yorumlanmamıştır. Buna göre Konvansiyon üyesi devletlerin başka devletlerin ülkelerinde hukuka uygun yahut hukuka aykırı olarak operasyon yapan organlarının otoritesine veya denetimine giren kişiler için de Konvansiyonda temin edilen hak ve özgürlüklerin ihlâlinden sorumludur. Bu gibi durumlarda Konvansiyon tarafı devletlerin kendi ülkelerinde yasak olan Konvansiyon ihlallerinin diğer bir Konvansiyon tarafı devletin ülkesi bakımından onaylanmasını kabul etmeyen AİHK'nın 1.maddesi doğan sorumluluğun dayanağı olarak kabul edilmektedir. Bu tablo AİHM'nin BM İnsan Hakları Komitesinin formülasyonunu üstlendiğini göstermektedir.<sup>8</sup>

Konvansiyonun geçerli olduğu hukuki alanla ilgili herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu yaklaşımın Kuzey Irak'ta Türk askerlerinin sivilleri öldürdüğü iddiası ile açılan Pad – Türkiye davasında teyit edildiği görülmektedir. Davacının yakınları Türk-İran sınırında bir Türk askeri helikopteri tarafından vurulmuş ve bu nedenle ölmüştür. Olayın Türkiye'de mi, İran'da mı gerçekleştiği tartışmalıdır. AİHM bakımından bu durum karar için önem taşımamaktadır. Türk birliklerinin davranışı ve sivillerin ölümü arasında illiyet bağı olması nedeniyle, ölen siviller Türkiye'nin egemenlik yetkisine tabi kabul edilmiştir.<sup>9</sup> Konvansiyon devletleri buna göre başka bir devletin ülkesinde bulunan organlarının tasarrufları ile Konvansiyon hakları ihlallerinden, diğer bir ifade ile kendi emir ve denetiminde olan kişilerin Konvansiyon haklarının ihlallerinden sorumludur. Bir devletin Konvansiyonun uygulanma alanında yer alıp almadığı önem taşımamaktadır. Banković kararından farklı olarak, bu kararda extraterritorial tasarruflardan etkilenmek, egemenlik yetkisine tabi olmak için yeterli kabul edilmiştir.

Issak-Türkiye davası da aynı yönde karara bağlanmıştır. Davada AİHM Kuzey ve Güney Kıbrıs arasındaki yeşil hatta Türkiye'nin egemenlik yetkisi kullandığını tespit etmiştir. Davaya Kıbrıslı Rum Anastassios Issak'ın bir protesto eylemi esnasında dövülerek öldürüldüğü iddiası neden olmuştur. Türkiye'nin sorumluluğu bir taraftan Kuzey Kıbrıs Türk memurlarının olaya doğrudan katılmasına, diğer taraftan da Türk güvenlik güçlerinin göstericileri korumamasına

8 Michael Dennis/Andre Surena, Application of the International Covenant on Civil and Political Rights in Times of Armed Conflict and Military Occupation: The Gap between Legal Theory and State Practice, 13 EHRLR (2008), 714 (723)

9 AİHM, Pad-Türkiye, 28.06.2007, Nr.60167/00, Rn.54

istinat ettirilmiştir.<sup>10</sup> Bu kararda da egemenlik yetkisinin Konvansiyonun uygulama alanı (geçerlilik alanı) ile sınırlı olduğuna ilişkin bir vurgulama bulunmamaktadır. Adanın Rum tarafında yaşayan Kıbrıslı bir Rum kadının (Andreou) sınırın ötesinden atılan bir kurşunla yaralanması davaya neden olmuştur. Davacının Türkiye'nin denetim yetkisini kullanmadığı bir alanda bulunmasına rağmen, Türk askerinin yaralanmaya neden olan kurşunları atması, bayan Andreou'nun Türkiye'nin egemenlik yetkisine tabi olmasına, dolayısıyla Türkiye'nin sorumluluğuna yol açmıştır. AİHM'nin özellikle Konvansiyonun uygulama alanını esas alan, pür kuvvet kullanılmasını egemenlik yetkisi kullanılması olarak yorumlayan kararları Banković kararının düzeltilmesi anlamını taşımaktadır. Bur kararların Büyük Daire tarafından verilmemiş olması nedeniyle, Banković davasında formüle edilen kriterlerin aşıldığını henüz söylemek mümkün değildir.

## **2. Gözaltına alınma yöntemi ile egemenlik yetkisinin kullanılması**

Egemenlik yetkisi bir kişi üzerinde Konvansiyon devletinin münhasıran denetim yetkisi kullandığı bir tesiste gözaltında tutulması ile kullanılabilir. AİHM bir çok kez yurt dışındaki askeri yahut güvenlik operasyonları esnasında tutuklanan ve gözaltına alınan kişilerle iştigal etmiştir. Al-Saadoon ve Mufdhi davasında AİHM İngiltere'nin Irak'ta gözaltı tesislerinde bulunan kişiler üzerinde egemenlik yetkisi kullandığını kabul etmiştir. Her iki davacı 2003'de Basra'da İngiliz birlikleri tarafından işgal güçlerine karşı eylem düzenleme ve iki İngiliz askerini öldürme şüphesi ile tutuklanmıştır. Her iki şüpheli önce Amerikan askerleri tarafından durdurulmuş, daha sonra İngiliz birliğinin gözaltı kampına gönderilmiştir. Irak mahkemeleri ceza prosedürünü başlatmış olmakla beraber Irak mercilerinin kapasitelerinin olmaması nedeniyle her iki sanığın İngiliz gözaltı kampında kalmasına izin vermişlerdir. Her iki sanık Irak makamlarına iadelerine karşı İngiliz mahkemelerine yaptıkları itirazın reddi üzerine AİHM'ne başvurarak, Irak makamlarına iadelerinin ölüm cezasına çarptırılmalarına yol açacağını ileri sürmüştür. İngiliz birliklerinin Güney Irak'ta bulunmasının İngiltere'nin Güney Irak'ta ülkesel etkin denetimi sağlaması ve bununla bağlantılı olarak Birleşik Krallığın Güney Irak'ta egemenlik yetkisi tesisi bakımından yeterli olup olmadığı sorusunu AİHM cevaplandırmamıştır. AİHM Konvansiyonun extraterritorial uygulanmasını Büyük Britanya'nın iki davacının tutuklu bulunduğu Irak hapishaneleri üzerinde sahip olduğu denetim yetkisine dayandırmıştır. Britanya Krallığının başlangıçta askeri operasyona bağlı olarak de facto, daha sonra Irak geçici yönetimiyle yapılan anlaşmaya istinaden bu tesisler üzerinde kullandığı tam ve münhasır denetim yetkisi, bu tesislerde bulunan kişilerin İngiltere'nin egemenlik yetkisi altında buldukları şeklinde değerlendirilmesine yol açmıştır.<sup>11</sup> Al-Jedda davasında da İngiliz ordusunun münhasır denetiminin bulunduğu tesislerde tutukluluk hali, egemenlik yetkisinin icrası olarak değerlendirilmiştir.<sup>12</sup>

10 Barbara Miltner, Extraterritorial Jurisdiction Under the European Convention on Human Rights: An Expansion Under Issak v Turkey?, 12 EHRLR (2006) 172 vd.

11 AİHM, Al-Saadoon ve Mufdhi – Birleşik Krallık, karar 30.06.2009, Nr.61498/08, Rn.87-88, NLMR (2009) 196 vd.

12 AİHM, Al-Jedda – Birleşik Krallık, karar 07.07.2011, Nr.27021/08 Rn.85, NLMR (2011) 223 vd.

AİHM gemi yahut uçaklarda bulunan kişiler üzerinde de devlet organlarının münhasır denetim yetkisinin söz konusu olması durumunda egemenlik yetkisinin kullanıldığını kabul etmektedir. AİHM bu şekilde Fransız deniz kuvvetleri tarafından uluslararası sularda ele geçirilen gemideki 13 farklı milletten olan kişiye Konvansiyonun uygulanmasını kabul etmiştir. Fransız deniz kuvvetleri Kap Verde önlerinde Kamboçya bayraklı uyuşturucu kaçakçılığı yapan bir ticaret gemisini ele geçirmiştir. Gemi bir firkateyn eşliğinde Brest'e getirilmiştir. 13 günlük yolculuk esnasında mürettebat kamaralarında kapalı tutulmuşlardır. Fransa mürettebat ve gemi üzerinde de facto tam ve münhasır kontrol yetkisi kullanmıştır. Fransa'nın kullandığı tam ve münhasır kontrol yetkisi bu kişileri Fransa'nın egemenlik yetkisine tabi kılmıştır.<sup>13</sup>

Konvansiyonun sadece özgürlükten mahrumiyet durumları için değil, daha önceki aşama olan tutuklama durumu için de uygulanması kabul edilmektedir. Zikredilen iki dava bakımından bu durum önem taşımaya da Öcalan-Türkiye davasında önem taşımıştır. PKK lideri Öcalan 1999'da iltica başvurusu yaptığı Yunanistan elçiliğinden Kenya yetkilileri tarafından alınmış ve Türk görevlilerin beklediği Nairobi hava alanına getirilmiştir. Türk görevliler transit bölgede Öcalan'ı tutuklamış ve onu Türkiye'ye getirmişlerdir. AİHM, Öcalan'ın Kenya görevlileri tarafından tesliminden itibaren doğrudan Türkiye'nin etkin kontrolüne girdiğini ve bu şekilde AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde Öcalan üzerinde Türkiye'nin egemenlik yetkisi kullandığından hareket etmiştir.<sup>14</sup> Tutuklamanın uçakta gerçekleşmiş olması ve tutuklamanın Türkiye'de kayda geçmiş olması bu çerçevede herhangi bir rol oynamamıştır.<sup>15</sup>

AİHM bakımından bu davayı Banković davasından ayıran en önemli kriter, Öcalan'ın kuvvet kullanılarak Türkiye'ye getirilmesi ve tutuklanması ve Türkiye'ye dönüşü ertesinde Türk makamlarının emir ve kontrolüne girmesidir. Bu gerekçe, Öcalan'ın Türkiye'ye getirilmemesi halinde kararın başka türlü verilebileceğine delâlet etmektedir. AİHM'nin daha sonraki içtihatı –özellikle Al-Saadoon ve Mufdhi – yurt dışında tutuklanan kişilerin de, bu kişiler Konvansiyon devletinin toprağına ayak basmasalar bile Konvansiyon devletinin egemenlik yetkisine girebileceğini göstermektedir

## **II. AL-SKEINI – BİRLEŞİK KRALLIK DAVASININ YENİ BİR BAŞLANGIÇ TEŞKİL ETMESİ**

AİHM Büyük Dairesinin Temmuz 2001'de Al-Skeini davasında verdiği karar, Basra'da nedeni tam olarak bilinmeyen 6 Iraklı sivilin ölümüne ilişkindir. Ölenlerden üçü İngiliz askerleri tarafından devriye, ev araması ve ehliyet kontrolü esnasında öldürülmüştür. Bir kadın askerler ve isyancılar ayaklananlar arasındaki çatışmalarda seken kurşunla ölmüştür. Bir kişi İngiliz askerleri tarafından tutuklandıktan sonra Şattülarap sularında ölü bulunmuştur. Altıncı kişi ise İngiliz ordusunun kontrolünde bulunan bir askeri üs'de ölmüştür. Ölen altı kişinin yakınları AİHM'ne ölüm olaylarının AİHK'nun 2.maddesine aykırı şekilde gerektiği gibi soruşturulmadığı

13 AİHM, Medvedev – Fransa, karar 29.03.2010, Nr.3394/03, Rn.67, NLMR (2010), 104 vd.

14 AİHM, Öcalan-Türkiye, karar 12.05.2005, Nr.46221/99, Rn.91, EuGRZ (2005) 403 vd.; AİHM, Öcalan-Türkiye, karar 12.03.2003, Nr.46221/99, Rn.93, EuGRZ (2003), 492 vd.

15 Marten Breuer, Völkerrechtliche Implikationen des Falles Öcalan, EuGRZ (2003), 449 (451)

gereğesiyle başvuru yapmıştır. Öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus öldürülenlerin İngiliz egemenlik yetkisine tabi olup olmadıkları ve AİHK'nun İngiliz birliklerinin Irak'taki tasarruflarına uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusudur.

AİHM İngiliz birliğinin gücü itibarıyla Basra'da etkin kontrole sahip olup olmadığı konusuna değinmeden normal koşullarda egemen bir hükümet tarafından kullanılan kimi kamu yetkilerinin Basra'da İngiltere tarafından kullanıldığına istinat etmiş ve Birleşik Krallığın tartışmalı zaman diliminde Güney Irak'ta güvenliği sağlama konusunda yetki ve sorumluluk sahibi olması nedeniyle, güvenlik operasyonlarına katılan askerleri üzerinden, operasyon esnasında öldürülen kişiler üzerinde yetki ve kontrol icra ettiğini, dolayısı ile ölen kişilerin söz konusu yerlerde Birleşik Krallığın egemenlik yetkisine tabi olduğunu kabul etmiştir. Büyük Daire bu şekilde ilk kez Banković kararında formüle edilen kriteri bu davada dile getirmiştir; söz konusu kriter AİMH'nin bu davayı takip eden diğer kararlarında da önemli bir rol oynamıştır. Buna göre Konvansiyon tarafı bir devletin normal koşullarda hükümet tarafından kullanılan kamu yetkilerinin tümünü yahut bir kısmını ülkesi dışında kullanması halinde extraterritorial egemenlik yetkisinin kullanıldığı kabul edilmektedir (AİHM, Banković kararı, Rn.71; AİHM, Al-Skeini, Rn.135). Bu gerekçe İngiltere'nin Basra'da normal koşullarda hükümetin kullandığı kamu yetkilerini kullanmaması halinde öldürülen kişilerin İngiltere'nin egemenlik yetkisine tabi kabul edilmelerinin mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. AİHM'nin ancak daha önceki içtihatları ışığında (özellikle Issa ve Pad) bu sorunun cevabı İngiltere'nin sorumlu olduğu şeklinde verilmiştir. Zira esas olan bu kişiler üzerinde emir ve kontrol yetkisinin kullanılmasıdır (authority and control over individuals). Hükümet yetkilerinin kullanılması kriteri zikredilen kararlarda herhangi bir rol oynamamıştır. Büyük Daire tarafından bu kriterin Al-Skeini davasında yeniden vurgulanması muhtemelen Banković kararıyla bir tenakuzun önlenmesi ve bu kriteri istinaden Basra'da açılan ateş sonucu öldürülen sivillerin AİHK'nun uygulama alanına girerken, Belgrat'ta bombardımanda ölen sivillerin AİHK'nun uygulanma alanına neden girmediğinin açıklanması gereksiniminden doğmuştur.

Münferit hükümet yetkilerinin kullanılması kriteri bir bölgede etkin şekilde tüm kontrolü sağlama ile kimi kişiler üzerinde devlet organları üzerinden münferit durumla bağlantılı kontrol arasında ara bir durum olarak anlaşılmaktadır. Al-Skeini davasındaki emarelerin işgal gücü Büyük Britanya'nın Basra'da etkin kontrole sahip olduğunu çok rahat ortaya koymasına rağmen, Büyük Daire egemenlik yetkisinin kullanılmasını hükümet yetkilerinin kullanılması kriterine bağlamıştır. Bu şekilde Büyük Daire dava bağlamında başka bir sonuç doğurması mümkün olmayan etkin ülkesel kontrol için aranan koşulların bulunup bulunmadığını araştırma gereği duymamıştır. Kişiler üzerinde etkin kontrol kriterine ilave olarak hükümet yetkilerinin kullanılması kriterinin getirilmesi nedeni anlaşılmamaktadır.



### **III. AL-SKEINI – BİRLEŞİK KRALLIK DAVASINDAN ÇIKAN SONUÇLAR**

AİHM şimdiye dek vermiş olduğu kararlar arasındaki tenakuzu ortadan kaldırma ve extraterritorial egemenlik yetkisi kullanılması konusunda esas olacak bir doktrin yaratma fırsatını kaçırmıştır. Hükümet yetkilerinin kullanılmadığı, sadece kuvvet kullanılan yurtdışı operasyonlar bağlamında zarar gören sivillerin operasyon yapan devletin egemenlik yetkisi altında mütalaa edilip edilmeyeceği sorusu Al-Skeini davasında cevabı verilmeyen sorular arasında yer almaktadır. Bununla beraber karar, hangi koşullarda ve ne ölçüde Konvansiyon devletlerinin ülke dışı tasarruflarının AİHM'nin denetimine tabi tutulabileceği konusunda ipuçları vermektedir.

#### **A. Konvansiyonun Geçerlilik Alanının Konvansiyon Devletlerinin Ülkeleri ile Sınırlanmaması**

AİHK'nun extraterritorial uygulanmasına karşı ileri sürülen, Konvansiyonun prensip olarak belli bir bölgesel alanda, Konvansiyon devletlerinin hukuk alanında geçerli olacağı tezinin Al-Skeini davasında verilen karar ile aşıldığı görülmektedir. Daha önce Öcalan davasında verdiği kararda da AİHM, AİHK'nun Konvansiyon devletlerinin ülkeleri dışında gerçekleşen olaylara da –davada Kenya'da – uygulanabileceğini kabul etmiştir.<sup>16</sup> Konvansiyon devletlerinin Irak'ta, Kenya'da, İranda, Kıbrıs'ta BM tampon bölgesinde ve açık denizde ortaya çıkan tasarrufları AİHK muvacehesinde AİHM'nin denetimine tabi tutulmuştur.

Al-Skeini davasında verilen daire kararı Büyük Daire tarafından teyit edilmiştir. İşgal gücü Konvansiyon devletlerinin AİHK'na riayetle ilgili sorumluluk nedeninin Konvansiyonun hukuki geçerlilik alanında boşluk doğmasının engellenmesi gerekçesi ile açıklanması, Konvansiyon devletlerinin ülkeleri dışında AİHK'nun 1.madde muvacehesinde egemenlik yetkilerini kullanamamaları anlamına gelmemektedir. Etkin denetim, hükümet yetkilerinin kullanılması gerekçesi Banković davasında davacıların egemenlik yetkisinin kullanılmasının reddi halinde hukuki boşluk doğacağı iddialarına karşı geliştirilmiştir. Yugoslavya'nın o dönemde henüz Konvansiyona taraf olmaması, dolayısıyla Yugoslavya'da ikamet edenlerin Konvansiyon haklarından istifade etmemeleri nedeniyle (Kıbrıs'tan farklı olarak) operasyona katılan devletlerin egemenlik yetkisi kullandıkları iddiasının kabul edilmemesinin Konvansiyonun hukuki geçerlilik alanında boşluk doğmasına yol açacağı ileri sürülmüştür. Konvansiyonun hukuki geçerlilik alanına istinat edilmesi, karara esas olan dayanakları desteklemekle beraber, bizatihi kararın dayanağını oluşturmamıştır. Bu açıklamanın Banković kararı ile AİHM'nin sonraki içtihatı arasındaki farkı nispeten kapattığı kabul edilmektedir. Al-Skeini davasının açıklığa kavuşturduğu bir husus da AİHM'nin Banković davasında atıfta bulunduğu AİHK'nun 56.maddesinin (sömürge hükmü) egemenlik yetkisinin extraterritorial kullanılması bağlamında bir role sahip olmadığı hususudur.<sup>17</sup>

16 Rick Lawson, Really out of Sight? Issues of Jurisdiction and Control in Situations of Armed Conflict under the ECHR, bkz.: Antoine C.Buyse (Hrsg.), Margins of Conflict. The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict (2011) 57 (64)

17 AİHM, Al-Skeini davası, Rn.140

## **B. Aşamalı Sorumluluk**

AİHM'nin Konvansiyon devletlerinden yurtdışı operasyonları bağlamında Konvansiyon haklarının tümünü temin etme beklentisi abartılı gözükmektedir. İşgal gücü olarak Büyük Britanya'nın güney Irak halkına karşı AİHK'nun tüm standardını uygulaması beklentisi gerçeğe uymamaktadır. AİHM bu problemin aşamalı sorumluluk yaklaşımı ile aşılmasını, diğer bir ifade ile Konvansiyon devletinin Konvansiyon haklarını extraterritorial egemenlik yetkisi kullanma bağlamında nisbi bir ölçü içinde temin etmesi yaklaşımını Banković davasında reddetmiştir. AİHM karar gerekçesinde Konvansiyon haklarının temininin bölünmez olduğunu ve bu yaklaşımın extraterritorial tasarruflar bakımından da geçerli olduğunu vurgulamıştır. Al-Skeini davasında Büyük Daire ancak bir Konvansiyon devletinin organları üzerinden bir kişi üzerine yetki ve kontrol uygulaması halinde AİHK'nun 1.maddesine göre bu kişiye duruma uygun hak ve özgürlükleri temin etmekle mükellef olduğunu vurgulayarak, söz konusu içtihadına açıklık getirmiştir. Bu bakış açısından Konvansiyonda öngörülen hakların bölünmesi ve koşullara uyumlaştırılması mümkündür.<sup>18</sup>

AİHK'nun 2.maddesi muvacehesinde olayın soruşturulması ve sorumluların hesap vermesi yükümlülüğünün ihlali iddiası oldukça esnek bir ölçüye istinaden değerlendirilmiştir. AİHM İngiltere'nin işgal gücü olarak karşı karşıya olduğu (iletişim zorluğu, genel olarak geçerli olan tehlikeli durum) koşullar nedeniyle AİHK'nun 2.maddesinden doğan usul hukuku yükümlülüklerinin gerçekçi ve zorluklar dikkate alınarak uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Bu durumda hangi taleplerin yapılabileceği, tartışmalı olayları soruşturacak birimlerin AİHK'nun 2.maddesinin ihlali tespitini yapacak askeri emir komuta zincirinden bağımsız olmaması nedeniyle yine de cevapsız kalmaktadır. Extraterritorial operasyonlarda egemenlik yetkilerinin kullanıldığından hareketle Konvansiyon haklarının bütünü itibariyle temin edilmesi mükellefiyetinin kabul edilmesi, Konvansiyon devletlerinden gerçekleştirilemeyecekleri bir mükellefiyetin yerine getirilmesini talep etmek sonucunu doğurmaktadır. AİHM bu yeni yaklaşımı ile söz konusu çıkmaza ölçülü bir çözüm getirmektedir.

Büyük Daire Medvedyev davasında Hint Okyanusunda el konan geminin kısa zamanda Fransa'ya getirilemeyeceği gerçeğinden hareket etmiştir. Söz konusu olağanüstü koşullar nedeniyle AİHK'nun 5.madde, 3.fikrasında yargıç önüne çıkartılma süresinin daha esnek değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Hernekadar ekseri extraterritorial operasyonlar bağlamında olduğu gibi özel koşullar muvacehesinde Konvansiyonun madde hükümlerinin esnek uygulanması söz konusu olsa da, aşamalı bir sorumluluktan hareket edilmesi uygundur.<sup>19</sup> Konvansiyon devletleri somut durumda kullandıkları etkin otoriteye ve kontrole uygun olarak Konvansiyonda öngörülen hak ve özgürlükleri temin etme mükellefiyetine tabidir.

18 AİHM, Al-Skeini davası, Rn.137

19 R.Lawson, s.74-75

## SONUÇ

Büyük Dairenin Al-Skeine davasında vermiş olduğu karar AİHM'nin AİHK'nun extraterritorial uygulanmasına ilişkin içtihatına kimi boyutları itibariyle açıklık getirmiştir. Konvansiyonun hukuki geçerlilik alanının sınırlanması ve Konvansiyon haklarının bölünmezliği yaklaşımına son verilmiştir. Bu şekilde Strazburg içtihatı pragmatik bir yaklaşımla her somut durumda özel koşullarının dikkate alınarak, Konvansiyon devletlerinin yurtdışı operasyonlarında tasarruf olanaklarını gerçekleştiremeyecekleri insan hakları teminatları ile gereğinden fazla sınırlanmamasını kabul etmiştir. AİHM bu şekilde AİHK'nın Konvansiyon devletlerine kendi ülkeleri bakımından getirdiği sınırlamaların extraterritorial tasarruflar bakımından da geçerli olduğunu dile getirmiş olmaktadır.

### Kısaltmalar:

AİHK	Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Aufl.	Auflage (bası)
<i>EGMR</i>	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
<i>EHRLR</i>	<i>European Human Rights Law Review</i>
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
Hrsg.	Herausgeber (editör)
ICJ	International Court of Justice
IGH	Internationaler Gerichtshof
NLMR	News Letter Menschen Rechte
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

### KAYNAKÇA

**Barbara Miltner**, Extraterritorial Jurisdiction Under the European Convention on Human Rights: An Expansion Under *Issak v Turkey*? 12EHRLR, 2006

**Gerhard Thallinger**, Grundrechte und extraterritoriale Hoheitsakte, 2008

**Marten Breuer**, Völkerrechtliche Implikationen des Falles *Öcalan*, EuGRZ, 2003

**Michael Dennis/ Andre Surena**, Application of the International Covenant on Civil and Political Rights in Times of Armed Conflict and Military Occupation: The Gap between Legal Theory and State Practice, 13 EHRLR, 2008

**Nuala Mole**, Issa-Turkey; Delineating the Extraterritorial Effect of the European Convention on Human Rights? 10 EHRLR, 2005

**Rick Lawson**, Life after Bamkovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights, bkz: **Foons Coomans/Menno T. Kamminga (Hrsg.)**, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, 2004

**Sarah Miller**, Revisiting Extraterritorial Jurisdiction, A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention, 20 EJIL, 2010